

D. BOULEVERSEMENT DE LA POSITION CONCURRENTIELLE DES PRODUITS IMPORTES

1. LE CRITERE JURIDIQUE

6.243 Les Etats-Unis allèguent que le Japon, en promulguant et en appliquant les contre-mesures en matière de distribution, la Loi sur les grandes surfaces et les contre-mesures en matière de promotion, s'est employé à "neutraliser systématiquement" les effets que ses concessions tarifaires étaient censées produire. Selon eux, le Japon a méthodiquement recensé les avantages dont les firmes et les produits étrangers lui paraissaient bénéficier, puis il a défini des lignes d'action et mis en oeuvre des mesures destinées à neutraliser ces avantages. En conséquence, l'application de ces trois groupes de contre-mesures a bouleversé le rapport de concurrence entre les importations et les produits nationaux sur le marché japonais, tombant ainsi sous le coup des dispositions de l'article XXIII:1 b).

6.244 Les Etats-Unis notent qu'un petit nombre seulement de différends se sont soldés par une constatation d'annulation ou de réduction au sens de l'article XXIII:1 b), mais que chacun des groupes spéciaux qui ont examiné la question a souligné qu'il importe de protéger l'attente raisonnable d'une partie qui compte que les concessions tarifaires aboutiront à une amélioration de l'accès au marché et ne seront pas compromises. Dans l'affaire CEE - Oléagineux, par exemple, le Groupe spécial a considéré que

"... 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".⁷⁰²

Dans le rapport de 1992 des Membres du Groupe spécial des oléagineux originel sur la suite donnée à son rapport CEE - Oléagineux, il est dit que "... l'assurance d'un meilleur accès au marché ... n'aurait plus aucune valeur" si des concessions pouvaient être "systématiquement neutralisé[s]".⁷⁰³

6.245 Les Etats-Unis expliquent aussi que la question essentielle examinée par le Groupe spécial dans l'affaire CEE - Fruits en boîte, comme dans toutes celles où l'article XXIII:1 b) entrerait en jeu, était de savoir si la mesure gouvernementale en question bouleversait le rapport de concurrence entre le produit d'origine nationale et le produit importé.⁷⁰⁴ De même, dans l'affaire CEE - Oléagineux, le Groupe spécial a relevé ce qui suit:

⁷⁰²Rapport du Groupe spécial CEE - Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux ("CEE - Oléagineux"), IBDD, S37/91, 137-138, paragraphe 148.

⁷⁰³Suite donnée au rapport du Groupe spécial "sur les primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux", Rapport des membres du Groupe spécial des oléagineux originel, 16 mars 1992, IBDD, S39/101, 129-130, paragraphe 81 (non adopté).

⁷⁰⁴Rapport 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), pages 33 et 34, paragraphe 80.

"Dans les affaires précédentes relevant de l'article XXIII:1 b), les PARTIES CONTRACTANTES ont adopté la même approche: lorsqu'elles ont constaté que des avantages se trouvaient annulés ou compromis, elles se sont fondées sur le fait que les produits pour lesquels une concession tarifaire avait été accordée étaient touchés par une modification défavorable des conditions de concurrence".⁷⁰⁵

6.246 Aux termes de l'article 26:1 a) du Mémoire d'accord, la partie plaignante est tenue de fournir une "justification détaillée à l'appui de toute plainte". Le Japon souligne que, si l'article 3.8 du Mémoire d'accord stipule que dans les cas de violation, "il y a normalement présomption qu'une infraction aux règles a une incidence défavorable pour d'autres Membres", il n'y a en revanche pas présomption d'incidence défavorable dans la situation de non-violation. Il estime par conséquent qu'une partie plaignante est tenue d'assumer la charge de la preuve qui lui incombe en établissant qu'une mesure bouleverse actuellement la position concurrentielle du produit importé considéré.⁷⁰⁶

6.247 Le Japon fait valoir que les constatations précédentes en situation de non-violation portaient toutes sur deux types précis seulement de mesures: les subventions à des produits déterminés et les droits de douane. Dans ces situations, il était incontestable que l'octroi d'une subvention en faveur du produit d'origine nationale, ou d'une concession tarifaire sur quelques produits, instaurait des conditions de concurrence moins favorables pour les importations du produit considéré. Ainsi, dans toutes les décisions des précédents groupes spéciaux qui ont constaté l'annulation ou la réduction d'un avantage sans violation, la partie plaignante avait établi l'existence d'un lien manifeste entre les mesures alléguées et la position concurrentielle des produits importés.

6.248 Or, observe le Japon, les allégations formulées par les Etats-Unis en l'espèce dans une situation de non-violation visent des politiques japonaises comme l'encouragement à la modernisation des pratiques en matière de distribution, la réglementation de la grande distribution au détail ou la réglementation sanctionnant les pratiques commerciales déloyales, qui ne font pas de distinction entre les importations et les produits d'origine nationale. Il n'y a donc, aux yeux du Japon, aucun lien explicite entre ces prétendues mesures et la position concurrentielle des importations.

6.249 Les Etats-Unis expliquent que dans les deux affaires CEE - Oléagineux et CEE - Fruits en boîte, les mesures appliquées étaient des subventions qui conféraient un avantage aux producteurs nationaux et neutralisaient bel et bien les avantages des réductions de droits. Or, en l'espèce, le Japon a atteint le même objectif en appliquant des mesures différentes. Il a systématiquement cherché à neutraliser les effets de ses concessions tarifaires en interdisant l'accès aux circuits essentiels de distribution par la systématisation, puis en étayant la structure du marché mise en place à travers la systématisation par l'application de la Loi sur les grandes surfaces et des contre-mesures en matière de promotion. Les droits de douane ayant été abaissés, le Japon a placé des obstacles supplémentaires sur le chemin des importations (en fermant les circuits de distribution, par exemple) pour rendre beaucoup plus difficile la distribution et la vente au Japon des produits importés. Les Etats-Unis affirment que par ces actions, le Japon a réussi à paralyser les efforts des firmes étrangères pour mettre à profit la possibilité que leur offraient les réductions de droits d'améliorer leur position sur le marché japonais.

6.250 Le Japon rétorque qu'aucune des prétendues mesures litigieuses ne bouleverse actuellement la position concurrentielle des pellicules ou papiers noir et blanc ou couleur par rapport à l'époque de l'octroi de l'une quelconque des concessions tarifaires citées par les Etats-Unis. Il explique que cette conclusion peut être démontrée, pour chacune des trois séries d'actions contestées, de trois manières différentes:

⁷⁰⁵CEE - Oléagineux, IBDD, S37/86, 138-139, paragraphe 150.

⁷⁰⁶Ibid.

- 1) les mesures alléguées litigieuses ne font pas de distinction entre les produits d'origine nationale et les produits d'importation et elles n'imposent aucun désavantage intrinsèque aux importations;
- 2) il n'y a pas de lien de causalité entre les mesures alléguées et de quelconques conditions de concurrence défavorables; et
- 3) les mesures alléguées, telles qu'elles existent aujourd'hui, sont inchangées ou plus favorables aux importations par comparaison avec l'époque de l'octroi de toute concession tarifaire pertinente.

6.251 Aux yeux des Etats-Unis, le Japon a fabriqué, pour se défendre contre le reproche qu'ils font aux contre-mesures en matière de libéralisation d'être responsables des conditions de concurrence défavorables auxquelles les pellicules et papiers importés sont confrontés, trois règles qui, à leur avis, ne peuvent trouver de justification ni dans le texte ni dans l'historique de la négociation de l'article XXIII, pas plus que dans les décisions de précédents groupes spéciaux, à savoir:

- 1) le Groupe spécial ne peut examiner que l'apparence des mesures pour déterminer si une concession tarifaire se trouve annulée ou compromise;
- 2) les mesures doivent en apparence "distinguer formellement" entre pellicules et papiers importés et nationaux ou d'une autre manière "désavantager intrinsèquement" les importations pour annuler ou compromettre les concessions tarifaires pertinentes; et
- 3) les mesures doivent être plus défavorables aux importations aujourd'hui qu'à aucun moment dans le passé pour annuler ou compromettre une concession.

a) Mesures, effets sur le commerce et structure du marché

6.252 Le Japon fait valoir que, pour déterminer si un avantage se trouve annulé ou compromis, les groupes spéciaux devraient s'attacher exclusivement aux mesures elles-mêmes. Les modifications des conditions du marché et des flux d'échanges considérées isolément, c'est-à-dire abstraction faite des modifications des mesures elles-mêmes, sont à son sens sans intérêt pour savoir si les conditions de concurrence se trouvent bouleversées. Au dire du Japon, c'est ce que le Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux relève dans son rapport sans équivoque:

"L'approche adoptée par les PARTIES CONTRACTANTES tient au fait que les gouvernements ne peuvent souvent pas prévoir avec précision quelle sera l'incidence de leurs interventions sur le volume des importations. Si, pour constater que des avantages sont annulés ou compromis, il fallait non seulement déterminer si une modification défavorable des conditions de concurrence s'était produite, mais encore si cette modification entraînait une diminution des importations, le risque que courraient les parties contractantes d'être en butte à des recours au titre de l'article XXIII:1 b) dépendrait de facteurs sur lesquels elles n'ont aucun contrôle; les règles relatives à l'annulation et à la réduction ne pourraient donc plus guider les politiques des gouvernements ... [Le Groupe spécial] a noté en outre que les variations du volume des échanges résultaient non seulement des politiques des gouvernements, mais aussi d'autres facteurs, et que, dans la plupart des cas, il n'était pas possible de déterminer si une diminution des importations intervenant à la suite d'une modification des politiques était imputable à cette modification ou à d'autres facteurs."⁷⁰⁷

⁷⁰⁷CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 139-140, paragraphe 151.

6.253 Vu les constatations du Groupe spécial en l'affaire CEE - Oléagineux⁷⁰⁸, le Japon fait valoir que, dans le contexte de plaintes en situation de non-violation, la question qui compte est de savoir si les mesures alléguées, et non la situation du marché, ont instauré, et continuent à instaurer, des conditions de concurrence qui sont moins favorables pour les produits importés. Etant donné que l'article 26:1 a) du Mémoire d'accord a trait à "toute plainte concernant une mesure" et que son article 26:1 b) vise "les cas où il a été constaté qu'une mesure annule ou compromet des avantages", le Japon en conclut que l'article 26 du Mémoire d'accord corrobore sa position.

6.254 Les Etats-Unis répliquent que le Japon essaie d'assigner des limites injustifiables aux faits et circonstances que le Groupe spécial peut examiner pour décider si un avantage résultant du GATT se trouve annulé ou compromis. Ils signalent que les groupes spéciaux ont régulièrement constaté que la partie plaignante n'a pas besoin de produire la preuve d'un fléchissement des flux d'échanges (de baisses des importations ou de la part de marché, par exemple) pour avoir gain de cause.⁷⁰⁹ Dans ce contexte, les Etats-Unis rappellent le rapport du Groupe spécial CEE - Fruits en boîte⁷¹⁰, où il est relevé que "les avantages découlant de concessions tarifaires consolidées au titre de l'article II valent aussi pour les possibilités commerciales futures", de sorte que "les plaintes de parties contractantes alléguant que des avantages ont été annulés ou compromis sont recevables, lors même qu'il n'existe pas encore de preuve statistique de l'existence d'un préjudice commercial". Les Etats-Unis font également valoir que la partie défenderesse ne saurait faire échec à une allégation en rapportant la preuve d'une amélioration des flux d'échanges de la partie plaignante (de hausses des importations ou de la part de marché, par exemple). Dans l'affaire CEE - Oléagineux, le Groupe spécial a rejeté le "moyen de défense" de la Communauté consistant à faire valoir que les subventions sur les oléagineux ne détournent ni n'entravent les importations et par conséquent n'avaient pas réellement pour effet d'annuler ou de compromettre ses concessions tarifaires sur les oléagineux.⁷¹¹ S'il en est ainsi, c'est parce que les groupes spéciaux ont généralement considéré que le GATT protège les possibilités de concurrence, et non pas les seuls flux d'échanges, ainsi que l'a expliqué le Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux:

"Dans les affaires précédentes relevant de l'article XXIII:1 b), les PARTIES CONTRACTANTES ont adopté la même approche: lorsqu'elles ont constaté que des avantages se trouvaient annulés ou compromis, elles se sont fondées sur le fait que les produits pour lesquels une concession tarifaire avait été accordée étaient touchés par une modification défavorable des conditions de concurrence. Elles n'ont considéré dans aucune de ces affaires que l'incidence de cette modification sur le commerce était déterminante. Dans un cas, elles ont expressément refusé de prendre en compte les statistiques sur les courants d'échanges pour constater que des avantages se trouvaient annulés ou compromis. [passage omis]. Il va sans dire que, dans les négociations tarifaires menées au GATT, les parties contractantes cherchent à obtenir des concessions dans l'espoir d'accroître leurs exportations, mais les engagements réciproques qu'elles

⁷⁰⁸[Le Groupe spécial] a noté en outre que les variations du volume des échanges résultaient non seulement des politiques des gouvernements, mais aussi d'autres facteurs, et que, dans la plupart des cas, il n'était pas possible de déterminer si une diminution des importations intervenant à la suite d'une modification des politiques était imputable à cette modification ou à d'autres facteurs." CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 139-140, paragraphe 151.

⁷⁰⁹Les Etats-Unis notent aussi que le Japon a reconnu ce qui suit: "[Q]ue les (dés)incitations, actions ou interventions du gouvernement aient ou non atteint l'objectif souhaité est en soi indifférent dans l'analyse d'une plainte en situation de non-violation, parce que ce sur quoi devrait porter la plainte est l'incidence d'une mesure gouvernementale sur les conditions de concurrence, et non les résultats effectifs d'une action gouvernementale".

⁷¹⁰CEE - Fruits en boîte, document du GATT L/5778, pages 32 et 33, paragraphe 77.

⁷¹¹CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 138-140, paragraphes 150 et 151.

prennent lors de ces négociations portent sur les conditions de concurrence dans le contexte des échanges, et non sur le volume de ceux-ci".⁷¹²

6.255 Les Etats-Unis observent que les groupes spéciaux ont suivi le même raisonnement dans les affaires relevant de l'article III, généralement pour répondre au moyen que la partie défenderesse avait tenté de tirer des flux d'échanges pour défendre les mesures qu'elle avait prises, et non pas pour répondre à la présentation par la partie plaignante de ses allégations. Dans ce contexte, ils soulignent que le Groupe spécial chargé de l'affaire Etats-Unis - Article 337 a rejeté le "moyen" invoqué par les Etats-Unis selon lequel la détermination du Groupe spécial "ne pouvait se faire que sur la base d'un examen des résultats effectifs du règlement des litiges passés dans le cadre de l'article 337".⁷¹³

6.256 Les Etats-Unis font également valoir que les précédents rapports de groupes spéciaux corroborent la proposition selon laquelle les parties plaignantes peuvent soumettre, et les groupes spéciaux devraient examiner, des renseignements sur la structure du marché et les conditions du marché.⁷¹⁴ Dans l'affaire Australie - Sulfate d'ammonium, le Groupe spécial n'aurait pas su que la suppression de la subvention dont bénéficiaient les engrais chiliens devait bouleverser les conditions de concurrence entre engrais chiliens et australiens s'il n'avait pas poussé son examen au-delà de l'apparence qu'était la suppression du programme de subventions pour comprendre comment les deux produits se concurrençaient en fait sur le marché.⁷¹⁵

6.257 Partant, soulignent les Etats-Unis, les groupes spéciaux devraient examiner la conception, les principes de base et la structure des mesures en cause⁷¹⁶ et le Groupe spécial, en l'espèce, s'attacher à la structure et aux conditions du marché à l'époque où le Japon a mis en oeuvre les diverses mesures pour comprendre l'effet de ces mesures sur les possibilités de concurrence des importations par opposition aux pellicules et papiers photographiques d'origine nationale. En outre, le Groupe spécial devrait examiner la structure et les conditions du marché aujourd'hui pour y trouver confirmation du fait que ces mesures ont eu et continuent d'avoir un effet défavorable sur les possibilités de concurrence des pellicules et papiers importés.

⁷¹²Ibid.

⁷¹³Rapport du Groupe spécial Etats-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930 ("Etats-Unis - Article 337"), adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/345, 433-434, paragraphes 5.12 et 5.13.

⁷¹⁴Les Etats-Unis notent qu'il y a eu une affaire centrée sur le traitement appliqué par le Groupe spécial aux données sur les flux d'échanges présentées par la partie plaignante à l'appui de sa plainte - par opposition aux données sur les flux d'échanges présentées par la partie défenderesse pour sa défense. Dans l'affaire Etats-Unis - Taxes sur les automobiles, la Communauté a présenté des données sur les flux d'échanges pour prouver que les Etats-Unis avaient fait une distinction entre les automobiles selon leur prix de vente, de manière à assurer une protection à la production nationale. Ce groupe spécial a examiné les données et déterminé qu'elles n'étaient pas concluantes, validant ainsi la position des Etats-Unis dans la présente espèce, à savoir que le Groupe spécial peut examiner tous les faits et facteurs pertinents, y compris les éléments de preuve concernant les flux d'échanges. Voir Etats-Unis - Taxes sur les automobiles, document du GATT DS31/R, page 120, paragraphe 5.13.

⁷¹⁵Rapport du Groupe de travail, Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium ("Australie - Sulfate d'ammonium"), IBDD, Vol. II/204, 209-210, paragraphe 12. Voir aussi Japon - Taxes sur les boissons alcooliques ("Japon - Boissons alcooliques"), WT/DS8/R, pages 134, 137-140, paragraphes 6.23, 6.29-6.32 (examinant des éléments de preuve en dehors des mesures de taxation contestées envisagées sous toutes leurs faces pour déterminer si des produits taxés différemment sont des produits similaires ou des produits directement concurrents ou directement substituables).

⁷¹⁶Voir le rapport de l'Organe d'appel Japon - Taxes sur les boissons alcooliques ("Japon - Boissons alcooliques"), WT/DS8, 10 et 11/AB/R, page 33.

6.258 En conséquence, les Etats-Unis demandent au Groupe spécial d'écarter la règle avancée par le Japon suivant laquelle il i) serait tenu de limiter son examen à l'apparence des mesures pour déterminer si une concession tarifaire se trouve annulée ou compromise et ii) ne saurait examiner d'éléments de preuve des "conditions du marché" ou des "flux d'échanges". Les Etats-Unis expliquent que certaines mesures sont parfois si impudemment protectionnistes ou discriminatoires qu'un groupe spécial peut se contenter d'examiner la mesure sous toutes ses faces pour en comprendre l'effet protecteur.⁷¹⁷ Par contre, dans bien des cas, selon eux, un groupe spécial ne peut pas déterminer si la mesure exerce un effet défavorable sur les possibilités de concurrence des produits importés s'il n'a pas quelques lumières sur la structure et les conditions du marché où ces importations sont vendues.⁷¹⁸

6.259 Le Japon fait valoir que les conditions du marché ou les flux d'échanges sont le produit de l'action de divers facteurs comme le libre jeu des mécanismes du marché et les pratiques du secteur privé et qu'elles échappent à l'emprise du gouvernement. Déterminer que l'avantage se trouve annulé ou compromis en tirant cette conclusion des conditions du marché ou des flux d'échanges, qui prétendent démontrer la réalité d'un préjudice commercial, pourrait avoir pour conséquence qu'un gouvernement serait jugé responsable de ce sur quoi il n'a pas d'emprise. Le Japon est par conséquent d'avis que le Groupe spécial doit s'attacher aux mesures elles-mêmes, et non aux conditions du marché ou aux courants d'échanges.

6.260 Selon le Japon, pour évaluer le bouleversement des conditions de concurrence prétendument causé par des mesures, les groupes spéciaux doivent donc considérer exclusivement les dispositions des mesures elles-mêmes pour voir si elles sont intrinsèquement moins favorables aux importations du produit consolidé qu'aux produits d'origine nationale. Les groupes spéciaux ne devraient pas se laisser égarer par des conséquences accessoires, à savoir, en l'espèce, les réseaux de distribution prétendument "fermés" du marché japonais des pellicules et papiers à l'heure actuelle.

6.261 Au dire du Japon, le principe qui veut que les mesures soient jugées d'après leurs dispositions, et non d'après leurs conséquences effectives, est bien établi dans la jurisprudence sur l'article III où les conditions de concurrence instaurées par des mesures sont pareillement en cause. Dans l'affaire Etats-Unis - Article 337, le Groupe spécial a constaté que pour l'application de l'article III, les groupes spéciaux devaient fonder leur analyse "sur les distinctions faites par les lois, règlements ou prescriptions elles-mêmes, et sur leur incidence potentielle, et non sur leurs conséquences effectives pour tels ou tels produits importés".⁷¹⁹

6.262 Le Japon mentionne aussi le rapport qui n'a pas été adopté du Groupe spécial chargé de l'affaire Etats-Unis - Taxes sur les automobiles⁷²⁰, où était traitée la question de savoir si des mesures altéraient le rapport de concurrence entre produits d'importation et produits d'origine nationale. Dans cette affaire, les Etats-Unis avaient imposé une taxe de luxe sur toutes les automobiles dont le prix dépassait 30 000 dollars. La Communauté faisait valoir que cette taxe, en apparence neutre, instituait cependant

⁷¹⁷Dans l'affaire CEE - Oléagineux, par exemple, il apparaît que le Groupe spécial a limité son examen du point de savoir si les subventions contestées bouleversaient le rapport de concurrence entre produits d'importation et d'origine nationale en s'en tenant exclusivement à un examen de l'apparence de la mesure considérée CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 137, paragraphe 147.

⁷¹⁸Voir, par exemple, Australie - Sulfate d'ammonium, IBDD, II/204, 209-210, paragraphe 12. Les Etats-Unis expliquent qu'une mesure appliquée, par exemple, dans le secteur oligopolistique des fournitures photographiques au Japon pourrait avoir un effet entièrement différent si elle était appliquée, par exemple, dans le secteur très concurrentiel des textiles à Hong Kong. Ce n'est qu'en examinant la mesure dans le contexte du marché où elle est appliquée qu'il est possible de comprendre l'effet de certaines mesures sur les possibilités de concurrence.

⁷¹⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Article 337, IBDD, S36/386, 433-434, paragraphe 5.13.

⁷²⁰Rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Taxes sur les automobiles, document du GATT DS31/R, 11 octobre 1994 (non adopté).

une discrimination à l'encontre des automobiles européennes en violation de l'article III:2, étant donné qu'un pourcentage élevé de voitures importées de la Communauté étaient d'un prix supérieur à 30 000 dollars, alors que celui de nombreuses voitures américaines était inférieur à 30 000 dollars. Le Groupe spécial a rejeté cet argument au motif que la distinction établie entre les automobiles selon que leur prix était inférieur ou supérieur à 30 000 dollars n'était pas intrinsèquement désavantageuse pour les importations en provenance d'Europe et en a conclu que la mesure prise par les Etats-Unis ne constituait pas une discrimination à l'encontre des automobiles de la Communauté contraire à l'article III:2.⁷²¹

6.263 Les Etats-Unis repoussent l'idée qu'une mesure ne puisse pas annuler ou compromettre des avantages à moins i) d'établir des "distinctions formelles" entre produits d'importation et produits d'origine nationale, ou ii) d'être d'une autre manière "intrinsèquement moins favorable" aux importations. Ils exposent qu'en proposant et en appliquant cette règle, le Japon mentionne un certain nombre de termes comme "distinctions formelles", "distingue entre", "désavantage explicite", "intrinsèquement moins favorable", "intrinsèquement désavantageuse" et "intrinsèquement défavorable", sans en définir le sens, sauf par le biais d'un renvoi au rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire Etats-Unis - Taxes sur les automobiles. Les Etats-Unis donnent à entendre que le Japon se trompe en qualifiant le rapport Taxes sur les automobiles de représentatif de la thèse suivant laquelle une mesure ne peut pas être contraire à l'article III:2 si elle n'est "pas intrinsèquement désavantageuse pour les importations". A leur avis, le Groupe spécial, dans cette affaire, a constaté que les taxes contestées n'étaient pas discriminatoires à l'encontre des automobiles étrangères parce que ni le but et l'effet, ni aucun autre élément de preuve n'établissaient que la mesure assurât une protection à la production nationale.⁷²²

6.264 A ce que les Etats-Unis croient comprendre, l'argument du Japon est apparemment que seules les mesures qui sont manifestement discriminatoires à l'encontre des produits importés peuvent annuler ou compromettre des concessions tarifaires au sens de l'article XXIII:1 b). Le Japon justifie son interprétation par une analogie avec l'article III, mais les Etats-Unis soutiennent que cette interprétation n'a même pas été appliquée dans le contexte de l'article III. Ils observent que des groupes spéciaux ont constaté que des lois, règlements et prescriptions qui n'instituent pas à l'encontre de certains produits de discrimination fondée sur leur origine peuvent néanmoins être contraires à l'article III.⁷²³ Des groupes spéciaux ont aussi affirmé qu'une mesure qui n'établit pas de distinctions formelles entre les produits importés et les produits nationaux selon l'origine ou d'autres caractéristiques des produits peut être contraire à l'article III.⁷²⁴ Surtout, les Etats-Unis soulignent que si cette règle était appliquée dans le cadre de

⁷²¹[Un] prix de vente supérieur à 30 000 dollars ne semblait pas être propre aux automobiles communautaires ou aux autres automobiles étrangères. En particulier, il n'avait été présenté aucun élément prouvant que les constructeurs communautaires ou d'autres constructeurs étrangers n'avaient pas en général les capacités en matière de conception, de production ou de commercialisation de vendre des automobiles au-dessous du seuil de 30 000 dollars, ou qu'ils ne produisaient pas en général de tels modèles pour d'autres marchés". Ibid., page 120, paragraphe 5.14.

⁷²²Ibid., pages 120 et 121, paragraphes 5.12 à 5.14.

⁷²³Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial Japon - Boissons alcooliques, WT/DS8, 10 et 11/R (constatant que des mesures fiscales japonaises qui faisaient une différence entre les eaux-de-vie selon les caractéristiques des produits étaient contraires à l'article III.2); le rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt ("Etats-Unis - Boissons à base de malt), adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/233, 312-313, paragraphe 5.26 (constatant qu'une taxe du Mississippi qui faisait une distinction entre les vins selon le type de raisin était contraire à l'article III.2).

⁷²⁴Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Article 337, IBDD, S36/386, 432-433, paragraphe 5.11 (relevant qu'"il faut aussi reconnaître qu'il peut se présenter des cas où l'application de dispositions juridiques (de forme identique) se traduirait en pratique par un traitement moins favorable pour les produits importés"); le rapport du Groupe spécial Canada - Importation, distribution et vente de certaines boissons

l'article XXIII:1 b), cet article deviendrait redondant, ce qui aurait pour effet de supprimer le droit d'un Membre à réparation pour annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation. Un tel résultat serait incompatible non seulement avec les règles générales d'interprétation des traités⁷²⁵, mais encore avec le texte clair de l'article XXIII:1 d), qui prévoit un droit à réparation si un avantage résultant du GATT se trouve annulé ou compromis du fait d'une mesure, "contraire ou non aux dispositions" de cet accord.

6.265 En réponse à l'argument des Etats-Unis suivant lequel sa position n'est pas valable parce qu'elle priverait l'article XXIII:1 b) de tout effet juridique, le Japon fait valoir que ceux-ci fondent cet argument sur l'idée que toutes les mesures intrinsèquement discriminatoires peuvent être examinées au regard des dispositions de l'article III. Cela dit, à son sens, la discrimination intrinsèque ne peut pas être considérée dans la totalité des cas comme contraire à l'article III. Les subventions à la production, par exemple, qui sont potentiellement discriminatoires sont expressément exclues par l'article III:8 b) du champ de l'article III, et l'article XXIII:1 b) pourrait aussi s'appliquer à des mesures gouvernementales non obligatoires si elles imposaient l'équivalent quant au fond d'obligations juridiquement contraignantes, alors que l'article III:4 ne vise que les lois, règlements et prescriptions et qu'il est d'une portée plus restreinte.

6.266 Le Japon fait également valoir que la partie plaignante est tenue d'établir que l'avantage "se trouve" annulé ou compromis par la mesure. Il souligne que beaucoup des prétendues "mesures" dont les Etats-Unis se plaignent ont pris fin il y a des années. Or, une mesure qui n'est plus en vigueur ne peut pas actuellement instaurer des conditions de concurrence moins favorables pour les importations du produit consolidé et ne saurait par conséquent entraîner l'annulation ou la réduction d'un avantage. Par contre, le Japon concède qu'il y a certaines "mesures" désignées par les Etats-Unis qui sont encore en vigueur. Toutefois, à son sens, ces prétendues mesures ne sauraient bouleverser la position concurrentielle des pellicules et papiers importés parce qu'une mesure qui ne "s'applique" pas au produit considéré en tant que tel n'est pas susceptible de bouleverser les conditions de concurrence pour les importations de ce produit.

6.267 Les Etats-Unis notent qu'ils sont d'accord avec le Japon pour dire qu'une constatation d'annulation ou de réduction en l'absence de violation ne peut être fondée 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

alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation, adopté le 18 février 1992, IBDD, S39/28, 94, paragraphe 5.30 (constatation que "les prix minimaux qui s'appliquaient également à la bière importée et à la bière d'origine nationale n'offraient pas nécessairement des conditions de concurrence égales à l'une et à l'autre"); le rapport du Groupe spécial Thaïlande - Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes, adopté le 7 novembre 1990, IBDD, S37/214, 240-241, paragraphe 78 (relevant que "[O]n pourrait faire valoir qu'une interdiction générale frappant la publicité de toutes les cigarettes serait génératrice d'inégalités des chances dans la concurrence entre le fournisseur thaïlandais établi et les fournisseurs étrangers nouveaux"); Le rapport Etats-Unis - Boissons à base de malt, IBDD, S39/233, 310, paragraphe 5.19 (constatation que les crédits d'accise accordés sur une base non discriminatoire aux petites brasseries situées aux Etats-Unis et à l'étranger seraient incompatibles avec l'article III:2 dès lors que la bière importée fabriquée par les grandes brasseries serait frappée de taxes supérieures). Voir aussi l'article XVII de l'AGCS, aux termes duquel "un traitement formellement identique ou formellement différent sera considéré comme étant moins favorable s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services [du Membre par rapport à ceux] de tout autre Membre").

⁷²⁵L'Organe d'appel a relevé à deux reprises que "[l]un des corollaires de la "règle générale d'interprétation" posée à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités est que l'interprétation doit donner sens et effet à tous les termes d'un traité. Un interprète n'est pas libre d'adopter une interprétation qui aurait pour résultat de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité". Rapport de l'Organe d'appel Japon - Boissons alcooliques, page 14 (citant le rapport de l'Organe d'appel Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules).

que son intervention dans la distribution des fournitures photographiques n'est qu'"un fait appartenant au passé".

b) Lien de causalité

6.268 Le Japon fait valoir que même si le Groupe spécial pousse au-delà des dispositions de la mesure en question pour en examiner les conséquences effectives, il faut à tout le moins que la partie plaignante soit tenue de prouver l'existence d'un lien de causalité manifeste entre les mesures alléguées et des conditions de concurrence défavorables aux importations. Il explique que cette exigence trouve son expression dans la locution "du fait qu[e]" à l'article XXIII:1. En particulier, il faut à son avis que la partie plaignante établisse non seulement 1) que les conditions sont effectivement défavorables aux importations, mais encore 2) que ces conditions sont dues aux mesures alléguées en question. Autrement, soutient-il, si aucun lien de causalité entre les mesures et les conditions de concurrence défavorables n'est établi, toute constatation en situation de non-violation reposerait simplement sur des modifications des seules conditions régnant sur le marché, résultat qui serait carrément à l'opposé des dispositions pertinentes de l'Accord sur l'OMC et des précédents.

6.269 Les Etats-Unis répliquent qu'ils ne s'inscrivent pas en faux contre la proposition suivant laquelle il faut qu'il y ait un lien de causalité entre les mesures et les conditions de concurrence reprochées. Cela dit, le Japon semble bien préconiser que soit mise à la charge de la partie plaignante une obligation d'établir un lien de causalité privatif, au sens d'une condition sine qua non, "sans"; c'est-à-dire que les Etats-Unis soient tenus d'établir que les conditions de concurrence défavorables existant au Japon pour les pellicules et papiers photographiques importés résultaient uniquement des mesures prises par le Japon et que, "sans" ces mesures, ces conditions n'auraient pas existé. Si c'est bien là le critère de causalité préconisé par le Japon, les Etats-Unis ne sont résolument pas d'accord.

6.270 Selon les Etats-Unis, le Japon cite la clause "du fait qu[e]" à l'article XXIII:1 à l'appui d'un critère de causalité privatif, "sans". Ils affirment que l'interprétation littérale de cette clause ne justifie pas un critère de causalité aussi rigoureux. A leur sens, si les rédacteurs avaient voulu retenir un tel critère, ils auraient inséré dans le texte un mot comme "directement" ou "uniquement" immédiatement avant la locution "du fait qu[e]".⁷²⁶ Un critère de causalité privatif est en outre incompatible avec l'objet et le but de l'article XXIII:1 b). Ses auteurs voulaient manifestement que l'article XXIII:1 b) soit susceptible de fournir un remède dans les circonstances appropriées. Or, disent les Etats-Unis, avec un critère de causalité privatif, une partie plaignante se retrouverait fondamentalement devant la tâche impossible de prouver la négative, par exemple, en l'espèce, que les conditions du marché, dont il aurait été établi pièces à l'appui qu'elles étaient défavorables aux pellicules et papiers photographiques importés, n'auraient pas existé "sans" les interventions du gouvernement japonais. Les Etats-Unis affirment qu'avec une telle démarche, l'article XXIII:1 b) deviendrait lettre morte, résultat qui ne cadrerait pas avec l'intention des auteurs. A cet égard, ils rappellent que l'Organe d'appel a mis en garde contre une interprétation des dispositions des Accords de l'OMC qui introduirait des prescriptions dont on ne trouve pas l'expression dans le texte de ces dispositions. Dans les affaires Etats-Unis - Vêtements de dessous⁷²⁷ et Etats-Unis

⁷²⁶Les Etats-Unis notent qu'à l'article 8.2a) iv) et v) de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires les rédacteurs ont employé la locution "directement du fait de" pour désigner les types de coûts qui pourraient être couverts par des aides gouvernementales ne donnant pas lieu à une action en faveur d'activités de recherche. Ils en concluent que lorsque les auteurs souhaitaient un critère de causalité rigoureux, ils ont su comment exprimer leurs intentions.

⁷²⁷Dans l'affaire des Vêtements de dessous, l'Organe d'appel a refusé de voir dans l'article 6:10 de l'Accord sur les textiles et les vêtements la liberté de donner rétroactivement effet à une mesure de limitation temporaire. L'Organe d'appel s'est déjà précédemment appuyé sur une comparaison des textes de différents accords de l'OMC en vue d'élucider le sens d'une disposition particulière. Rapport de l'Organe d'appel Etats-Unis - Restrictions à

- Chemises de laine⁷²⁸, par exemple, l'Organe d'appel a souligné qu'il importe de respecter l'équilibre de droits et d'obligations que traduit le libellé effectivement retenu par les rédacteurs.

6.271 Les Etats-Unis avertissent qu'instituer un critère de causalité privatif reviendrait à récrire l'article XXIII:1 b). Aussi estiment-ils avoir établi ce qu'il leur est prescrit d'établir en application de l'article XXIII:1 b), à savoir que i) le Japon a cherché à altérer les conditions de concurrence pour la distribution et la vente de pellicules photographiques sur son territoire et ii) ces conditions ont été altérées.

6.272 Les Etats-Unis soutiennent également qu'au lieu d'appliquer un critère de causalité privatif, le Groupe spécial devrait déterminer si le Japon a pris des mesures qui contribueraient positivement à la formation, au renforcement et au maintien des conditions que représente la structure oligopolistique de la distribution sur son marché. Le Japon l'a fait à travers une série d'actions favorisant l'exclusivité des transactions entre fabricants et grossistes japonais, cimentant ces relations là où elles existaient déjà, poussant ces relations d'exclusivité aussi loin que possible en aval et les défendant contre la concurrence des firmes étrangères et des autres circuits possibles de distribution. Plus précisément, le Japon a poursuivi ces fins par des mesures qui:

1. ont infléchi l'équilibre entre fabricants et grossistes sous le rapport du pouvoir économique (à travers la réduction des délais de paiement);
2. ont créé une incitation à l'achat en grandes quantités et à l'exclusivité du circuit (à travers les remises sur quantité et ristournes);
3. ont gelé la capacité des firmes étrangères d'offrir des conditions plus compétitives aux grossistes (à travers l'uniformisation des conditions générales de vente, la notification des marchés internationaux, la Circulaire n° 17 de la JFTC et les dispositions de base comparables de la Loi antimonopole);
4. ont renforcé l'intégration des fabricants nationaux avec les grossistes et leur contrôle sur eux (à travers le réseau d'information informatisé et les installations de distribution communes);
5. ont limité pour les firmes étrangères les possibilités de recourir à d'autres circuits de distribution (à travers les subventions accordées aux laboratoires et la Loi sur les grandes surfaces);
6. ont réduit la concurrence à une position dominante des fabricants dans la structure de la distribution en cassant les grandes surfaces (à travers la Loi sur les grandes surfaces); et
7. ont étouffé la capacité des fabricants étrangers de mettre à profit leurs atouts pour la promotion de leurs produits (à travers les contre-mesures en matière de promotion).

A l'aide de ces mesures: Fuji a réussi à s'assurer le contrôle exclusif de ses quatre grossistes distributeurs primaires; Konica a consolidé ses relations avec ses grossistes distributeurs primaires précédemment indépendants, d'abord en créant avec eux des installations de distribution communes, puis en s'en rendant

l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles, adopté le 25 février 1997, WT/DS24/AB/R, page 17, note 25.

⁷²⁸Dans l'affaire des Chemises de laine, l'Organe d'appel a refusé de voir dans l'Accord sur les textiles et les vêtements une prescription mettant à la charge du Membre importateur l'obligation de prouver que la mesure de sauvegarde temporaire n'était pas incompatible avec l'article 6 de cet accord. Rapport de l'Organe d'appel Etats-Unis - Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés, en provenance d'Inde, adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R.

directement acquéreur; les grossistes distributeurs secondaires ont dû s'aligner sur les chaînes de distribution verticales des fabricants nationaux; et Fuji s'est assuré la domination d'un vaste réseau de laboratoires de développement, limitant ainsi considérablement les possibilités de trouver en eux un autre circuit de distribution pour les pellicules étrangères et un marché pour les papiers photographiques étrangers. Ces mesures ont en outre sérieusement compromis la capacité des fabricants étrangers de surmonter les obstacles du système de distribution oligopolistique en offrant des incitations compétitives aux grossistes ou aux consommateurs ou en évitant de passer par les grossistes pour s'adresser directement aux grandes surfaces. Chacune de ces interventions et chacun de ces résultats sont en soi de grande portée - mais ensemble, ils se conjuguent pour altérer substantiellement les conditions de concurrence sous des formes qui sont préjudiciables aux importations.

6.273 Le Japon rétorque que les Etats-Unis font apparemment valoir que la causalité peut être établie en démontrant l'existence de mesures gouvernementales, d'une part, et celle de conditions défavorables sur le marché, d'autre part, sans prouver le lien qui existe entre elles. Sans prétendre qu'il soit nécessaire à une partie plaignante de prouver que les conditions de concurrence défavorables résultaient "uniquement" de la mesure alléguée, le Japon considère cependant qu'il est indispensable de prouver l'existence d'un lien manifeste entre les mesures alléguées elles-mêmes et les conditions de concurrence défavorables alléguées en présentant une "justification détaillée". A ses yeux, les conditions qui existent sur le marché sont le produit de divers facteurs tels que le libre jeu des mécanismes du marché et les pratiques privées. Déterminer que l'avantage se trouve annulé ou compromis en tirant cette conclusion des conditions existant sur le marché pourrait avoir pour conséquence qu'un gouvernement serait jugé responsable de ce sur quoi il n'a pas d'emprise.

c) Pertinence du moment de l'octroi de la concession tarifaire

6.274 Le Japon souligne que pour démontrer qu'un avantage se trouve actuellement annulé ou compromis, il est nécessaire de comparer la mesure en question telle qu'elle existe aujourd'hui avec la mesure telle qu'elle existait (ou son absence) au moment où la concession tarifaire pertinente a été accordée. Si une mesure n'est pas à présent réellement modifiée, ou si elle est à présent plus favorable aux importations, par comparaison avec l'époque de la concession tarifaire pertinente, il ne peut y avoir aucun bouleversement de la position concurrentielle.⁷²⁹ Pour le Japon, il est indifférent que les conditions du marché aient empiré dans cette période intermédiaire.

6.275 Aux yeux des Etats-Unis, la position du Japon selon laquelle une mesure qui subsiste sous sa forme originelle ou sous une forme modifiée ne saurait annuler ou compromettre une concession tarifaire est dénuée de tout fondement juridique. Ils expliquent que le fait qu'une mesure a pu bouleverser le rapport de concurrence entre les produits d'importation et les produits d'origine nationale durant un certain temps ne signifie pas que cette mesure cesse brusquement de produire cet effet. De même, le fait qu'une mesure peut être "libéralisée" ne signifie pas qu'elle ne bouleverse plus le rapport de concurrence entre les produits d'importation et les produits d'origine nationale. Si, par exemple, un Membre a commencé à accorder une subvention en 1979, cette subvention pourrait encore dix ans plus tard annuler ou compromettre des concessions tarifaires sur les produits subventionnés. De même aussi, si un Membre a commencé à accorder une subvention en 1979, puis en a réduit le montant de moitié pour le bénéficiaire dix ans plus tard, cette subvention pourrait encore alors annuler ou compromettre les concessions tarifaires sur les produits subventionnés.

⁷²⁹Dans l'affaire CEE - Oléagineux, le Groupe spécial a constaté ce qui suit: "Dans les affaires précédentes relevant de l'article XXIII:1 b), les PARTIES CONTRACTANTES ont adopté la même approche: lorsqu'elles ont constaté que des avantages se trouvaient annulés ou compromis, elles se sont fondées sur le fait que les produits pour lesquels une concession tarifaire avait été accordée étaient touchés par une modification défavorable des conditions de concurrence". CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 138-139, paragraphe 150.

6.276 Le Japon rétorque qu'à la différence de l'article III du GATT de 1994, les dispositions de son article II visant les concessions tarifaires n'instituent pas l'égalité des conditions de concurrence entre les produits d'origine nationale et les produits d'importation, puisque, par nature, un droit de douane fait obstacle aux produits importés. Aux fins d'un recours en situation de non-violation, par conséquent, l'avantage des concessions tarifaires résultant de l'article II consiste en l'attente légitime d'une amélioration des conditions de concurrence pour les produits importés par rapport aux conditions de concurrence qui existaient avant l'octroi des concessions tarifaires. De l'avis du Japon, cette analyse cadre avec ce que le Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux a constaté en disant que "[d]ans les précédentes affaires relevant de l'article XXIII:1 b), les PARTIES CONTRACTANTES ont adopté la même approche: lorsqu'elles ont constaté que des avantages se trouvaient annulés ou compromis, elles se sont fondées sur le fait que les produits pour lesquels une concession tarifaire avait été accordée étaient touchés par une modification défavorable des conditions de concurrence".⁷³⁰

2. APERÇU GÉNÉRAL DE L'INCIDENCE DE MESURES SPÉCIFIQUES SUR LA POSITION CONCURRENTIELLE DES IMPORTATIONS

6.277 Selon les Etats-Unis, le 6 juin 1967, alors que le Kennedy Round tirait à sa fin, le Cabinet japonais a annoncé qu'il appliquerait des "contre-mesures" afin de "créer les conditions qui permettront aux entreprises japonaises de livrer concurrence aux entreprises étrangères à armes égales ...".⁷³¹ Pour les Etats-Unis, l'objet des contre-mesures n'était pas d'assurer que les entreprises étrangères puissent soutenir, à armes égales, la concurrence des entreprises japonaises au Japon. De l'avis des Etats-Unis, le Japon cherchait à "empêcher les entreprises étrangères arrivant au Japon après la libéralisation de désorganiser les branches de production nationales en mettant à profit leurs capacités supérieures et de faire des percées dans les secteurs non libéralisés en déjouant les contrôles".⁷³² Les Etats-Unis concluent que la raison d'être des contre-mesures adoptées par le gouvernement japonais était de bouleverser le rapport de concurrence entre entreprises nationales et entreprises étrangères en neutralisant les avantages perçus des entreprises étrangères, à savoir la supériorité que leur donnaient leurs ressources en capital, leur échelle organique et leurs compétences commerciales.⁷³³

6.278 Les Etats-Unis allèguent que le gouvernement japonais a conçu des mesures propres à neutraliser les avantages découlant pour les entreprises étrangères des concessions tarifaires, travaillant en étroite coopération avec l'industrie japonaise pour donner effet à la fermeture du marché japonais:

- i) le MITI et d'autres organes du gouvernement japonais ont mis en oeuvre des contre-mesures en matière de distribution pour limiter la pénétration étrangère du marché japonais par l'intermédiaire des grossistes et des détaillants japonais;
- ii) le MITI a mis en oeuvre la Loi sur les grandes surfaces, en partie, pour limiter le développement des grandes surfaces qui favoriserait la vente de produits importés; et
- iii) la JFTC a mis en oeuvre des contre-mesures en matière de promotion pour qu'il soit plus difficile pour les entreprises étrangères d'attirer les consommateurs japonais vers des produits importés.

⁷³⁰CEE - Oléagineux, pages 138 et 139, paragraphe 150 (non souligné dans l'original).

⁷³¹1967 Cabinet Decision, pages 3 et 4, pièce n° 67-6 des Etats-Unis.

⁷³²Ibid., page 4.

⁷³³Les Etats-Unis notent que, dans son Sixième Rapport intérimaire, le Comité de la distribution a expliqué que les entreprises japonaises étaient inférieures à leurs homologues américaines des points de vue des ressources en capital, de l'échelle organique (mesurée par le nombre de personnes employées, le nombre de magasins, le volume des ventes et le bénéfice net) et des techniques de vente. Sixth Interim Report, page 29, pièce n° 68-8 des Etats-Unis

6.279 Pendant le Tokyo Round, les négociateurs des Etats-Unis ont, une fois encore, attaché un rang de priorité élevé à obtenir du Japon des concessions tarifaires pour les pellicules et papiers photographiques, à la fois noir et blanc et couleur.⁷³⁴ Les Etats-Unis font valoir qu'ayant, à la suite du Kennedy Round, fermé le réseau de distribution primaire, limité le nombre des grandes surfaces de vente au détail qui pouvaient être exploitées et imposé toute une panoplie de restrictions aux promotions, le Japon a néanmoins imposé, après le Tokyo Round, des charges supplémentaires aux grandes surfaces et aux activités de commercialisation.

6.280 Les Etats-Unis indiquent en outre que, pendant le Cycle d'Uruguay, le Japon a consolidé à un taux nul les droits applicables aux pellicules et papiers photographiques couleur.⁷³⁵ Pendant les négociations du Cycle d'Uruguay, les partenaires commerciaux du Japon savaient que le marché japonais était difficile à pénétrer, mais la manière dont les contre-mesures en matière de distribution, la Loi sur les grandes surfaces et les contre-mesures en matière de promotion se combinaient pour neutraliser systématiquement les concessions tarifaires relatives aux pellicules et aux papiers photographiques n'était pas connue. Cet ensemble de contre-mesures en matière de libéralisation a continué de jouer pour annuler ou compromettre les avantages résultant pour les Etats-Unis, pour les raisons suivantes: i) exclusion des circuits primaires de distribution en gros, en raison des contre-mesures en matière de distribution; ii) forte réduction de l'accès aux autres circuits c'est-à-dire grandes surfaces et grossistes secondaires; et iii) impossibilité de fixer les prix et de promouvoir les produits de façon efficace et compétitive, en raison des restrictions imposées au titre de la Loi sur les primes et de la Loi antimonopole.

6.281 Selon les Etats-Unis, le Japon est parvenu à ce résultat moyennant plusieurs mesures.

6.282 Tout d'abord, les Etats-Unis affirment que le Japon a préconisé et mis en oeuvre des conditions générales de vente uniformisées entre fabricants et grossistes, et entre grossistes primaires et grossistes secondaires et détaillants. Ces conditions générales de vente encourageaient l'exclusivité des transactions entre fabricants, grossistes et détaillants japonais de pellicules et de papiers photographiques. Lorsque ces relations d'exclusivité existaient déjà, les modalités encouragées par le gouvernement japonais ont cimenté ces relations. En outre, l'uniformisation des conditions générales de vente entre fabricants et entre grossistes a limité l'aptitude des fabricants étrangers à attirer des grossistes par des conditions plus compétitives. Tout contrat entre un fabricant étranger et un distributeur japonais était automatiquement assujéti à un examen de la JFTC, et l'octroi de conditions plus favorables pouvait être considéré comme pratique commerciale déloyale, en violation de la Loi.

6.283 Deuxièmement, il est allégué que le Japon a eu recours à des "directives" administratives et à l'octroi de moyens de financement à des conditions de faveur pour établir ou consolider l'infrastructure matérielle et les liaisons informatiques entre fabricants et grossistes japonais. Ces liaisons ont rendu plus solides encore les relations verticales fermées existant dans le système japonais de distribution, à l'exclusion des produits étrangers.

6.284 Troisièmement, les Etats-Unis font valoir que le Japon a fait usage de "directives" administratives et de l'octroi de moyens de financement à des conditions de faveur pour limiter l'accès des entreprises

⁷³⁴Les pellicules et papiers couleur ayant remplacé les pellicules et papiers noir et blanc comme produit de consommation majoritaire en 1971 et comme produit de consommation prédominant en 1975, les négociateurs des Etats-Unis ont cherché à obtenir et ont obtenu des réductions encore plus importantes des taux de droit pour les pellicules et papiers couleur (4 pour cent pour chaque) que pour les pellicules et papiers noir et blanc (7,2 pour cent et 6,6 pour cent, respectivement).

⁷³⁵Les Etats-Unis cherchaient à obtenir un plein accès au marché du Japon et ont obtenu des consolidations tarifaires propres à assurer le maintien de cet accès au marché, nonobstant le fait que le Japon avait maintenu, depuis 1990, un taux effectivement appliqué nul.

étrangères à un nouveau circuit de distribution qui a commencé d'apparaître vers la fin des années 60 et au début des années 70, à savoir les laboratoires de développement couleur. Grâce à des prêts subventionnés, le Japon a contribué à assurer que 84 pour cent des laboratoires couleur fassent office de distributeurs captifs pour les fabricants japonais de pellicules, et de marché captif pour les fabricants japonais de papiers photographiques.

6.285 Quatrièmement, selon les Etats-Unis, le Japon a mis en oeuvre, modifié et appliqué de façon énergique des mesures visant à limiter la croissance de ce que les propres rapports du Japon identifiaient comme la menace la plus grave à l'égard de la structure de distribution oligopolistique des fabricants nationaux, c'est-à-dire les grandes surfaces. Les grandes surfaces n'étaient pas seulement un défi à la structure oligopolistique de la distribution, elles constituaient aussi un circuit de distribution de remplacement, potentiellement important, qui pouvait permettre aux pellicules étrangères de contourner le système de distribution en gros exclusif. De l'avis des Etats-Unis, en appliquant strictement les procédures d'ajustement à la fois formel et informel prévues par la Loi, le Japon a très efficacement entravé le développement des grandes surfaces pendant trois décennies.

6.286 Cinquièmement, les Etats-Unis soutiennent que le Japon a beaucoup réduit l'aptitude des entreprises étrangères à utiliser leur envergure financière et leur supériorité commerciale pour attirer les distributeurs et consommateurs japonais vers leurs produits. Le Japon n'a pas seulement fixé de strictes limites aux promotions, il a autorisé le secteur privé japonais à mettre au point et faire respecter ses propres normes, plus strictes encore, et a permis que ces normes plus strictes régissent le marché dans son ensemble.

6.287 Selon les Etats-Unis, le résultat de ces mesures est une structure du marché dans laquelle aucun des grossistes primaires ne commercialise des pellicules ou des papiers étrangers, tandis que les fabricants japonais de pellicules vendent la totalité de leur production par l'intermédiaire de ces grossistes.⁷³⁶ Les désavantages tenant à l'exclusion du circuit principal de distribution sont multiples, les entreprises étrangères n'ayant aucune possibilité de rivaliser avec l'infrastructure, la portée géographique, les relations avec les clients et les économies de gamme dont disposent les grossistes, ou de les recréer.⁷³⁷

6.288 Les Etats-Unis soulignent que les contre-mesures en matière de distribution, la Loi sur les grandes surfaces et les contre-mesures en matière de promotion ont contribué pour une très large part à la mise en place et au maintien, au Japon, d'un système de distribution fermé, dominé par les fabricants nationaux de pellicules et de papiers photographiques. Grâce à une série de mesures, le gouvernement japonais a contribué à la formation, au renforcement et au maintien de liens exclusifs entre fabricants et grossistes, et entre grossistes primaires et grossistes secondaires et détaillants. Le Japon a pris des mesures supplémentaires qui ont protégé ce système contre la concurrence des fournisseurs étrangers et contre

⁷³⁶Des deux fabricants étrangers, Kodak ne réussit à vendre que 15 pour cent de ses pellicules par l'intermédiaire des grossistes secondaires et 25 pour cent par l'intermédiaire des laboratoires couleur; les quantités restantes doivent être vendues directement au détail. Agfa vend au détail la quasi-totalité de ses pellicules.

⁷³⁷Les Etats-Unis demandent au Groupe spécial de s'attacher à déterminer comment ces mesures ont joué sur le marché et comment le gouvernement japonais et le secteur privé se sont concertés pour donner effet aux dites mesures. Les Etats-Unis soulignent que les relations gouvernement/industrie et le recours à des "directives" administratives observés au Japon sont uniques en leur genre. Selon les Etats-Unis, le processus d'"ajustement concerté" implique un degré élevé d'interaction à double sens entre industrie et gouvernement, incluant l'étude des conditions du marché, la coordination nécessaire à la formation d'un consensus, la validation du consensus par le gouvernement par l'annonce de "directives" et la constante surveillance exercée par le gouvernement pour assurer que les "directives" soient mises en oeuvre. S'il est vrai que pour un observateur extérieur l'annonce d'une politique officielle peut ne pas paraître particulièrement contraignante ou énergique, au Japon, toutefois, la participation multiforme du gouvernement, la surveillance, les pressions émanant des pairs et le potentiel d'actions supplémentaires de caractère formel ou informel ont beaucoup de force.

le développement d'autres circuits, tels que grandes surfaces et laboratoires, pour la distribution de pellicules et de papiers photographiques importés. Les Etats-Unis estiment qu'ils expliquent de façon détaillée la manière dont chacune de ces mesures contribue aux résultats en question, y compris:

- i) en infléchissant l'équilibre entre fabricants et grossistes sous le rapport du pouvoir économique (à travers la réduction des délais de paiements);
- ii) en créant une incitation à l'achat en grandes quantités et à l'exclusivité du circuit (remises sur quantité, ristournes);
- iii) en gelant la capacité des firmes étrangères d'offrir des conditions plus compétitives aux grossistes (à travers l'uniformisation des conditions générales de vente, la notification des marchés internationaux, la Circulaire n° 17 de la JFTC et les dispositions de base comparables de la Loi antimonopole);
- iv) en renforçant l'intégration des fabricants nationaux avec les grossistes et leur contrôle sur eux (à travers les liaisons électroniques et les installations de distribution communes);
- v) en limitant pour les firmes étrangères les possibilités de recourir à d'autres circuits de distribution (à travers les subventions accordées aux laboratoires et la Loi sur les grandes surfaces);
- vi) en réduisant la concurrence à une position dominante des fabricants dans la structure de la distribution en cassant les grandes surfaces (à travers la Loi sur les grandes surfaces); et
- vii) en étouffant la capacité des fabricants étrangers de mettre à profit leurs atouts pour la promotion de leurs produits (à travers les contre-mesures en matière de promotion).

6.289 Les Etats-Unis allèguent qu'ils apportent des preuves non seulement de la manière dont ces mesures ont contribué à créer, depuis 30 ans, un système de distribution verticalement intégré, mais aussi du rôle décisif que ces mesures ont joué dans le maintien de ce système jusqu'à présent. Les Etats-Unis font aussi valoir qu'ils démontrent qu'en conséquence des mesures appliquées par le Japon les conditions de la concurrence, pour ce qui est de la distribution et de la vente des pellicules photographiques, y ont été modifiées au détriment des produits importés.

6.290 Selon le Japon, pour montrer que la "mesure" en question est en train de bouleverser la position concurrentielle des produits importés, il faudrait que soient établis les trois points suivants:

- 1) si ce sont les mesures elles-mêmes, non les conditions du marché, qui sont en train de bouleverser la position concurrentielle des importations;
- 2) si la partie plaignante a ou non démontré l'existence d'un lien de causalité clair entre les mesures alléguées et des conditions de concurrence défavorables aux importations;
- 3) si les conditions de concurrence au titre de la mesure en question telle qu'elle existe aujourd'hui sont ou non moins favorables aux importations que les conditions de concurrence au titre de la mesure telle qu'elle existait à l'époque des concessions tarifaires pertinentes.

6.291 Pour ce qui est du premier point, le Japon souligne que les mesures alléguées ne font, ni explicitement ni implicitement, aucune distinction entre les produits selon leur pays d'origine, et ne font pas non plus la moindre distinction entre les produits en fonction de quelque caractéristique du produit que ce soit. De l'avis du Japon, ces traits montrent bien que les mesures alléguées ne bouleversent pas les conditions de concurrence pour les importations.

6.292 En ce qui concerne la nécessité de démontrer l'existence d'un lien de causalité, le Japon note que les conditions du marché existantes ou les courants commerciaux existants résultent de divers facteurs tels que forces du marché et pratiques privées, sur lesquelles le gouvernement n'a aucun pouvoir. Le Japon explique que déterminer l'annulation ou la réduction de l'avantage par déduction à partir des

conditions régnant sur le marché ou des courants commerciaux, dont il est allégué qu'ils démontrent l'existence d'un tort commercial effectif, pourrait aboutir à cette conséquence qu'un gouvernement serait tenu pour responsable de ce qui ne dépend en rien de lui. Le Japon maintient donc que l'examen juridique devrait porter essentiellement sur les mesures elles-mêmes, non sur les conditions du marché ou les courants commerciaux.

6.293 En ce qui concerne le troisième point, le Japon souligne que, contrairement à l'article III du GATT, les concessions tarifaires accordées au titre de l'article II du GATT n'établissent pas l'égalité des conditions de concurrence entre produits nationaux et produits importés, puisqu'un droit de douane est, par nature, un obstacle aux produits importés. Aux fins d'un recours en situation de non-violation, l'avantage résultant des concessions tarifaires au titre de l'article II consiste donc en l'attente légitime que les conditions de concurrence s'amélioreront, pour les produits importés, par rapport aux conditions de concurrence qui régnaient avant les concessions tarifaires. De l'avis du Japon, cette analyse est compatible avec la constatation du Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux, qui a déclaré que "[d]ans les affaires précédentes relevant de l'article XXIII:1 b), les PARTIES CONTRACTANTES ont adopté la même approche: lorsqu'elles ont constaté que les avantages se trouvaient annulés ou compromis, elles se sont fondées sur le fait que les produits pour lesquels une concession tarifaire avait été accordée étaient touchés par une modification défavorable des conditions de concurrence".⁷³⁸

3. "CONTRE-MESURES" EN MATIERE DE DISTRIBUTION

6.294 Selon les Etats-Unis, à l'époque où le Japon a commencé à libéraliser ses droits de douane et restrictions quantitatives applicables aux pellicules et papiers photographiques, un fabricant étranger s'efforçant de pénétrer dans le système de distribution du Japon ne pouvait investir dans une entreprise japonaise de distribution, ni donner des prix, cadeaux, sommes d'argent ou autres primes à un distributeur japonais - autres que de caractère purement symbolique - et ne pouvait offrir à un distributeur des conditions générales de vente plus compétitives sans les faire connaître à la JFTC et risquer une action au titre de la Loi antimonopole. Même une simple réduction de prix pouvait déclencher automatiquement un examen au titre des dispositions relatives à la notification de marchés internationaux, et risquer de provoquer une affaire pour "dumping" ou pratique commerciale déloyale au titre de la Loi antimonopole. Parallèlement, le resserrement des conditions de paiement, les ristournes et les escomptes de volume continuaient de contribuer - en même temps que d'autres aspects de la politique de "systématisation" tels que liens en matière d'information et intégration matérielle de la distribution - à établir et consolider des relations verticales d'exclusivité dans le système japonais de distribution des pellicules et papiers photographiques. Ces obstacles ont empêché les fabricants étrangers de créer ou de maintenir des relations avec des grossistes japonais qui puissent leur fournir un accès intéressant au marché japonais. Le maintien de ces obstacles pendant près de trois décennies a permis aux fabricants japonais de maintenir leur domination sur le système de distribution en gros, à l'exclusion presque complète des fournisseurs étrangers. Les aspects factuels de ces mesures sont également décrits dans la section B de la partie II et, avec plus de détails, dans la section A de la partie V.

a) Evolution des politiques de systématisation, de rationalisation et de normalisation de la distribution

6.295 Décision du Cabinet de 1967: les Etats-Unis estiment qu'en juin 1967 le Cabinet japonais a approuvé le recours à des contre-mesures en matière de distribution⁷³⁹ pour empêcher les entreprises

⁷³⁸CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, page 139, paragraphe 150.

⁷³⁹Le Japon s'oppose fermement à l'expression "contre-mesures en matière de distribution" ("distribution countermeasures") employée par les Etats-Unis. Voir le problème de traduction n° 1.

étrangères de pénétrer sur le marché japonais par l'intermédiaire des distributeurs japonais.⁷⁴⁰ Pour mettre en oeuvre cette partie de la décision du Cabinet, le MITI, la JFTC, l'Agence des petites et moyennes entreprises (SMEA) et la Banque japonaise de développement (JDB) ont mis au point une série de contre-mesures qui: 1) limitaient l'aptitude des entreprises étrangères à user d'incitations économiques pour induire les distributeurs japonais à vendre leurs produits; 2) encourageaient la "systématisation" des grossistes en circuits de distribution contrôlés par le fabricant, notamment par le recours à des conditions générales de vente uniformisées excluant les entreprises étrangères des principaux circuits de distribution; et 3) finançaient le développement de ces circuits exclusifs de distribution. Les Etats-Unis allèguent que ces contre-mesures en matière de distribution ont bouleversé les conditions de concurrence entre produits importés et nationaux après l'achèvement du Kennedy Round.

6.296 Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC: en mai 1967, la JFTC a publié la Circulaire n° 17 qui fixait un plafond de 100 000 yen à la prime qu'un fabricant pouvait accorder à un grossiste ou à un détaillant (ou qu'un grossiste primaire pouvait accorder à un grossiste secondaire ou à un détaillant) dans le cours d'une même année, pour tous produits commercialisés entre eux.⁷⁴¹ Les Etats-Unis allèguent que, même si elle était applicable aux entreprises nationales aussi bien qu'étrangères, la limite de 100 000 yen bouleversait le rapport de concurrence entre les unes et les autres. Les entreprises étrangères qui pénétraient sur le marché japonais ou essayaient de développer leur part du marché ne pouvaient investir dans leurs propres réseaux de distribution et devaient entrer en concurrence avec les fabricants japonais pour que les grossistes et les distributeurs en place vendent leurs produits. La Circulaire n° 17 limitait l'aptitude des entreprises étrangères à faire une offre plus avantageuse que les entreprises japonaises dans la concurrence qui avait pour objet les distributeurs japonais en fixant un plafond arbitrairement bas au montant des primes qu'un fabricant pouvait accorder à un grossiste ou à un détaillant au cours d'une même année. La Circulaire n° 17 de la JFTC n'était applicable qu'aux offres de marchandises. Les offres à bas prix, ristournes et offres de produits pouvant servir aux activités promotionnelles des autres parties n'étaient pas incluses dans le champ d'application de la réglementation.

6.297 Sixième Rapport intérimaire de 1968 les Etats-Unis notent qu'en août 1968 le Sixième Rapport intérimaire du Comité de la distribution du MITI a recommandé la "rationalisation des conditions générales de vente", autre moyen d'empêcher les entreprises étrangères de pénétrer sur le marché japonais par l'intermédiaire du système de distribution.⁷⁴² Spécifiquement, il a recommandé i) d'uniformiser les conditions générales de vente, ii) de rationaliser la logistique de distribution⁷⁴³, et iii) d'apporter des améliorations à l'environnement de distribution.⁷⁴⁴ L'objectif était d'améliorer l'efficacité des circuits de distribution du Japon et, surtout, d'en donner le contrôle aux fabricants nationaux.⁷⁴⁵ En 1969, un comité du MITI chargé de l'uniformisation des conditions générales de vente a été créé et a reçu pour mission de mettre au point, pour chaque secteur, des conditions générales de vente applicables à onze produits, y compris les pellicules.

⁷⁴⁰1967 Cabinet Decision, page 6, pièce n° 67-6 des Etats-Unis.

⁷⁴¹JFTC Notification 17, 20 mai 1967, page 1, pièce n° 67-4 des Etats-Unis.

⁷⁴²Industrial Structure Deliberation Council - Distribution Modernization Outlook and Issues (Sixth Interim Report), 27 juillet 1968, page 39, pièce n°68-8 des Etats-Unis.

⁷⁴³Sixth Interim Report, page 33, pièce n°68-8 des Etats-Unis.

⁷⁴⁴Ibid., page 33.

⁷⁴⁵Ibid., page 36.

6.298 Septième Rapport intérimaire de 1969. Les Etats-Unis affirment que, dans son Septième Rapport intérimaire, le Comité de la distribution du MITI a noté que "les efforts concertés du gouvernement et du secteur privé devraient tendre vers la systématisation pour faire contrepoids à la libéralisation des mouvements de capitaux".⁷⁴⁶ Il a recommandé: i) de créer un "Conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution" comprenant des spécialistes, des fabricants, des grossistes, des détaillants et des informaticiens, chargé d'établir un consensus quant à la direction fondamentale que devait prendre la systématisation des activités de distribution; ii) de consacrer des recherches à la systématisation de la distribution, et de promouvoir cette systématisation; et iii) de donner, grâce à des prêts ou à un régime fiscal spécial, des incitations financières propres à soutenir la systématisation.⁷⁴⁷

6.299 Lignes directrices de 1970 concernant les conditions générales de vente. En 1970, le MITI a publié des "Lignes directrices concernant l'uniformisation des conditions générales de vente des pellicules photographiques", établissant des normes pour l'ensemble du secteur applicables, par exemple, aux contrats de vente, aux escomptes, aux ristournes, à la fréquence des livraisons et aux quantités minimales à livrer, aux rendus, aux conditions de paiement et aux employés détachés.⁷⁴⁸ Les Etats-Unis affirment que l'application des Lignes directrices de 1970 bouleversent le rapport de concurrence entre les fournitures photographiques d'importation et d'origine nationale de plusieurs manières, ainsi qu'il est examiné de façon détaillée ci-dessous.⁷⁴⁹

⁷⁴⁶Distribution Systemization - Industrial Structure Council Distribution Committee (Seventh Interim Report 1969), 22 juillet 1969, page 46, pièce n° 69-4 des Etats-Unis.

⁷⁴⁷Ibid., page 54, pièce n°69-4 des Etats-Unis. Dans son Neuvième Rapport intérimaire, le Comité de la distribution a présenté le Septième Rapport intérimaire comme "un remarquable schéma directeur visant à réformer le secteur de la distribution". Industrial Structure Deliberation Council -Distribution for the 1970s (Ninth Interim Report), 22 juillet 1971, pièce n° 71-9 des Etats-Unis.

⁷⁴⁸Pour une description plus détaillée des Lignes directrices de 1970, voir la partie II.B.2 c), la partie IV.A.5 b) et la pièce n°70-4 des Etats-Unis.

⁷⁴⁹Voir, entre autres choses, les sous-sections b) à d) de la présente partie VI.D.3.

6.300 Règlements de 1971 concernant la notification des marchés internationaux les Etats-Unis allèguent que les "Règlements concernant la notification des conventions internationales relatives à des marchés"⁷⁵⁰ de 1971 exigent que tout marché conclu entre un fabricant étranger et un grossiste japonais soit notifié à la JFTC. Cette prescription en matière de notification permet à la JFTC de voir si le fabricant étranger offre des conditions générales de vente plus compétitives, s'écartant de la norme du secteur et, s'il en est ainsi, d'envisager une action au titre de la Loi antimonopole.

6.301 Plan de base de 1971 concernant la systématisation de la distribution: les Etats-Unis affirment que le Conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution⁷⁵¹ a publié un "Plan de base concernant la systématisation de la distribution" en juillet 1971. Ce plan indiquait qu'il était urgent de procéder à la modernisation de la distribution, compte tenu des contre-mesures en matière de libéralisation des mouvements de capitaux⁷⁵², expliquait que l'ensemble du processus de distribution devait être considéré comme un seul système, et demandait aux différentes industries d'appliquer des conditions générales de vente rationnelles de manière à empêcher tout bouleversement attribuable à des entreprises à capitaux étrangers.⁷⁵³

6.302 Manuel de 1975 concernant la systématisation de la distribution d'appareils photo et de pellicules les Etats-Unis font observer que le Centre du MITI pour le développement de la systématisation de la distribution, mis en place en 1972 en application du Plan de base de 1971, a publié en 1975 un "Manuel concernant la systématisation de la distribution d'appareils photo et de pellicules".⁷⁵⁴ Ce Manuel soulignait la nécessité d'empêcher les fabricants étrangers de conquérir des parts de marché pour les produits importés en consolidant les liaisons producteurs-distributeurs, de façon à améliorer l'aptitude des fabricants japonais à résister aux filiales à capitaux étrangers.⁷⁵⁵ Spécifiquement, le Manuel i) conseillait aux entreprises de maintenir des "prix appropriés" ainsi que des marges correctes d'escompte et de ristourne, de rationaliser les conditions de paiement et d'améliorer les systèmes de commande et de livraison; ii) recommandait que les secteurs des appareils photo et des pellicules améliorent leurs systèmes d'information de manière à faciliter la communication interentreprises et à améliorer l'accès aux informations commerciales importantes; iii) recommandait la création d'une association professionnelle et d'un comité lié au gouvernement qui recommanderait des projets de systématisation pour financement par le gouvernement.

6.303 Selon les Etats-Unis, pendant les négociations du Cycle d'Uruguay, les partenaires commerciaux du Japon producteurs de fournitures photographiques savaient que le marché japonais était difficile à pénétrer mais la manière dont les contre-mesures en matière de distribution, la Loi sur les grandes surfaces et les contre-mesures en matière de promotion se combinaient pour neutraliser systématiquement les concessions tarifaires n'était pas connue. De l'avis des Etats-Unis, cet ensemble de contre-mesures en

⁷⁵⁰JFTC, Rule Regarding International Agreement on International Contract Notification, Rule No. 1, 12 avril 1971 pièce n°71-6 des Etats-Unis.

⁷⁵¹Ce conseil a été mis en place en application des recommandations du Septième Rapport intérimaire, 8 septembre 1970.

⁷⁵²The Basic Plan, page 2, pièce n°71-10 des Etats-Unis.

⁷⁵³Ibid., page 10.

⁷⁵⁴MITI, Manual for Systemization of Camera and Film Distribution, mars 1975, pages 2 à 15 et page 48 ("1975 Manual"), pièce n° 75-5 des Etats-Unis.

⁷⁵⁵Le Manuel décrivait les modifications intervenues dans le secteur depuis le début des années 60, qui correspondaient aux modifications que le gouvernement japonais avait encouragées par divers textes d'orientation entre 1967 et 1975: par exemple, les distributeurs ont commencé à régler le solde de leur compte chaque mois et, dans la plupart des cas, ont cessé de vendre des produits concurrents.

matière de libéralisation a continué de jouer pour annuler ou compromettre les avantages résultant pour les Etats-Unis non seulement du Cycle d'Uruguay, mais aussi du Tokyo Round et du Kennedy Round.

b) Objectifs fondamentaux de l'adoption de conditions générales de vente

6.304 Selon les Etats-Unis, le Japon a fait obstacle à l'investissement étranger dans le secteur de la distribution pour assurer que les fabricants étrangers ne puissent pas établir leurs propres réseaux de distribution tant que les fabricants japonais n'avaient pas eux-mêmes restructuré leurs réseaux de distribution pour les rendre plus efficaces. Pour les Etats-Unis, le Japon a spécifiquement cherché à neutraliser un avantage compétitif des importations et à empêcher les distributeurs étrangers d'acquérir des distributeurs japonais, et de pénétrer en amont dans la fabrication et en aval dans la vente au détail.⁷⁵⁶ De l'avis des Etats-Unis, la restructuration du secteur de la distribution entreprise par le Japon était davantage qu'un simple effort visant à rendre le système plus efficace dans l'intérêt des fabricants nationaux. Le Japon s'est employé à mettre les distributeurs hors de la portée des fabricants étrangers grâce à une politique de "systématisation" qui favorisait les keiretsu verticaux en matière de distribution. Le Japon a cherché à assurer que les distributeurs restent, pour les fabricants étrangers, hors d'atteinte, grâce à ses politiques visant à l'uniformisation des conditions générales de vente, et aux mesures visant à limiter la possibilité de recourir à des réseaux de distribution différents, tels que les laboratoires et les grandes surfaces.

6.305 Le Japon a fait valoir que pendant les trois décennies écoulées le MITI a inlassablement cherché à encourager la modernisation du système japonais de distribution pour toute une gamme de raisons légitimes qui, pour l'essentiel, n'avaient rien à voir avec la libéralisation des mouvements de capitaux ou la concurrence des produits importés. Dans la mesure où les politiques du MITI en matière de distribution étaient partiellement une réponse à la libéralisation des mouvements de capitaux, elles étaient motivées par le désir de moderniser un secteur relativement retardataire de l'économie et d'en renforcer la compétitivité, non d'entraver l'accès des importations à ce secteur retardataire. Promouvoir la compétitivité des branches d'activité nationales est une pratique courante dans tous les pays du monde. Le Japon souligne qu'il a cherché à promouvoir l'efficacité et la compétitivité de ses branches d'activité nationales, non à faire obstacle aux importations. De l'avis du Japon, la modernisation de la distribution, qui a servi à l'origine à en promouvoir l'efficacité et à faire face aux pressions inflationnistes, aiderait aussi le secteur japonais de la distribution à soutenir la concurrence des capitaux étrangers. L'objectif était d'assurer une véritable concurrence sur le marché intérieur, en améliorant l'efficacité du secteur national de la distribution.

6.306 En réponse à l'argument du Japon selon lequel celui-ci se proposait seulement de promouvoir l'efficacité et non de protéger les fabricants nationaux, les Etats-Unis font valoir que, si le Japon avait eu pour objectif véritable de promouvoir l'efficacité, il aurait dû accueillir favorablement les investissements étrangers dans le secteur de la distribution, plutôt que d'en faire le dernier des secteurs libéralisés. Selon les Etats-Unis, les distributeurs étrangers étaient de quatre à sept fois plus efficaces que les distributeurs nationaux. Ces distributeurs étrangers efficaces auraient pu contribuer substantiellement à la modernisation du système japonais de distribution qui était encore très peu efficace. Or le Japon avait choisi de reporter à 1976 l'investissement à 100 pour cent étranger dans de nouvelles entreprises de distribution, et à 1979 le même type d'investissement dans les entreprises de distribution existantes, et, pour de tels investissements, il avait maintenu la prescription d'approbation préalable jusqu'en 1985 et la prescription de notification préalable jusqu'aux années 90. Le Septième Rapport intérimaire reconnaissait explicitement que des intérêts étrangers accéléreraient la modernisation, mais parvenait à la conclusion qu'il fallait "encourager", dans la politique du MITI, "la mise au point d'un système

⁷⁵⁶Sixth Interim Report, pièce n° 68-8 des Etats-Unis, page 22.

suffisamment apte à résister aux systèmes rationnels introduits par les capitaux étrangers".⁷⁵⁷ Les Etats-Unis notent aussi que les analyses des universitaires japonais étayaient la conclusion des Etats-Unis selon laquelle le principal objectif de la politique de systématisation n'était pas l'efficacité mais l'exclusion des produits étrangers grâce au renforcement des keiretsu de distribution.⁷⁵⁸

6.307 Le Japon répond que la libéralisation multilatérale des échanges ou des investissements est un processus qui prend généralement un certain temps, et ménage les transitions nécessaires pour éviter à l'économie nationale des chocs excessifs. Le Japon ayant recherché la modernisation de manière que son secteur de distribution puisse soutenir la concurrence dans des conditions d'égalité une fois la pleine libéralisation réalisée, sa politique de modernisation de la distribution ne peut être considérée comme le signe d'une intention protectionniste.⁷⁵⁹ Le Japon souligne que le MITI voyait dans le retard du secteur de la distribution un "talon d'Achille" qui mettrait les fabricants nationaux dans l'impossibilité de soutenir la concurrence de produits étrangers.⁷⁶⁰ Spécifiquement, le point préoccupant était que les fabricants nationaux seraient limités aux circuits de distribution existants tandis que les producteurs étrangers, en l'absence de toute restriction aux mouvements de capitaux, seraient en mesure de choisir entre utiliser les circuits de distribution japonais existants ou construire leurs propres circuits de distribution modernes (et exclusifs).

6.308 De l'avis des Etats-Unis, le gouvernement japonais et le secteur privé étaient bien conscients du potentiel que représenteraient des conditions générales de vente uniformisées, s'ajoutant à l'examen au titre de la Loi antimonopole, dès lors qu'il s'agissait de repousser les entreprises étrangères. Pour les Etats-Unis, les documents du gouvernement japonais, tout comme les études consacrées par des universitaires à la politique de systématisation, ne laissent aucun doute quant à l'intention qui était celle du Japon, à savoir de créer et de soutenir des circuits de distribution liés verticalement, dominés par le fabricant national.⁷⁶¹ Cela apparaît à l'évidence si l'on considère les affirmations répétées dans les principales enquêtes, études, et "directives" datant de l'époque où le Japon poursuivait ses politiques en matière de conditions générales de vente de manière à isoler le système de distribution des fournitures photographiques de la concurrence étrangère en encourageant les keiretsu verticaux:

a) Selon les Etats-Unis, en 1967, le Conseil de l'investissement étranger a publié un rapport dans lequel il était affirmé que les entreprises étrangères "seraient souvent assujetties à la réglementation prévue au titre de la Loi antimonopole" parce que leur envergure financière leur permettrait de se lancer agressivement dans la concurrence au Japon. Le même rapport recommandait l'élaboration de "normes"

⁷⁵⁷Seventh Interim Report, pièce n° 69-4 des Etats-Unis.

⁷⁵⁸Sasaki Yasuyuki, *Distribution Policies in Japan and the West*, 16 juin 1995, pièce n° 95-12 des Etats-Unis; Takeshi Shirahige, *Current Distribution Issues in Modern Japan*, Tokyo, 26 février 1974, page 108, pièce n° 74-1 des Etats-Unis.

⁷⁵⁹Le Japon avait imposé des restrictions en matière de mouvement des capitaux par le moyen de réserves légitimes au titre du Code de la libération des mouvements de capitaux de l'OCDE, et le calendrier de libéralisation était pleinement compatible avec les obligations découlant pour le Japon de ce Code.

⁷⁶⁰Le Japon souligne que les circuits de distribution existants ne sont pas perçus comme des "joyaux de la couronne", mais comme un "talon d'Achille".

⁷⁶¹Par exemple, l'examen par la JFTC de la "keiretsu-ka" (keiretsunisation) de la distribution, d'août 1969. Ce document utilise le terme "système" ou le terme ou concept "keiretsunisation", de façon interchangeable. Pièce n° 69-8 des Etats-Unis, page 3.

explicites en matière de pratiques commerciales loyales et déloyales pour contribuer à régler les investissements étrangers.⁷⁶²

b) En 1968, le Sixième Rapport intérimaire du Comité de la distribution a reconnu que l'investissement étranger pouvait promouvoir l'efficacité de plus d'une façon.⁷⁶³ Le rapport parvenait toutefois à la conclusion qu'il y avait de très graves inconvénients à libéraliser l'investissement dans le secteur de la distribution, notamment que "[l'o]n pourrait dominer le secteur manufacturier si l'on contrôlait les circuits de vente, ce qui réduirait l'industrie japonaise à un rôle de sous-traitance internationale".⁷⁶⁴

c) En 1969, un éminent spécialiste japonais de la politique de concurrence, membre du Conseil de l'investissement étranger, a publié un article allant dans le même sens.⁷⁶⁵

d) En 1969, il était affirmé dans le Septième Rapport intérimaire que, grâce à la systématisation, "il se formerait probablement un plus grand nombre de systèmes dans lesquels les circuits du keiretsu seraient organisés selon les orientations données par le fabricant"⁷⁶⁶ et "... qui intégreraient systématiquement la totalité des différents aspects de la production, du développement et des services [de distribution]".⁷⁶⁷

e) Les Lignes directrices de 1970 du MITI indiquaient que les conditions générales de vente aideraient à résister aux incursions du capital étranger: "... Afin d'éviter que des entreprises étrangères ne viennent perturber l'ordre commercial établi, les règles régissant les conditions générales de vente doivent être précisées".⁷⁶⁸

f) Le Plan de base de 1971 concernant la systématisation de la distribution apportait la même précision.⁷⁶⁹ Il indique bien que les liaisons verticales sont l'objectif: "[l']important ici est de considérer tout le processus de distribution, de la production à la consommation, comme un seul système"⁷⁷⁰ et "il y a lieu de considérer chacun des secteurs de la branche d'activité comme un "système fermé" et de réaliser, dans ce cadre, une coordination systématique de la production, de la distribution et de la

⁷⁶²Pièce n° 67-5B des Etats-Unis.

⁷⁶³Pièce n° 68-8 des Etats-Unis, page 7.

⁷⁶⁴Pièce n° 68-8 des Etats-Unis, page 8.

⁷⁶⁵"Lorsque des filiales à capitaux étrangers accorderont, de manière déloyale, des préférences à des sociétés avec [lesquelles elles ont] des relations spéciales ou à leurs propres grossistes primaires ... en termes de prix ou de conditions générales [de vente], elles tomberont de ce fait sous le coup de la réglementation" prévu au titre de la Loi antimonopole. Iyori Hiroshi, Basic Approach Capital Liberalization and Antimonopoly Law: Basic Approach, Types of Regulation, Sample Cases, Zaikai Keizai Koho, n° 1332-1333, 24 novembre 1969, pages 6 et 7, pièce n° 69-7 des Etats-Unis.

⁷⁶⁶Pièce n° 69-4 des Etats-Unis, page 7.

⁷⁶⁷Pièce n° 68-8 des Etats-Unis, page 4.

⁷⁶⁸1970 Guidelines on the Standardization of Transaction Terms for the Photo Film Industry, pièce n° 70-4 des Etats-Unis.

⁷⁶⁹"Compte tenu de la libéralisation des mouvements de capitaux dans le secteur de la distribution, il conviendrait de préciser ce que sont des conditions générales de vente rationnelles afin d'empêcher que des filiales à capitaux étrangers ne viennent bouleverser l'ordre commercial [établi]". Pièce n° 71-10 des Etats-Unis, page 10.

⁷⁷⁰Ibid.

consommation".⁷⁷¹ Le Plan de base soulignait que l'uniformisation des conditions générales de vente et l'établissement de liaisons électroniques interentreprises seraient très utiles à la systématisation recherchée. Il indiquait aussi que le Comité du MITI chargé de l'uniformisation des conditions générales de vente avait élaboré des conditions générales de vente uniformisées pour les différents secteurs comme celui des pellicules, et que le MITI "cherchera[it] à s'assurer la coopération des groupes pertinents de la branche d'activité afin d'élaborer des accords types incorporant la substance de ces lignes directrices".⁷⁷²

g) En 1971, une revue professionnelle de photographie expliquait à ses lecteurs que "les lignes directrices établies par le Ministère du commerce extérieur et de l'industrie en vue de la normalisation des conditions générales de vente constituent ce que l'on pourrait appeler une "vaccination" ... Par exemple, des ristournes uniformes ont été adoptées, de manière que l'on puisse faire obstacle, grâce à l'application de la Loi antimonopole, à l'emploi par les capitaux étrangers de ristournes autres que les ristournes uniformes".⁷⁷³

h) Le Manuel de 1975 soulignait que, parmi les principales questions auxquelles l'industrie japonaise des pellicules photographiques devait faire face, il fallait citer "la libéralisation des mouvements de capitaux et des échanges" et "le débarquement des Etats-Unis au Japon". Il faisait état de la "nécessité urgente d'améliorer la structure des entreprises de fabrication, pour qu'elles atteignent une capacité leur permettant de résister aux filiales à capitaux étrangers" et recommandait plusieurs actions allant dans le sens de la "systèmeatisation", y compris l'"uniformisation des conditions générales de vente".⁷⁷⁴

i) Un article d'une revue professionnelle de 1976 notait que la libéralisation à 100 pour cent des mouvements de capitaux était "l'événement que les fabricants [japonais] de fournitures photosensibles redoutaient le plus", et que dans la perspective de cet événement les fabricants japonais avaient "demandé au gouvernement d'appliquer des mesures axées sur la promulgation de mesures antimonopoles propres à empêcher des entreprises multinationales gigantesques de dominer l'industrie japonaise".

6.309 Le Japon insiste sur le fait que les politiques du MITI en matière d'escomptes et de ristournes de volume ne répondaient pas à une intention protectionniste. L'objectif du MITI était d'augmenter l'efficacité de la distribution. Comme les ventes portant sur des volumes importants abaissaient les coûts de distribution, les escomptes de volume, à condition d'être utilisés de façon transparente, pouvaient contribuer à un utile abaissement des coûts. Le MITI n'a jamais encouragé les ristournes progressives, et a insisté pour que toutes les ristournes soient maintenues au minimum. Par exemple, le Japon soutient que la Décision de 1967 du Cabinet ne témoigne pas d'un souci de barrer la voie aux fabricants étrangers. Si l'enquête de 1969 reconnaît le rôle de Kodak comme facteur de concurrence dans cette industrie, elle ne recommande aucunement de maintenir les circuits de distribution "hors de la portée des fabricants étrangers". L'enquête de 1969 mentionne simplement les problèmes qui surgiront si de nouveaux acteurs entrant sur le marché y introduisent des conditions générales de vente irrationnelles.

6.310 Le Japon conclut qu'un autre objectif de la rationalisation des conditions générales de vente était de contribuer à assurer une concurrence loyale sur le marché. En fixant un cadre général empêchant les sociétés d'abuser de leur position dominante, mais en laissant à la négociation cas par cas le soin de

⁷⁷¹Ibid., page 6.

⁷⁷²Ibid.

⁷⁷³Pièce n° 71-11 des Etats-Unis.

⁷⁷⁴1975 Manual for the Systemization of Distribution by Industry (Camera - Film), pièce n° 75-5 des Etats-Unis, pages 121 et 122.

déterminer les conditions spécifiques, le MITI cherchait à homogénéiser les règles, de manière que les entreprises étrangères et nationales puissent se faire concurrence loyalement, à armes égales.

c) Position concurrentielle des produits importés

6.311 De l'avis des Etats-Unis, par cette gamme de rapports et d'institutions expertes spécialisées, le MITI a chargé l'industrie de mettre en place des circuits de distribution verticaux contrôlés par les fabricants japonais et lui a donné des instructions quant aux modalités à suivre pour parvenir à cet objectif. Les "directives" du gouvernement japonais jouaient un rôle essentiel pour ce qui était d'établir des liens entre fabricants nationaux de pellicules et de papiers et grossistes, et entre grossistes et détaillants, dans de grands complexes commerciaux exclusifs dépendant de chaque fabricant japonais. Le Japon a encouragé, agrandi et renforcé ces circuits exclusifs, c'est-à-dire mené à bien le processus de systématisation, pour empêcher les entreprises étrangères de se livrer à la concurrence sur le marché japonais et pour protéger les fabricants japonais contre la concurrence étrangère. Les structures production-distribution qu'il avait encouragées en recourant largement à des mesures gouvernementales, notamment à des "directives" administratives et à des ressources gouvernementales, empêchaient l'accès des produits étrangers aux circuits essentiels de distribution ou leur faisaient largement obstacle. Les Etats-Unis allèguent qu'en facilitant la vente des produits nationaux tout en établissant, par la systématisation de la distribution, des "barrages" empêchant la vente de produits importés, le Japon a gravement bouleversé les conditions de concurrence qui auraient dû s'instaurer sur le marché japonais et qui auraient permis aux importations en provenance des Etats-Unis (et d'autres pays) de tirer parti des concessions tarifaires accordées par le Japon lors du Kennedy Round.

i) Lignes directrices de 1970 et conditions générales de vente

6.312 Les Etats-Unis allèguent que l'uniformisation des conditions générales de vente a restreint l'aptitude des fabricants étrangers à proposer des conditions compétitives aux grossistes japonais.

6.313 Premièrement, les Etats-Unis font valoir que les Lignes directrices de 1970, en fixant des conditions générales de vente uniformes, ont limité l'aptitude des entreprises étrangères à faire des offres plus intéressantes que leurs concurrentes japonaises. Les entreprises étrangères ne pouvaient contourner les Lignes directrices parce que le gouvernement japonais surveillait la manière dont l'industrie les respectait. Le MITI a déclaré qu'il s'attendait que l'industrie se conformerait volontairement aux Lignes directrices et a donné pour instruction à l'Association des professionnels du secteur des fournitures photographiques de présenter au MITI un rapport d'activité dans un délai de cinq mois.⁷⁷⁵ En outre, les conditions générales de vente entre fabricants et grossistes devaient être énoncées clairement dans leurs contrats de vente⁷⁷⁶, ce qui voulait dire que la JFTC pouvait s'assurer que les Lignes directrices étaient respectées lorsqu'elle examinait des marchés faisant intervenir des entreprises étrangères, conformément à ses "Règlements concernant la notification des conventions internationales relatives à des marchés".⁷⁷⁷ Une fois les conditions générales de vente uniformisées, il est plus facile pour la JFTC de constater que

⁷⁷⁵Fuji Translation, Rewriting History, Willkie Farr & Gallagher for Fuji Photo Film Co., Ltd., 31 juillet 1995, pièce n° 70-3 des Etats-Unis.

⁷⁷⁶En présentant les conditions générales uniformisées à l'industrie des fournitures photographiques, le MITI a expliqué que, "pour éviter que des sociétés étrangères ayant une énorme capacité d'investissement ne viennent bouleverser l'ordre commercial établi, il fallait énoncer clairement des conditions générales de vente raisonnables". MITI Guidelines, reprinted in Rewriting History, Tab 11, page 9, pièce n° 70-3 des Etats-Unis.

⁷⁷⁷JFTC, Rule Regarding International Agreement on International Contract Notification, Rule No. 1, 12 avril 1971, pièce n° 71-6 des Etats-Unis.

des conditions générales de vente s'écartant des conditions uniformes sont des pratiques commerciales déloyales au titre de la Loi antimonopole.

6.314 Deuxièmement, les Etats-Unis affirment que les Lignes directrices ont raccourci les délais de paiement, ce qui renforce la puissance financière des fabricants japonais aux dépens des grossistes, et met les fabricants nationaux en meilleure position pour repousser la pénétration étrangère. Avant l'adoption des conditions générales de vente uniformisées, la concurrence obligeait les fabricants japonais à permettre aux grossistes et aux détaillants de présenter des soldes débiteurs importants et de disposer de longs délais pour payer. Les nouvelles conditions uniformisées font passer la charge financière des fabricants aux grossistes, et donnent aux fabricants nationaux un plus grand pouvoir de contrôle sur les grossistes.

6.315 Troisièmement, les Etats-Unis allèguent que les Lignes directrices ont établi des conditions uniformisées qui, de par leur nature même, sont plus avantageuses pour les fabricants japonais que pour les fabricants étrangers. Le MITI comptait que les fabricants japonais se serviraient des ristournes de volume pour conclure des contrats de fourniture exclusive avec des grossistes japonais, tandis que les fabricants étrangers, ne disposant que d'une part de marché restreinte, ne pourraient pas le faire. Les ristournes de volume favorisent l'exclusivité en encourageant les distributeurs à ne s'approvisionner qu'auprès d'une seule source de manière à obtenir et à maximiser la ristourne. Dès lors qu'ils peuvent obtenir des ristournes de volume, les distributeurs ne veulent se lier par des contrats de fourniture exclusive qu'avec des fabricants qui disposent d'une part suffisante de marché.⁷⁷⁸

6.316 Le Japon répond que l'analyse devrait partir du libellé des Lignes directrices de 1970 elles-mêmes. Spécifiquement, les Lignes directrices ne prescrivaient pas de conditions générales de vente uniformes, et ne prévoyaient pas de conditions de vente spécifiques auxquelles les fabricants, les grossistes, les grossistes secondaires et les détaillants devraient se tenir. Les Lignes directrices se bornaient à formuler des suggestions générales qui concernaient les conditions de paiement, les escomptes de volume et les ristournes, y compris les suggestions suivantes:

- i) il conviendrait de facturer des intérêts lorsque le délai de paiement est inhabituellement long (ni le délai de paiement raisonnable, ni le montant de l'intérêt à facturer, ni aucun autre élément n'étaient spécifiés)⁷⁷⁹;
- ii) les escomptes de volume devraient être assortis de conditions claires et transparentes (si de tels escomptes devaient être accordés, dans quelles circonstances et pour quel montant, cela n'était pas spécifié); et
- iii) les ristournes devraient être réduites au minimum (absolument aucun détail n'était donné quant aux conditions spécifiques des ristournes).

6.317 Le Japon note que les Lignes directrices n'utilisaient même pas le terme "uniformiser" à propos des conditions générales de vente suggérées, et n'encourageaient ni l'uniformisation ni l'uniformité. Elles incitaient à adopter des conditions générales de vente économiquement rationnelles, et laissaient ensuite à chaque fabricant, grossiste ou détaillant le soin d'établir ses propres conditions spécifiques. De fait, les conditions générales de vente appliquées par chaque fabricant peuvent varier - et varient effectivement;

⁷⁷⁸En 1969, lorsque les Lignes directrices ont été publiées, les producteurs nationaux disposaient de 93 pour cent du marché japonais des pellicules et de 87 pour cent du marché du papier - ce qui ne laissait aux importations que des parts de 7 pour cent et 13 pour cent, respectivement.

⁷⁷⁹Les Etats-Unis allèguent qu'"il n'y a pas de différence logique" entre favoriser la réduction des délais de paiement et recommander que des intérêts soit facturés lorsque ces délais sont longs. Les Lignes directrices toutefois, ne recommandaient de facturer des frais d'intérêt que dans le cas de billets "à terme inhabituellement long" ce qui est exceptionnel et "seulement dans un petit nombre de cas". Elles ne préconisaient pas la réduction des délais de paiement.

par exemple, Fuji a appliqué et continue d'appliquer des conditions générales de vente différentes avec chacun de ses quatre grossistes primaires indépendants. Le Japon conclut que rien ne prouve que les conditions de paiement, les escomptes de volume et les ristournes accordés par les différentes entreprises du secteur aient jamais été uniformisés ou uniformes.

6.318 Le Japon affirme que le MITI estimait que la rationalisation des conditions générales de vente contribuerait à assurer une concurrence loyale sur le marché. En effet, si des conditions générales de vente opaques, secrètes et spécifiques au client étaient chose courante dans le secteur japonais de la distribution, il serait plus difficile d'identifier les pratiques commerciales déloyales (par exemple, le dumping, les ristournes excessivement progressives) qui seraient le fait de sociétés étrangères abusant de leur position dominante. Rien ne permettait de penser, toutefois, que les entreprises étrangères se verraient assujetties à une norme juridique différente de celle qui était imposée aux entreprises nationales. Le MITI cherchait seulement à permettre à toutes les entreprises, étrangères ou nationales, de se livrer loyalement à la concurrence, en respectant les mêmes règles.

6.319 Le Japon soutient qu'il n'y a pas de surveillance continue ni de contrôle continu du respect des Lignes directrices. Si les Lignes directrices étaient la pièce maîtresse d'un système de protection du marché japonais des pellicules photographiques, il faudrait se demander comment les efforts relativement passifs du gouvernement contribuaient à imposer ou même à encourager leur adoption.⁷⁸⁰ Ainsi, les effets adverses allégués devraient être évalués à la lumière à la fois de recommandations spécifiques contenues dans les Lignes directrices et de l'absence d'efforts du gouvernement japonais tendant à imposer ou à encourager ces recommandations ou même à en surveiller le respect.

6.320 Le Japon affirme que les Etats-Unis n'ont pas montré qu'il y ait quoi que ce soit dans les politiques de distribution qui constitue explicitement une discrimination à l'encontre des importations. Ces politiques visaient à la modernisation de la distribution de façon tout à fait neutre. De l'avis du Japon, les Etats-Unis n'identifient pas un seul exemple de politique gouvernementale qui, à l'évidence, traite les importations ou d'autres produits déterminés de façon différente.⁷⁸¹ Tandis que les Etats-Unis mettent en cause l'effet fondamental des politiques pour constater quelque incidence défavorable sur les importations, le Japon soutient que:

- i) il n'y a rien d'inhérent aux produits importés qui les rende plus ou moins capables de soutenir la concurrence dans des conditions d'égalité sur un marché caractérisé par des conditions générales d'échange rationalisées et par la distribution d'une seule marque;
 - ii) il n'y a aucune base factuelle permettant de constater un lien quelconque de causalité entre les politiques de distribution et la distribution d'une seule marque; et
 - iii) aucune modification du tout, ou aucune modification moins favorable aux importations n'a été apportée aux politiques de distribution depuis l'époque des concessions tarifaires pertinentes.
- ii) Lignes directrices de 1970 et ristournes progressives

6.321 En ce qui concerne les ristournes, le Japon indique que les Lignes directrices de 1970 recommandent clairement de maintenir ces ristournes au minimum. Le MITI a constaté que les ristournes étaient souvent discrétionnaires et ne répondaient pas à des critères précis, si bien que les clients ne

⁷⁸⁰Le Japon rappelle qu'une seule des trois associations professionnelles a seulement pris la peine de répondre à une demande l'invitant à signaler les actions entreprises, et qu'aucun effort n'a été déployé en direction de sociétés spécifiques.

⁷⁸¹Pour le Japon, la seule exception possible est la prescription de notification des marchés internationaux. Le Japon note qu'il a soulevé des objections de procédure en ce qui concerne cette mesure.

pouvaient jamais savoir avec certitude s'ils en bénéficieraient ou non. Le MITI, estimant que la pratique des ristournes venait fausser les plans d'entreprise des bénéficiaires, lui était opposé et s'efforçait de la décourager.

6.322 Répondant à l'argument du Japon selon lequel il n'encourageait pas le recours aux ristournes entre fabricants, grossistes et détaillants, les Etats-Unis soutiennent que le MITI a confirmé à maintes reprises la nécessité de ristournes progressives dans le secteur des fournitures photographiques. Si les Lignes directrices de 1970 indiquent que les ristournes "devraient être maintenues au minimum", elles ne les condamnent pas, en particulier parce qu'elles notent qu'il est fait largement recours aux ristournes et concluent que ce recours "sera autorisé".⁷⁸² Les Etats-Unis soulignent aussi qu'à de nombreuses reprises le MITI a publié ou republié des enquêtes ou d'autres documents soulignant sans ambiguïté qu'il était favorable aux ristournes progressives.

6.323 Le Japon note que l'argument des Etats-Unis semble être que, puisque le MITI n'a pas entièrement interdit toutes les ristournes, il les a en quelque sorte encouragées, ce qui est une interprétation assez étrange des suggestions incitant à maintenir les ristournes "au minimum".

6.324 Les Etats-Unis notent que le Bureau des affaires commerciales du MITI a parachevé, en septembre 1969, un projet de lignes directrices fondées sur l'enquête de 1969, et l'a publié dans une revue professionnelle de photographie.⁷⁸³ Il était indiqué, dans le projet de lignes directrices du MITI que, "[e]n ce qui concerne les ristournes, les ristournes progressives devraient être énergiquement développées afin de faciliter les ventes portant sur d'importantes quantités".⁷⁸⁴ Par la suite, dans sa note d'accompagnement des Lignes directrices de 1970, le MITI a demandé aux associations professionnelles de formuler et de mettre en oeuvre des conditions de vente plus spécifiques, et de faire rapport à ce sujet au MITI, en novembre 1970 au plus tard. L'Association des grossistes de matériel photo a répondu en publiant un document intitulé "Schéma de conditions de vente", dans lequel il était indiqué ce qui suit: "en ce qui concerne les ristournes [de volume] liées à la quantité, ces conditions seront adoptées".⁷⁸⁵ En 1971, le MITI a publié à nouveau l'enquête de 1969 qui notait que le "problème" était que "les ristournes progressives répondant à des critères précis qui fonctionnent comme des escomptes de volume ne sont

⁷⁸² Les ristournes sont généralement accordées à la discrétion des vendeurs. Par conséquent, les ristournes sont largement utilisées pour contrôler le processus de distribution. Toutefois, leur utilisation excessive peut constituer une pratique commerciale déloyale au titre de la Loi antimonopole. Même lorsque cette utilisation excessive ne constitue pas une violation de la Loi, elle peut permettre de contrôler, en fait, le processus de distribution. D'autre part, la pratique des ristournes peut rendre difficile la planification de gestion du bénéficiaire, et le prix final peut ne pas refléter pleinement les avantages tirés des ristournes. En outre, le système des ristournes s'est beaucoup compliqué ces dernières années, et la charge administrative qu'il entraîne a augmenté. En principe, les escomptes devraient servir à récompenser les consommateurs pour les avantages associés aux transactions portant sur d'importantes quantités. Le recours aux ristournes sera autorisé comme moyen supplémentaire de mettre en oeuvre d'autres politiques de prix. Toutefois, le recours aux ristournes devrait être maintenu au minimum" 1970 Guidelines, pièce n° B-24 du Japon.

⁷⁸³ MITI, Standardization of Transaction Terms: Draft Submitted for Photographic Film, Camera Times 9 septembre 1969, page 2, Première réunion du Groupe spécial, Questions supplémentaires du Groupe spécial et réponses des Etats-Unis, pièce jointe n° 2.

⁷⁸⁴ Ibid.

⁷⁸⁵ Pièce n° B-31 du Japon.

pas utilisées très souvent".⁷⁸⁶ Les Etats-Unis ont également noté que les "directives" étaient publiées compte tenu du fait qu'à l'époque les ristournes étaient largement utilisées dans le secteur des fournitures photosensibles. De l'avis des Etats-Unis, si le MITI avait voulu dire que ces pratiques devaient être éliminées, il l'aurait dit de façon directe.⁷⁸⁷

6.325 Les Etats-Unis font valoir que le Japon a encouragé le recours aux ristournes dans le cadre d'une série d'actions gouvernementales visant à uniformiser les conditions générales de vente, et que les efforts du MITI à cet égard devraient être examinés compte tenu de la manière dont l'industrie japonaise comprenait la recommandation du MITI. Les Etats-Unis font valoir qu'outre les "directives" qui recommandaient spécifiquement l'octroi de ristournes progressives, l'industrie japonaise des pellicules a interprété la politique du MITI relative aux escomptes de volume comme assimilant les ristournes aux escomptes de volume parce qu'elle voyait très peu de différences entre les unes et les autres. Les Etats-Unis citent le "Schéma de conditions de vente" établi par les grossistes, qui expliquait que les ristournes ne différaient guère des escomptes, et notent que, selon ce document, "des ristournes [de volume] liées à la quantité seront adoptées".⁷⁸⁸ Les Etats-Unis font aussi valoir que lorsque la Chambre de commerce a publié son contrat type, qu'elle avait été chargée d'établir par le MITI, elle n'avait, sans doute, pas inclus de disposition relative aux ristournes, mais elle avait inclus une disposition spécifique relative aux escomptes, accompagnée de l'explication suivante: "Les escomptes de volume ne sont pas inhabituels dans le cas des pellicules photographiques. Toutefois, comme les escomptes sont versés à intervalles réguliers, ces escomptes ne semblent guère être différents des ristournes."⁷⁸⁹ Les Etats-Unis rappellent que le Schéma de conditions de vente des grossistes et le contrat type de la Chambre de commerce ont été établis sous l'étroite surveillance du MITI. Les Etats-Unis font valoir qu'en conséquence il est hors de doute que le MITI a considéré les deux documents comme concordant avec la politique énoncée dans ses Lignes directrices de 1970, et que le MITI a encouragé aussi bien les ristournes que les escomptes de volume, pour promouvoir l'incitation à des ventes portant sur d'importantes quantités, lesquelles favorisent "l'exclusivité de circuit".

6.326 Le Japon soutient qu'il n'a pas encouragé les ristournes progressives:

⁷⁸⁶MITI Business Bureau, Actual Condition of Transaction Terms in the Wholesale Industry, 31 août 1971, page 62, pièce n° 20 des Etats-Unis, et Première réunion du Groupe spécial, Questions supplémentaires du Groupe spécial et réponses des Etats-Unis, pièce jointe n° 4. (Les Etats-Unis notent que ce document est une version revue et republiée de l'enquête de 1969.) Les Etats-Unis font valoir que le Japon n'a pas cité toute la phrase de la version nouvellement publiée de l'enquête de 1969, ce qui a donné au document une signification inverse. La traduction complète de la phrase est la suivante: "Le problème est que certaines catégories de ristournes qui laissent aux vendeurs une marge de liberté importante, telles que les ristournes fixes et les ristournes destinées à récompenser la réalisation d'un objectif, sont les principales ristournes, et que les ristournes progressives répondant à des critères précis qui fonctionnent comme des escomptes de volume ne sont pas employées très souvent".

⁷⁸⁷Les Etats-Unis notent qu'à l'époque même où le MITI a publié ces lignes directrices applicables au secteur des pellicules photographiques, il a aussi publié des lignes directrices applicables aux conditions générales de vente pour 12 autres secteurs. Les ristournes étaient largement utilisées dans la totalité de ces 12 autres secteurs. Les lignes directrices applicables à neuf des 12 secteurs utilisent exactement la même formulation concernant les ristournes que les Lignes directrices applicables aux pellicules, ce qui indique bien que la formulation était générique. Pour trois des 12 secteurs, le MITI a recommandé d'apporter des modifications aux programmes de ristourne, ce qui indique que lorsque le MITI entend que des modifications soient apportées aux ristournes, il sait bien le dire de façon directe. Pièce n° B-1 du Japon.

⁷⁸⁸Pour un examen des déclarations préconisant spécifiquement des ristournes progressives, voir le paragraphe 6.322 et la note de bas de page 782, pièce n° B-31 du Japon.

⁷⁸⁹Japan Chamber of Commerce, Recommendation on Standardized Contracts for Transactions, commissioned by the Ministry of International Trade and Industry, janvier 1975, page 22, pièce n° 32 des Etats-Unis.

- i) L'enquête de mars 1969 a été réalisée par un groupe de chercheurs extérieurs et note seulement que, dans le cadre d'une rationalisation des conditions générales de vente, il est important de définir des critères précis auxquels répondront les escomptes et les ristournes.
- ii) En 1969, s'il est vrai qu'une référence aux ristournes progressives contenue dans un projet de lignes directrices soulignait que les ristournes progressives étaient aptes à fonctionner économiquement comme des escomptes de volume, cette référence a été supprimée de la version finale des Lignes directrices de septembre 1969.⁷⁹⁰
- iii) Le Rapport de 1970 de la JFTC ne formulait de recommandation quant à aucune forme de ristourne, et ne disait donc rien des ristournes progressives.
- iv) Les Lignes directrices, dans leur version définitive de juin 1970, considèrent l'escompte comme une approche plus rationnelle en cas de ventes portant sur d'importantes quantités, et disent ensuite que "l'utilisation des ristournes devrait être maintenue au minimum". Il n'est donc pas fait mention du tout des ristournes progressives.
- v) Le "Schéma d'orientation" de novembre 1970, émanant d'une association professionnelle, notait que des "ristournes liées à la quantité" pouvaient être adoptées. Le Japon souligne que ce Schéma d'orientation ne représentait pas le point de vue du gouvernement, et ignorait la suggestion contenue dans les Lignes directrices de 1970, à savoir de maintenir les ristournes au minimum; ce document n'engageait même pas les membres de l'association.
- vi) L'enquête d'août 1971 assimilait spécifiquement les ristournes et les escomptes qui ne répondaient pas à des critères précis à des pratiques irrationnelles, et notait que "les ristournes progressives répondant à des critères précis qui fonctionnent comme des escomptes de volume ne sont pas employées très souvent".⁷⁹¹ L'enquête présentait la position d'un groupe de chercheurs extérieurs, à savoir que: a) les ristournes devraient avoir une base économique rationnelle; b) les ristournes devraient être fondées sur des critères précis; c) les ristournes progressives sont plus rationnelles du point de vue économique que les ristournes à taux fixe, puisqu'elles peuvent, comme les escomptes de volume, favoriser les ventes portant sur des quantités importantes, mais si de telles ristournes sont employées, elles devraient répondre à des critères précis.
- vii) De plus, le Manuel de mars 1975 ne mentionnait même pas les ristournes progressives.

6.327 Le Japon fait observer que, sur ces sept documents, trois ne mentionnent pas du tout les ristournes progressives, et trois les mentionnent, mais qu'aucun d'eux n'encourage les ristournes progressives et aucun non plus ne représente une position du gouvernement. Enfin, le seul document qui encourage effectivement les ristournes progressives est un projet de document cité dans une revue professionnelle mais qui, sous sa forme finale, toute référence aux ristournes progressives ayant été supprimée, a spécifiquement découragé le recours aux ristournes.

- iii) Lignes directrices de 1970 et distribution d'une seule marque

⁷⁹⁰Le Japon note que le "projet" de lignes directrices n'a jamais été publié par le MITI.

⁷⁹¹Torihiki Jouken No Jittai, The Institute of Distribution Research's 1969 survey of trade conditions in the film and other industries, pièce n° B-1 du Japon, pages 6 et 7, paragraphe 309.

6.328 Le Japon insiste sur le fait que les politiques du MITI n'obligent pas les grossistes japonais à devenir distributeurs d'une seule marque pour les fabricants japonais, parce que la nature des politiques en jeu est différente. Premièrement, les Lignes directrices de 1970 n'encourageaient pas les ristournes; elles décourageaient les ristournes, et insistaient pour que les ristournes ou les escomptes de volume accordés reposent sur un critère d'efficacité. Deuxièmement, les Lignes directrices de 1970 n'encourageaient pas non plus la réduction des délais de paiement; elles indiquaient seulement qu'après une période raisonnable les clients devraient acquitter un intérêt pour le crédit qu'ils continuaient d'obtenir.⁷⁹² Le Japon insiste sur le fait que ces conditions de paiement sont d'usage courant dans de nombreuses industries, dans le monde entier. De plus, les conditions de paiement ne sont pas la raison qui incite les distributeurs à choisir de devenir distributeurs d'une seule marque ou à rester distributeurs d'une seule marque, mais ne sont que l'un des éléments du coût pour l'acheteur. De l'avis du Japon, les Etats-Unis assument que le fabricant n'a pas ajusté le prix facturé pour tenir compte de la réduction du délai de paiement, ou que les coûts supplémentaires supportés par les grossistes n'ont pas été répercutés sur leurs clients.⁷⁹³

6.329 Les Etats-Unis allèguent que le Japon a encouragé la réduction des délais de paiement, les escomptes de volume et les ristournes progressives, parmi d'autres conditions générales de vente. La réduction des délais de paiement constitue en fait un resserrement du crédit entre fabricants et grossistes, et entre grossistes primaires et grossistes secondaires et détaillants. Ce resserrement du crédit affaiblissait les grossistes et les exposait donc davantage à passer sous le contrôle des fabricants japonais, à deux égards. Il augmentait, pour le grossiste, la nécessité d'obtenir l'appui financier des fabricants et de leurs banques de keiretsu et rendait plus importante l'obtention d'escomptes de volume et de ristournes progressives: les grossistes étaient ainsi amenés à faire porter l'essentiel de leurs efforts de vente sur les produits des fournisseurs dominants, Fuji et Konica.⁷⁹⁴ Dès lors qu'il y a escompte ou ristourne de volume, il y a pour l'acheteur incitation à s'approvisionner essentiellement auprès des fournisseurs dont il peut s'attendre à obtenir la ristourne ou l'escompte les plus importants pour des achats en quantités importantes, généralement auprès du fournisseur dominant. Ces types de conditions générales de vente sont de nature à renforcer la domination du fabricant sur la distribution.⁷⁹⁵ Les conditions générales comme celles qui étaient encouragées par le Japon contribuaient à cimenter les rapports verticaux exclusifs dans le système de distribution, et l'uniformisation de ces conditions générales entre fabricants et entre grossistes limitait l'aptitude des fabricants étrangers à proposer des conditions plus favorables aux fabricants japonais.

⁷⁹²De plus, le Japon fait valoir que cette recommandation visait les transactions entre grossistes et détaillants, et non pas entre fabricants et grossistes.

⁷⁹³De l'avis du Japon, puisque les Etats-Unis allèguent que le stade suivant, dans la progression, consistait à inciter à la réduction des délais de paiement en aval, les Etats-Unis eux-mêmes semblent assumer qu'en fait les coûts supplémentaires entraînés par la réduction des délais de paiement étaient absorbés en définitive non pas par les grossistes primaires mais par leurs clients.

⁷⁹⁴Les Etats-Unis estiment que les escomptes et les ristournes de volume favorisent le fournisseur dominant. En s'efforçant d'atteindre l'objectif fixé par ces fournisseurs dominants pour lui accorder des escomptes ou des ristournes, le grossiste ou le détaillant a toute chance de recevoir beaucoup plus sous forme de ristournes ou d'escomptes que s'il atteint les objectifs pour des fournisseurs moins importants. Lorsque le MITI a commencé à promouvoir l'uniformisation des conditions générales de vente, Fuji et Konica étaient déjà (comme aujourd'hui) les fournisseurs dominants au Japon. Par conséquent, les escomptes et ristournes de volume favorisaient ces deux fournisseurs par rapport aux fabricants étrangers qui avaient été maintenus en dehors du marché par des restrictions en matière de commerce et d'investissement. Lorsque le Japon a commencé à libéraliser ces restrictions, les conditions générales de vente et autres mesures en faveur desquelles le gouvernement japonais avait insisté avaient cimenté les liens exclusifs entre fabricants japonais et grossistes et, dans une mesure importante, également leurs liens avec les détaillants.

⁷⁹⁵Par exemple, MITI's 1970 Guidelines, pièce n° 70-4 des Etats-Unis, page 6.

6.330 Répondant à l'argument des Etats-Unis selon lequel les grossistes sont affaiblis par la réduction des délais de paiement et deviennent plus dépendants à l'égard des fabricants et, en particulier, des escomptes et ristournes de volume, le Japon répond que les Directives de 1970 n'ont pas encouragé sans réserve les escomptes de volume et n'ont jamais encouragé les ristournes. De fait, les Lignes directrices encourageaient la transparence dans les cas où des escomptes de volume étaient accordés, et décourageaient le recours aux ristournes. Plus l'escompte de volume serait transparent, plus il serait facile pour un concurrent d'accorder à l'acheteur une incitation venant neutraliser cet escompte (par exemple, un moindre prix) pour l'amener à acheter son produit plutôt que le produit du fabricant offrant l'escompte de volume. Ainsi, tout au plus, l'encouragement donné à la transparence améliorerait la position des concurrents par rapport à un client.

6.331 En ce qui concerne les conditions de paiement, le Japon note que les recommandations formulées dans les Lignes directrices n'avaient, elles n'ont plus, aucun caractère exceptionnel. Les Lignes directrices ne préconisaient pas la réduction des délais de paiement. Elles indiquaient simplement qu'après une certaine période les fournisseurs devraient facturer à leurs clients des frais d'intérêt pour paiement tardif. Les frais pour paiement tardif n'ont rien de nouveau ni d'inhabituel; ils sont une condition tout à fait normale des arrangements de crédit. Il n'est simplement pas crédible de soutenir que l'institution de frais pour paiement tardif constitue une assertion draconienne de contrôle des fournisseurs sur leurs clients.

6.332 A titre subsidiaire, à supposer même que les Lignes directrices de 1970 aient facilité le développement de rapports fondés sur la distribution d'une seule marque entre les fabricants japonais de pellicules et leurs grossistes primaires en encourageant les escomptes et ristournes de volume et la réduction des délais de paiement, le Japon fait valoir que cet encouragement n'était pas intrinsèquement défavorable aux pellicules ou papiers importés. Il n'y a rien d'intrinsèque à la nature des importations qui les rende incapables de supporter la concurrence dans le cadre de telles pratiques de distribution.⁷⁹⁶ Même si les Lignes directrices étaient allées jusqu'à encourager la distribution d'une seule marque⁷⁹⁷, il n'y a rien dans la nature propre des importations qui les rende incapables de supporter la concurrence dans une telle structure de marché.⁷⁹⁸

iv) Autres mesures en matière de distribution

6.333 Selon le Japon, la plupart des mesures relatives à la distribution identifiées par les Etats-Unis sont simplement des rapports émanant de conseils consultatifs ou de sociétés publiques, comme les différents rapports intérimaires du Comité de la distribution, le Rapport de 1971 sur la systématisation et le Manuel de 1975. De l'avis du Japon, aucun de ces rapports ni la Décision de 1967 du Cabinet n'examinait de politiques intrinsèquement désavantageuses pour les importations.

⁷⁹⁶Le Japon explique que le Groupe spécial Etats-Unis - Automobiles a constaté qu'une taxe de luxe frappant les automobiles d'un prix supérieur à 30 000 dollars EU n'était pas intrinsèquement moins favorable pour les importations, alors même que la plupart des voitures importées étaient, en fait, d'un prix de la catégorie supérieure. Etats-Unis - Automobiles, DS31/R, paragraphe 5.14. Dans ces conditions, rien ne permet d'affirmer que les dispositions des Lignes directrices de 1970 étaient intrinsèquement moins favorables pour les importations.

⁷⁹⁷Selon le Japon, le contraire était vrai, en ce sens que l'intégration verticale était perçue comme un problème à surveiller, non une politique à encourager.

⁷⁹⁸Le Japon estime que les experts du secteur et même les responsables de Kodak ont sévèrement critiqué Kodak pour n'avoir pas investi plus tôt dans son propre réseau de distribution d'une seule marque. Cette critique reflète l'opinion selon laquelle la distribution d'une seule marque pourrait ne pas être un désavantage concurrentiel pour les importations.

6.334 Le Japon fait valoir que la Décision de 1967 du Cabinet - qui mettait en oeuvre le premier stade de la libéralisation des mouvements de capitaux - exprimait de façon tout à fait directe une préoccupation quant à l'aptitude de l'industrie japonaise à soutenir la concurrence de rivaux étrangers. Le gouvernement japonais a cherché à promouvoir l'efficacité et la compétitivité des industries nationales, non à faire obstacle aux importations. De l'avis du Japon, les conclusions tirées par les Etats-Unis n'étaient aucunement étayées par le texte de la Décision du Cabinet. Le Japon souligne que cette décision ne comporte aucune analyse portant sur la protection des fabricants nationaux contre la concurrence étrangère et, à plus forte raison, aucune analyse du recours aux politiques de distribution pour protéger les entreprises manufacturières.

6.335 Le Japon fait valoir que la prescription concernant la notification des marchés internationaux ne permet pas à la JFTC d'entreprendre une action contre les fabricants étrangers qui offrent des conditions plus compétitives que leurs homologues japonais. Cette disposition est seulement une prescription de notification applicable aux transactions commerciales en général, importations aussi bien qu'exportations, dont l'objet est de relever toute violation de la Loi antimonopole. Le Japon insiste sur le fait que la JFTC n'assure pas l'application des Lignes directrices du MITI et conteste la pertinence de la prescription en matière de notification des marchés internationaux s'agissant de pellicules puisque, pendant les années 70, les ventes de pellicules Kodak au Japon étaient assurées exclusivement par une société japonaise, Nagase, qui n'était pas assujettie à cette prescription pour ce qui était des marchés conclus avec d'autres grossistes, des négociants secondaires ou des détaillants.⁷⁹⁹

6.336 Le Japon conclut que les conditions de concurrence prétendument établies par les politiques de distribution du MITI - à supposer qu'elles constituent des "mesures" aux fins des allégations en situation de non-violation - ne sont pas moins favorables pour les pellicules et papiers importés que pour les produits d'origine nationale. Le Japon souligne que les conditions de concurrence doivent être examinées exclusivement sur la base des dispositions des mesures alléguées elles-mêmes, non sur celle de conséquences incidentes, telles que la distribution d'une seule marque. Le Japon soutient qu'il n'y a pas de lien de causalité entre les mesures alléguées et la distribution d'une seule marque ou entre la distribution d'une seule marque et l'accès prétendument entravé au marché. De plus, aucune de ces mesures relatives à la distribution n'établit de distinction formelle entre produits importés et produits d'origine locale. Ces mesures alléguées n'auraient pu établir de conditions de concurrence moins favorables aux importations que si leurs dispositions avaient été intrinsèquement désavantageuses pour les importations. Toutefois, selon le Japon, les politiques de modernisation de la distribution elles-mêmes n'étaient pas intrinsèquement désavantageuses pour les importations.

v) Pellicules et papiers noir et blanc

6.337 De plus, le Japon fait observer que les allégations des Etats-Unis sont totalement hors de propos lorsqu'il s'agit des pellicules et papiers noir et blanc. Pour le Japon, la théorie de "l'étranglement de la distribution" avancée par les Etats-Unis se fonde sur le grand nombre de points de vente au détail de pellicules, mais il s'agit là de points de vente de pellicules couleur. Or, les pellicules noir et blanc constituent un créneau et ne sont vendues que par des points de vente au détail beaucoup moins nombreux, généralement des détaillants de matériel photo. Le Japon conclut donc que la théorie des Etats-Unis n'est même pas applicable aux pellicules noir et blanc.

6.338 En ce qui concerne le papier, le Japon dit que les allégations des Etats-Unis sont axées sur l'encouragement allégué que le Japon donnerait à l'intégration verticale entre les fabricants japonais de

⁷⁹⁹Kodak avait pris la décision de principe de ne traiter qu'avec Nagase, et n'a réévalué cette stratégie de commercialisation que des années plus tard, longtemps après la période en question. Bien que Kodak ait réétabli une filiale en 1977, cette filiale n'accordait de soutien qu'aux distributeurs. C'est seulement en 1983 que Kodak a réévalué cette stratégie commerciale et décidé de devenir plus active. Pièce n° B-45 du Japon.

pellicules et de papiers et le développement des photos couleur, ce qui créerait un "marché captif" pour le papier couleur. Toutefois, ce qui compte dans le présent contexte est que cet encouragement allégué n'a rien à voir avec le papier noir et blanc. A propos des concessions tarifaires de 1967, qui n'avaient été accordées que pour les pellicules et papiers photographiques noir et blanc, ces faits donnent une raison supplémentaire d'affirmer qu'il n'y a pas bouleversement des conditions de concurrence en raison de "contre-mesures en matière de distribution".

6.339 L'un des arguments du Japon concernait la dynamique concurrentielle d'un marché des pellicules noir et blanc; les Etats-Unis répondent que l'objet et le titre du présent différend sont les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, et cela parce que les contre-mesures du Japon en matière de libéralisation visaient et visent encore les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, qu'ils soient noir et blanc ou couleur. Jusqu'en 1970-1972, les pellicules (et papiers) employés de façon prédominante par les consommateurs japonais étaient ceux qui servaient à faire des photographies en noir et blanc; depuis, ce sont ceux qui servent à faire des photographies en couleur.⁸⁰⁰ En conséquence, il n'est pas pertinent de mettre l'accent sur les rapports entre les concessions accordées à l'issue du Kennedy Round (sur les produits noir et blanc) et les points de vente au détail et laboratoires de développement actuels des pellicules couleur, comme le fait le Japon. Comme les pellicules (et papiers) noir et blanc constituaient le produit dominant à l'époque où le gouvernement japonais a commencé de prendre des contre-mesures en matière de libéralisation, et que le gouvernement avait vu que la couleur prendrait plus d'importance que le noir et blanc dans un proche avenir, le gouvernement avait conçu les contre-mesures en matière de libéralisation de manière qu'elles entravent la distribution et la vente de pellicules et de papiers photographiques destinés aux consommateurs, qu'il s'agisse de noir et blanc ou de couleur.

d) Lien de causalité entre les mesures en matière de distribution et la position concurrentielle des importations

6.340 Le Japon souligne que, même si le Groupe spécial ne se contente pas d'examiner les dispositions des mesures alléguées et s'efforce d'en évaluer les conséquences pratiques, les allégations des Etats-Unis sont sans valeur, faute d'un lien effectif de causalité i) entre les mesures alléguées et l'actuelle distribution d'une seule marque, ou ii) entre l'actuelle distribution d'une seule marque et l'actuel obstacle allégué à l'accès au marché.

6.341 Selon le Japon, même si les Lignes directrices de 1970 sont une "mesure" aux fins de l'article XXIII.1 b), elles ne sont pas une "mesure" ayant quoi que ce soit à voir avec l'annulation ou la réduction alléguée des avantages résultant des concessions tarifaires. De l'avis du Japon, les Etats-Unis allèguent que la prétendue annulation ou réduction découle de la distribution d'une seule marque, alors même qu'ils sont incapables de démontrer la moindre articulation entre les Lignes directrices de 1970 et la distribution d'une seule marque. Des sociétés privées avaient adopté la distribution d'une seule marque avant les mesures alléguées. Le Japon allègue que les Etats-Unis s'efforcent de détourner l'attention des mesures elles-mêmes pour la faire porter sur la structure du marché qui prétendument désavantage les produits importés. Toutefois, les précédents au GATT ont toujours fait porter l'attention sur les mesures elles-mêmes, et non sur leurs résultats sur le marché. Le Japon ajoute que, même si le Groupe spécial inclinait à s'écarter de cette pratique passée du GATT, il n'existe aucune base factuelle permettant de conclure soit que les politiques du MITI ont créé la structure du marché, soit que la structure du marché désavantage, en fait, les produits photographiques importés destinés aux consommateurs.

⁸⁰⁰Jusqu'en 1970-1972, les pellicules et papiers noir et blanc étaient les produits prédominants utilisés au Japon. Depuis, les produits prédominants sont les pellicules et papiers couleur. A l'heure actuelle, les pellicules et papiers couleur représentent 97 pour cent du marché total des fournitures photographiques destinées aux consommateurs, tandis que le noir et blanc n'en représente qu'environ 3 pour cent.

6.342 Pour le Japon, il est important aussi de chercher à déterminer s'il y a, à l'heure actuelle, annulation ou réduction d'avantages. Quels qu'aient pu être les rapports entre les politiques du MITI et le secteur privé pendant les années 60 et 70, ce qui compte, c'est de savoir s'il y a un lien de causalité entre les mesures alléguées et les décisions commerciales actuelles prises par les grossistes et les détaillants concernant le type de pellicules et de papiers qu'ils vont acheter. De l'avis du Japon, les "mesures" alléguées n'étant plus en vigueur, un tel lien n'existe pas.

6.343 Même si l'interprétation que donnent les Etats-Unis de la position du MITI en matière de distribution était pertinente, il n'y a pas, de l'avis du Japon, bouleversement de la position concurrentielle des produits importés. Selon le Japon, les Etats-Unis ont allégué que le MITI avait cherché, depuis 30 ans, à établir puis à maintenir pour les pellicules et papiers une structure de marché tendant à l'exclusion, dans laquelle l'accès des marques étrangères aux circuits primaires de distribution serait entravé. Pour le Japon, étant donné la nature des suggestions qui sont formulées et la réponse du secteur privé à ces suggestions, il n'est pas crédible de faire valoir qu'il existe un lien quelconque. Les Etats-Unis ont présenté une volumineuse documentation de base sur l'évolution de la réflexion du gouvernement en matière de politique à suivre; toutefois, le débat d'orientation qui se poursuivait pendant que l'élaboration des politiques était en cours est beaucoup moins pertinent que ce qui s'est produit par la suite. Le Japon souligne que les actions du secteur privé ont eu lieu soit trop tôt soit trop tard pour qu'on puisse établir un lien significatif entre ces actions et les suggestions formulées au début des années 70 par le gouvernement ou des comités consultatifs.

6.344 Pour les Etats-Unis, d'abondants éléments de preuve permettent de penser que les décisions prises presque simultanément par Fuji et Konica en 1966, à savoir de rendre plus strictes les conditions de paiement et d'introduire de nouveaux escomptes et ristournes, ont été prises en réponse à la politique du gouvernement japonais. En 1965-1966, le gouvernement japonais avait déjà commencé de travailler en étroite collaboration avec l'industrie pour étudier et mettre au point les moyens de faire face à la libéralisation des mouvements de capitaux et des échanges. Le Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles avait étudié la nécessité de rationaliser les conditions générales de vente dans son Cinquième Rapport intérimaire, en 1965. Toujours en 1965, le MITI avait travaillé avec les fabricants japonais de pellicules et de papiers photographiques au sein du Conseil pour la promotion de la photographie en couleurs naturelles (NCPPC) à mettre au point les moyens de préparer le secteur en vue de la libéralisation des échanges et des mouvements de capitaux. Entre autres choses, le NCPPC a examiné des "contre-mesures visant à empêcher les importations"⁸⁰¹ et a fait rapport à leur sujet. Les Etats-Unis concluent que les Lignes directrices du gouvernement japonais et les "directives" administratives adressées à l'industrie avaient un objet précis à l'époque où elles ont été formulées et qu'elles ont très effectivement atteint leurs objectifs.

6.345 Le Japon répond que les Etats-Unis élèvent les délibérations préliminaires du Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles et du Conseil pour la promotion de la photographie en couleurs naturelles (NCPPC) ainsi que le Cinquième Rapport intérimaire du Conseil des structures intermédiaires à la hauteur des politiques du gouvernement japonais. De l'avis du Japon, il s'agissait là d'activités d'organismes non gouvernementaux: i) qui en étaient aux premiers stades de l'étude des questions de distribution, et n'en étaient pas encore à formuler des recommandations spécifiques; ii) qui ont eu lieu deux ans avant la Décision de 1967 du Cabinet approuvant la notion large de modernisation du secteur de la distribution; et iii) qui ont eu lieu cinq ans avant la première déclaration gouvernementale spécifique traitant de la question de la rationalisation des conditions générales de vente pour l'industrie des produits photographiques. Par conséquent, de l'avis du Japon, les Etats-Unis n'ont présenté aucune preuve permettant de rattacher à l'action gouvernementale les actions prises par Fujifilm et Konica en matière de conditions générales de vente.

⁸⁰¹Studying a Policy for Coping: Natural Colour Photograph Promotion Council, Approaching Liberalization of Trade in Colour Film, Camera Times, 2 mars 1965, pièce n° 65-3 des Etats-Unis.

i) Adoption de conditions générales de vente

6.346 En ce qui concerne les questions de chronologie qui se posent à propos du lien allégué entre l'adoption de mesures en matière de distribution et le bouleversement des conditions de concurrence pour les fournitures photographiques, le Japon fait valoir que les sociétés privées avaient entrepris elles-mêmes des actions concernant les conditions de paiement et les ristournes bien avant toute action du gouvernement japonais concernant les conditions générales de vente "uniformisées".⁸⁰² Pour le Japon, il est évident que ces documents ne peuvent pas avoir provoqué, chez Fuji et d'autres fabricants, la décision de mettre en oeuvre, par exemple, des ristournes de volume. Ainsi, Konica a commencé à rendre plus strictes les conditions de paiement en 1962, et Fuji en 1966. Les revues professionnelles débattaient de cette évolution des choses dans le domaine commercial et du désir tout à fait naturel des fabricants japonais d'améliorer leurs comptes clients en raccourcissant les délais de paiement. Le fait que les fabricants avaient rendu plus strictes les conditions générales de vente à leurs grossistes primaires ainsi que la politique adoptée par Fuji en matière d'escomptes de volume sont donc antérieurs à la fois à la Décision de 1967 du Cabinet et aux Lignes directrices de 1970. Fuji n'a apporté aucune modification à sa politique en réponse à la Décision de 1967 du Cabinet. Avant même la publication des Lignes directrices de 1970 du MITI, les fabricants japonais de ce secteur avaient déjà commencé à adapter leurs politiques de ristourne et réduit les délais de paiement avant 1967, trois ans ou davantage avant que le MITI n'ait annoncé pour la première fois ses suggestions.

6.347 Les Etats-Unis notent que le Japon ne nie pas que ses fabricants aient raccourci les délais de paiement, et mis en oeuvre des ristournes et des escomptes de volume. Tandis que le Japon soulève une question de chronologie, les Etats-Unis soutiennent que leur position n'est pas entachée de décalage chronologique. Spécifiquement, les Etats-Unis allèguent que les politiques japonaises en matière de conditions générales de vente avaient deux objets: i) uniformiser les conditions générales de vente afin de créer une référence par rapport à laquelle juger du caractère "loyal" de la concurrence émanant d'entreprises étrangères appliquant des conditions générales de vente autres que les conditions uniformes, et ii) mettre en oeuvre des conditions spécifiques afin de promouvoir l'exclusivité de circuit.

6.348 Selon les Etats-Unis, du point de vue du premier objectif, la chronologie des mesures prises par le Japon était parfaite. Le gouvernement japonais a vivement incité à l'adoption de conditions générales de vente uniformisées pendant la période 1968-1975, précisément à une époque où il abaissait ses droits de douane et se rapprochait de la première libéralisation notable en matière d'investissement. Le Japon voulait que ses fabricants, ses grossistes primaires et ses grossistes secondaires uniformisent les conditions générales de vente pour être en mesure de résister à cette concurrence croissante grâce à l'examen que permet la Loi antimonopole. Les Etats-Unis insistent sur le fait que l'enquête de 1969 sur les conditions générales de vente présentée par le Japon⁸⁰³ montre qu'à l'époque les conditions générales de vente n'étaient pas uniformisées entre fabricants, grossistes primaires, grossistes secondaires et détaillants. Les efforts répétés et vigoureux déployés par le MITI pour uniformiser ces conditions générales (notamment par la publication des conditions particulières appliquées par les différents grossistes) ont servi à uniformiser ces conditions à une époque où cette uniformisation était le plus nécessaire pour permettre de résister à la menace imminente de la concurrence étrangère. C'était aussi à cette époque que le Japon avait mis en oeuvre la Circulaire n° 17 pour empêcher les fabricants étrangers d'offrir des primes attrayantes aux grossistes, et le Règlement n° 1 au titre des dispositions relatives à la notification des marchés internationaux de la Loi antimonopole, qui donnait la possibilité de soumettre à un examen tout marché

⁸⁰²Le Japon note qu'il fait une distinction entre "uniformisation", qui implique l'uniformité, et "rationalisation" qui ne comporte pas cette nuance. Le Japon fait observer que les Etats-Unis traduisent régulièrement "tekisei(-ka)" par "uniformisation" et non par le terme plus précis de "rationalisation". De l'avis du Japon, si l'original japonais avait voulu dire "uniformisation", il aurait employé le terme "ityoujun-ka".

⁸⁰³Pièce n° B-1 du Japon.

conclu entre des fabricants étrangers et des grossistes japonais pour y déceler tout écart "déloyal" par rapport aux conditions générales uniformisées.

6.349 Les Etats-Unis soulignent que la chronologie des mesures prises par le Japon était parfaite aussi en ce qui concernait le second objectif. S'il est vrai que les fabricants japonais avaient pratiqué des ristournes et des escomptes de volume et réduit les délais de paiement avant la publication des Lignes directrices de 1970, l'enquête de 1969 et les Lignes directrices de 1970 elles-mêmes notaient que les ristournes et les escomptes de volume étaient moins généralement employés entre grossistes primaires et grossistes secondaires et détaillants. Ces documents indiquaient aussi que de longs délais de paiement étaient courants à ces niveaux du système de distribution. De l'avis des Etats-Unis, le Japon voulait faire progresser son système de distribution dans le cadre des keiretsu au-delà du premier stade, celui du fabricant au grossiste primaire, pour qu'il englobe aussi les niveaux de distribution en aval. De plus, des efforts plus vigoureux étaient nécessaires pour réaliser la keiretsunisation à ces niveaux, puisqu'elle n'était pas nécessairement dans l'intérêt des grossistes ou des détaillants. Le faible degré d'accès étranger aux grossistes secondaires démontre que les politiques japonaises ont été largement couronnées de succès à ce niveau aussi.

ii) Adoption de la pratique de la distribution d'une seule marque

6.350 Pour le Japon, il est clair que l'on ne peut attribuer ni aux escomptes de volume, ni aux ristournes la décision des grossistes primaires de ne distribuer qu'une seule marque sur le marché japonais. Des sociétés privées avaient adopté la pratique de la distribution d'une seule marque avant toute action gouvernementale. Cette pratique est apparue au milieu des années 60, et s'était à peu près généralisée en 1968.⁸⁰⁴ Les grossistes primaires de Konica étaient distributeurs d'une seule marque au moins depuis 1955. Trois des quatre principaux grossistes primaires de Fuji étaient déjà grossistes distributeurs d'une seule marque bien avant 1970. Par conséquent, la distribution d'une seule marque de pellicules était déjà la norme de l'industrie en 1968, bien avant les Lignes directrices de 1970, seule déclaration d'origine gouvernementale concernant les conditions générales de vente⁸⁰⁵, et les autres mesures alléguées. Ainsi, bien avant les Lignes directrices de 1970, l'industrie était déjà passée à la distribution d'une seule marque, et il n'y a donc rien de surprenant à ce que les Lignes directrices ne mentionnent pas la distribution d'une seule marque. Le Japon conclut que l'historique des décisions commerciales dans cette industrie fait apparaître des faiblesses, du point de vue de la chronologie, dans la conception de la causalité qui est celle des Etats-Unis, car il est impossible qu'une action gouvernementale ait provoqué quelque chose qui l'a précédée.

⁸⁰⁴Le seul grossiste multimarques restant était Asanuma, qui est passée à la distribution d'une seule marque en 1975, après avoir essuyé les rebuffades de Kodak avec laquelle elle avait essayé de rétablir des relations directes.

⁸⁰⁵Les autres rapports et enquêtes ne constituaient pas des actions ou déclarations formelles du gouvernement. De plus, même ces rapports et enquêtes datent d'une époque à laquelle la distribution d'une seule marque était devenue la pratique prédominante de l'industrie.

6.351 Le Japon fait observer que Nagase, agent de Kodak, avait acquis Kuwada, et transformé l'ancien grossiste primaire distributeur multimarques en un grossiste distributeur d'une seule marque, devenant ainsi, en 1967, le concurrent direct des autres grossistes primaires indépendants. Par la suite, les grossistes primaires indépendants désireux de vendre des produits Kodak avaient le choix entre soutenir la concurrence de leur fournisseur (ce qui était évidemment impossible, puisque le fournisseur aurait toujours eu la possibilité de vendre moins cher que le grossiste indépendant) ou devenir grossistes secondaires. Ceux qui étaient en mesure de rester grossistes primaires pour un autre fabricant ont choisi cette solution. Leur décision n'était pas motivée par des ristournes ou des escomptes de volume, elle tenait au fait que Kodak avait choisi la distribution exclusive au niveau du grossiste primaire, et ce faisant, avait effectivement privé les grossistes primaires indépendants de tout rôle dans la distribution des produits Kodak. De l'avis du Japon, en dernière analyse, lorsqu'il s'agit de s'attacher un grossiste, le succès ou l'échec des escomptes et ristournes de volume est affaire de jugement commercial. Toutefois, ni les uns ni les autres ne mènent nécessairement à l'exclusivité. Les grossistes doivent choisir entre les avantages d'un moindre prix d'achat grâce aux escomptes de volume et la plus grande variété des marques, ce qui est une décision purement commerciale.

6.352 Le Japon affirme qu'Asanuma est restée un grossiste distributeur de pellicules Kodak jusqu'en 1975. Asanuma n'a donc pas mis fin à ses relations avec Kodak à cause des conditions de paiement, escomptes de volume, ristournes, relations de keiretsu ou des politiques du gouvernement japonais présentées comme encourageant la distribution d'une seule marque. De l'avis du Japon, Asanuma a mis fin à ses relations avec Kodak parce que Kodak n'était pas disposée à traiter directement avec Asanuma comme grossiste primaire. De même, les autres grossistes primaires sont restés distributeurs d'une seule marque pour Fuji parce qu'ils avaient pris la décision commerciale d'agir ainsi.⁸⁰⁶

6.353 Les Etats-Unis contestent l'argument du Japon selon lequel les mesures prises par lui ne pouvaient avoir provoqué les effets allégués parce que les fabricants japonais ont commencé à réduire les délais de paiement et à octroyer des escomptes et ristournes de volume en 1966, avant la série de mesures prises par le gouvernement japonais à partir de 1968 et jusqu'à la fin de l'année 1975 qui préconisaient de telles conditions générales de vente. De l'avis des Etats-Unis, leur argument n'est pas entaché de faiblesse tenant à la chronologie.

6.354 Les Etats-Unis notent que les politiques du gouvernement japonais en matière de conditions générales de vente avaient deux objectifs: 1) uniformiser les conditions générales de vente, de manière à créer une référence par rapport à laquelle juger de la "loyauté" de la concurrence d'entreprises étrangères appliquant des conditions générales autres que les conditions uniformes; et 2) mettre en oeuvre des conditions spécifiques favorables à l'exclusivité de circuit. Pour ce qui est du premier objectif, le Japon a vivement encouragé la mise au point de conditions générales de vente uniformisées pendant la période 1968-1975, c'est-à-dire précisément à l'époque où il avait entrepris d'abaisser ses droits de douane et de s'orienter vers la première libéralisation importante des mouvements de capitaux. Le Japon voulait que ses fabricants, grossistes primaires et grossistes secondaires uniformisent les conditions générales de vente afin de pouvoir résister, grâce à l'examen au titre de la Loi antimonopole, à la concurrence croissante attendue. L'enquête de 1969 sur les conditions générales de vente⁸⁰⁷ montre qu'à cette époque, les conditions générales de vente n'étaient pas uniformisées entre fabricants et grossistes, ou entre grossistes primaires et grossistes secondaires et détaillants. Les efforts répétés et actifs déployés par le MITI pour uniformiser les conditions de vente (y compris en faisant largement connaître les conditions particulières appliquées par les différents grossistes) ont servi à uniformiser ces conditions au moment même où l'uniformisation était le plus nécessaire pour résister à la menace imminente de la concurrence étrangère.

⁸⁰⁶Affidavit of Takenosuke Katsuoka, pièce n° A-11 du Japon; Affidavit of Kaoru Konno, pièce n° A-15 du Japon, Affidavit of Yukiyoishi Noro, pièce n° A-14 du Japon, Affidavit of Tomihiko Asada, pièce n° A-12 du Japon.

⁸⁰⁷Pièce n° B-1 du Japon.

C'est aussi à cette époque que le Japon a mis en oeuvre la Circulaire n° 17 pour empêcher les fabricants étrangers d'offrir des primes attrayantes aux grossistes, et le Règlement n° 1 au titre des dispositions relatives à la notification des marchés internationaux de la Loi antimonopole, qui garantissait la possibilité d'examiner tout marché conclu entre fabricants étrangers et grossistes japonais pour y déceler tout éventuel écart "déloyal" par rapport aux conditions uniformisées.

6.355 Les Etats-Unis soulignent aussi que la chronologie retenue par le Japon était parfaitement appropriée en ce qui concerne le second objectif. S'il est vrai que les fabricants japonais avaient eu recours aux ristournes et aux escomptes de volume et réduit les délais de paiement avant la publication des Lignes directrices de 1970, l'enquête de 1969 et les Lignes directrices de 1970 elles-mêmes notaient que les ristournes et escomptes de volume étaient moins largement utilisés entre grossistes primaires et grossistes secondaires et détaillants. Ces documents indiquaient aussi que de longs délais de paiement étaient d'usage courant à ces niveaux du système de distribution. Le Japon voulait faire progresser son système de distribution dans le cadre de keiretsu au-delà du premier stade, celui des relations entre fabricants et grossistes primaires, pour y inclure aussi les stades situés en aval. De plus, comme les Etats-Unis en avaient donné des preuves, la keiretsunisation à ces niveaux d'aval exigeait de plus gros efforts, puisqu'elle n'était pas nécessairement dans l'intérêt des grossistes ou des détaillants. Le caractère limité de l'accès des entreprises étrangères aux grossistes secondaires montre qu'à ce niveau aussi les politiques menées par le Japon ont été largement couronnées de succès.

iii) Adhésion du gouvernement à des actions privées

6.356 Les Etats-Unis font valoir que, dans la mesure où des fabricants avaient déjà mis en oeuvre certaines des conditions générales de vente souhaitées, l'adhésion du gouvernement à ces conditions a fait clairement comprendre qu'elles constituaient une politique gouvernementale approuvée et devaient être perpétuées ou renforcées.

6.357 Le Japon soutient que l'intérêt économique propre des entreprises était une raison suffisante pour maintenir des conditions générales de vente rationalisées. De plus, le Japon fait observer que l'objectif prétendument sous-jacent à l'adoption de ces conditions générales de vente, c'est-à-dire la distribution d'une seule marque, est la forme courante de distribution dans l'industrie des pellicules photographiques, sur tous les marchés du monde. Elle est le résultat de décisions commerciales portant sur la manière de se placer au mieux pour soutenir la concurrence. Les fabricants qui vendent au Japon n'auraient eu aucun besoin de l'adhésion du gouvernement pour adopter et maintenir des pratiques et des structures de marché dont le succès s'était trouvé confirmé sur tous les autres marchés du monde. Par conséquent, les conditions de paiement, les escomptes et les ristournes ne rendaient pas compte de l'évolution vers la distribution d'une seule marque, pas plus au Japon qu'aux Etats-Unis ou dans l'Union européenne. Le recours aux conditions de paiement, aux escomptes et aux ristournes comme outils de la concurrence n'est pas non plus limité au Japon. Ces moyens ont été et restent des outils de la concurrence, dont l'usage n'est limité que par les législations pertinentes en matière de concurrence, également appliquées aux concurrents étrangers et nationaux.

iv) Uniformisation en aval

6.358 Selon les Etats-Unis, le Japon voulait que ces conditions générales de vente soient appliquées et uniformisées plus loin en aval dans le système de distribution. Les enquêtes et les lignes directrices datant de la fin des années 60 et du début des années 70 notent que les conditions générales de vente entre grossistes primaires et grossistes secondaires et détaillants n'étaient pas encore - mais devraient être - uniformisées.⁸⁰⁸ Etendre plus loin en aval le champ d'application des politiques de systématisation

⁸⁰⁸1970 Guidelines, pièce n° 70-4 des Etats-Unis.

contribuerait à assurer la stabilité du système dans son ensemble et sa résistance aux entreprises à capitaux étrangers. Lorsque les grossistes avaient effectivement commencé à appliquer les conditions suggérées par le MITI, les détaillants avaient soulevé des objections.

6.359 Le Japon répond que cet argument ne tient pas compte des incitations économiques allant dans le sens d'une propagation en aval des conditions générales de vente uniformes, ni des conséquences économiques effectives de leur rationalisation en aval. Quant à l'argument des Etats-Unis, selon lequel le resserrement des conditions à l'échelon fabricant-grossiste se traduisait par une pression financière accrue pour le grossiste, le Japon répond que les efforts tendant à réduire les délais de règlement à l'échelon grossiste-détaillant aideraient en fait les grossistes en atténuant la pression financière découlant de la réduction des délais de paiement à l'échelon fabricant-grossiste. Ainsi, il ne pouvait pas y avoir d'incidences financières effectives sur le grossiste, qui ne pouvaient donc pas déboucher sur les relations d'exclusivité fabricant-grossiste alléguées par les Etats-Unis.⁸⁰⁹ Si les fabricants et les grossistes avaient, de leur propre gré, adopté des délais de paiement plus courts, des ristournes et des escomptes de volume, ces changements auraient inévitablement entraîné, par la suite, leurs propres effets sur les conditions appliquées en aval depuis le grossiste jusqu'au consommateur, indépendamment de ce que le gouvernement recommandait en matière de modernisation de la distribution. Le Japon conclut que l'adhésion alléguée du gouvernement aux conditions générales de vente entre grossistes et détaillants, qui étaient la conséquence vraisemblable des changements intervenus dans les conditions de vente entre fabricants et grossistes, n'avait rien à voir avec les forces économiques sous-jacentes favorables à la généralisation, en aval, des conditions générales de vente.

v) Uniformité et uniformisation

6.360 De l'avis des Etats-Unis, l'uniformisation des conditions générales de vente servait deux objectifs: i) encourager l'alignement vertical de la distribution, et ii) établir une référence permettant de déceler, grâce à l'examen prévu au titre de la Loi antimonopole, toute pratique s'écartant des pratiques uniformes de l'industrie. Le fait que les fabricants nationaux avaient mis en oeuvre des ristournes et des escomptes et réduit les délais de paiement en 1966 ou 1967 ne voulait pas dire que les conditions étaient uniformes parmi les fabricants et les grossistes. Le gouvernement japonais voulait que l'industrie uniformise les conditions et les maintienne uniformes pour pouvoir résister aux percées du capital étranger.

6.361 A propos de l'accent mis par les Etats-Unis sur l'importance du rôle joué par le gouvernement pour assurer l'uniformité des conditions générales de vente, le Japon fait valoir que cet argument n'est aucunement étayé par les actions du gouvernement ou les actions du secteur privé pendant cette période, puisque l'existence de conditions générales de vente rationalisées n'a pas limité, pour les fabricants étrangers ou nationaux, la capacité d'offrir des conditions plus compétitives.

⁸⁰⁹Selon le Japon, les Etats-Unis citent les tendances de la rentabilité pour le grossiste. Or cette donnée montre qu'à mesure que les conditions de paiement imposées par les fabricants sont devenues plus strictes, au milieu des années 60, cette rentabilité a, en fait, augmenté. La baisse de rentabilité ne s'est produite que plusieurs années plus tard. La chronologie de ces tendances ne peut guère étayer les allégations des Etats-Unis.

i) En particulier, le Japon souligne que les Lignes directrices de 1970 ne spécifiaient pas les délais de paiement, les taux d'intérêts applicables en cas de longs délais de paiement, les conditions auxquelles des escomptes de volume ou des ristournes pouvaient être accordés. Aucun des autres documents identifiés par les Etats-Unis ne spécifie de "norme" à atteindre pour aucun de ces éléments.⁸¹⁰ Les Lignes directrices ne formulaient que des suggestions en termes généraux, non les détails spécifiques de conditions générales de vente suggérées. De plus, les Lignes directrices n'utilisaient même pas le terme "uniformiser" dans ces suggestions concernant les conditions générales de vente.⁸¹¹

ii) En ce qui concerne l'argument des Etats-Unis selon lequel le "contrat type" élaboré par un groupe émanant de la profession⁸¹² allait dans le sens de l'uniformité, le Japon répond que le projet de "contrat type"⁸¹³ laissait clairement à la négociation individuelle le soin de préciser tout élément majeur de l'opération commerciale et ne pouvait pas empêcher un concurrent d'offrir de meilleures conditions pour emporter une affaire. Ainsi, l'intention n'était pas d'uniformiser telles ou telles conditions spécifiques de vente.

iii) De l'avis du Japon, l'idée selon laquelle la rationalisation des conditions générales de vente limitait en quelque sorte, pour les fabricants étrangers, la capacité d'offrir des conditions compétitives est contraire aussi à certaines déclarations récentes des Etats-Unis. Il est indiqué, dans les Lignes directrices de 1990, que "les opérateurs économiques qui s'efforcent de pénétrer un nouveau secteur n'ont pas la moindre idée du montant des ristournes qu'il leur faudrait offrir pour s'assurer une position supérieure à celle de leurs rivaux".⁸¹⁴ Ici, les Lignes directrices de 1990, qui ont l'adhésion des Etats-Unis, supposent que la rationalisation des conditions générales de vente aidera les nouveaux venus, y compris les fabricants étrangers, à offrir des conditions compétitives.

6.362 Le Japon conclut qu'à supposer même que les allégations des Etats-Unis concernant la chronologie, la signification des Lignes directrices de 1970 et leur effet d'encouragement à l'exclusivité soient correctes, ces arguments des Etats-Unis resteraient sans valeur parce qu'ils supposent que des contraintes juridiques limitent la capacité d'offrir aux clients des conditions générales de vente compétitives. Or aucune

⁸¹⁰Le Japon note que si l'enquête de 1969 contenait des exemples de conditions générales de vente effectivement appliquées, cette information est d'usage tout à fait courant dans de telles enquêtes factuelles. Rien n'indique que l'enquête ait évalué telles ou telles conditions, soit favorablement soit défavorablement, et les conditions citées ne pouvaient donc pas constituer des "objectifs".

⁸¹¹Le Japon affirme que les Etats-Unis traduisent régulièrement "tekisei(-ka)" par "uniformisation" et non pas le terme plus précis de "rationalisation". Si l'original japonais avait voulu dire "uniformisation", il aurait employé le terme "hyoujun-ka". Voir, par exemple, la pièce n° 71-11 des Etats-Unis (Zenren Tsuho, août 1971); la pièce n° 70-4 des Etats-Unis (Zenren Tsuho, juillet 1970); la pièce n° 69-5 des Etats-Unis (Zenren Tsuho, novembre 1969)

⁸¹²Le contrat a été reproduit à l'époque dans une revue professionnelle. Nihon Shashin Kogyo Tshushin (1er juillet 1992), pièce n° F-2 du Japon. Ce "contrat type" se présentait comme un formulaire modèle de contrat et n'avait absolument aucun effet contraignant. Le MITI a simplement encouragé la Chambre de commerce et d'industrie japonaise à l'élaborer. Son objet était d'encourager le secteur privé à utiliser des formulaires écrits et à rendre les contrats plus transparents.

⁸¹³Le Japon souligne que le contrat type: i) laisse en blanc le nombre de jours correspondant au délai de paiement; ii) laisse en blanc le taux des intérêts à facturer pour paiement tardif; iii) laisse en blanc le taux de l'escompte à accorder pour paiement au comptant; iv) indique que les escomptes de volume doivent répondre à des "critères spécifiés par ailleurs" et v) ne comprend aucune mention des ristournes.

⁸¹⁴Shoukankou Kaizen No Kihonteki Houkou Ni Tsuite (Basic Distribution to be Taken for the Improvement of Commercial Practices), 20 juin 1990 [ci-après "1990 Guidelines"], pièce n° 90-5 des Etats-Unis, page 2.

contrainte n'empêche un concurrent, qu'il soit étranger ou national, d'offrir des conditions générales de vente plus attrayantes.

- e) Financement de la rationalisation, de la systématisation et de l'uniformisation
 - i) Financement par la JDB d'installations communes de distribution

6.363 Les Etats-Unis allèguent que le Japon a aussi encouragé l'intégration verticale des fabricants et des grossistes par des "directives" administratives et des incitations financières visant à amener les fabricants, les grossistes et les détaillants à mettre en place des installations communes de distribution. La mise en place d'installations communes entre ces trois niveaux du système de distribution liait les entreprises participantes plus étroitement et rendait plus difficile, pour des fournisseurs étrangers, l'instauration ou le maintien de relations avec les distributeurs participants. Le Septième Rapport intérimaire du Comité de la distribution recommandait l'octroi, par la Banque japonaise de développement (JDB), d'une aide financière pour promouvoir la systématisation.⁸¹⁵ En 1976, la JDB a octroyé à Konica un prêt subventionné de 550 millions de yen pour lui permettre d'établir un centre commun de distribution pour Konica et ses quatre grossistes primaires.⁸¹⁶ Le financement par la JDB de ce centre de distribution a donné à Konica les moyens d'établir des liaisons solides, aussi bien matérielles qu'électroniques, avec ses grossistes primaires et a ainsi dépossédé les grossistes de leur indépendance et rendu presque impossible pour les autres fabricants d'offrir des conditions préférables à des relations exclusives avec Konica.⁸¹⁷ Les Etats-Unis allèguent que l'octroi sélectif par la JDB d'une aide financière à des fabricants japonais s'efforçant de systématiser les circuits de distribution des pellicules et papiers photographiques a bouleversé les conditions de concurrence entre produits d'importation et produits d'origine nationale, puisque les prêts ont contribué à resserrer davantage encore les liens des fabricants nationaux avec des grossistes primaires qui, autrement, auraient pu distribuer des produits importés.

6.364 Le Japon soutient que Konica avait déjà acquis ses grossistes primaires avant l'octroi du prêt de la JDB, et que ce prêt est venu trop tard pour avoir pu encourager l'intégration verticale. Aucune intervention du gouvernement n'est nécessaire pour dire à des filiales de coopérer avec la société mère. Pour le Japon, la coopération entre Konica et ses grossistes primaires, et la mise en place en commun d'une installation de distribution ne peut être le résultat d'un plan élaboré par le gouvernement pour renforcer les relations entre ces grossistes primaires et Konica.

6.365 Les Etats-Unis répondent que le Japon ne nie pas que le prêt ait été accordé pour financer la mise en place d'un centre commun de distribution entre Konica et ses grossistes, ni que le centre ait en fait été créé au moyen du prêt. Quant à l'argument du Japon selon lequel Konica avait déjà acquis ses grossistes primaires à l'époque, les Etats-Unis soutiennent que Konica a fusionné avec ses deux derniers grossistes primaires indépendants (c'est-à-dire Haruna Shokai et Daiwa Shokai) le 13 juillet 1977, plus d'un an après l'octroi du prêt par la JDB.⁸¹⁸ Les Etats-Unis estiment que la mise en place de ce centre commun de distribution a lié plus étroitement encore entre eux le fabricant et ses grossistes, rendant

⁸¹⁵Pièce n° 69-4 des Etats-Unis.

⁸¹⁶The Direction of Regulating Multi Level Marketing, Catalog Sales and Door to Door Sales (Eleventh Interim Report), décembre 1974, pièce n° 74-6 des Etats-Unis.

⁸¹⁷A l'époque, le Président de Konica a fait référence au centre de distribution comme à "une sorte de fusion d'entreprises sur le front de la distribution". Standing Before a Trial Photographic Distribution Industry, Camera Times, 8 mai 1976, pièce n° 76-4 des Etats-Unis.

⁸¹⁸Un article paru dans une revue professionnelle du 20 juillet 1977 signalait la fusion: Era for Reorganizing Distribution: "Retailers Are Like Octopi". Shashin Kogyo Junpo, 20 juillet 1977, page 8, pièce n° 37 des Etats-Unis.

plus difficile pour un fournisseur étranger l'établissement de relations avec un grossiste de Konica ou l'acquisition d'un tel grossiste.

6.366 Selon le Japon, puisque la distribution d'une seule marque n'est pas intrinsèquement défavorable aux importations, il s'ensuit que l'encouragement donné par le MITI à la systématisation et le prêt accordé par la JDB à Konica pour mettre en place un centre commun de distribution - lequel tout au plus, même selon les allégations des Etats-Unis, n'a fait qu'encourager dans une certaine mesure la distribution d'une seule marque - n'étaient pas intrinsèquement défavorables aux importations. Le Japon explique que, lorsqu'il s'agit d'examiner les demandes émanant d'entreprises, la JDB n'a jamais fait et ne fait toujours aucune différence entre demandes émanant d'entreprises étrangères qui vendent des produits étrangers et demandes émanant d'entreprises nationales.⁸¹⁹ Ainsi, si Nagase (c'est-à-dire l'importateur de Kodak) et Kuwada (c'est-à-dire la filiale grossiste primaire distribuant une seule marque de Nagase) demandaient un prêt pour construire un centre commun de distribution, la JDB évaluerait la demande en se fondant sur les mêmes critères que lorsqu'elle avait évalué la demande de Konica.

6.367 Répondant à l'argument du Japon selon lequel la JDB aurait accordé, pendant les années 70, et accorderait aujourd'hui le même type de prêt à des fabricants étrangers, les Etats-Unis répliquent qu'il n'en reste pas moins que le seul fabricant qui ait obtenu un tel prêt était japonais.⁸²⁰

ii) Prêts de la SMEA aux laboratoires de développement

6.368 Selon les Etats-Unis, à mesure que la photographie en couleur est devenue populaire dans les années 60 et 70, les laboratoires de développement sont devenus un autre circuit de distribution potentiel, et une menace potentielle pour le système de distribution oligopolistique maintenu par Fuji et Konica. En 1968, le Directeur de l'Agence des petites et moyennes entreprises (SMEA) a préconisé l'application des programmes de la SMEA à l'amélioration de la structure des petites et moyennes entreprises, pour tenir compte des "progrès de la libéralisation des mouvements de capitaux", et comme "contre-mesures de protection, qui éviteraient de se vendre aux capitaux étrangers".⁸²¹ L'enquête de 1969 sur les conditions générales de vente dans le secteur de la photographie⁸²², exécutée à la demande du MITI, note comme menaces potentielles "l'éventualité que l'oligopole des deux fabricants nationaux soit brisé par une société étrangère" et "l'éventualité qu'un nouveau circuit [de distribution] apparaisse pour faire concurrence au circuit des vendeurs de fournitures photographiques, qui est le principal circuit existant sur le marché de la distribution". L'enquête mettait aussi en garde contre le fait que "les sociétés étrangères [avaient] déjà accordé une assistance financière au secteur des laboratoires de développement" et recommandait que des mesures soient prises "pour réduire au minimum le désordre que l'on pouvait prévoir sur le marché de la distribution". L'une des mesures recommandées était de "subventionner le secteur des laboratoires

⁸¹⁹Le Japon note que, depuis 1984, la JDB encourage les importations en accordant des prêts à la construction d'installations de distribution et d'installations de service pour les produits importés. JDB Annual Report 1995, pages 26 et 27, pièce n° B-36 du Japon.

⁸²⁰Selon les Etats-Unis, le Japon fait aussi valoir qu'il était dans l'intérêt de Konica d'établir le centre commun de distribution, comme si ce fait modifiait la responsabilité du gouvernement, intervenusur le marché pour faciliter ce résultat.

⁸²¹Small and Medium Enterprises Director, Otsutake Kenzo, Main Points of Fiscal 1968 MITI Policy; New Policy Dealing With Capital Liberalization; Approach to Policy on Small and Medium Enterprises, TsusanJournal, décembre 1967, Volume 2, pages 10 à 15, pièce n° 12 des Etats-Unis.

⁸²²Institute of Distribution Research, Fact-Finding Survey Report Pertaining to Transaction Terms: Actual Conditions of Transaction Practices in the Wholesale Industry, mars 1969, pages 1 à 21, 287 à 319. Pièce n° 15 des Etats-Unis.

de développement".⁸²³ En réponse, selon les Etats-Unis, la SMEA du MITI a accordé au secteur des laboratoires de développement des subventions substantielles pour permettre la modernisation des équipements de laboratoire, en prévision de la libéralisation des mouvements de capitaux. En juillet 1967, la SMEA a approuvé le secteur des "laboratoires de développement et de tirage des pellicules couleur" comme l'un des quatre secteurs pouvant prétendre, cette année-là, à des prêts subventionnés.⁸²⁴ Le Président de l'Association des laboratoires, qui était aussi le Président de Fuji Color Service⁸²⁵, a déclaré que "les principaux objectifs de la décision de faire du secteur des laboratoires un secteur désigné étaient ..., en tant que contre-mesures en matière de libéralisation des mouvements de capitaux, de moderniser les installations et, partant, de donner aux entreprises une base plus solide".⁸²⁶ Lorsque les laboratoires ont été désignés comme pouvant bénéficier en 1973 d'un autre programme de subventions de la SMEA, le Président de l'Association des laboratoires a souligné une fois encore la nécessité de répondre à la libéralisation des échanges.⁸²⁷ A la fin des années 60 et au début des années 70, les fabricants japonais de pellicules ont utilisé l'aide financière de la SMEA pour convertir les laboratoires de développement noir et blanc en laboratoires couleur. Pendant cette période, la SMEA a fourni environ 160 millions de yen pour soutenir cet effort. Après conversion, ces laboratoires ont eu tendance à rester étroitement affiliés aux fabricants japonais. Les subventions ont contribué à attirer et maintenir les laboratoires dans des relations d'exclusivité avec les fabricants nationaux japonais de pellicules et de papiers photographiques.

6.369 Les Etats-Unis estiment que ces liens étroits entre fabricants nationaux, formés au titre du programme de la SMEA, ont aidé les fabricants nationaux à fermer un autre circuit de distribution possible pour les pellicules, puisque les laboratoires de développement constituent le marché essentiel pour les papiers photographiques et un important circuit de distribution pour les pellicules photographiques. Comme les laboratoires passent fréquemment dans les magasins de détail pour collecter les pellicules exposées qui doivent être développées et tirées, et déposer les tirages papier, ils sont bien placés pour livrer par la même occasion des pellicules neuves non développées. De plus, la marque des matériels de développement et de tirage que le laboratoire utilise correspond souvent à la marque des papiers photographiques qu'il emploie et à la marque des pellicules qu'il distribue. La perception du consommateur, sinon la technologie, suggère souvent que l'on obtient de meilleurs tirages si l'on utilise des pellicules, des papiers et des matériels de la même marque. Aussi un laboratoire équipé de matériel de développement d'une société achètera-t-il vraisemblablement à la même société les papiers et les produits chimiques dont il a besoin, ainsi que ses pellicules photographiques, de manière à assurer la compatibilité et à satisfaire les attentes du consommateur quant à la cohérence entre marque de pellicules et marque de papier employés. Un laboratoire qui utilise du matériel Fuji utilisera souvent des papiers et des produits chimiques Fuji et, s'il distribue des pellicules, ce seront vraisemblablement des pellicules Fuji.

⁸²³Ibid.

⁸²⁴Les rapports annuels de 1967 et de 1968 de la SMEA confirment que la SMEA a joué un rôle de premier plan lorsqu'il s'est agi d'accorder, dans des conditions propres à chaque société, une aide financière, des conseils, des orientations et un suivi, à l'appui des contre-mesures en matière de libéralisation du Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles. White paper on Small and Medium Enterprises by the SMEA 1967, pièce n° 67-1 des Etats-Unis.

⁸²⁵Les Etats-Unis notent que tous les présidents de l'Association générale des laboratoires du Japon (Association des laboratoires) sont des personnes employées par Fuji.

⁸²⁶Murakami Eiji, With This Opportunity as Designated Industry, Let's Strive for Further Development of the Lab Industry, CFA News, Special Issue, 1967, page 4, pièce n° 9 des Etats-Unis.

⁸²⁷Murakami Eiji, A Year of Trial, JCFA News, 1er janvier 1973, n° 34, page 2, pièce n° 27 des Etats-Unis.

6.370 Le Japon répond qu'il n'y a pas de lien logique entre octroi d'une aide financière par le gouvernement et tendance à l'intégration verticale. La tendance à l'affiliation a, de fait, commencé longtemps avant que l'un quelconque des efforts prétendument déployés par le gouvernement pour intégrer les laboratoires de développement n'ait produit d'effet. Tant Fuji que Konica commençaient déjà à instaurer des liens d'affiliation avec leurs laboratoires au début des années 60, ce qui montre que l'époque à laquelle la SMEA a accordé son aide financière n'avait rien à voir avec cette tendance.

6.371 De l'avis des Etats-Unis, comme l'abaissement des droits de douane applicables au matériel de développement et l'appréciation du yen entraîneraient une diminution du coût des fournitures et des matériels de développement importés, et améliorerait donc les bénéfices nets des laboratoires, la libéralisation ne serait une menace pour les laboratoires que s'ils étaient enfermés dans des relations avec Fuji ou Konica et ne se sentaient pas libres d'acheter des matériels et fournitures importés meilleur marché. Dans ces conditions, l'octroi par le gouvernement de moyens de financement à des conditions de faveur pouvait contribuer à réduire le coût comparatif de l'achat de matériels et de fournitures d'origine nationale, et par conséquent contribuer à créer des liens entre laboratoires et fabricants nationaux de pellicules et de papier ou à maintenir des liens existants. Par conséquent, de l'avis des Etats-Unis, le Japon a gravement bouleversé les conditions de concurrence qui autrement se seraient établies sur le marché japonais et auraient permis à des importations en provenance des Etats-Unis (et d'autres pays) de retirer un avantage des concessions tarifaires accordées par le Japon lors du Kennedy Round.

6.372 Etant donné que, de l'avis du Japon, la distribution d'une seule marque n'est pas intrinsèquement défavorable aux importations, il s'ensuit que l'encouragement donné par le MITI à la systématisation et l'aide financière octroyée par la SMEA en faveur de la modernisation des laboratoires de développement - qui tout au plus, même selon les allégations des Etats-Unis, n'ont fait qu'encourager quelque peu la distribution d'une seule marque - ne leur étaient pas intrinsèquement défavorables. Le Japon souligne que l'aide financière de la SMEA en faveur des laboratoires de développement pouvait être accordée à n'importe quel laboratoire ayant une affiliation quelconque avec n'importe quel fabricant. L'aide financière visait à aider les petits laboratoires, non les gros fabricants, à acheter ou à louer du matériel neuf pour pouvoir utiliser les nouvelles technologies de développement des pellicules couleur. De toute évidence, les petits laboratoires auraient plus de difficulté à financer une aussi grosse dépense d'équipement. Les laboratoires bénéficiant d'une aide financière étaient libres de choisir le type et la marque de tous les matériels qu'ils achetaient grâce aux prêts. Dès lors que les laboratoires avaient obtenu le nouveau matériel, ils étaient libres de devenir les clients de quiconque pouvait leur fournir les papiers couleur dont ils avaient besoin pour utiliser la nouvelle technologie. Le Japon fait valoir que cette source indépendante de financement a, en fait, réduit toute dépendance dans laquelle les laboratoires auraient pu se trouver par rapport aux fabricants. De l'avis du Japon, les Etats-Unis n'ont pas expliqué en quoi l'aide financière de la SMEA était de nature à favoriser les fabricants japonais par rapport à tout autre fournisseur ayant un produit compétitif.

6.373 En réponse à l'argument du Japon selon lequel les programmes de la SMEA ne précisaient pas que les laboratoires recevant les subventions ne pouvaient acheter que du matériel produit par des fabricants japonais, les Etats-Unis soutiennent que la manière dont la SMEA a géré ces programmes désavantageait les fabricants étrangers. De l'avis des Etats-Unis, le MITI de façon générale a géré les programmes relevant de la SMEA en un sens favorable à ses objectifs de politique industrielle, y compris celui de préparer l'industrie japonaise à la libéralisation des échanges et des investissements.⁸²⁸ L'administration

⁸²⁸"La nécessité d'accroître la compétitivité internationale en prévision de la libéralisation des échanges au début des années 60 a rendu cela [c'est-à-dire, améliorer les équipements des PME] encore plus nécessaire. Les politiques de modernisation des PME qui ont commencé à aller bon train dans les années 60 étaient une réponse des pouvoirs publics à cette nécessité." Takashi Yokokura, Chapter 20: Small and Medium Enterprises, Industry Policy of Japan Edited by Ryutaro Komiya, Masahiro Okuni, and Kotaro Suzumura, 1988, page 521. Chapter 11: The Development of New Policy Measures, MITI History, Volume 15, 31 mai 1991, pages 431 et 432, pièce n° 70

des programmes de financement de la SMEA contribue à assurer que les prêts soient accordés en conformité avec la politique industrielle du MITI. Les prêts sont approuvés cas par cas, à la discrétion d'un "consultant en gestion" agréé par le MITI. Pour obtenir l'agrément en tant que consultant en gestion, l'intéressé doit passer un examen portant sur les politiques industrielles du MITI et de la SMEA, y compris la politique de distribution.⁸²⁹ De l'avis des Etats-Unis, ces politiques ont contribué à l'établissement des liens solides et multiples par lesquels les laboratoires de développement japonais sont unis à Fuji, et ces liens ont renforcé la position dominante de Fuji sur le marché.⁸³⁰

6.374 Le Japon souligne que les prêts de la SMEA continuent d'être à la disposition des laboratoires affiliés à des fabricants aussi bien étrangers que nationaux. De l'exercice 1993 à l'exercice 1995, 48,2 pour cent des prêts ont été attribués à des laboratoires Fuji, 9 pour cent à des laboratoires Kodak et 7,1 pour cent à des laboratoires Konica.

6.375 Les Etats-Unis soutiennent que le fait que des laboratoires affiliés à Kodak aient bénéficié d'un petit nombre de prêts subventionnés au titre des programmes de la SMEA n'empêche pas que le programme a fonctionné pendant des années pour renforcer le contrôle exercé par l'industrie japonaise sur son réseau de laboratoires.

f) Liaisons électroniques

6.376 Les Etats-Unis estiment que le MITI a considéré le développement de liens en matière d'information comme faisant partie intégrante de ses efforts de systématisation de la distribution, et a vivement recommandé d'améliorer les liaisons informatiques pour cimenter et perpétuer le système fermé de distribution verticale, par exemple dans le Septième Rapport intérimaire de 1969 ou dans le Manuel de 1975. A partir du milieu des années 70, le MITI a créé une série d'entités gouvernement-industrie chargées de faciliter la création de réseaux informatiques entre fabricants japonais et distributeurs japonais. Le gouvernement japonais a aussi travaillé en étroite coopération avec des entreprises privées pour développer les liaisons informatiques et remédier aux différents obstacles auxquels elles se heurtaient dans la poursuite de cet objectif, y compris par l'octroi de moyens de financement à faibles taux d'intérêt.

6.377 Le Japon répond que rien ne permet d'assumer que les politiques de systématisation du MITI, par exemple la création de réseaux d'information, aient eu des effets d'exclusion. Les politiques du MITI reconnaissent et prenaient en considération tous les circuits de distribution des pellicules, y compris

des Etats-Unis. Parmi les objectifs déclarés de la politique industrielle figurait la réponse à la "libéralisation des mouvements de capitaux et des échanges". Ibid.

⁸²⁹Ainsi qu'il est expliqué dans un guide récent sur la marche à suivre pour devenir "consultant en gestion" agréé par le MITI: "Les candidats à de tels examens devraient étudier la dernière édition du Livre blanc [de la SMEA] ainsi que les éditions immédiatement antérieures. C'est là une source extrêmement utile si l'on veut comprendre ... la direction dans laquelle le gouvernement s'efforce de guider les petites et moyennes entreprises." Nagano Hiroji, *An Easy Guide to Becoming a Consultant for Small Business*, 26 janvier 1997, pages 35 et 36, pièce n° 104 des Etats-Unis.

⁸³⁰"La source de puissance qui a permis aux pellicules Fuji de se tailler une part importante du marché, qui ne doit rien aux politiques de prix agressives de Jumbo [le détaillant Nihon d'Agfa], est la keiretsunisation des grossistes et des laboratoires. Cette structure constitue la base d'un vigoureux système d'entreprises qui rend extrêmement rentable le secteur des pellicules et papiers photographiques." "Firm Control of Film Distribution - The Fair Trade Commission does not take action as discounters pose no threat", *Special Feature - Part 2, Nikkei Business*, 28 mars 1993, pages 16 à 19, pièce n° 79 des Etats-Unis.

les circuits de distribution utilisés par les importations.⁸³¹ Pour le Japon, il n'y a donc aucune raison pour que les importations se soient heurtées à des difficultés parce qu'elles n'utilisaient pas les mêmes formulaires et pratiques uniformisés.

6.378 Les Etats-Unis soutiennent que le Japon était bien conscient du fait que la mise en place de liens en matière d'information entre les fabricants et leurs distributeurs risque de renforcer les structures oligopolistiques de distribution et de limiter la concurrence.⁸³² La liste des industries fortement oligopolistiques établie par la JFTC inclut l'industrie japonaise des pellicules et papiers photographiques. Dans ces conditions, les Etats-Unis font valoir que la mise en place de réseaux d'information sous le contrôle de Fuji aurait dû susciter la préoccupation du gouvernement japonais, non son soutien explicite.

6.379 A l'argument des Etats-Unis selon lequel lorsque les fabricants japonais ont établi des liaisons informatiques en ligne avec leurs grossistes primaires, c'était à la suite des "directives" du Manuel de 1975, le Japon répond que Fuji n'a établi sa première liaison en ligne avec un grossiste primaire qu'en 1989. Le Japon soutient donc les "directives" alléguées préconisant la systématisation et qui, selon les allégations des Etats-Unis, ont si bien réussi à créer une structure de marché aboutissant à l'exclusion, ont en réalité été ignorées pendant au moins 14 ans.

6.380 Selon les Etats-Unis, le gouvernement japonais a soutenu et encouragé la mise en place de réseaux d'information pendant près de 25 ans:

a) En 1968, l'importance de la circulation de l'information a été identifiée pour la première fois dans le Sixième Rapport intérimaire qui indiquait que "la rationalisation des conditions d'implantation, la mise en place de réseaux de données sur la distribution devraient être encouragées ...".⁸³³

⁸³¹Le Japon note que Kuwada, filiale de Nagase, grossiste primaire distributeur d'une seule marque pour Kodak, était membre de l'association professionnelle des grossistes ("Shashoren") lors de l'élaboration du Manuel relatif à la distribution du MITI. Les importations n'ont donc pas été laissées en dehors du processus.

⁸³²Une étude de la JFTC portant sur la mise en place de réseaux d'information dans le secteur de la distribution notait: "La mise en place de réseaux d'information, en particulier sous la seule direction de fabricants oligopolistiques, peut être considérée comme un problème qui pourrait élargir l'écart de compétitivité ... En particulier, dans le cas où des fabricants oligopolistiques utilisent les réseaux d'information comme partie intégrante de leur gestion des circuits de distribution, il est à craindre que la dépendance des autres participants au réseau d'information n'augmente par rapport au dirigeant du réseau, pour les opérations, et que leur liberté de mener leurs activités commerciales n'en soit restreinte." Fair Trade Commission Office, Fact-Finding Survey Report Regarding Information Networking in the Distribution Sector, septembre 1989, pages 57 à 65, pièce n° 65 des Etats-Unis.

⁸³³1968 Sixth Interim Report, pièce n° 68-8 des Etats-Unis et pièce n° 14 des Etats-Unis.

b) En 1969, dans son Septième Rapport intérimaire, le Comité de la distribution du MITI a présenté un programme spécifique de "systématisation" de l'information fondé sur la conviction que la circulation de l'information était "un facteur essentiel de la mise en oeuvre de la systématisation des activités de distribution".⁸³⁴

c) En 1971, dans son Neuvième Rapport intérimaire⁸³⁵, le Comité de la distribution a réaffirmé combien il importait de renforcer les réseaux d'information dans le cadre de la systématisation de la distribution et préconisé l'établissement d'indicateurs nationaux pour aider à mettre en place les réseaux d'information nécessaires à la consolidation de liaisons horizontales et verticales d'un "type qui regroupe les détaillants clients autour d'un grossiste puissant qui constitue leur noyau; un type qui s'articule autour d'un système organisé de centres de gros intégrés et de quartiers de commerce de gros".⁸³⁶

d) Avec le Plan de base de 1971 concernant la systématisation de la distribution, le Japon a préconisé le renforcement des liens en matière d'information, élément essentiel de la systématisation de la distribution. Le plan préconisait spécifiquement la création à l'échelon de l'économie nationale de réseaux de données sur la distribution, la mise en oeuvre d'activités d'information communes et la création d'organisations spéciales chargées de promouvoir la diffusion d'informations sur la distribution. Il était indiqué dans le Plan de base que "cette systématisation de la distribution doit être réalisée par étapes: verticalement, depuis le niveau interne de l'entreprise, horizontalement, depuis le niveau des différentes entreprises jusqu'au niveau de l'économie nationale. Pour y parvenir, il faudrait de plus prêter l'attention voulue au moyen efficace que constitue l'informatisation [pour cette systématisation]".⁸³⁷

e) En décembre 1971, le MITI a établi le "Centre pour le développement de la systématisation de la distribution" ("le Centre")⁸³⁸ pour faciliter la systématisation, y compris le renforcement des liaisons informatiques, grâce à l'étroite coopération entre le gouvernement et le secteur privé. Le Centre a orchestré la mise au point de matériels et de logiciels uniformisés du dernier modèle et coordonné l'uniformisation de la présentation des données pour faciliter l'intégration informatique.

f) En 1975, le Centre a élaboré, à la demande du MITI, le "Manuel de 1975", qui soulignait combien il était urgent de développer les liens en matière d'information pour promouvoir la systématisation.⁸³⁹ Le Centre a aussi étudié la distribution dans des secteurs spécifiques, y compris celui des pellicules et des papiers photographiques, et formulé de nouvelles propositions visant à renforcer la systématisation.

g) En 1975, le Centre a publié une étude portant sur la stratégie de Fuji face à la libéralisation des mouvements de capitaux et à l'entrée de Kodak sur le marché. Cette étude observait que

⁸³⁴1969 Seventh Interim Report, page 4, pièce n° 69-4 des Etats-Unis.

⁸³⁵Industrial Structure Council Distribution Committee, Distribution for the 1970's (Ninth Interim Report) 22 juillet 1971, pièce n° 71-9 des Etats-Unis.

⁸³⁶Ibid., pages 80 et 81, pièce n° 71-9 des Etats-Unis.

⁸³⁷The Basic Plan for Distribution Systemization, 28 juillet 1971, pièce n° 71-10 des Etats-Unis, page 4.

⁸³⁸Establishment of "Distribution System Development Centre" and the Promotion of Distribution Systemization Measures, Tsusansho Koho, 20 décembre 1971, pages 5 et 6 et pages 13 à 18, pièce n° 71-13 des Etats-Unis. Le Japon note que le nom anglais officiel de cet organisme est "Distribution System Research Institute".

⁸³⁹"... Ainsi, outre la rationalisation des opérations et de la distribution, le secteur des appareils photo et des pellicules doit améliorer ses systèmes d'information, pour les amener à un niveau avancé." 1975 Manual, pièce n° 75-5 des Etats-Unis.

l'informatisation interne de Fuji avait été pleinement réussie et concluait que la prochaine étape, pour Fuji, serait de mettre en place un "Système de gestion totale de la distribution" incluant les distributeurs. L'étude notait le rôle central qui reviendrait aux liaisons informatiques.⁸⁴⁰

h) En 1976, le Centre a élaboré une deuxième étude portant sur le système informatique de Fuji, recommandant que Fuji développe ses réseaux d'information avec les grossistes primaires et les détaillants de matériel photo, afin de renforcer son contrôle sur le circuit de distribution en gros.⁸⁴¹

6.381 Les Etats-Unis estiment en outre que le MITI a continué de promouvoir activement la systématisation de l'information tout au long des années 80:

a) En 1985, le MITI a promulgué un programme intitulé "Pour un secteur de gros armé par l'information", qui préconisait que le gouvernement japonais accorde son appui à la mise en place de réseaux informatiques dans le secteur de la distribution, comprenant la constitution de groupes d'études sur la mise en place de systèmes d'information pour le secteur du gros, la création de moyens de financement à faible intérêt et le financement intensif de l'informatisation des petites et moyennes entreprises dans le secteur du gros.⁸⁴²

b) En 1986, le Centre a publié un rapport⁸⁴³ visant à "éclairer et guider" la mise en oeuvre des éléments fondamentaux du programme pour un secteur de gros armé par l'information, et a supervisé une série de comités gouvernement-industrie chargés de s'attaquer aux problèmes identifiés dans le rapport.

c) En 1987, le "Colloque sur la systématisation de l'information dans le secteur de la photographie", c'est-à-dire le Conseil de la systématisation a été établi sous les auspices du MITI pour uniformiser l'infrastructure de systématisation de l'information.⁸⁴⁴ Le Conseil de la systématisation s'est essentiellement attaché au problème de l'incompatibilité des modes de présentation des données, mais a aussi élaboré des études annuelles sur les progrès de la systématisation de l'information dans le secteur de la photographie.

⁸⁴⁰La mise en place d'une logistique de distribution orientée par un système d'information sera le "poste avancé" à partir duquel on pourra améliorer la stabilité des circuits articulés autour des grossistes primaires de l'entreprise, et poursuivre la mise en place d'un système de distribution compétitif." Asada Koji, Special Series - PD Strategy: Distribution System and Distribution Channel (No. 9), Physical Distribution Management, avril 1975, pages 55 à 61, pièce n° 75-1 des Etats-Unis.

⁸⁴¹... 2) Le système de connexion en ligne a permis à l'entreprise de connaître exactement l'état de ses stocks internes. A l'avenir, il faudrait s'efforcer de se rapprocher d'un système permettant [à l'utilisateur] de connaître l'état des stocks et de gérer les stocks au stade de la distribution. 3) Comme il est important, pour la gestion des stocks de pellicules, de connaître exactement l'état des stocks aux stades du gros et du détail, cela conduira aussi à une stabilisation des circuits articulés autour de tokuyakuten exclusifs, et il y a là de grands avantages du point de vue à la fois de l'information et de la logistique de distribution ..." Yoshioka Yoichi, The Online Inventory Control System at Fuji Photographic Film Co., Ltd., Ryutsu to Shisutemu, juillet 1976, pages 61 à 68, pièce n° 35 des Etats-Unis.

⁸⁴²MITI Industrial Policy Bureau, Division of the Information-Armed Wholesale Industry, 14 juin 1985, pièce n° 2 des Etats-Unis.

⁸⁴³Distribution Organisation Centre, "Research Report on Information Networking in the Wholesale Industry: Toward An Information Oriented Wholesale Industry", mars 1996.

⁸⁴⁴Photo Industry Information System Manual (The Fourth Edition), Photo Industry Distribution System Council, avril 1996, pièce n° 96 des Etats-Unis.

d) En 1988, le Conseil de la systématisation⁸⁴⁵ a finalement résolu le problème de l'incompatibilité des systèmes informatiques dans le secteur de la photographie en uniformisant la présentation des données, les codes des produits et les formulaires commerciaux dans l'ensemble des entreprises qui devaient participer à un réseau informatique particulier.

e) En janvier 1989, le Conseil a publié des codes de produits uniformes pour le développement et le tirage de pellicules.⁸⁴⁶

f) En février 1989, le Conseil a publié des pièces justificatives uniformes à l'usage des professionnels de la photographie.⁸⁴⁷

g) En mars 1989, le Conseil a publié un "Manuel général d'informatisation du secteur de la photographie", manuel de référence du secteur pour ce qui est de l'uniformisation des systèmes d'information.⁸⁴⁸

6.382 Selon les Etats-Unis, comme l'a noté le Japon, Fuji a finalement établi des connexions en ligne avec ses grossistes primaires en 1989.⁸⁴⁹

6.383 Le Japon admet que le Rapport de 1971 sur la systématisation présentait des suggestions visant à uniformiser la "paperasserie" et la distribution, et à assurer de meilleurs échanges d'information dans l'ensemble de la chaîne de distribution, et que le Manuel de 1975 développait ces suggestions de façon plus détaillée. Toutefois, quelles qu'aient pu être les recommandations des conseils consultatifs et des entreprises publiques, les fabricants japonais de ce secteur n'y prêtaient guère d'attention. Spécifiquement, le Japon soutient que le plus gros fabricant japonais de ce secteur n'a fini d'installer des systèmes informatiques communs avec ses grossistes qu'en 1993, près de 20 ans après la formulation des recommandations.

g) Position concurrentielle actuelle des importations

6.384 Les Etats-Unis soulignent que les actions entreprises par le Japon pour empêcher les fabricants étrangers d'accéder aux circuits de distribution en gros ont modifié en un sens défavorable les conditions de la concurrence pour les fournitures photographiques d'importation. Le fait d'être exclus du système de vente en gros affaiblit substantiellement l'aptitude des produits importés à soutenir la concurrence en limitant leur accès aux points de vente au détail, en augmentant leurs coûts de distribution par rapport à ceux que supportent les produits d'origine nationale et en neutralisant les vigoureux efforts déployés dans le domaine de la commercialisation. De plus, les enquêtes de marché démontrent que les produits d'importation, contrairement aux produits d'origine locale, n'ont accès qu'à un segment limité du marché.

i) Circuits primaires et circuits secondaires de vente en gros

⁸⁴⁵Le Conseil de la systématisation a été rebaptisé "Conférence sur les systèmes d'information dans le secteur de la photographie" en octobre 1988.

⁸⁴⁶Saito Seiichi, "Uniform Voucher Policy Facing New Challenges", Ryutsu to Shisutemu, mars 1992, pages 86 à 97, pièce n° 75 des Etats-Unis.

⁸⁴⁷Ibid.

⁸⁴⁸Photo Industry Distribution Information System Council, Photo Industry Distribution Information System Manual (The First Edition), mars 1989, pièce n° 62 des Etats-Unis.

⁸⁴⁹Affidavit of Mr. Tanaka, General Manager, FujiPhoto Film Co., Ltd., pièce n° A-10 du Japon, pages 3 et 4.

6.385 Les Etats-Unis estiment que la quasi-totalité des pellicules fabriquées au Japon arrivent aux points de vente au détail par l'intermédiaire des circuits de gros, tandis que les pellicules importées sont presque totalement exclues de ces circuits. Les fabricants étrangers ne vendent à peu près pas de pellicules par l'intermédiaire des grossistes primaires. Kodak ne vend que 15 pour cent de ses pellicules à des grossistes secondaires, et Agfa ne vend pas de pellicules du tout par l'intermédiaire des grossistes secondaires.⁸⁵⁰

6.386 De l'avis des Etats-Unis, les circuits de gros primaires donnent aux fabricants japonais de pellicules et de papiers photographiques des atouts majeurs pour protéger leur domination du marché japonais, comme l'accès aux relations avec les clients que les grossistes primaires de matériel photo ont développées pendant une bonne partie du siècle et qui sont un élément vital des affaires au Japon, par exemple. De plus, grâce à cet accès exclusif, les fabricants japonais de pellicules ont acquis une puissance commerciale inégalée, et des services comme la gestion des stocks, les services après-vente, la promotion des ventes et le personnel de vente en contact avec le public. Les fournisseurs étrangers doivent s'acquitter eux-mêmes de ces fonctions de commercialisation et de distribution, et doivent donc supporter une structure de coûts relativement plus élevés. Les fabricants étrangers de pellicules ne peuvent instaurer des relations équivalentes ou fournir des services comparables de façon économiquement viable.

6.387 Les Etats-Unis estiment que les grossistes secondaires soutiennent les opérations des grossistes primaires mais ne peuvent se substituer à eux.⁸⁵¹ Les grossistes secondaires ont des activités de plus faible envergure et de portée régionale, et leurs opérations n'ont ni l'échelle ni la portée géographique de celles des grossistes primaires. De plus, Fuji et ses grossistes primaires de matériel photo contrôlent ou dominent un certain nombre des grossistes secondaires les plus importants, et sont en mesure d'influencer tous les négociants secondaires en raison de la position de fournisseur de la marque dominante qui est celle de Fuji.⁸⁵² S'il est vrai que certains grossistes secondaires vendent de multiples marques de pellicules, la plupart ne le font pas, et les pellicules photographiques d'origine étrangère sont presque aussi rares dans ces circuits que dans les circuits primaires.⁸⁵³

6.388 Les Etats-Unis estiment que tout fabricant étranger est désavantagé dans cette situation parce qu'il se heurterait à un grand nombre des mêmes obstacles s'il essayait de convertir un grossiste secondaire en grossiste primaire que s'il essayait de construire un nouveau réseau de distribution à partir de zéro. Ces obstacles sont, par exemple, les suivants: nécessité d'établir des relations avec de nombreux petits points de vente au détail; nécessité d'établir une base de personnel ayant les compétences techniques et la connaissance du marché nécessaires; et nécessité de créer des relations de fournisseur en gros à fabricant avec de nombreux fabricants de fournitures photographiques (appareils photo, accessoires, etc.). Même les grossistes secondaires qui distribuent de nombreuses marques achètent une part importante des pellicules et des autres produits qu'ils distribuent auprès des grossistes primaires de matériel photo. Le grossiste secondaire qui chercherait à développer ses activités se trouverait en concurrence directe avec ces grossistes primaires (qui sont aussi ses fournisseurs de pellicules Fuji) et devrait s'efforcer de prendre la place de grossistes primaires avec lesquels la plupart des détaillants entretiennent de longue

⁸⁵⁰Photo Market 1996, pièce n° 96-1 des Etats-Unis.

⁸⁵¹En réponse à l'argument du Japon selon lequel les grossistes secondaires fournissent la clé qui permet l'accès aux petits points de vente au détail, les Etats-Unis font valoir que le Japon n'a étayé cet argument par aucun élément de preuve et qu'un tiers seulement environ des ventes de pellicules de Fuji passent par les grossistes secondaires pour atteindre les détaillants, tandis que la majorité de ces ventes vont directement des grossistes primaires aux détaillants. Pièce n° 96-1 des Etats-Unis, page 132.

⁸⁵²Affidavit of Sumi Hiromichi, 27 novembre 1996, pièce n° 96-10 des Etats-Unis.

⁸⁵³Les pellicules d'origine étrangère représentent 7 pour cent seulement des pellicules vendues par l'intermédiaire des circuits secondaires. Photo Market, 10 juin 1996, pages 132 et 133 et page 254, pièce n° 99 des Etats-Unis.

date des relations stables.⁸⁵⁴ De plus, il n'y a guère de chances que les fabricants qui, à l'heure actuelle, distribuent par l'intermédiaire des grossistes primaires compromettent leurs relations avec ces grossistes primaires en vendant leurs produits à un grossiste primaire récemment apparu sur le marché. Enfin, les grossistes primaires de matériel photographique réalisent des gains d'efficacité (c'est-à-dire des "économies de gamme") en fournissant des appareils photo et toute une gamme d'autres matériels photo, en plus des pellicules et des papiers. Un fabricant étranger de pellicules et de papiers qui édifierait un nouveau système de distribution à partir de zéro ne pourrait bénéficier de ces gains d'efficacité. Ainsi, les Etats-Unis allèguent que pour un fabricant étranger, il serait impossible d'établir la base de clientèle nécessaire pour obtenir les économies de gamme sans lesquelles ses opérations ne seront pas économiquement viables.

ii) Structure actuelle du marché dans le système de distribution

6.389 Pour le Japon, à la base des allégations des Etats-Unis concernant les politiques de distribution, il y a l'allégation selon laquelle la distribution d'une seule marque au Japon entrave l'accès au marché des marques étrangères de pellicules et de papiers, et qu'il est impossible pour un fabricant étranger de vendre directement à la totalité des 280 000 points de vente qui, au Japon, offrent des pellicules. Selon le Japon, les Etats-Unis allèguent que pour avoir accès à ces points de vente, il est nécessaire de passer par l'intermédiaire des grossistes nationaux, tels que les grossistes primaires des fabricants nationaux. Le Japon ne partage pas cette manière de présenter les choses, parce que Kodak, principal fabricant étranger, ne vend pas directement aux points de vente japonais. Comme Fuji et Konica, elle vend par l'intermédiaire d'un grossiste national. Il se trouve qu'à l'heure actuelle, le grossiste national de Kodak, Kodak Japan, est une filiale en pleine propriété. Par le passé, c'était une société japonaise, Nagase, puis une coentreprise avec Nagase.

6.390 Les Etats-Unis répondent que Kodak travaille au Japon par l'intermédiaire de sa filiale en pleine propriété, Kodak Japan, Ltd., qui s'acquitte de tâches d'appui technique, de lancement des produits et de commercialisation. Faute d'accès aux circuits de gros, Kodak Japan vend nécessairement les pellicules Kodak directement aux points de vente au détail, mais cela n'en fait pas un "grossiste".

6.391 Le Japon répond que Kodak cède ses pellicules à Kodak Japan, qui les vend ensuite aux mêmes grossistes secondaires et détaillants. Kodak distribue ainsi ses pellicules avec beaucoup de succès par l'intermédiaire d'un circuit de vente parallèle à celui de Fujifilm. Dans le cas de Fujifilm, les grossistes primaires indépendants cèdent les pellicules qu'ils ont reçues de Fujifilm à leurs clients. Dans le cas de Kodak, Kodak Japan cède les pellicules qu'elle a reçues de Kodak aux mêmes clients. Ainsi, Kodak Japan remplit la même fonction que les grossistes primaires de Fujifilm. Le Japon note aussi que les Etats-Unis confondent Kodak Japan et Eastman Kodak Japan. Tandis qu'Eastman Kodak Japan assure à la fois des services commerciaux et des services techniques et n'est pas un grossiste, Kodak Japan fonctionne comme grossiste primaire.

6.392 Le Japon souligne qu'aucun grossiste national d'aucun fabricant ne vend à la totalité des 280 000 points de vente, bien loin de là. Les grossistes primaires de Fuji vendent à un total combiné de moins de 5 000 points de vente. La plupart de ces points de vente sont des détaillants importants;

⁸⁵⁴La stabilité de ces relations ressort à l'évidence de la part constante des ventes de pellicules Fuji qui se font par l'intermédiaire des grossistes primaires et secondaires depuis 1980. Tandis que les ventes de pellicules Kodak réalisées par l'intermédiaire des différents circuits de distribution ont varié en fonction de stratégies commerciales qui ont elles-mêmes varié, les ventes de Fuji réalisées par l'intermédiaire des grossistes primaires sont restées à exactement 59 pour cent depuis 1981, et ses ventes par l'intermédiaire des grossistes secondaires, à exactement 33 pour cent depuis 1980, selon Photo Market, la publication statistique classique du Japon pour le secteur de la photographie.

300 environ sont des grossistes secondaires et des laboratoires de développement qui revendent les pellicules sur une base régionale aux centaines de milliers de points de vente au détail restants.

6.393 Les Etats-Unis soutiennent que quand bien même ces chiffres seraient exacts, Fuji a besoin des quatre importants grossistes primaires pour approvisionner ces 5 000 points de vente. Les fabricants étrangers n'ayant pas accès à ces grossistes primaires en matériel photo, ni à nombre de grossistes secondaires qui assurent les services nécessaires à ces clients indirectement pour Fuji, ils doivent assurer ces services directement. La distribution directe ou les autres circuits de remplacement créés par les entreprises étrangères ne leur assurent qu'un segment limité du marché, spécifiquement dans les quartiers centraux des grandes villes, où les points de vente de matériel photo sont relativement importants et proches l'un de l'autre.

6.394 De l'avis du Japon, les grossistes primaires ne fournissent pas la clé permettant d'accéder à un grand nombre de petits points de vente au détail, parce que telle est la fonction des grossistes secondaires et, en règle générale, ils vendent de multiples marques (y compris des marques importées).⁸⁵⁵ Les grossistes primaires, comme leur homologue Kodak Japan, vendent essentiellement à des détaillants plus importants. Le degré de chevauchement est élevé, puisque près de 90 pour cent des ventes de Fuji, en volume, vont à des clients qui vendent des pellicules Kodak ou entretiennent déjà des relations commerciales avec un fournisseur Kodak. Le Japon conclut ainsi qu'il n'y a pas d'"étranglement de la distribution".

6.395 Les Etats-Unis répondent que ces chiffres surestiment considérablement la présence des pellicules Kodak sur le marché japonais. Une étude entreprise par Fuji parvient à la conclusion que 62 pour cent des clients des grossistes primaires vendent à l'heure actuelle des pellicules Kodak. Ce chiffre inclut n'importe quel point de vente, même s'il ne vend qu'une quantité minimale de pellicules Kodak, et inclut tous les points de vente d'une chaîne, même si un seul point de vente de cette chaîne vend des pellicules Kodak. Pour obtenir le chiffre de "près de 90 pour cent", le Japon additionne les clients des grossistes primaires de Fuji qui ne vendent pas de pellicules Kodak mais travaillent avec les vendeurs d'autres produits Kodak. Le chiffre inclut donc tous les points de vente approvisionnés par un grossiste secondaire affilié à l'un des quatre grossistes primaires de Fuji, pourvu que ce grossiste secondaire vende aussi n'importe quel autre produit Kodak, même si ni le grossiste primaire, ni le grossiste secondaire n'est disposé à vendre des pellicules Kodak. Les Etats-Unis renvoient à une enquête Fuji connexe qui portait sur les pellicules disponibles au niveau du détail. Une analyse par les Etats-Unis de cette enquête, dont le chiffre de 90 pour cent est prétendument tiré, fait apparaître des disparités entre les résultats effectifs de l'enquête et les chiffres indiqués par le Japon.⁸⁵⁶ Les Etats-Unis font valoir en outre que l'examen de l'enquête de Fuji révèle aussi qu'elle a été menée au moyen de techniques d'enquête et d'échantillonnage

⁸⁵⁵Selon le Japon, une enquête portant sur les 278 grossistes secondaires qui vendent des pellicules de la marque Fuji a permis de constater que 62 pour cent des points de vente, représentant 77,3 pour cent des quantités de pellicules vendues, vendaient au moins une marque étrangère de pellicule.

⁸⁵⁶Les Etats-Unis notent qu'un examen des formulaires utilisés pour l'enquête, fournis par le Japon à la demande des Etats-Unis, montrait que 2 061 magasins avaient fait l'objet de l'enquête, et non 1966 magasins comme allégué par le Japon. De plus, des magasins ont été soumis à enquête dans neuf préfectures différentes, non dans six villes comme allégué par le Japon. Le Japon alléguait que l'échantillon aléatoire incluait 600 magasins de matériel photo et 114 supermarchés, mais à l'examen, les Etats-Unis ont constaté que l'échantillon aléatoire incluait 609 magasins correspondant à dix types différents au moins de points de vente. Enfin, l'affirmation selon laquelle "le nombre d'échantillons a été déterminé en proportion de leur part des ventes sur le marché des pellicules" s'est révélé inexact. Par exemple, 26 pour cent des pellicules vendues au Japon sont vendues dans des magasins relevant de la catégorie des supermarchés - grands magasins; or, 10 pour cent seulement des points de vente inclus dans l'enquête de Fuji relevaient de ce type. Au Japon, les magasins de proximité vendent environ 8 pour cent des pellicules, mais 19 pour cent des magasins inclus dans l'enquête de Fuji étaient des magasins de proximité. Survey on Film Retail Outlets, 1997, pièce n° C-22 du Japon.

entachées de partialité. L'enquête de Fuji est limitée à six agglomérations urbaines majeures. Or, il est amplement prouvé que le marché des pellicules au Japon n'est pas homogène, et que les pellicules étrangères sont beaucoup plus fréquemment disponibles dans les grandes agglomérations urbaines que dans d'autres régions.⁸⁵⁷

6.396 Le Japon répond que l'attaque dirigée par les Etats-Unis contre ces résultats d'enquêtes révèle leur propre confusion. Les Etats-Unis attaquent la méthodologie d'échantillonnage retenue pour l'enquête, mais semblent oublier que l'enquête sur les clients des grossistes n'était pas du tout une enquête par échantillonnage. En effet, plus de 95 pour cent des clients, la quasi-totalité de la base de clientèle, ont été inclus dans l'enquête. Il ne peut être question d'"erreur systématique dans l'échantillonnage" lorsque la population totale est assujettie à l'enquête.⁸⁵⁸

6.397 Les Etats-Unis soulignent que l'enquête Kodak montre que les pellicules Kodak sont disponibles dans environ 40 pour cent des magasins du Japon. La conception de l'enquête de Kodak, qui utilisait une méthodologie statistique d'échantillonnage communément admise, était fondée sur la méthode employée pour l'Enquête nationale japonaise sur les prix. Au total, 2 028 points de vente de 144 villes et 45 préfectures sur 47 ont fait l'objet de l'enquête sur la base d'un échantillon aléatoire en proportion de leur part dans les ventes de pellicules. Par exemple, la moitié environ des pellicules vendues au Japon sont vendues par l'intermédiaire des magasins de matériel photo, de sorte que la moitié des points de vente inclus dans l'enquête étaient des magasins de matériel photo. Les résultats ont ensuite été pondérés par les ventes de pellicules par préfecture, parce que le chiffre des ventes effectives par magasin n'est pas publié.

6.398 Selon le Japon, il est de fait que la distribution d'une seule marque n'a pas empêché la part du marché étranger des pellicules couleur de doubler entre 1970 et 1981 (elle est passée de 10,1 à 20 pour cent), ni la part du marché étranger des pellicules noir et blanc d'être multipliée par plus de six entre 1970 et 1985 (elle est passée de 6,6 à 41,4 pour cent). A l'heure actuelle, la distribution d'une seule marque n'a pas empêché les pellicules étrangères destinées aux consommateurs de pénétrer largement les circuits de distribution. Ainsi, 62 pour cent des clients qui achètent des pellicules de la marque Fuji auprès de grossistes distributeurs d'une seule marque, représentant 77 pour cent du volume des ventes, vendent déjà des pellicules de la marque Kodak, obtenues auprès d'autres circuits. De plus, le Japon souligne qu'il n'y a aucun obstacle gouvernemental ou légal empêchant les grossistes primaires de fabricants nationaux de vendre des marques concurrentes s'ils estiment que tel est leur intérêt. Le Japon conclut que le gouvernement n'a pas créé la structure du marché, et que la structure du marché n'a pas limité les possibilités offertes aux produits photographiques d'origine étrangère destinés aux consommateurs.

6.399 Le Japon conteste l'allégation des Etats-Unis selon laquelle une réduction des prix "pourrait déclencher automatiquement un examen". Le Japon soutient que, si les Etats-Unis soulignent les efforts déployés par Kodak pour abaisser ses prix, ils n'identifient pas un seul cas dans lequel l'intervention du gouvernement japonais ait découragé Kodak d'offrir des prix bas. Le seul examen des prix était et reste l'examen auquel procède la JFTC lorsque tous les fabricants, nationaux et étrangers, procèdent à des augmentations de prix parallèles et simultanées sur le marché japonais.

⁸⁵⁷Selon les Etats-Unis, moins d'un tiers des 2 061 points de vente de l'enquête ont fait l'objet d'une enquête sur la base d'un échantillon aléatoire. Ainsi, l'"échantillon aléatoire" de Fuji était constitué de telle manière que la présence observée de pellicules Kodak ne pouvait qu'être affectée d'une distorsion systématique par excès.

⁸⁵⁸De l'avis du Japon, les Etats-Unis semblent confondre l'enquête exhaustive portant sur la clientèle des grossistes avec l'échantillonnage auquel il a été procédé aux fins de l'enquête sur la disponibilité au stade de la vente au détail. Le Japon répond aux allégations des Etats-Unis concernant les techniques d'échantillonnage retenues pour l'enquête sur la disponibilité au stade de la vente au détail dans la pièce n° F-7 du Japon.

iii) Système de distribution intégré verticalement

6.400 Selon les Etats-Unis, le gouvernement japonais et les analystes japonais ont souvent reconnu que les keiretsu de distribution dominés par les fabricants jouent à l'avantage des fabricants dominants et limitent l'accès des concurrents, y compris l'accès des entreprises étrangères. L'étude des industries fortement oligopolistiques entreprise en 1992 par la JFTC concluait que les systèmes de distribution dominés par le fabricant "peuvent donner le moyen d'entraver la concurrence, par des actes qui relèvent d'un comportement visant à l'exclusion".⁸⁵⁹ Une étude de 1989 effectuée par l'Institut de recherche sur la distribution observait qu'"une fois la keiretsunisation en place, elle peut donner l'impression [d'un système de distribution] inflexible et fermé. De nombreuses entreprises étrangères, en particulier, y ont vu un problème pour le système de distribution en général".⁸⁶⁰ L'Agence de la planification économique a conclu, dans une étude de 1989, que le système de distribution du Japon, avec ses circuits keiretsunisés, "entravait le développement des importations" et que "si les entreprises étrangères veulent établir leurs propres circuits de commercialisation, le coût initial de la participation au marché [japonais] est généralement excessif".⁸⁶¹ Les Etats-Unis citent un ancien membre de Conseil des structures industrielles du MITI qui a estimé que "les politiques ... protégeant les petits distributeurs ... sont des politiques limitant la concurrence [qui] maintiennent un système de distribution fermé aux étrangers".⁸⁶²

6.401 Le Japon répond que les Etats-Unis ont du mal à établir un lien logique entre les politiques de distribution du MITI et les incitations à l'intégration verticale pour une raison simple: les documents eux-mêmes ne mentionnent directement aucune intention d'encourager l'intégration verticale. Il n'existe aucune déclaration - ni du MITI, ni de l'un des divers conseils consultatifs - qui préconise directement l'intégration verticale. Au contraire, lorsque l'intégration verticale est tant soit peu évoquée, on trouve dans les rapports des différents conseils consultatifs au mieux une ambivalence et souvent une hostilité à l'égard d'une intégration verticale excessive. Le Japon appelle l'attention sur le Sixième Rapport intérimaire de 1968 qui continue à voir dans l'intégration verticale un problème. Le rapport note combien il importe de maintenir un équilibre, du point de vue du pouvoir économique, entre les différents éléments de la chaîne de distribution:

"En outre, il est souhaitable de supprimer, autant qu'il est possible, les situations dans lesquelles une partie intervenant dans la distribution est subordonnée aux autres, et son développement entravé, afin que les activités commerciales se déroulent sur la base de négociations équitables entre les parties. Il convient d'attacher beaucoup d'importance au fait que, si cet équilibre sous le rapport du pouvoir économique est réalisé, même

⁸⁵⁹L'étude observait que "Fuji Film a conclu des contrats avec sept magasins; quatre destokuyakutens sont indispensables et opèrent à l'échelle nationale". JFTC Economic Research Survey Council Report, The Competitive Situation in Highly Oligopolistic Industries, août 1992, pièce n° 92-4 des Etats-Unis, page 28.

⁸⁶⁰Distribution Problem Research Council, Report on the Seventh Distribution Problem Research Committee Meeting, 1989, pièce n° 63 des Etats-Unis.

⁸⁶¹La keiretsunisation de la distribution aboutit au contrôle des circuits et organise le circuit de distribution en créant une relation commerciale stable et de longue durée avec le distributeur, de manière à permettre au fabricant d'appliquer efficacement sa stratégie de commercialisation ... [D]ans un circuit keiretsunisé, il y a des cas dans lesquels les produits d'importation sont difficiles à gérer en raison de la fragmentation des magasins à succursales, etc., si bien que les circuits existants de commercialisation ne peuvent être utilisés par les entreprises étrangères. Economic Planning Agency, Planning Bureau, Research Related to Imports and Prices, 1989 Report, page 8, pièce n° 89-1 des Etats-Unis.

⁸⁶²Miyashita Masafusa, 4. Problems in the Wholesale Industry and Direction for Reinforcing Functions, Henkaku no Ryutsu (Distribution in Transition: Strategic Challenges for a New Era). Edited by Yoshihiro Tajima 22 novembre 1991, pages 69 à 80, pièce n° 72 des Etats-Unis.

si des entreprises et organisations plus puissantes émergent au stade de la production, de la distribution ou de la consommation, d'autres influences à d'autres stades agiront pour contrebalancer [ces influences contraires] et rempliront une fonction de prévention à l'égard des effets néfastes."⁸⁶³

De l'avis du Japon, reconnaissant la tendance à l'intégration verticale, le rapport en examine à la fois les avantages et les inconvénients.

iv) Autres politiques de distribution

6.402 Les Etats-Unis notent que Kodak s'est efforcée de trouver une voie qui lui permettrait de vendre en contournant les circuits fermés de la distribution en gros, mais n'a obtenu que des résultats limités. Kodak s'est employée avec beaucoup d'énergie à développer ses ventes de pellicules en passant par les laboratoires de développement, mais ne réussit à vendre qu'environ un quart de ses pellicules par ce circuit. De plus, lorsque Kodak cherche à développer ses ventes de papier aux laboratoires et sa distribution de pellicules par l'intermédiaire des laboratoires, elle se heurte à des contraintes parce que de nombreux laboratoires ont des relations d'exclusivité avec les fabricants japonais.⁸⁶⁴

6.403 Le Japon répond que Kodak dispose d'un réseau de laboratoires affiliés, tout comme les fabricants japonais. De plus, 60 pour cent environ des ventes totales de papier photographique sont des ventes à des mini-laboratoires, qui sont totalement en dehors du "marché captif" incriminé par les Etats-Unis.⁸⁶⁵ Le Japon note aussi, citant un rapport émanant de la profession⁸⁶⁶, que les affiliations entre fabricants et laboratoires de développement sont chose courante dans le monde entier.

6.404 Selon les Etats-Unis, Kodak a cherché à soutenir la concurrence en faisant fond sur les prix et l'innovation en matière de produits, s'efforçant à la fois d'obtenir un accès aux circuits primaires de vente en gros et d'établir d'autres voies permettant d'atteindre le marché.⁸⁶⁷ Toutefois, il y avait une corrélation négative entre les réductions de prix de gros décidées par Kodak et sa part des ventes, qui a légèrement diminué pendant la même période. De plus, Kodak a introduit toute une gamme de produits novateurs pour lesquels il n'existait pas de produits japonais concurrents, et s'est lancée dans des campagnes énergiques de commercialisation.⁸⁶⁸ Contrairement à l'argument du Japon selon lequel Fuji et Konica consacraient à leurs dépenses de publicité 18 fois plus que les marques étrangères⁸⁶⁹, les Etats-Unis font

⁸⁶³Sixth Interim Report, pages 10 et 11, pièce n° 68-8 des Etats-Unis.

⁸⁶⁴Affidavits of Sumi Hiromichi and William Jack, pièces n° 96-10 et 97-2 des Etats-Unis, respectivement.

⁸⁶⁵Voir aussi la sous-section V.A.3 e) concernant le "Marché des papiers", en particulier le paragraphe 5.67.

⁸⁶⁶1993-1994 International Photo Processing Industry Report, page 7-2, pièce n° B-54 du Japon.

⁸⁶⁷Selon les Etats-Unis, Kodak a abaissé ses prix de 56 pour cent pendant la période allant de 1986 à 1995, élargissant ainsi l'écart déjà considérable entre ses prix de gros et ceux des fabricants japonais.

⁸⁶⁸Les Etats-Unis affirment que les effets de la publicité sont normalement évalués non seulement par ce qu'elle a coûté, mais aussi par la mesure dans laquelle la reconnaissance de la marque en est accrue. Kodak avait privilégié les campagnes publicitaires qui avaient le plus de chances de favoriser la reconnaissance de sa marque.

⁸⁶⁹Yuryoku Kigyo no Kokoku-Senden-Hi (Advertising Expenses of Major Companies), Nikkei Kokoku Kenkyusho, décembre 1974-septembre 1994, pièce n°A-7 du Japon.

observer que l'Economist estime que les dépenses de publicité de Kodak au Japon atteignaient le triple des dépenses combinées des fabricants japonais pendant les années 80, période citée par le Japon.⁸⁷⁰

6.405 Le Japon note que Kodak a fait connaître aux détaillants qu'elle souhaitait que les pellicules Kodak soient vendues exactement au même prix que les pellicules de la marque Fuji.⁸⁷¹ Le Japon note aussi que pendant la plus grande partie des dernières années 80, Kodak n'était simplement pas disposée à user des prix comme outils de concurrence. Cette réalité empirique peut être confirmée par des déclarations de responsables de Kodak. Au cours des dix années écoulées, des responsables de Kodak ont à maintes reprises déclaré publiquement que Kodak n'avait aucunement l'intention de chercher à se tailler une part du marché japonais en vendant au rabais ses marques nationales. En 1986, alors que le cours du yen augmentait rapidement, le Président de Kodak, Kay Whitmore, a bien fait comprendre que Kodak ne tirerait pas parti de cette modification relative des taux de change pour vendre moins cher ses propres marques:

"Le Président a exclu que la société répercute sur les consommateurs japonais les gains de change provenant de l'appréciation du yen par rapport au dollar des Etats-Unis, sous la forme de prix plus bas. Il a précisé que Kodak n'exerçait pas une influence dominante sur les prix au Japon et n'avait aucune intention d'abaisser ses prix pour l'emporter sur ses rivaux japonais dans la concurrence".⁸⁷²

6.406 Les Etats-Unis estiment aussi que Kodak a considérablement investi au Japon, établissant Kodak Japan en 1977 - moins d'un an après que les fabricants de fournitures photographiques eurent été autorisés à se rendre acquéreurs en pleine propriété d'une nouvelle entreprise - de manière à assurer des services techniques et commerciaux. Kodak aussi bien qu'Agfa ont aussi cherché à maintes reprises à rétablir des liens avec les quatre principaux grossistes en matériel photo, sans succès.⁸⁷³

6.407 Le Japon répond qu'en réalité, l'histoire de la libéralisation de l'investissement dans l'industrie japonaise des pellicules est celle des occasions perdues par Kodak pour étendre sa présence sur le marché japonais. Du fait des politiques japonaises de libéralisation des mouvements de capitaux, Kodak a eu de nombreuses occasions d'investir au Japon. Toutefois, à l'exception d'un petit bureau de liaison créé en 1977, Kodak n'a fait aucun effort, jusqu'en 1986, pour établir sa présence au Japon. A cette date, 15 ans après le début de la libéralisation des mouvements de capitaux, Kodak a annoncé qu'elle développerait sa présence au Japon par le biais d'une coentreprise avec Nagase qui approvisionnerait directement le marché japonais des produits photographiques. Ainsi, l'époque à laquelle la libéralisation des mouvements de capitaux dans le secteur des fournitures photographiques s'est produite n'a eu aucune incidence sur les plans d'investissement de Kodak pendant les années 70, parce que Kodak n'avait à l'époque aucun plan d'investissement.

h) Modification des politiques de distribution

⁸⁷⁰The Revenge of Big Yellow, Economist, 10 novembre 1990, page 2.

⁸⁷¹Voir la sous-section V.A.2 concernant l'"Evolution du marché japonais des pellicules", en particulier le paragraphe 5.31.

⁸⁷²Kodak Intends to Establish Stronghold in Japan: Pres. Whitmore, Jiji Press Ticker Service, 26 août 1986, pièce n° A-21 du Japon.

⁸⁷³WTO GATT Affidavit, Albert L. Silg, Former President, Kodak Japan Ltd., 9 janvier 1997, et WTO GATT Affidavit, William Jack, Manager of New Business Development, Consumer Imaging, Eastman Kodak Company, 13 février 1997, pièces n° 97-1 et 97-2 des Etats-Unis, respectivement.

6.408 A l'allégation des Etats-Unis, selon laquelle les politiques de distribution du MITI établissaient des conditions de concurrence moins favorables pour les pellicules et papiers d'importation, le Japon répond que ce qui compte, c'est de savoir si les conditions de concurrence aujourd'hui sont moins favorables qu'elles ne l'étaient à l'époque des concessions tarifaires pertinentes

6.409 Le Japon note qu'à supposer même que les politiques de distribution alléguées du MITI ou ses effets se poursuivent à ce jour, il n'y a eu dans la structure du marché japonais, pour les pellicules ou les papiers, aucune modification défavorable importante depuis 1967, et aucune modification défavorable depuis 1979 ou 1994. La tendance à la distribution d'une seule marque de pellicules a commencé à s'établir bien avant 1967, et l'établissement d'affiliations entre fabricants de pellicules et laboratoires de développement était, lui aussi, déjà chose commune à l'époque. Les mesures alléguées, postérieures à 1967, telles que les Lignes directrices de 1970, étaient, selon l'argument même des Etats-Unis, la simple continuation d'une politique préexistante. De plus, le Japon fait observer que, dans l'exposé de leurs allégations au titre du Tokyo Round, les Etats-Unis ne présentent que des allégations concernant les "contre-mesures en matière de promotion" et la Loi sur les grandes surfaces, mais ne présentent aucune allégation concernant des "contre-mesures en matière de distribution". Le Japon conclut qu'en l'absence de toute modification défavorable importante de la politique du gouvernement, il ne peut y avoir bouleversement de la position concurrentielle, et que de ce fait, il ne peut y avoir ni annulation ni réduction des avantages.

i) Lignes directrices de 1990

6.410 De l'avis du Japon, dans la mesure où les politiques de distribution du MITI ont changé depuis 1967 ou 1979, ce changement a été favorable à la position concurrentielle des importations. Spécifiquement, les Lignes directrices de 1990 du MITI, toujours en vigueur aujourd'hui, contiennent l'engagement explicite d'encourager le changement dans les pratiques de distribution, de manière à rendre le marché japonais plus accessible aux importations. Selon le Japon, les Etats-Unis, dans le cadre de leurs propositions de déréglementation, ont récemment engagé l'industrie japonaise à se tenir à ces Lignes directrices.⁸⁷⁴ Depuis 1994, les Etats-Unis n'ont ni identifié ni même allégué le moindre changement dans les politiques de distribution du MITI. Compte tenu de ces faits, le Japon conclut que les politiques de distribution en vigueur aujourd'hui n'établissent pas de conditions de concurrence moins favorables aux importations que celles qu'établissaient les politiques de distribution de 1967, 1979 ou 1994.

6.411 Le Japon fait observer que les Lignes directrices de 1990 visaient exactement les mêmes catégories de pratiques commerciales "irrationnelles" que les Lignes directrices de 1970, par exemple en ce qui concerne les ristournes, les rendus et les employés détachés. Toutefois, dans le cas des Lignes directrices de 1990, si ces pratiques étaient visées, c'était essentiellement pour encourager les importations puisque les Lignes directrices de 1990 avaient leur origine dans l'Initiative visant à supprimer les entraves structurelles aux échanges entre le Japon et les Etats-Unis (SII)⁸⁷⁵ à la demande directe des Etats-Unis

⁸⁷⁴Le Japon note une fois encore que cette demande des Etats-Unis, tendant à ce que l'application des Lignes directrices de 1990 soit encouragée, a été formulée après que les Etats-Unis avaient demandé la constitution d'un groupe spécial chargé de la présente affaire.

⁸⁷⁵Quant aux pratiques concernant la distribution, on cherchera à améliorer l'environnement afin de promouvoir la concurrence et d'assurer l'ouverture du marché." Final Report of the Japan - US Structural Impediments Initiative, Actions on Government of Japan Side, 28 juin 1990, page III-1, pièce n° B-30 du Japon.

relative à une plus grande accessibilité du marché japonais aux importations. En 1996, les Etats-Unis ont demandé au Japon d'assurer que les milieux d'affaires japonais se conforment à ces Lignes directrices.⁸⁷⁶

ii) Loi sur la réforme des entreprises

6.412 Les Etats-Unis estiment que lorsque le Cycle d'Uruguay s'est achevé, le système de distribution exclusif que le Japon avait orchestré après le Kennedy Round, avec la Loi sur les grandes surfaces et les contre-mesures en matière de promotion, était tout à fait enraciné dans le marché japonais et continuait à empêcher efficacement l'accès au marché de produits d'importation comme les pellicules et papiers photographiques. Néanmoins, le Japon a promulgué une autre mesure encore, pour assurer que toute concession tarifaire négociée pendant le Cycle d'Uruguay serait neutralisée, comme l'avaient été les concessions négociées pendant le Tokyo Round et le Kennedy Round.

6.413 Selon les Etats-Unis, en 1995, la Diète japonaise a adopté la Loi sur les mesures spéciales visant à promouvoir la réforme des entreprises dans des secteurs spécifiés (Loi sur la réforme des entreprises).⁸⁷⁷ Cette loi vise à faciliter les "réformes" d'entreprises de secteurs désignés par le MITI, qui subissent le contrecoup de la diversification et des modifications structurelles en cours dans l'environnement économique national et étranger.⁸⁷⁸ La Loi sur la réforme des entreprises s'attache aux activités nationales de production⁸⁷⁹ en liaison avec les "nouveaux systèmes concernant la distribution des produits".⁸⁸⁰ Cette loi autorise une vaste gamme de mesures d'assistance à des entreprises qui font partie d'un secteur désigné, y compris: i) le financement préférentiel; ii) les incitations fiscales; iii) les informations commerciales d'origine nationale et étrangère; et iv) les exemptions potentielles de l'application de la Loi antimonopole.⁸⁸¹ A ce jour, le MITI a désigné 165 secteurs comme remplissant les conditions voulues pour obtenir une aide au titre de cette loi, parmi lesquels ceux des "fabricants d'appareils photo et d'accessoires"⁸⁸² et du "commerce de détail des appareils photo et fournitures photosensibles".⁸⁸³ Selon l'interprétation actuelle des Etats-Unis, le MITI n'a ni reçu ni approuvé de propositions de réformes des entreprises en rapport avec le secteur des pellicules et papiers photographiques.

⁸⁷⁶"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 Government of the United States to the Government of Japan Regarding Deregulation, Administrative Reform, and Competition Policy in Japan, 15 novembre 1996, page 7, pièce n° B-23 du Japon.

⁸⁷⁷Special Measures Law to Promote Business Reform for Specified Industrialists, Law No. 61, 1995 [Jigyō Kakushin No Enkatsuka Nikansuru Rinji Sochi Ho] (Business Reform Law), pièce n° 95-1 des Etats-Unis.

⁸⁷⁸MITI Industrial Structure Division, Commentary on the Business Reform Law, Article I of Business Reform Law, pièce n° 95-4 des Etats-Unis.

⁸⁷⁹Ibid.

⁸⁸⁰Ibid., page 13, pièce n° 95-4 des Etats-Unis.

⁸⁸¹Les Etats-Unis expliquent que pour recevoir une aide, une entreprise d'un secteur désigné doit présenter un plan de réforme de l'entreprise au ministère compétent (par exemple, le MITI), lequel doit approuver le plan. Une aide peut être accordée aux fins de rééquipement, de restructuration, de développement ou de contraction des opérations, ou pour permettre des dépenses d'équipement supplémentaires à un coût considérablement réduit.

⁸⁸²Désignation n° 123, Arrêté ministériel n° 31 du MITI, 1995.

⁸⁸³Désignation n° 164, Arrêté ministériel n° 31 du MITI, 1995. La liste des 165 secteurs se trouve à l'article 2, clause 1, de la Loi sur la réforme des entreprises.

6.414 Etant donné les larges pouvoirs délégués par la Loi sur la réforme des entreprises, les déclarations de responsables du MITI concernant la manière dont ils ont l'intention d'appliquer cette loi et les actions entreprises par le Japon au cours des 30 années écoulées pour restreindre l'accès des importations dans ce secteur, les Etats-Unis ont de bonnes raisons de craindre que les consolidations tarifaires à taux nul, qui représentent l'aboutissement de trois cycles de négociations commerciales multilatérales, ne soient compromises. Dans le contexte particulier des relations gouvernement-entreprises au Japon, la promulgation de la Loi sur la réforme des entreprises et la désignation de ce secteur comme remplissant les conditions requises pour obtenir une aide sont déjà l'indication que le gouvernement japonais est disposé à continuer de soutenir ce secteur. Les Etats-Unis n'allèguent pas, à ce stade, que la Loi sur la réforme des entreprises ait déjà annulé ou compromis les avantages tarifaires que les Etats-Unis pouvaient raisonnablement attendre des concessions tarifaires sur les pellicules et papiers photographiques accordées par le Japon dans le cadre du Cycle d'Uruguay. Toutefois, cette loi est de toute évidence susceptible d'être utilisée pour renforcer ou compléter les autres mesures de protection que le Japon a mises en oeuvre dans ce secteur.

6.415 Le Japon répond que la description que les Etats-Unis donnent de la Loi sur l'innovation dans les entreprises (la "Loi sur la réforme des entreprises", comme la dénomment les Etats-Unis) prête à confusion. Que la loi traite équitablement les entreprises et produits nationaux et étrangers ressort à l'évidence non seulement de la teneur même de la loi, mais aussi du fait que plusieurs filiales à capitaux étrangers ont bénéficié d'avantages au titre de cette loi. Le Japon note que la loi n'a jamais été appliquée au secteur de la vente au détail de fournitures photosensibles (seul secteur pouvant être admis au bénéfice de la loi qui intéresse les pellicules et papiers photographiques) et que, à la suite de l'une des révisions ordinaires des secteurs pouvant bénéficier de la loi, même ce secteur ne peut plus prétendre au bénéfice de la loi. De plus, le Japon souligne que les Etats-Unis se sont expressément abstenus de présenter aucune allégation concernant des points de droit à propos de cette loi.

4. RESTRICTIONS APPLICABLES AUX GRANDES SURFACES DE VENTE AU DETAIL

a) Aperçu général des allégations

6.416 Les Etats-Unis allèguent que la suppression des grandes surfaces dans le cadre de la Loi sur les grandes surfaces affecte la distribution des pellicules étrangères au Japon de deux manières. Premièrement, la diminution du nombre des grandes surfaces renforce indirectement la domination exercée par les fabricants sur les structures oligopolistiques de distribution. Cette structure repose sur la domination exercée par le fabricant sur les grossistes et par le grossiste sur les détaillants. Les Etats-Unis font valoir que les détaillants dont le pouvoir d'achat est important et l'organisation commerciale perfectionnée pourraient opposer efficacement les différents grossistes et fabricants les uns aux autres, de manière à obtenir des conditions plus favorables, et résister aux efforts déployés pour maintenir les détaillants sous le contrôle d'une chaîne fabricants-grossistes unique. Deuxièmement, les Etats-Unis affirment que les grandes surfaces constituent un autre circuit de commercialisation pour les fabricants étrangers exclus du système de distribution en gros. Avec un réseau de grandes surfaces suffisamment développé, un fabricant pourrait atteindre une part importante du marché japonais avec un nombre limité de points de vente.⁸⁸⁴ Par conséquent, les Etats-Unis allèguent que le Japon a bouleversé le rapport de concurrence entre pellicules et papiers photographiques d'importation et d'origine nationale en entravant le développement d'un circuit de remplacement viable pour la distribution et la vente de pellicules et papiers d'importation.

6.417 A propos du Kennedy Round, les Etats-Unis estiment qu'à l'époque où le Japon a fermé les principaux circuits japonais de distribution qui avaient été les voies traditionnelles de la distribution pour

⁸⁸⁴Par exemple, Agfa vend la moitié environ de ses pellicules photographiques vendues au Japon à une seule chaîne de magasins, Daiei, la plus grande chaîne de supermarchés du Japon.

les pellicules et papiers photographiques d'importation, il a commencé à prendre des mesures visant à limiter le développement des grandes surfaces. Selon les Etats-Unis, entre 1968 et 1971, le MITI a limité le nombre croissant et la viabilité commerciale des grandes surfaces en publiant des "directives" administratives visant à:

- i) renforcer l'application de la Loi sur les grands magasins en vigueur et l'étendre à des catégories de magasins qui n'entraient pas dans le champ d'application de la loi tel qu'il était prévu aux termes de cette loi;
- ii) imposer des prescriptions en matière de notification préalable;
- iii) établir des procédures d'ajustement visant à réduire la taille des magasins dont la création ou le développement était proposé; et
- iv) limiter certaines activités des commerces de détail telles que la publicité, les ventes et prix spéciaux et limiter les heures d'ouverture.

6.418 En 1973, la Diète a approuvé la Loi sur les grandes surfaces qui est entrée en vigueur le 1er mars 1974.⁸⁸⁵ En vertu de cette loi telle que promulguée à l'origine, les constructeurs de magasins d'une superficie supérieure à 1 500 mètres carrés et les détaillants qui devaient les exploiter étaient tenus d'adresser au MITI une notification préalable avant l'achèvement des travaux ou l'ouverture d'une grande surface. Si le MITI déterminait que l'existence de ce magasin risquait d'avoir une incidence importante sur les petits et moyens détaillants locaux, il pouvait par la suite modifier:

- i) la dimension du magasin;
- ii) la date d'ouverture;
- iii) le nombre de jours de fermeture; ou
- iv) les heures d'ouverture.

6.419 Les Etats-Unis allèguent que la promulgation de la Loi sur les grandes surfaces s'est traduite par un moindre nombre de grandes surfaces de vente au détail, et une moindre taille des magasins, et qu'elle a entraîné d'importants retards dans l'ouverture ou le développement des grandes surfaces.⁸⁸⁶ Ce phénomène s'est traduit à son tour par d'importantes limitations de la possibilité pour les produits importés de pénétrer sur le marché japonais par l'intermédiaire des grandes surfaces. Selon les Etats-Unis, les grandes surfaces présentaient le plus grand intérêt pour les fabricants étrangers de pellicules et de papiers, pour les raisons suivantes:

- i) elles sont de nature à servir de circuits de remplacement pour la distribution de pellicules importées;
- ii) elles ont davantage de linéaire pour vendre des marques secondaires et tertiaires, y compris des marques d'importation;

⁸⁸⁵Selon les Etats-Unis, la Diète s'est inspirée, pour approuver cette loi, des avis contenus dans le Dixième Rapport intérimaire du Sous-Comité de la distribution, qui recommandait de remplacer la Loi sur les grands magasins par une nouvelle loi applicable à tous les magasins d'une taille spécifiée, quel que soit le type du magasin. Industrial Structure Council, Distribution Committee, Retail Business Under Distribution Reforms, The Direction of Revising the Department Store Law (Tenth Interim Report), novembre 1972, pièce n° 72-3 des Etats-Unis.

⁸⁸⁶Frederick Nagai: Affidavit, pages 2 à 4, pièce n° 97-8 des Etats-Unis. Selon le document du MITI sur la distribution dans les années 90, au titre de la Loi sur les grandes surfaces, "il y a eu ... des cas dans lesquels le processus d'ajustement a été inutilement prolongé". After the Implementation of the "Large Store Law" Consistent Results from Time Restrictions, Camera Times, 11 mai 1976, page 5, pièce n° 76-3 des Etats-Unis. Après la promulgation, en 1974, de la Loi sur les grandes surfaces, le nombre de demandes se rapportant à des "grandes surfaces" a régulièrement diminué pendant la période de cinq ans allant de 1974 à 1978 (à l'exception d'une augmentation de courte durée en 1977) pour s'établir à un niveau bien inférieur à celui de 1974.

- iii) le plus souvent, elles s'approvisionnent directement auprès du fabricant, non auprès de grossistes primaires; et les grandes surfaces ont la capacité de fonctionner comme grossistes secondaires.

6.420 Par conséquent, les Etats-Unis allèguent qu'en réduisant la dimension globale et l'efficacité des grandes surfaces, le Japon a bouleversé le rapport de concurrence entre produits d'importation et produits d'origine nationale et que cela, en conjonction avec les autres contre-mesures, a effectivement neutralisé toute incidence bénéfique que les concessions tarifaires accordées par le Japon à l'issue du Kennedy Round pouvaient avoir sur les exportations de pellicules et de papiers photographiques des Etats-Unis au Japon.

6.421 A propos du Tokyo Round, les Etats-Unis estiment que le 11 mai 1979, un mois exactement avant la fin formelle du cycle de négociations, le Japon a mis en oeuvre une modification de la Loi sur les grandes surfaces⁸⁸⁷ et le MITI a promulgué plusieurs directives. Ces modifications:

- i) ont étendu de façon spectaculaire le champ d'application de la Loi sur les grandes surfaces qui visait précédemment les magasins d'une superficie égale ou supérieure à 1 500 mètres carrés, en la rendant applicable aux magasins d'une superficie aussi réduite que 500 mètres carrés;
- ii) ont délégué aux préfets la responsabilité de la réglementation des grandes surfaces d'une superficie comprise entre 500 et 1 500 mètres carrés; et
- iii) ont donné aux petites et moyennes entreprises un rôle plus important dans le processus d'examen formel en exigeant que les notifications du constructeur soient soumises 13 mois avant la date proposée d'achèvement des travaux de construction, ce délai devant permettre au constructeur, à l'exploitant envisagé et aux entreprises locales de participer à un "processus d'ajustement informel" pour négocier des modifications à la notification.⁸⁸⁸

6.422 Les Etats-Unis expliquent aussi qu'en janvier 1982, le MITI a donné pour "directive" aux préfets de décourager l'acceptation de toute notification dans les zones où il y a une "densité élevée" de magasins d'une superficie supérieure à 1 500 mètres carrés, ou définis comme étant "de petites dimensions".⁸⁸⁹ Parallèlement, le MITI a prescrit aux constructeurs de donner à la communauté intéressée une "explication préalable à la notification" avant de soumettre une notification au MITI.

⁸⁸⁷Les Etats-Unis notent que la modification de la Loi sur les grandes surfaces a été adoptée en novembre 1978, mais n'est entrée en vigueur qu'en mai 1979. Les Etats-Unis et le Japon ont conclu leurs négociations sur le fond relatives à de nombreux produits, dans le cadre du Tokyo Round, pendant l'été de 1978. Letter to Walter Fallon, President of Kodak, from Deputy Trade Representative Alan Wolff, 30 août 1978, pièce n° 78-6 des Etats-Unis.

⁸⁸⁸MITI Directive Nos. 365 and 366, 11 mai 1979, pièces n° 79-2 et 79-4 des Etats-Unis, respectivement. L'étape d'ajustement préalable a rendu plus restrictif encore le processus d'ajustement en prévoyant une instance non officielle à laquelle les responsables du Conseil des grandes surfaces ne participent pas et dans laquelle les détaillants locaux peuvent formuler des exigences à l'égard des grandes surfaces. Comme les responsables officiels, au stade de l'ajustement formel, ne pouvaient approuver un plan d'ajustement que si l'ajustement préalable avait permis d'aboutir à un consensus, ce processus aboutissait à des accords et mémorandums d'accord qui limitaient gravement la compétitivité des grandes surfaces. Les accords conclus dans le cadre du processus d'ajustement informel ont été présentés à l'occasion du processus d'ajustement formel et utilisés pour mettre au point les recommandations du Conseil des grandes surfaces au MITI relatives à la diminution de la taille des magasins, au report des dates d'ouverture et à la modification des heures de fermeture et du nombre de jours de fermeture.

⁸⁸⁹MITI, Industrial Policy Bureau, Immediate Measures Regarding Notification to Establish Large Scale Retail Stores, Policy Bureau No. 36, 30 janvier 1982, pièce n° 82-2 des Etats-Unis.

6.423 Selon les Etats-Unis, les modifications apportées après le Tokyo Round à la Loi sur les grandes surfaces ont eu deux conséquences principales. Premièrement, le délai qui s'écoule entre la notification et l'achèvement du processus d'ajustement a notablement augmenté. Deuxièmement, les petits et moyens détaillants ont pleinement tiré parti des processus d'"explication préalable à la notification" et d'"ajustement informel" pour obtenir des ajustements que le processus d'ajustement formel n'aurait pas permis d'obtenir.⁸⁹⁰ Les Etats-Unis allèguent que par voie de conséquence, le nombre des notifications relatives à des grandes surfaces a brusquement diminué, nonobstant le fait que la loi modifiée était applicable à des magasins de dimensions beaucoup plus réduites que la loi telle qu'elle avait été initialement promulguée. Ce fait, à son tour, a bouleversé les conditions de concurrence entre pellicules et papiers photographiques d'importation et d'origine nationale. Les Etats-Unis soulignent que le renforcement de la Loi sur les grandes surfaces auquel le MITI a procédé a été si efficace que les détaillants ont essayé de contourner cette loi en fusionnant avec d'autres détaillants, de manière à se soustraire aux inévitables difficultés et retards qui les attendaient s'ils avaient voulu essayer d'ouvrir une nouvelle grande surface ou d'agrandir une grande surface existante. En juillet 1981, la JFTC a publié des Lignes directrices spéciales relatives à la fusion des magasins de détail qui renaient une définition extrêmement restrictive du marché, dont l'effet a été d'empêcher les détaillants d'avoir recours à des fusions pour se soustraire à la Loi sur les grandes surfaces.⁸⁹¹

6.424 De l'avis des Etats-Unis, la réglementation applicable aux grandes surfaces a sensiblement limité, pour les produits importés, la possibilité de pénétrer sur le marché japonais par l'intermédiaire des grandes surfaces. On est arrivé à ce résultat en réduisant encore la dimension agrégée et l'efficacité des grandes surfaces en tant que circuit de remplacement pour la distribution et la vente de pellicules d'importation. En l'absence d'une réglementation du gouvernement applicable aux grandes surfaces, les pellicules importées auraient bénéficié de possibilités substantiellement plus importantes de vente et de distribution sur le marché japonais à la suite du Tokyo Round.⁸⁹² Les Etats-Unis allèguent que le gouvernement japonais a imposé ces mesures pour neutraliser la capacité des producteurs étrangers de tirer parti des possibilités de débouché qu'ils pouvaient légitimement s'attendre à voir apparaître à la suite des concessions tarifaires que le Japon avait accordées pendant le Tokyo Round, et a ainsi annulé et compromis les avantages résultant de ces concessions au sens de l'article XXIII:1 b).

⁸⁹⁰Par exemple, des limitations en matière de prix et la promesse de ne pas vendre certaines gammes de produits ni fournir certains services.

⁸⁹¹Retail Merger Guideline (extract): Administrative Procedure Standards for Examining Mergers for Transfers of Business in the Retailing Sector, 24 juillet 1981, pièce n° 81-6 des Etats-Unis.

⁸⁹²Les Etats-Unis notent que de 1990 à 1992, le Japon a apporté un certain nombre de modifications à la loi, prétendument pour réduire son incidence défavorable sur l'exploitation des grandes surfaces. Comme le montre l'étude de 1995 de la JFTC, toutefois, ces modifications n'ont pas atténué la principale incidence restrictive de la loi.

6.425 A propos des négociations du Cycle d'Uruguay, selon les Etats-Unis, les partenaires commerciaux du Japon savaient, à ce stade, que le marché japonais était difficile à pénétrer, mais la manière dont la Loi sur les grandes surfaces se combinait aux contre-mesures en matière de distribution et aux contre-mesures en matière de promotion pour neutraliser systématiquement les concessions tarifaires relatives aux pellicules et aux papiers photographiques n'était pas connue. Les Etats-Unis allèguent que cet ensemble de contre-mesures en matière de libéralisation a continué de jouer pour annuler ou compromettre les avantages résultant pour les Etats-Unis en raison, notamment, de la forte diminution des circuits pouvant remplacer les circuits de distribution que constituent les grossistes primaires.

b) Conséquences de la Loi sur les grandes surfaces pour les produits importés

6.426 Le Japon fait valoir qu'en situation de non-violation, la partie plaignante doit montrer comment l'"application" d'une mesure à des produits spécifiques annule ou compromet les avantages en ce qui concerne ces produits. Comme l'avantage consiste en attentes légitimes concernant les possibilités concurrentielles pour les produits importés, il s'ensuit que pour qu'une mesure annule ou compromette cet avantage, elle doit "s'appliquer" aux produits en question.⁸⁹³

6.427 Le Japon note qu'en l'espèce, il appartient aux Etats-Unis de montrer spécifiquement comment l'application de la Loi sur les grandes surfaces aux produits spécifiques en question, c'est-à-dire aux pellicules et papiers noir et blanc et aux pellicules et papiers couleur, annule ou compromet un certain avantage. Le Japon soutient que la loi et ses règlements d'application ne s'appliquent pas directement aux pellicules ou aux papiers, ni à aucun produit de façon générale.

6.428 De plus, le Japon estime que la loi ne distingue pas entre pellicules d'origine nationale et pellicules d'importation, et qu'il n'y a donc pas de désavantage explicite imposé aux importations. Plus encore, la réglementation des grandes surfaces au titre de cette loi n'impose pas non plus de désavantage propre aux importations, et il n'y a rien d'intrinsèque à la nature des importations qui les rende moins capables de soutenir la concurrence sur un marché où la diversité des magasins de détail est encouragée.⁸⁹⁴ Par conséquent, la loi ne peut bouleverser la position concurrentielle des pellicules et papiers photographiques importés.

6.429 De plus, le Japon fait observer que la Loi sur les grandes surfaces n'habilite pas le gouvernement à recommander ou à ordonner à quelque magasin que soit de vendre certains produits ou des produits d'une certaine origine.⁸⁹⁵ En outre, les réglementations imposées par la Loi sur les grandes surfaces ne dépendent pas de l'origine des produits vendus par les grandes surfaces ou les petits détaillants de leur voisinage. La loi ne crée donc pas d'incitation artificielle qui amènerait les détaillants à acheter des pellicules d'origine nationale, et ne décourage par les détaillants d'acheter des pellicules d'importation. Pour le Japon, il n'y a donc pas de raison de croire que l'existence d'espaces plus vastes consacrés à la vente au détail soit intrinsèquement à l'avantage des pellicules importées, parce que les détaillants choisissent les produits qui leur permettront de maximiser leurs profits, et que la dimension de l'espace consacré à la vente au détail ne change pas la rentabilité des pellicules dans un sens favorable aux marques

⁸⁹³Le Japon rappelle que toutes les constatations antérieures concernant des plaintes en situation de non-violation n'ont envisagé que deux types spécifiques de mesure: les subventions par produit et les droits de douane, qui ont déjà été clairement "appliqués" au produit en question.

⁸⁹⁴Voir le Rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Automobiles, document du GATT DS31/R, paragraphe 5.14.

⁸⁹⁵Le Japon allègue que la seule distinction établie par la loi à l'égard des produits consiste à appliquer des règles plus libérales en ce qui concerne les magasins de détail qui vendent des produits importés.

nationales. Par conséquent, la loi ne peut pas modifier même indirectement les conditions de concurrence entre produits d'origine nationale et produits d'importation.⁸⁹⁶ Le Japon conclut qu'il n'est pas possible que cette loi déçoive quelque attente raisonnable que ce soit concernant des produits spécifiques que les Etats-Unis pouvaient avoir à l'époque de l'une quelconque des concessions tarifaires pertinentes.

6.430 Les Etats-Unis font observer qu'il a été établi par la jurisprudence du GATT que des mesures relatives aux investissements peuvent "affecter" le commerce des marchandises au sens de l'article III, et qu'il n'est donc pas exclu qu'elles fassent l'objet d'un règlement de différend. Le Groupe spécial chargé de l'affaire Canada - Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger ("Canada - Loi sur l'examen de l'investissement étranger") a constaté que les dispositions de la Loi canadienne sur l'examen de l'investissement étranger avaient une incidence directe sur le commerce des marchandises.⁸⁹⁷

"... le Groupe spécial n'a pas pu souscrire à l'hypothèse que les rédacteurs de l'article III entendaient que le terme "prescriptions" ne vise pas les prescriptions liées à la réglementation des investissements internationaux, et il n'a rien trouvé dans l'historique de la négociation, le libellé, les objectifs ou l'application ultérieure de l'article III qui appuie une telle interprétation".

Les Etats-Unis soulignent que le Groupe spécial chargé de l'affaire Canada - Loi sur l'examen de l'investissement étranger a clairement indiqué qu'il examinait les pratiques au titre de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger qui étaient contestées "uniquement à la lumière des "obligations d'ordre commercial" découlant pour [le Canada] de l'Accord général".⁸⁹⁸

6.431 Le Japon répond que le point de vue du Groupe spécial chargé de l'affaire Canada - Loi sur l'examen de l'investissement étranger était très étroit et fournissait une importante référence permettant la comparaison avec les mesures d'ordre général qui étaient en question dans le présent différend. Spécifiquement, le Japon note que le Groupe spécial s'est borné à examiner les mesures d'investissement subordonnées à l'achat et à l'exportation de produits d'une origine spécifique. Ainsi, les mesures canadiennes n'étaient pas des prescriptions d'ordre général, à première vue neutres, comme la Loi sur les grandes surfaces, mais bien des prescriptions spécifiques quant à l'origine se rapportant à des produits qui en l'occurrence se manifestaient comme des conditions afférentes à des prescriptions plus générales en matière d'investissement.

6.432 Les Etats-Unis estiment en outre que de précédents groupes spéciaux ont constaté qu'une mesure peut être incompatible avec l'article III:4 si elle affecte la distribution de produits, que cette mesure "régisse directement" le traitement des produits, ou soit applicable aux fournisseurs de services et ne régisse pas directement les produits.⁸⁹⁹ De l'avis des Etats-Unis, la norme ne devrait certainement pas être plus rigoureuse lorsqu'il s'agit de l'application de l'article XXIII:1 b), où la question est de savoir s'il y a

⁸⁹⁶Large Scale Retail Store Law, article 7, pièce n° C-1 du Japon (Deliberation Procedures, Section I, pièce n° C4 du Japon). Le Japon note que les Etats-Unis n'ont pas contesté cette description et semblent au contraire alléguer que les grandes surfaces favorisent les produits d'origine étrangère tandis que les magasins plus petits vendent davantage de pellicules d'origine nationale en raison du réseau prétendument exclusif de distribution des pellicules.

⁸⁹⁷Rapport adopté le 7 février 1984, IBDD, S30/147, 170-171, paragraphe 5.12.

⁸⁹⁸Ibid., page 166, paragraphe 5.1.

⁸⁹⁹Voir aussi le rapport du Groupe spécial Canada - Certaines mesures concernant les périodiques, adopté le 30 juillet 1997, WT/DS31/R, pages 81 à 84, paragraphes 5.13 à 5.19. (Le Groupe spécial a constaté que la mesure pouvait être visée par l'article III, que l'AGCS puisse ou non être aussi applicable à cette mesure.)

annulation ou réduction d'avantages du fait "qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord".

6.433 Le Japon rappelle que dans le contexte de l'article III, les Etats-Unis eux-mêmes ont fait valoir que "les gouvernements établissaient des distinctions réglementaires pour de nombreuses raisons qui n'avaient rien à voir avec la protection commerciale" de produits spécifiques. Le Japon mentionne que dans leur communication, dans l'affaire Japon - Taxes sur les boissons alcooliques, les Etats-Unis ont présenté des observations sur des lois de portée générale qui peuvent affecter la distribution de marchandises d'origine étrangère, et ont fait valoir que des lois de ce genre ne devraient pas être considérées comme violant l'article III simplement en raison d'une incidence disproportionnée. En particulier, les Etats-Unis se sont référés, aux fins de comparaison, aux lois prévoyant la fermeture des magasins de détail le dimanche, qui sont très semblables à la Loi sur les grandes surfaces dont il est ici question⁹⁰⁰:

"[De nombreuses autorités ont adopté des] lois prévoyant la fermeture du dimanche [qui] pouvaient affecter d'une manière disproportionnée les supermarchés et autres grands commerces de détail qui distribuaient des produits d'origine étrangère. Ces commerces vendaient exactement les mêmes produits le dimanche et les autres jours de la semaine. Les Etats-Unis se demandaient si de telles mesures devraient être considérées comme violant l'article III simplement en raison de l'incidence disproportionnée des lois concernant la fermeture du dimanche sur les importations."

6.434 Le Japon rappelle aussi que dans le contexte de l'article XXIII:1 b), les Etats-Unis ont fait valoir devant le Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux que: "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".⁹⁰¹ Les Etats-Unis indiquaient ensuite, à titre d'exemple, qu'une modification du barème général de l'impôt sur le revenu serait en dehors du champ d'application de l'article XXIII:1 b).⁹⁰² De l'avis du Japon, la Loi sur les grandes surfaces ne peut être distinguée, pour ce qui est de sa nature, de l'exemple d'une modification du barème général de l'impôt sur le revenu cité par les Etats-Unis. Même si les détenteurs de revenus plus élevés tendent à acheter davantage de produits importés, l'adoption de taux progressifs d'imposition sur le revenu ne pourrait donner lieu à une action au titre de l'article XXIII:1 b), malgré son incidence disproportionnée sur ceux qui tendent à acheter davantage de produits importés. Le Japon soutient que la Loi sur les grandes surfaces ne régit le traitement d'aucun des produits spécifiques dont il est question en l'espèce, c'est-à-dire les pellicules et papiers photographiques noir et blanc ou couleur. Tandis que les différends dans le cadre du GATT ont été traditionnellement axés sur la manière dont des mesures spécifiques affectent des produits spécifiques, la loi dont il s'agit en l'espèce n'établit aucune distinction en ce qui concerne les pellicules ou papiers, et ne les mentionne même pas. En conséquence, le Japon conclut que la Loi sur les grandes surfaces ne bouleverse pas la position concurrentielle des produits importés au sens de l'article XXIII:1 b).

6.435 Le Japon suggère que dans le cadre de la conception beaucoup trop large de l'article XXIII:1 b) qui est celle des Etats-Unis, presque toutes les formes de politique gouvernementale pourraient donner lieu à une action, en tant que mesures potentiellement applicables à des produits spécifiques. Par exemple, toute limitation visant les investissements pourrait donner lieu à une action, parce que l'investissement

⁹⁰⁰Rapport du Groupe spécial Japon - Taxes sur les boissons alcooliques, adopté le 1er novembre 1996 (11 juillet 1996), WT/DS8, 10 et 11/R, paragraphe 4.40. Rapport de l'Organe d'appel Japon - Taxes sur les boissons alcooliques, adopté le 1er novembre 1996, WT/DS8, 10 et 11/AB/R.

⁹⁰¹Rapport du Groupe spécial CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 125-126, paragraphe 114.

⁹⁰²Ibid.

pourrait se rattacher aux efforts déployés pour vendre des produits. Le Japon estime qu'un lien clair doit exister entre les produits spécifiques et la mesure gouvernementale contestée, et que les allégations des Etats-Unis concernant la Loi sur les grandes surfaces ne satisfont pas à ce critère.

c) Lien de causalité

6.436 Les Etats-Unis rappellent que de récentes études émanant du gouvernement japonais mettent en évidence le fait que les grandes surfaces ont davantage tendance à vendre des produits d'importation que les petits magasins.⁹⁰³ Parmi les raisons de cette attitude plus favorable des grandes surfaces à l'égard des importations, il faut citer leur linéaire plus important, qui leur permet d'offrir toute une gamme de marques, et les économies d'échelle qu'elles réalisent, qui rendent efficaces pour les fournisseurs étrangers les ventes effectuées directement au détaillant. Les Etats-Unis font observer que de nombreuses autres études émanant du gouvernement japonais, de l'industrie et d'experts universitaires ont aussi constaté que les grandes surfaces avaient davantage tendance à vendre des produits d'importation.⁹⁰⁴ Les Etats-Unis allèguent, en outre, avoir présenté une étude établie selon des méthodes rigoureuses, démontrant que les grandes surfaces ont davantage tendance à vendre des pellicules d'origine étrangère. Spécifiquement, selon cette étude, les pellicules étrangères étaient disponibles dans 40 pour cent des magasins d'une superficie inférieure à 500 mètres carrés, 49 pour cent des magasins d'une superficie comprise entre

⁹⁰³A l'appui de cette affirmation, les Etats-Unis citent les études ci-après:

- i) Une étude de 1989 de l'Agence de la planification économique a constaté que l'assouplissement des restrictions imposées aux grandes surfaces encouragerait la concurrence et "faciliterait la promotion des importations;" Economic Planning Agency, Planning Bureau Research related to Impact Prices, 1989, pages 23 et 45, pièce n° 89-1 des Etats-Unis.
- ii) Une étude de juin 1995 émanant du Conseil de recherche sur la réglementation et la politique de la concurrence, du gouvernement, de la JFTC, a constaté que la réglementation des grandes surfaces imposée par le Japon faisait obstacle au développement des importations de produits; JFTC Concerning the Reevaluation of Government Regulations in the Distribution Sector, juin 1995, pièce n° 95-11 des Etats-Unis.
- iii) Une autre étude de 1995 élaborée par la JFTC a constaté que les restrictions imposées aux grandes surfaces entravaient la concurrence par les prix et les importations; JFTC, Research on Domestic and Imported Products Sold at Lower Price, juin 1995, pages 29 et 30, pièce n° 95-10 des Etats-Unis.
- iv) Une étude de décembre 1995 élaborée par l'Agence des petites et moyennes entreprises a constaté que les magasins dont le chiffre d'affaires annuel est élevé ont davantage tendance à vendre des produits d'importation. MITI Medium and Small Industry Agency, Medium and Small Retail Data Book: Current Situation and Issue in the Medium and Small Retail Industry, 1er décembre 1995, pages 96 et 98 pièce n° 95-19 des Etats-Unis.

Le Japon répond qu'aucune de ces études ne fournit la moindre donnée statistique à l'appui de l'affirmation selon laquelle les grandes surfaces ont généralement davantage tendance à vendre des produits d'importation que les petits magasins.

⁹⁰⁴Les Etats-Unis citent notamment les exemples suivants:

- i) En 1987, la principale association professionnelle du Japon qui regroupe tous les grands exportateurs fabricants, la Fédération des organisations économiques, a publié une proposition tendant à stimuler les importations au Japon de produits manufacturés. Elle y notait que "les grandes surfaces de vente au détail vendent beaucoup de produits importés et ont prévu de continuer à le faire, mais [que] d'autre part, toute une gamme de réglementations [y compris la Loi sur les grandes surfaces] rendent difficile l'exécution de tels plans". Proposal On The Stimulation of Imports of Manufactured Goods Based On The Results of Case Studies of Individual Products, Japan Federation of Economic Organizations, 22 septembre 1987, pièce n°60 des Etats-Unis.
- ii) En 1982, une étude de la JFTC concluait que "la dimension relativement réduite des magasins et la superficie relativement limitée qu'ils consacrent à la vente au détail ... imposent une limite au nombre des différents produits qu'ils peuvent vendre". L'étude constatait aussi que "la plupart des grands magasins et des hypermarchés ont adopté une attitude positive à l'égard de l'introduction de produits de marque étrangère". Kyoso Mondai Kenkyujo, Kosei Torihiki Joho, 17 mai 1982, pièce n° 43 des Etats-Unis.

500 et 2 999 mètres carrés et 63 pour cent des magasins d'une superficie égale ou supérieure à 3 000 mètres carrés. De plus, l'analyse par les Etats-Unis de l'enquête sur les ventes de pellicules au détail effectuée en vue de la présente affaire et présentée par le gouvernement japonais révèle que les magasins assujettis à la Loi sur les grandes surfaces avaient nettement davantage tendance à vendre des pellicules étrangères que les petits magasins (ceux dont la superficie était inférieure aux seuils minimaux prévus par la Loi sur les grandes surfaces).⁹⁰⁵

6.437 De l'avis du Japon, les Etats-Unis n'ont pas prouvé que les restrictions applicables aux grandes surfaces entravent les importations de pellicules ou de papiers. Quant à l'argument des Etats-Unis selon lequel les grandes surfaces sont particulièrement accessibles aux importations en raison des économies d'échelle qu'elles peuvent réaliser dans leurs achats, le Japon répond que la présence d'économies d'échelle ne dépend pas de la superficie de l'espace consacré à la vente au détail.

6.438 En ce qui concerne les moyens de preuve présentés par les Etats-Unis pour établir une corrélation entre la taille des magasins et la propension à vendre des pellicules importées, le Japon répond que ces moyens de preuve ne prennent pas en considération le type de point de vente au détail et les volumes relatifs de vente de pellicules des points de détails faisant l'objet de l'enquête. De l'avis du Japon, une analyse correcte montre qu'il n'y a pas de corrélation entre la disponibilité de pellicules importées et la taille du magasin, en particulier du fait du faible volume des pellicules. Le Japon a présenté les résultats d'une enquête portant sur environ 2 000 magasins, comparant la disponibilité relative des marques de pellicules étrangères dans les magasins visés et non visés par la Loi sur les grandes surfaces: cette disponibilité était à peu près identique.⁹⁰⁶

6.439 Les Etats-Unis soutiennent que le fait qu'une pellicule est un produit de faible volume n'a rien à voir avec la corrélation entre taille des magasins et importations. S'il est vrai qu'un seul rouleau de pellicules ne prend sans doute pas beaucoup de place, le fait de vendre des pellicules de plusieurs types et de plusieurs sensibilités provenant de différents fabricants prend beaucoup de l'espace consacré à la vente au détail. Si un détaillant vend la gamme complète d'une marque de pellicules, il lui faudra, pour présenter dans les mêmes conditions Kodak, Fuji, Konica et Agfa, quadrupler la superficie consacrée aux pellicules. Par conséquent, ce n'est pas la dimension du produit qui compte, ce qui est en question c'est la dimension de l'étalage du produit dans toutes ses variations et dans toutes les marques concurrentes.⁹⁰⁷ Dans la plupart des magasins, le linéaire est un bien précieux, et chaque détaillant doit faire des choix quant au nombre des différents types de produits et différentes marques qu'il vendra. Les Etats-Unis concluent que les limitations imposées à la superficie par le jeu de la réglementation

⁹⁰⁵Voir la sous-section V.B.2. a) concernant l'"Attitude favorable des grandes surfaces à l'égard des importations", en particulier le paragraphe 5.243.

⁹⁰⁶Survey conducted by Nippon Research Centre Ltd. and Commissioned by Fujifilm during the Section 301 proceedings. Fujifilm's Rebuttal Regarding the Alleged "Distribution Bottleneck", 21 décembre 1995, pièce n° A-6 du Japon.

⁹⁰⁷Un assortiment complet de pellicules Kodak comprendrait, au minimum, des pellicules couleur 100, 200, 400 et 1000 ASA, en rouleaux de 12, 24 et 36 poses, pour diapositives et pour tirages papier, ainsi que des pellicules noir et blanc et des "multipacks" contenant des rouleaux de différentes sensibilités, et des appareils photo jetables. Pour les pellicules couleur seulement, Kodak propose les produits suivants: Super Gold en 100, 200, 400 et 1600 - en rouleaux uniques (12, 24, 35 et 36 poses) et en emballages de deux, trois, quatre ou cinq rouleaux; Royal Gold en 25, 100 et 400 - en rouleaux uniques (24 et 36 poses) et en emballages de deux, trois, ou cinq rouleaux; Ectochrome Dyna en 50, 100, 200 et 400 - en rouleaux uniques (24 et 36 poses) et en emballages de cinq et 20 rouleaux; Chrome en 25, 64 et 200 - en rouleaux uniques (24 et 36 poses) et en emballages de trois et dix rouleaux; appareils photo jetables en cinq modèles différents, y compris une nouvelle version pour la photographie aérienne et l'observation.

gouvernementale peuvent considérablement influencer sur les choix que feront les détaillants quant au nombre de marques et à la diversité des produits qu'ils vendront.⁹⁰⁸

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

6.441 A propos de l'affirmation du Japon selon laquelle plus que la corrélation entre la taille d'un magasin et la probabilité de le voir vendre des pellicules étrangères, ce qui compte c'est la corrélation entre le volume des ventes de pellicules étrangères d'un magasin et la probabilité de le voir vendre des pellicules étrangères, les Etats-Unis répondent que ces deux constatations ne s'excluent pas mutuellement si le volume des ventes de pellicules d'un magasin est fonction de sa taille. De l'avis des Etats-Unis, une grande surface vendra vraisemblablement un volume plus important de pellicules et, dans les deux cas, elle aura davantage tendance à vendre des pellicules étrangères. Les Etats-Unis font valoir que de façon générale, les magasins les plus vastes ont des volumes de vente plus importants⁹⁰⁹ et que le Japon n'a pas présenté de données crédibles montrant que cette corrélation logique n'est pas applicable dans le cas des pellicules photographiques.⁹¹⁰ De fait, une analyse des données produites par l'enquête japonaise présentée à la demande des Etats-Unis⁹¹¹ révèle que les magasins assujettis à la Loi sur les grandes surfaces avaient nettement davantage tendance à vendre des pellicules étrangères que les petits magasins (ceux dont la superficie était inférieure aux seuils minimaux fixés par la Loi sur les grandes surfaces), et que

⁹⁰⁸Dans une lettre adressée en décembre 1996 au MITI, le principal détaillant japonais en matériel photo Yodobashi, a clairement indiqué qu'une révision à la baisse de la superficie prévue pour un nouveau magasin affectait la capacité du détaillant de commercialiser des pellicules étrangères comme il l'avait projeté. Dans cette lettre, il protestait contre la décision prise à l'occasion du processus d'examen des grandes surfaces de réduire la superficie du magasin des 8 050 mètres carrés prévus à moins de 6 500 mètres carrés: "... si nous réduisons la superficie du magasin, on peut prévoir une situation dans laquelle il pourrait devenir impossible pour notre société de mettre en oeuvre le plan lui-même d'ouverture du magasin. De plus, même si nous essayons de maintenir, avec une superficie réduite, l'efficacité précédemment prévue en modifiant le contenu du plan, nous n'aurions d'autre solution que de modifier du tout au tout le plan de sorte, par exemple, que l'espace consacré à la présentation des pellicules importées destinées à la vente ... devrait être réduit". Letter From Akikazu Fujizawa, Président, Yodobashi Camera K.K. to Director General Tohoku Region Trade and Industry Bureau, MITI, Members of the Tohoku Committee and Large Retail Store Deliberation Council, RE: Report from Yodobashi Camera to MITI Concerning the Opening of Their New Retail Store in Sendai, 6 décembre 1996, pièce n° 102 des Etats-Unis.

En réponse, le Japon fait observer que dans cette lettre, le Président note que le linéaire consacré aux pellicules importées devra être réduit, mais explique aussi que la raison véritable de cette politique est la faible importance des ventes de pellicules importées, non l'origine étrangère de ces pellicules. De plus, selon le Japon, le magasin en question, Yodobashi Camera, vend en fait, à l'heure actuelle, des pellicules importées.

⁹⁰⁹Les données publiées par le MITI font apparaître une corrélation directe entre la taille du magasin et les ventes annuelles au Japon: par exemple, moins de 1 pour cent des magasins les plus petits (moins de 33 mètres carrés) ont un chiffre d'affaires annuel supérieur à 300 millions de yen, tandis que pour cent des magasins les plus grands (plus de 218 mètres carrés) ont un chiffre d'affaires supérieur à 300 millions de yen. MITI, Current Status and Challenges Facing Small and Medium-Sized Retailers, 1er décembre 1995, page 1, pièce n° 92 des Etats-Unis.

⁹¹⁰Les Etats-Unis reprochent au Japon d'avoir présenté un graphique inutilisable, avec une échelle impossible à lire, fondé sur une méthodologie indéfendable, dont on ne peut tirer aucune conclusion.

⁹¹¹Première réunion du Groupe spécial, réponse du Japon à la question n° 2 des Etats-Unis.

les magasins assujettis à cette loi vendaient aussi des volumes plus importants de pellicules.⁹¹² Les Etats-Unis concluent que le Japon n'a réfuté ni les études générales, ni l'étude se rapportant spécifiquement aux pellicules, montrant qu'il y avait une corrélation claire entre la taille des magasins et leur propension à vendre des produits d'importation. Les Etats-Unis maintiennent que l'élimination des grandes surfaces au Japon équivaut à la suppression d'occasions de vente pour les produits d'importation.⁹¹³

6.442 Le Japon fait valoir en outre que les deux enquêtes parviennent à la même conclusion, à savoir que des magasins qui vendent une quantité importante de pellicules, par exemple les magasins d'accessoires photo et les magasins de supermarchés, ont tendance à vendre de multiples marques pour satisfaire la demande de leur clientèle, tandis que d'autres magasins, comme les kiosques, ont tendance à ne pas le faire, ainsi qu'il est décrit à la section V.B.2 c) ci-dessus. De plus, le Japon fait observer qu'il est clair que ce que montre une étude de marché, ce n'est pas le rapport de concurrence entre les produits, mais les résultats de la concurrence sur le marché, qui est générée par l'interaction complexe de divers facteurs, le rapport de concurrence n'étant que l'un de ces facteurs. Le rapport de concurrence ne peut donc être déduit des résultats d'une étude de marché.

6.443 Pour le Japon, les allégations des Etats-Unis concernant la Loi sur les grandes surfaces n'ont aucun rapport logique avec le papier photographique, puisque c'est là un produit destiné aux producteurs, non aux consommateurs. Premièrement, le papier photographique n'est pas vendu au détail, mais aux laboratoires de développement qui ne sont à peu près jamais visés par la Loi sur les grandes surfaces. Deuxièmement, l'argument des Etats-Unis - à savoir que la distribution multimarques est découragée - est sans valeur dans le contexte du papier photographique, car aucun acheteur n'utilise en même temps de multiples marques de papier. Ainsi, de l'avis du Japon, la Loi sur les grandes surfaces n'a pas d'incidence sur la propension d'un laboratoire de développement à choisir entre marques nationales et marques étrangères de papier photographique.

⁹¹²De l'avis des Etats-Unis, comme dans le cas de toute étude scientifique, on ne peut prétendre à la crédibilité que si l'on soumet la totalité des données utilisées et l'analyse effectuée à d'autres experts, pour examen et vérification. Dans la présente affaire, les Etats-Unis ont fourni au Japon la totalité des données qu'ils avaient utilisées, y compris chaque réponse individuelle à un questionnaire.

⁹¹³Les Etats-Unis ont procédé à de nouveaux calculs à partir de leurs données, en prenant le type de magasin comme variable représentative du volume des ventes. Spécifiquement, les Etats-Unis ont classé leurs données en se fondant sur l'hypothèse que: i) les kiosques, petits magasins de proximité, pharmacies et teinturiers avaient tendance à vendre de petites quantités de pellicules; ii) les grands magasins de proximité, les magasins situés dans les endroits touristiques et les épiceries avaient tendance à vendre des quantités intermédiaires de pellicules; et iii) les magasins de matériel photo, les supermarchés et les discounteurs avaient tendance à vendre les quantités les plus importantes de pellicules. Selon les Etats-Unis, ces données montrent que la corrélation entre taille du magasin et importations reste valable, même si l'on fait abstraction du volume des ventes (c'est-à-dire si l'on prend en compte ces types de magasins).

En réponse, se référant à la catégorie iii), le Japon fait valoir que les deux enquêtes elles-mêmes ne font apparaître aucune différence notable quant à la disponibilité des pellicules d'importation parmi les magasins inclus dans cette catégorie, que la taille du magasin soit supérieure ou inférieure à 500 mètres carrés. Les autres magasins - qui ne sont pas des circuits majeurs de distribution de pellicules - consistent, pour la plupart, en magasins de proximité et kiosques, et la disponibilité des pellicules d'importation y est moindre. Les magasins qui vendent d'importantes quantités de pellicules, magasins d'accessoires photo et magasins de supermarchés, par exemple, ont tendance à vendre de multiples marques pour satisfaire au mieux la demande des consommateurs, tandis que les autres magasins comme les kiosques ont tendance à ne pas le faire.

d) Evolution des politiques ou maintien des restrictions imposées aux grandes surfaces

6.444 Les Etats-Unis font valoir que dans les enquêtes émanant du gouvernement japonais, la crainte de voir les grandes surfaces miner le système de distribution dominé par les fabricants est récurrente: on la trouve dans l'enquête de 1969 sur les conditions générales de vente dans le secteur des pellicules photographiques⁹¹⁴; en 1986, l'Agence de la planification économique a établi le même lien⁹¹⁵; en 1989, une enquête japonaise a établi le même lien entre le développement des grandes surfaces et la mise en question de la distribution intégrée verticalement.⁹¹⁶ De l'avis des Etats-Unis, cela démontre que les préoccupations suscitées par la puissance sur le marché des grandes surfaces et des magasins à succursales persistent dans tous les segments du marché.⁹¹⁷

6.445 Le Japon répond que le gouvernement japonais n'a jamais eu l'intention de protéger la structure de distribution oligopolistique, dominée par le fabricant, dont l'existence sur le marché japonais des pellicules est alléguée. Aux termes mêmes de la Loi sur les grandes surfaces, celle-ci est applicable aux grandes surfaces, quelles que soient les relations que ces grandes surfaces et que les petits et moyens détaillants des alentours entretiennent avec quelque fabricant ou distributeur que ce soit. Le Japon fait observer que la Loi sur les grandes surfaces a été conçue pour sauvegarder la diversité des points de vente au détail, objectif que poursuivent de nombreuses autorités nationales et locales du monde entier. La loi n'est donc pas applicable aux chaînes de magasins de proximité, qui sont en dehors du réseau de distribution exclusive allégué des fabricants nationaux, et sont en concurrence avec de petits détaillants qui peuvent avoir une affiliation particulière avec des fabricants nationaux. Le Japon affirme, par ailleurs, que les documents cités par les Etats-Unis n'étaient pas leurs allégations; par exemple, le rapport de 1969 note simplement que les magasins existants doivent rationaliser leurs pratiques commerciales pour améliorer leur efficacité.

⁹¹⁴Institute of Distribution Research, Fact-finding Survey Report Pertaining to Transaction Terms: Actual conditions of Transaction Practices in the Wholesale Industry, mars 1969, pages 1 à 21 et 287 à 319, pièce n° 15 des Etats-Unis.

⁹¹⁵"Quels sont les facteurs expliquant le nombre si élevé des magasins de détail minuscules au Japon? Les facteurs ci-après peuvent être cités ... 3) la keiretsunisation de la distribution par des fabricants oligopolistiques." Distribution and Business Practices of Imports, Edited by the Price Policy Department, Price Bureau, Economic Planning Agency, 28 mars 1986, pièce n° 54 des Etats-Unis. En outre, les Etats-Unis présentent une analyse économique émanant de spécialistes japonais des questions antitrust qui confirment la liaison entre les restrictions imposées aux grandes surfaces et le système de distribution oligopolistique du Japon. Ces spécialistes expliquent que la Loi sur les grandes surfaces a compromis la "recherche des économies d'échelle" dans le secteur de la distribution, ce qui a contribué à l'inefficacité et à l'insuffisance de la concurrence dans ce secteur. Ce phénomène, à son tour "a été une source de profits confortables pour les sociétés exportatrices japonaises" et a contribué "à barrer la voie aux produits étrangers s'efforçant d'accéder au marché japonais". Ces spécialistes ajoutent que "la dépendance d'un distributeur à l'égard d'un fabricant particulier rend les circuits de distribution exclusifs et relève de façon notable les obstacles à l'entrée". The Antimonopoly Laws and Policies of Japan, J. Iyori and A. Uesugi, Federal Legal Publications, Inc., 1994, page 293, pièce n° 94-1 des Etats-Unis.

⁹¹⁶En juin 1989, l'Agence de la planification économique est parvenue à la conclusion que la levée des restrictions imposées aux magasins aurait pour résultat "non seulement d'encourager la concurrence horizontale entre différents types d'entreprises, mais aussi d'encourager la concurrence verticale par l'exercice du pouvoir d'achat, ce qui produirait les résultats et les effets d'un abaissement relatif des niveaux des prix des produits et un élargissement de la gamme des produits offerts par la promotion des formules développement-et-importation". EPA, Economic Theory of Deregulation, 10 juin 1989, pièce n° 64 des Etats-Unis.

⁹¹⁷De façon générale, de l'avis des Etats-Unis, il ne peut y avoir de doute que les grandes surfaces tendent à avoir plus de puissance sur le marché que les petits magasins. Les Etats-Unis soutiennent que les enquêtes et études exécutées par et pour le gouvernement japonais ont établi à maintes reprises le lien existant entre limitation des grandes surfaces et protection du système de distribution oligopolistique.

6.446 Le Japon fait observer que, si la loi et ses modifications de 1978 ont été adoptées après les concessions tarifaires de 1967, ces modifications ont représenté un "prolongement" d'une politique préexistante, à savoir la Loi sur les grands magasins de 1956. Le Japon souligne que la Loi sur les grandes surfaces est plus libérale que la Loi sur les grands magasins ne l'était en 1967, compte tenu en particulier de son système de notification plus libéral et du moindre nombre de réglementations concernant les jours de fermeture et l'heure de fermeture des magasins.

6.447 De plus, le Japon affirme que la Loi sur les grandes surfaces est appliquée aujourd'hui de façon plus libérale qu'en 1994. Ainsi, même si l'on admettait que les restrictions imposées aux grandes surfaces de vente de détail sont défavorables aux produits d'importation, la loi est aujourd'hui plus favorable aux importations. Trois ensembles de déréglementations relatives à la Loi sur les grandes surfaces ont été promulgués au début des années 90, jusqu'en 1994, et il n'y a eu aucune modification importante depuis cette date. En particulier, le Japon explique pourquoi la loi est plus libérale aujourd'hui qu'en 1979: à l'heure actuelle, la loi ne prévoit aucun ajustement si l'heure de fermeture n'est pas plus tardive que 20 heures, ou si le nombre de jours de fermeture n'est pas inférieur à 24 jours, tandis qu'en 1979 les chiffres correspondants étaient de 18 heures et 48 jours. Depuis 1994, la loi a aussi été libéralisée largement pour exclure des procédures normales d'ajustement prévues par la loi les magasins dont la superficie est comprise entre 500 mètres carrés et 1 000 mètres carrés.⁹¹⁸ De plus, le Japon souligne que les efforts déployés par le gouvernement japonais pour assurer que les administrations locales respectent plus fidèlement les critères nationaux fixés pour l'administration de cette loi rendent la loi elle-même plus libérale.

6.448 Le Japon soutient, à titre subsidiaire, que si les modifications apportées aux mesures après les concessions tarifaires pertinentes ne sont pas en vigueur à l'heure actuelle mais étaient néanmoins jugées pertinentes pour une détermination relative au bouleversement de la position concurrentielle des importations, les modifications de 1978 étendant le champ d'application de la loi - qui visait initialement les magasins ayant une superficie de 1 500 mètres carrés - à des magasins d'une superficie aussi réduite que 500 mètres carrés pourraient apparaître comme un durcissement de la réglementation. Toutefois, le Japon fait valoir que ces modifications faisaient déjà partie de l'environnement d'application de la loi en 1979. Pour ce qui est des allégations des Etats-Unis concernant le durcissement des réglementations au début des années 80, le Japon répond que ces allégations sont juridiquement sans objet puisque ces mesures ont depuis été abrogées. La comparaison pertinente est celle qui s'établit entre les conditions de concurrence actuelles et les conditions de concurrence à l'époque des concessions tarifaires pertinentes, non des conditions de concurrence qui auraient pu se produire à tel ou tel moment entre ces deux dates.

6.449 Les Etats-Unis répondent que les magasins d'une superficie inférieure à 500 mètres carrés, magasins de proximité par exemple, font souvent l'objet d'examen et d'ajustement au titre de mesures appliquées par les autorités locales.⁹¹⁹ Des études émanant du gouvernement japonais ont établi que ces réglementations locales continuent d'être largement appliquées et qu'elles imposent une charge appréciable freinant l'ouverture de magasins d'une superficie inférieure à 500 mètres carrés. Tout comme la Loi sur les grandes surfaces, les mesures locales exigent fréquemment qu'un constructeur ou un détaillant notifie à l'avance ses plans, lorsqu'il veut ouvrir un nouveau magasin ou agrandir un magasin existant, et procède à des ajustements avec ses concurrents locaux. A l'appui de cette position, les Etats-Unis fournissent un accord conclu entre un détaillant exploitant un magasin de proximité et une association

⁹¹⁸Le Japon fait valoir que les magasins dont la superficie de vente au détail est comprise dans ces limites échappent en principe au processus prévu par la Loi sur les grandes surfaces et que 2,9 pour cent seulement des magasins de cette dimension sont assujettis à la totalité du processus prévu par la loi.

⁹¹⁹Selon les Etats-Unis, des études émanant du gouvernement japonais ont établi que les réglementations locales continuent d'être largement appliquées et imposent une charge appréciable freinant l'ouverture de magasins d'une superficie inférieure à 500 mètres carrés.

locale de centres commerciaux dans lequel l'association a présenté plusieurs exigences au détaillant. Finalement, le détaillant s'est senti obligé de conclure avec le centre commercial un accord qui, en autres choses, limitait la superficie du magasin du détaillant, imposait certains jours de fermeture et certaines heures de fermeture, limitait la possibilité pour le détaillant de "vendre des produits concurrents à un prix réduit d'une marge importante" et imposait au détaillant de faire de la publicité pour le compte de ses concurrents.⁹²⁰

6.450 Le Japon répond, toutefois, qu'en janvier 1992, le gouvernement a expressément abrogé les "directives administratives" concernant l'explication préalable, et largement fait connaître cette abrogation par des circulaires à toutes les administrations préfectorales et municipales, ainsi qu'à toutes les branches du MITI. Depuis lors, le gouvernement n'a ménagé aucun effort pour corriger toutes réglementations locales qui pourraient exiger ou recommander des explications préalables ou des ajustements préalables et, par voie de conséquence, il n'existe plus de telles réglementations locales.

6.451 De plus, le Japon fait observer qu'au stade de la délibération du Conseil, il n'appartient ni au MITI ni aux autorités préfectorales de sélectionner les parties qui présenteront leurs vues, mais au Conseil lui-même. La circulaire pertinente prescrit que ces parties doivent comprendre des consommateurs et des personnes neutres, d'une compétence et d'une expérience établies, et que le choix doit assurer une représentation équitable. De plus, selon le Japon, les Etats-Unis se fondent sur plusieurs traductions erronées des rapports cités par le gouvernement japonais pour soutenir leur affirmation, à savoir que le Conseil est fortement influencé par les détaillants locaux.

6.452 Les Etats-Unis rejettent les arguments du Japon selon lesquels la Loi sur les grandes surfaces et les mesures connexes n'empêchent pas à l'heure actuelle le développement des grandes surfaces, et que cette loi a été libéralisée de façon appréciable ces dernières années. De l'avis des Etats-Unis, le Japon ne semble pas réfuter le fait que la loi a brutalement freiné le développement des grandes surfaces par le passé, mais affirme qu'il a libéralisé cette loi au début des années 90.

6.453 Les Etats-Unis soutiennent que le jeu et l'application de la Loi sur les grandes surfaces empêchent bien, à l'heure actuelle, les grandes surfaces de se développer et affirment aussi que le Japon impose des restrictions aux grandes surfaces depuis des décennies. Cette entrave au développement des grandes surfaces a renforcé le système de distribution oligopolistique et limité la possibilité de recourir à un autre circuit pour permettre aux produits étrangers de pénétrer sur le marché japonais. De l'avis des Etats-Unis, en l'absence des mesures vigoureuses prises par le Japon à l'encontre des grandes surfaces, celles-ci auraient pu introduire dans le système japonais de distribution un pouvoir de négociation et une concurrence suffisants pour amenuiser le contrôle vertical exclusif exercé par les fabricants japonais sur la distribution.

e) Conclusions des parties

6.454 Les Etats-Unis indiquent, en résumé, qu'ils ont établi, des points de vue théorique et empirique et par des exemples précis, comment les procédures d'ajustement formel et informel continuent d'imposer des charges substantielles à la création et à l'exploitation de grandes surfaces au Japon.

⁹²⁰Arrangement Between A New Retail Store and the Local Shopping Center Association, 1996, pièce n° 93 des Etats-Unis.

6.455 Du point de vue théorique, les Etats-Unis expliquent que:

- Les réductions de superficie réduisent les recettes des magasins, et peuvent donc obliger un détaillant à retenir pour ses opérations une taille moins qu'optimale pour la rentabilité.⁹²¹

6.456 Du point de vue empirique, les Etats-Unis font valoir qu'ils ont démontré que les procédures d'ajustement formel et informel continuent d'être appliquées énergiquement.

- i) Selon les Etats-Unis, les données présentées par le Japon indiquent que de 1992 à 1995, des réductions de superficie ont été imposées dans 22 à 27 pour cent des cas. Dans ces cas, la réduction de superficie était en moyenne de 24 pour cent. Ainsi, même aujourd'hui, après la libéralisation supposée, un quart des grandes surfaces risquent d'avoir à réduire d'un quart leur superficie envisagée. De l'avis des Etats-Unis, c'est là une contrainte importante pour les grandes surfaces. De plus, les renseignements fournis par le Japon indiquaient que dans le cas de 4 pour cent des notifications relatives à des magasins, les ajustements formels imposés sont si contraignants que le magasin s'est vu obligé d'annuler ses plans et de renoncer à ouvrir.
- ii) Les renseignements fournis par le Japon établissent aussi qu'un quart environ des grandes surfaces sont mises dans l'obligation d'augmenter leur nombre de jours de fermeture et de raccourcir leurs horaires d'ouverture.
- iii) Les Etats-Unis font observer que ces chiffres sous-estiment considérablement l'ampleur des réductions puisque, comme le gouvernement japonais lui-même l'établit, en de nombreux cas, les magasins entreprennent des ajustements à l'issue du processus d'ajustement informel qui se déroule avant même qu'un magasin ne soumette sa notification formelle. Selon les Etats-Unis, le gouvernement japonais établit que de nombreux magasins préféreront vraisemblablement procéder à des ajustements à travers le processus informel, puisque s'ils n'arrivent pas à un consensus avec leurs concurrents, ils peuvent se voir imposer un ajustement plus considérable encore lors du processus formel.

6.457 Quant aux exemples précis, les Etats-Unis ont rendu compte de plusieurs cas dans lesquels des magasins ont dû accepter que leurs opérations fassent l'objet de restrictions et d'ajustements importants à l'issue du processus d'ajustement soit formel, soit informel.⁹²²

6.458 Le Japon soutient que les Etats-Unis n'ont pas démontré comment la Loi sur les grandes surfaces annule ou compromet à l'heure actuelle les concessions tarifaires concernant les pellicules photographiques destinées aux consommateurs.

⁹²¹Les Etats-Unis présentent des preuves récentes émanant d'un détaillant qui décrit la perte de revenu correspondant aux différents degrés de réduction de superficie, ainsi qu'un rapport publié dans une revue professionnelle qui attribue les baisses de rentabilité du principal détaillant du Japon aux réductions imposées à sa superficie et à ses opérations de par la Loi sur les grandes surfaces.

⁹²²Voir la sous-section V.B.6 a) concernant les "Ajustements au titre des procédures formelles", en particulier le paragraphe 5.330.

a) Du point de vue théorique, le Japon fait observer que les Etats-Unis n'ont pas expliqué pourquoi les restrictions imposées aux grandes surfaces modifient les conditions de concurrence relatives au produit spécifique, c'est-à-dire aux pellicules destinées aux consommateurs, d'une manière qui désavantage les importations. Le Japon souligne que la Loi ne régit aucunement les produits qui peuvent être vendus par les grandes surfaces, et à plus forte raison ne régit pas l'origine de ces produits; de même, la loi ne régit pas les grandes surfaces en fonction des produits qu'elles vendent ou que les petits détaillants situés dans leur voisinage vendent, ni, à plus forte raison, en fonction de l'origine des produits vendus. Le Japon fait valoir que les détaillants choisissent les produits qu'ils vendront de manière à maximiser leurs profits, et qu'il n'y a pas de raison de croire que les restrictions relatives à la superficie de vente au détail puissent modifier la rentabilité relative de produits photographiques dans un sens favorable aux marques nationales de pellicules. De plus, le Japon explique qu'il n'y a pas de raison de croire que l'attitude des petits magasins et des grandes surfaces à l'égard de la maximisation des profits puisse être différente.

b) Du point de vue empirique, le Japon fait valoir que les Etats-Unis n'ont pas démontré non plus l'existence d'un lien de causalité entre les restrictions imposées aux opérations des grandes surfaces de vente au détail et la vente de pellicules photographiques d'importation destinées aux consommateurs. Pour le Japon, bien que le rapport de concurrence entre des produits ne puisse être déduit des résultats d'une étude de marché, la seule étude vérifiable sur laquelle les Etats-Unis se sont appuyés n'a véritablement pris en compte ni le type de point de vente au détail ni les quantités de pellicules vendues par les points de détail qui ont fait l'objet de l'enquête. De plus, les deux enquêtes montrent que les magasins qui vendent beaucoup de pellicules, par exemple les magasins d'accessoires photo et les magasins de supermarchés ont tendance à vendre de multiples marques pour satisfaire la demande de leur clientèle, tandis que d'autres magasins, comme les kiosques, tendent à ne pas le faire, ainsi qu'il est décrit dans la section V.B.2 c). Ainsi, tandis que les Etats-Unis ne satisfont pas à l'obligation de démontrer l'existence d'un lien de causalité, les éléments de preuve fournis par le Japon démontrent l'absence de lien de causalité.

5. "CONTRE-MESURES" EN MATIERE DE PROMOTION

a) Aperçu général

6.459 Selon le Japon, lorsque l'économie japonaise est entrée dans une phase de production en grande série et de consommations de masse, dans les années 50, les ventes avec primes, y compris les loteries promotionnelles, sont devenues de plus en plus populaires. Les sommes d'argent et les marchandises attribuées par voie de concours sont devenues très importantes. La société a commencé à se préoccuper de ces prix ou lots promotionnels qui encouragent un comportement spéculatif et risquent d'empêcher les consommateurs de choisir rationnellement parmi les produits offerts. Préoccupé par l'absence de mesures adéquates permettant de lutter contre les déclarations mensongères, le public a réclamé l'adoption de moyens de lutter effectivement contre de telles déclarations.

6.460 En ce qui concerne le Kennedy Round, les Etats-Unis affirment que la Décision de 1967 du Cabinet a approuvé le recours à des contre-mesures pour "empêcher les entreprises étrangères de bouleverser l'ordre [établi] dans les industries [japonaises]".⁹²³ Le gouvernement japonais a reconnu que, de façon générale, les capacités des entreprises japonaises en matière de commercialisation et de promotion étaient moindres et leurs coûts plus élevés que ceux des entreprises étrangères, et qu'ainsi les entreprises japonaises seraient désavantagées par rapport aux entreprises étrangères. Pour faire face

⁹²³1967 Cabinet Decision, page 3, pièce n° 67-6 des Etats-Unis. Dans le secteur des pellicules, l'industrie nationale craignait "que Kodak n'utilise sa supériorité financière pour contrôler le marché grâce à des incitations d'une puissance énorme comme la fixation de prix bas, ou l'offre de tel ou tel cadeau pour l'achat de pellicules". New York Times, 5 juillet 1995, pièce n° 95-14 des Etats-Unis.

à ces problèmes, la JFTC a imposé de nouvelles restrictions au recours aux primes. Les Etats-Unis allèguent que les actions de la JFTC à cet égard ont bouleversé, après le Kennedy Round, les conditions de concurrence entre produits d'importation et produits d'origine nationale en limitant gravement les incitations auxquelles les entreprises pouvaient avoir recours pour attirer les grossistes, les détaillants et les consommateurs vers leurs produits.

6.461 De l'avis des Etats-Unis, après le Tokyo Round, le gouvernement japonais a appliqué ses contre-mesures en matière de promotion à l'encontre des pellicules et des papiers selon des modalités indéniablement nouvelles. Pour la première fois, le Japon a donné toute liberté aux conseils quasi cartellaires, chargés de faire appliquer les règles, de son secteur privé pour qu'ils réglementent les questions commerciales spécifiquement liées aux pellicules et aux papiers. Les codes établis par ces conseils restreignent l'utilisation de deux formes d'incitation économique: 1) les employés détachés; et 2) les contributions économiques aux promotions organisées au stade du détail. Les codes limitent aussi toute une gamme de déclarations contenues dans les annonces publicitaires relatives à des fournitures photographiques, en particulier lorsqu'il s'agit d'escomptes ou de promotions par les prix. Les Etats-Unis allèguent que la série de contre-mesures en matière de promotion sert à renforcer le cadre de restrictions que le gouvernement japonais a mis en place après le Kennedy Round. Ces nouvelles mesures renforcées aboutissent à bouleverser le rapport de concurrence entre produits d'importation et d'origine nationale sur le marché japonais des fournitures photographiques en réduisant la capacité des importations de s'attaquer à la domination de ceux qui jouent un rôle prépondérant sur le marché par des techniques de commercialisation agressives et par le recours à d'autres circuits de distribution.

6.462 Les Etats-Unis estiment que pendant les négociations du Cycle d'Uruguay, les Etats-Unis et les autres partenaires commerciaux du Japon producteurs de pellicules et de papiers photographiques savaient que le marché japonais était difficile à pénétrer, mais que la manière dont les contre-mesures en matière de promotion, les contre-mesures en matière de distribution et la Loi sur les grandes surfaces se conjugaient pour neutraliser systématiquement les concessions tarifaires n'était pas connue. Les Etats-Unis allèguent que l'application toujours en cours de cet ensemble de contre-mesures en matière de libéralisation a continué de fonctionner pour annuler ou compromettre les avantages résultant pour les Etats-Unis non seulement du Cycle d'Uruguay mais aussi du Tokyo Round et du Kennedy Round, en raison, entre autres choses, de l'impossibilité de fixer les prix des produits et de promouvoir les produits de manière efficace et compétitive, résultant des restrictions imposées au titre de la Loi sur les primes et de la Loi antimonopole.

b) Circulaires publiées par la JFTC au titre de la Loi sur les primes

6.463 Les Etats-Unis font observer qu'en mai 1967, la JFTC a publié sa Circulaire n° 17, qui interdisait la plupart des primes offertes entre entreprises. Les Etats-Unis ont expliqué que cette restriction avait pour effet d'entraver tout particulièrement l'établissement ou l'amélioration de relations entre fabricants de fournitures photographiques et distributeurs japonais. Les Etats-Unis indiquent aussi qu'en juillet 1971, la JFTC a publié sa Circulaire n° 34, disposant que les sommes d'argent offertes par des loteries annoncées, qui n'étaient pas associées à l'achat d'un produit, ne pouvaient dépasser 1 million de yen. En mars 1977, la JFTC a publié sa Circulaire n° 5, qui limitait la valeur des primes offertes et a eu pour effet de restreindre gravement l'offre de primes sur les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs. Etant donné le prix relativement bas de ces produits, la valeur d'une prime visée par les restrictions de la JFTC serait négligeable. Les Etats-Unis font valoir qu'avec la Circulaire n° 17 et les Lignes directrices concernant les conditions générales de vente uniformisées publiées par le MITI en 1970, les nouvelles mesures relatives aux primes promulguées par la JFTC bouleversent le rapport de concurrence entre pellicules et papiers photographiques d'importation et produits d'origine nationale en limitant gravement, pour les marques désireuses d'entrer en concurrence avec les marques bien établies, c'est-à-dire pour les fabricants étrangers, la capacité d'attirer les consommateurs japonais par la commercialisation et par les promotions. Après le Kennedy Round, les pellicules et papiers photographiques d'importation

ne disposaient que d'une part de marché très limitée - héritage d'années de restrictions à l'importation, de droits de douane élevés et de restrictions à l'investissement étranger. Les producteurs désireux de faire concurrence aux marques dominantes ont besoin de promouvoir leurs produits pour attirer des consommateurs. Dans le cas de produits comme les pellicules photographiques, la promotion doit être assez intéressante pour l'emporter sur la grande fidélité du consommateur à l'égard de sa marque habituelle, car l'utilisation d'un produit défectueux peut avoir des conséquences très regrettables - n'avoir que de mauvaises photographies d'un événement important, par exemple. En imposant des limites importantes aux primes qui peuvent être offertes dans les loteries publicitaires ou à l'occasion de ventes aux consommateurs, la JFTC n'a pas seulement limité gravement la mesure dans laquelle les entreprises étrangères pouvaient appeler l'attention sur leurs produits, elle a aussi empêché les entreprises étrangères d'offrir des primes plus importantes que les primes offertes par leurs concurrents japonais. Les Etats-Unis concluent que ce faisant, le Japon a bouleversé sur le marché japonais les conditions de concurrence qui se seraient établies et qui auraient permis aux importations en provenance d'autres pays de tirer parti des concessions tarifaires.

i) Position concurrentielle des importations

6.464 Les Etats-Unis allèguent que les contre-mesures en matière de promotion ont directement entravé et bouleversé le rapport de concurrence entre produits d'origine nationale et produits d'importation sur le marché japonais en limitant, pour le vendeur de produits importés, la capacité: 1) de susciter l'intérêt du consommateur pour les produits importés par le biais d'escomptes, de cadeaux, de coupons et d'autres moyens de réduire les prix; et 2) de mener des campagnes promotionnelles novatrices, notamment lorsqu'elles portent sur le prix ou sur des comparaisons de prix. De l'avis des Etats-Unis, le gouvernement japonais a bien vu que les capacités des entreprises japonaises en matière de commercialisation et de promotion étaient plus faibles et leurs coûts plus élevés, et que les entreprises japonaises étaient moins capables de livrer aux entreprises et importations étrangères une concurrence agressive fondée sur le prix. Tandis que les producteurs étrangers font régulièrement de la publicité et organisent de diverses manières la promotion de leurs produits au Japon, leur capacité de se lancer dans les promotions nécessaires pour que leur concurrence soit efficace a été en grande partie entravée. L'apparente neutralité de ces mesures est contredite par le fait qu'elles modifient de façon décisive les conditions de concurrence en un sens défavorable aux importations, lesquelles, plus encore que les produits d'origine nationale, ont besoin de recourir à des primes et à d'autres moyens de promotion si elles veulent attirer l'attention des distributeurs et des consommateurs.

6.465 Le Japon soutient que la Loi sur les primes n'établit pas de conditions de concurrence qui soient défavorables aux pellicules ou papiers importés. Le texte même de la Loi sur les primes n'établit aucune distinction entre produits d'importation et produits d'origine nationale. De façon générale, la réglementation des primes et des déclarations au titre de la Loi sur les primes, qui vise à protéger l'intérêt du consommateur et à promouvoir la concurrence, est également applicable aux produits d'importation et d'origine nationale, et ne désavantage donc pas les importations. De plus, il n'y a rien dans les critères restreignant l'offre de primes ou les déclarations mensongères qui soit intrinsèquement défavorable aux importations, de même qu'il n'y a rien d'inhérent à la nature des importations qui les rende particulièrement dépendantes des déclarations mensongères ou des primes excessives régies par cette loi.⁹²⁴ La Loi sur les primes est neutre dans ses effets sur les échanges, en ce sens que son incidence sur l'accès au marché se fera également sentir sur les produits d'origine nationale et sur les produits étrangers. En réponse à l'argument de l'"effet d'entrave", le Japon fait valoir que les Etats-Unis devraient montrer comment la combinaison de la réglementation, d'un code et du Conseil de la promotion ont fonctionné systématiquement à l'encontre des produits d'importation. Le Japon conclut que les présentes réglementations ne sont pas excessivement

⁹²⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Automobiles, DS31/R, paragraphe 5.14 (non adopté).

restrictives ou désavantageuses à l'égard des produits d'importation qui ont une moindre part du marché qu'à l'égard des produits d'origine nationale.

6.466 Les Etats-Unis concèdent que les mesures relatives à la promotion sont neutres en apparence. Toutefois, de l'avis des Etats-Unis, le Japon ne tient pas compte de l'effet tout à fait différent que ces mesures ont eu sur les fournitures photographiques importées, et sous-estime l'importance des activités de promotion qu'il a interdites. Bien que les mesures soient neutres en apparence, elles contribuent à préserver la position dominante des fabricants japonais de pellicules et de papiers en les protégeant de formes efficaces de concurrence par la promotion. La commercialisation présente une importance toute particulière pour les producteurs étrangers désireux de concurrencer les fabricants nationaux qui sont en position dominante sur le marché, parce que les producteurs étrangers ont été exclus du circuit de distribution constitué par les grossistes primaires, que les grandes surfaces de vente au détail ne leur offrent que des possibilités de distribution limitées et que leurs chances de l'emporter dans la concurrence par des escomptes sont minimes.

6.467 Le Japon fait valoir que l'on trouve dans d'autres pays économiquement avancés l'équivalent de ces réglementations, et que les réglementations japonaises ne sont aucunement plus restrictives. De plus, même si les réglementations japonaises sont assouplies, les marques dominantes réagiront probablement à cet assouplissement par des activités promotionnelles de leur propre cru. Par conséquent, sur ce marché particulier du moins, l'assouplissement des réglementations ne fonctionnerait pas nécessairement à l'avantage des marques qui cherchent à concurrencer les principaux fabricants nationaux.

6.468 Les Etats-Unis font valoir que les contre-mesures prises par le Japon en matière de promotion doivent être situées dans le contexte des particularités du marché japonais des fournitures photographiques. Ces restrictions désavantagent les pellicules et papiers d'importation parce qu'elles servent à renforcer les avantages appréciables acquis par les fabricants japonais qui dominent le marché japonais des fournitures photographiques depuis 1945. Ces fabricants nationaux ont toujours contrôlé 80 à 90 pour cent du marché japonais. Ils ont un accès exclusif aux principaux grossistes de matériel photo et leurs produits se voient attribuer beaucoup plus de linéaire dans les magasins de détail qui, la plupart du temps, ne vendent pas du tout de pellicules étrangères. De l'avis des Etats-Unis, étant donné la nature oligopolistique du marché et l'étranglement du système de distribution, les fabricants étrangers de fournitures photographiques sont extrêmement tributaires de la commercialisation pour générer, parmi les grossistes, les détaillants et les consommateurs, une demande en faveur de leurs produits. En particulier, les entraves affectant la manière de proposer des primes ou d'organiser une publicité autour d'un escompte fonctionnent comme autant d'obstacles qui empêchent les importations d'accéder davantage au marché.

6.469 Le Japon estime que la Loi sur les primes, les circulaires de la JFTC et les autres réglementations de la JFTC régissent les activités d'entités commerciales dans la mesure où elles s'attachent au comportement de ces entités en matière de concurrence. Leurs dispositions n'ont rien à voir avec l'origine des produits et n'accordent pas automatiquement un traitement plus favorable aux produits d'origine nationale. Ainsi, il n'y a pas d'élément de discrimination qui annulerait ou compromettrait les avantages résultant pour les Etats-Unis des concessions tarifaires japonaises. Selon le Japon, les Etats-Unis soulignent le désavantage ressenti par une marque désireuse de concurrencer une marque dominante, et non le désavantage de produits importés par rapport aux produits d'origine nationale. Le Japon rappelle que Fuji n'est pas l'unique marque nationale: il y a des marques nationales qui cherchent à lui faire concurrence sur le marché japonais - Konica en est une.

ii) Objectifs fondamentaux des "contre-mesures" en matière de promotion

6.470 Le Japon note que la Loi sur les primes est un sous-ensemble de la législation relative à la concurrence dont l'objectif est d'empêcher l'offre de primes excessives et les déclarations mensongères pour protéger les consommateurs. Aux termes de l'article premier de la Loi sur les primes, l'objectif de cette loi est "de garantir une concurrence loyale et, par là même, de protéger les intérêts des consommateurs en général en énonçant des dispositions qui empêchent de solliciter la clientèle par le moyen de primes injustifiables ou de déclarations mensongères". Il est également fait référence à ce double objectif de concurrence loyale et de protection des consommateurs en diverses parties des procès-verbaux des séances de la Diète.⁹²⁵

6.471 Les Etats-Unis soutiennent que les restrictions imposées par le Japon n'avaient pas pour seul objet de protéger les consommateurs mais visaient aussi à protéger la production nationale. Pour les Etats-Unis, cet objet ressort à l'évidence de toute une gamme de mesures, comme la restriction imposée pendant 30 ans par le Japon à l'utilisation de primes entre entreprises, mesure qui avait moins à voir avec la protection des consommateurs qu'avec l'atténuation de la concurrence que représentent les concurrents étrangers.⁹²⁶ De l'avis des Etats-Unis, le Japon a reconnu que ses fabricants nationaux dominants sont vulnérables à la concurrence par la promotion que livreraient des producteurs étrangers.⁹²⁷ Le Japon estimait que les concurrents étrangers, de par leur savoir-faire et leurs capitaux, ont des avantages sur lesquels ils peuvent faire fond pour promouvoir leurs produits au Japon.⁹²⁸ Selon les Etats-Unis, le gouvernement japonais a déterminé qu'en l'absence de tout obstacle, les concurrents étrangers, en particulier Kodak, pourraient étendre leur présence sur le marché japonais grâce à des promotions novatrices⁹²⁹, et le Japon a donc institué des contre-mesures pour "créer les conditions" qui permettraient aux entreprises japonaises "de livrer concurrence à armes égales" à leurs rivales étrangères.⁹³⁰ En promulguant la Loi sur les primes, les dirigeants japonais espéraient que cette mesure d'apparence neutre empêcherait de se produire les conditions dans lesquelles "des sociétés commerciales étrangères ... pourraient venir au

⁹²⁵Minutes of the House of Councillors, Committee on Commerce and Industry, 13 avril 1962, pièce n° D-19 du Japon, pièce n° 62-2 des Etats-Unis.

⁹²⁶La JFTC a expliqué, lorsqu'elle a promulgué la Circulaire n° 17: "L'objectif premier de [la Circulaire n° 17] est a) de rationaliser le stade de la distribution ...; et b) d'éliminer une concurrence à la vente obéissant à la loi du plus fort, fondée sur l'envergure financière ... Si les capitaux des Etats-Unis devaient utiliser [des offres de primes] visant le secteur japonais de la distribution, [le Japon] n'aurait aucun moyen d'en faire autant, si bien que des restrictions doivent être mises en place pour servir de digue avant la libéralisation". Severe Restrictions Placed on Businesses for Premium Offers: Shatokuren Hears JFTC Explanations at Jyosui Kaikan on the 21th, Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 20 juin 1967, pièce n° 67-8 des Etats-Unis.

⁹²⁷En même temps que la libéralisation des mouvements de capitaux et des échanges, l'une des principales questions auxquelles ce secteur doit faire face aujourd'hui est l'arrivée des Etats-Unis au Japon et le développement de leur marché ... Le résultat de la lutte pour les parts de marché dépendra en grande partie des activités de promotion fondées sur la puissance financière". MITI, Manual for the Systemization of Camera and Film Distribution mars 1975, page 58, pièce n° 75-5 des Etats-Unis.

⁹²⁸Voir, par exemple, Preparing for Capital Liberalization: Rationalization of Trade Practices is Urgent Task; Foreign Capital Attacks on Two Fronts - Production and Sales, Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 10 juin 1967, page 10 Draft a Standard Contract for Film With Criteria for Standardization of Transactions Terms, Zenren Tsuho, août 1971, pièce n° 71-11 des Etats-Unis.

⁹²⁹New York Times, 5 juillet 1995, pièce n° 95-14 des Etats-Unis.

⁹³⁰1967 Cabinet Decision, page 4, pièce n° 67-6 des Etats-Unis.

Japon et bénéficiaire de positions avantageuses par des annonces publicitaires excessives ou en invitant les acheteurs à se rendre dans des pays étrangers".⁹³¹

6.472 De l'avis du Japon, les allégations des Etats-Unis reposent sur l'hypothèse d'un complot. Le Japon souligne que la vérité est que la JFTC préconise depuis longtemps une plus grande ouverture de l'économie japonaise.⁹³² De l'avis du Japon, l'histoire de la JFTC est présentée par les Etats-Unis comme si la JFTC "collaborait" à des efforts tendant à contrecarrer les effets de la libéralisation des échanges.

6.473 Les Etats-Unis répondent que le Japon n'a aucunement expliqué la manière dont les consommateurs bénéficiaient de la certification simultanée, par la JFTC, d'un cartel d'appareil photo, de la promulgation d'une circulaire interdisant presque complètement l'offre de primes par toute entreprise qui fabrique ou vend des appareils photo, et de l'approbation de codes restreignant le recours aux primes pour les fabricants d'appareils photo et les grossistes. Les Etats-Unis soulignent que la JFTC a reconnu que l'une des principales raisons qui ont conduit à prendre ces mesures de protection était la rude concurrence livrée par Kodak, en particulier le lancement par Kodak de pellicules faciles à mettre en place, de caractère novateur.⁹³³

6.474 En ce qui concerne les "codes de concurrence loyale" (examinés à la section c) ci-dessous), les Etats-Unis font valoir que le gouvernement japonais a établi son système de codes appliqués par le secteur privé, au moins en partie, pour neutraliser la supériorité perçue des entreprises étrangères en matière de commercialisation et de budgets de promotion. Comme un éminent spécialiste japonais des questions antitrust l'a expliqué: "les codes de concurrence loyale peuvent aussi être un utile instrument de contrôle des entreprises étrangères si elles désorganisent le marché".⁹³⁴

6.475 Selon les Etats-Unis, même si les contre-mesures étaient apparemment neutres, leur incidence (et leur incidence intentionnelle) sur la concurrence ne l'était certainement pas. De fait, les mesures bouleversaient substantiellement le rapport de concurrence entre importations et produits d'origine nationale en limitant gravement un avantage comparatif majeur des importations, à savoir leur capacité de promouvoir et de commercialiser des produits de façon efficace et créative. De l'avis des Etats-Unis, ces restrictions prennent d'autant plus d'importance étant donné l'existence d'un système de distribution fermé, la nature oligopolistique du marché et l'existence d'autres contraintes comme la Loi sur les grandes surfaces.

⁹³¹Diet Record of the 40th Session of the Lower House Committee and Industry, n° 31, 18 avril 1962, pièce n° 62-4 des Etats-Unis.

⁹³²Le Président de la JFTC a déclaré en 1967: "Bien qu'il appartienne à la JFTC de faire énergiquement respecter la Loi antimonopole, dans le cas où les capitaux étrangers se livreraient à des [pratiques commerciales déloyales], nous n'exercerons aucune discrimination à l'encontre des capitaux étrangers en leur imposant des réglementations plus contraignantes qu'aux entités japonaises. Nous reconnaissons l'importance de la réorganisation industrielle et d'un renforcement de la position concurrentielle internationale des entreprises japonaises dans le cadre de la politique appliquée en prévision de la libéralisation des mouvements de capitaux." ...

⁹³³Otsuka Noritami, JFTC Trade Practices Division, Recent Activities Concerning the Premiums Law Kosei Torihiki, novembre 1965, page 3, pièce n° 65-5 des Etats-Unis.

⁹³⁴Matsushita Mitsuo, Antimonopoly Law and International Transactions, 25 mai 1970, page 817, pièce n° 70-2 des Etats-Unis.

6.476 Le Japon note que l'"intention" du gouvernement n'a pas à entrer en ligne de compte dans le cas d'une allégation en situation de non-violation, puisque le Groupe spécial chargé de l'affaire Japon - Taxes sur les boissons alcooliques⁹³⁵ a constaté que l'interprétation de la loi nationale doit se fonder essentiellement sur le texte de la loi, non sur l'histoire de son élaboration. Quant aux arguments des Etats-Unis concernant l'"intention" de protéger le secteur national en adoptant des réglementations plus favorables aux produits d'origine nationale, le Japon répond de la façon suivante.

6.477 Le Japon estime que dans les déclarations prononcées devant le Comité de la Diète à l'époque de l'adoption de la Loi sur les primes, la référence aux capitaux étrangers traduisait une réaction neutre, ne tenant pas compte de l'origine, aux modifications attendues des conditions de concurrence, à la veille de la libéralisation des mouvements de capitaux - phénomène sans précédent pour l'économie japonaise. De l'avis du Japon, on ne peut prouver aucune intention de discrimination. L'adoption de la Loi sur les primes a été bien antérieure à la libéralisation des mouvements de capitaux intervenue à la fin des années 60, et a été le résultat de circonstances n'ayant aucun rapport avec les capitaux étrangers.

6.478 Le Japon souligne que la Décision de juin 1967 du Cabinet ne contenait aucune mesure en rapport avec la Loi sur les primes. La JFTC n'a pris non plus aucune mesure. Les rapports du Comité d'experts du Conseil pour les capitaux étrangers représentaient aussi une réaction neutre, ne tenant pas compte de l'origine, aux modifications attendues des conditions de concurrence à la veille de la libéralisation des mouvements de capitaux.

6.479 Le Japon admet que les responsables de la JFTC chargés de la Circulaire n° 17 semblent avoir gardé présente à l'esprit la question des capitaux étrangers. Pour le Japon, toutefois, il faut voir un phénomène légitime, universel dans le fait que les responsables de l'élaboration des politiques évaluent les répercussions sur le marché d'un changement majeur de politique. Le Japon ne constate pas d'intention d'exercer une discrimination à l'encontre des produits importés en faveur des produits d'origine nationale. Au contraire, deux présidents de la JFTC ont clairement indiqué, en 1967, que la Commission ne devrait exercer aucune discrimination à l'encontre des capitaux étrangers.

6.480 Le Japon souligne qu'en définitive, le test décisif pour juger de l'intention devrait être de savoir s'il y a eu ou non "une intention" ou un "objectif" reconnaissable incorporé dans la structure du système en question, sans s'attacher au contenu de déclarations individuelles. La réglementation fondamentalement neutre quant à l'origine des produits qui est celle de la Loi sur les primes ne contient aucun mécanisme incorporé de ce genre, fondé sur une "intention" ou sur un "objectif" de discrimination.

iii) Lien de causalité

6.481 Le Japon fait valoir qu'il n'y a aucune contrainte imposée aux producteurs étrangers de pellicules dans la promotion de leurs produits. Ils peuvent livrer concurrence sur les terrains du prix et de la qualité, et sont libres de dépenser autant d'argent qu'ils le veulent pour la publicité. Selon le Japon, les produits Kodak, chef de file des marques étrangères, sont souvent vendus au détail à un prix nettement plus bas que le prix de détail suggéré par le fabricant.⁹³⁶ Bien qu'en général Kodak choisisse de ne pas faire autant de publicité que ses concurrents japonais, elle entreprend bel et bien des campagnes publicitaires massives

⁹³⁵Rapport du Groupe spécial Japon - Boissons alcooliques, WT/DS8/R.

⁹³⁶Le Japon note que parmi d'autres stratégies de promotion, Kodak vend des pellicules en multipacks à un faible prix unitaire par rouleau, met en place des promotions croisées avec d'autres produits et fait beaucoup de publicité. Fujifilm's Rebuttal Regarding Vertical and Horizontal Price Fixing, 28 mars 1996, pages 22 et 23.

et ciblées, avec des résultats prévisibles.⁹³⁷ De l'avis du Japon, ces faits sont incompatibles avec les allégations des Etats-Unis selon lesquelles les producteurs étrangers ne peuvent pas promouvoir leurs produits efficacement en raison des restrictions imposées par la Loi sur les primes.

6.482 Les Etats-Unis soutiennent que pour les fabricants étrangers, la capacité de recourir aux escomptes pour développer leur présence au Japon a été assez limitée. Kodak a abaissé ses prix de 56 pour cent depuis 1986, vendant considérablement moins cher que ses concurrents japonais, et cependant, les escomptes spectaculaires consentis par Kodak n'ont eu à peu près aucun effet sur le marché. De même, les efforts énergiques déployés par Agfa pour commercialiser ses produits par l'intermédiaire de discounteurs n'ont donné que des résultats minimes. Il arrive souvent que les réductions consenties par les producteurs étrangers de matériel photo, même lorsqu'elles en ramènent les prix à des niveaux bien inférieurs à ceux de leurs concurrents japonais, ne soient pas répercutées sur les consommateurs au niveau du détail.⁹³⁸ Cette absence de concurrence par les prix dans le secteur des fournitures photographiques se traduit par le fait que l'indice japonais des prix à la consommation pour les pellicules n'a présenté presque aucune variation entre le troisième trimestre de 1989 et le troisième trimestre de 1996, soit une période de sept ans.⁹³⁹ Il n'y a que peu de différentiel de prix entre Fuji, Konica et Kodak, que ce soit au niveau du détail⁹⁴⁰ ou pour ce qui est des prix consentis par les grossistes aux points de vente au détail.⁹⁴¹ La même absence de différenciation en matière de prix peut être observée en ce qui concerne les pellicules de différentes sensibilités, les types de points de vente et les différentes villes. Les Etats-Unis concluent que le caractère limité de la concurrence par les prix, associé au caractère fermé des circuits de distribution, donne aux promotions une importance toute particulière pour les producteurs étrangers de fournitures photographiques.

6.483 Le Japon fait observer que les entreprises des Etats-Unis ont pu se lancer librement, sans être assujetties à aucune restriction quelle qu'elle soit au titre de la Loi sur les primes, dans une concurrence fondée sur la politique des prix et la qualité, soit les deux aspects les plus importants de la concurrence sur le marché. Il existe toute une gamme d'activités promotionnelles; la JFTC ne réglemente que les pratiques qui peuvent aboutir à une distorsion, à savoir i) les primes excessives, c'est-à-dire les cadeaux

⁹³⁷Le Japon note que les campagnes massives de publicité et de promotion organisées par Kodak à Nagano, site des Jeux olympiques d'hiver de 1998 (dont Kodak est un partenaire officiel) ont entraîné un doublement de sa part du marché dans la région.

⁹³⁸Selon les Etats-Unis, les pièces présentées par le Japon lui-même font apparaître le lien entre stabilisation des prix et contre-mesures en matière de promotion. On peut lire dans un Schéma d'orientation pour les opérations commerciales avec les clients, émanant de la Fédération des grossistes primaires, que: "les notices relatives à un "Code de concurrence loyale sur les restrictions applicables à l'offre de primes dans le secteur de la vente en gros d'appareils photo" et les "Restrictions portant sur les questions relatives à l'offre de primes" de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales ont joué, les unes et les autres, un rôle important dans le cadre de la stabilisation des prix du marché. Les grossistes primaires veilleront à ce qu'il n'arrive rien de regrettable en accordant toute leur attention à ces questions lorsqu'ils paraissent des manifestations." Pièce n° B-31 du Japon (non souligné dans l'original).

⁹³⁹Photo Market, 1996, page 31, pièce n° 101 des Etats-Unis. Les Etats-Unis estiment en outre que dans 67 pour cent des 99 villes petites et moyennes incluses par le gouvernement japonais dans l'Enquête annuelle sur les prix au détail, le prix au détail des pellicules n'a ni augmenté ni diminué d'un seul yen pendant la période de deux ans allant de 1992 à 1994. Statistics Bureau, Management and Coordination Agency, Japan's Annual Report on the Retail Price Survey, 1992, pages 523, 610, 631, pièce n° 74 des Etats-Unis.

⁹⁴⁰Management Analysis of Photo Stores, Camera Times, 1979-1996, pièce n° 40 des Etats-Unis.

⁹⁴¹Construction Research Institute, Information on Prices, Monthly Edition, décembre 1972-septembre 1996, pièce n° 22 des Etats-Unis.

excessifs et les sommes excessives offertes au moyen de loteries ou de concours, et ii) les déclarations mensongères. Toutefois, pas plus la Loi antimonopole ou la Loi sur les primes que leur mise en oeuvre ne limite les possibilités d'offres à bas prix de pellicules et papiers photographiques, ou le montant des dépenses de relations publiques. Quant aux primes licites et aux déclarations qui ne sont pas mensongères, elles ne sont pas limitées non plus.

6.484 Les Etats-Unis soutiennent que la Désignation n° 6 de la JFTC au titre de la Circulaire n° 15 de 1982 de la JFTC interdit les "ventes à des prix indûment bas", y compris "le fait de fournir une marchandise ou un service à un prix indûment bas, ce qui tend à causer des difficultés aux activités commerciales d'autres entrepreneurs".⁹⁴²

6.485 En outre, les Etats-Unis ont présenté un certain nombre d'exemples précis dans lesquels l'application de la Loi sur les primes et de la Loi antimonopole, jointe aux activités des conseils pour la promotion de pratiques commerciales loyales constitués par la JFTC, a eu pour effet d'entraver les efforts visant à la baisse des prix et à la promotion entrepris par Kodak. Par exemple, lors de l'incident relatif aux packs d'essai, en 1983, les actions de la JFTC et du Conseil de la promotion ont entravé la campagne promotionnelle lancée par Kodak qui consistait à vendre à un prix réduit un emballage contenant différents rouleaux de pellicules. Cet emballage contenait la principale nouveauté, en matière de pellicules, produite par Kodak pendant la première moitié de la décennie de 1980 et cet épisode a gelé les efforts de promotion déployés par Kodak pendant les années qui ont suivi.⁹⁴³ La Circulaire n° 5 de 1977 de la JFTC a empêché Kodak de mettre en oeuvre toute une gamme de promotions concertées (par exemple, offrir un rouleau de pellicules gratuit avec un repas "Happy Meal" de McDonald's et mettre en oeuvre des promotions pour son appareil photo jetable Panorama).⁹⁴⁴ La JFTC a entrepris des actions pour entraver toute une gamme d'efforts de promotion déployés par les points de vente au détail à l'occasion de la vente de produits Kodak.⁹⁴⁵ La capacité, pour Kodak, de détacher des employés pour qu'ils travaillent sur place dans des magasins de détail a été limitée par des directives périodiques du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales.⁹⁴⁶

6.486 Le Japon estime que les réglementations applicables aux primes et aux déclarations au titre de la Loi antimonopole et de la Loi sur les primes ne limitent pas les possibilités d'offres à bas prix.

⁹⁴²Unfair trade practices, JFTC Notification 15, 18 juin 1982, pièce n° 82-6 des Etats-Unis. Les Etats-Unis ne considèrent pas cette désignation comme une contre-mesure en matière de libéralisation, et ne demandent pas que le Groupe spécial examine cette mesure. Les Etats-Unis ne l'évoquent que pour réfuter l'argument du Japon selon lequel la loi japonaise ne limite aucunement la possibilité de faire des offres à bas prix. Les Etats-Unis notent aussi que le gouvernement japonais a admis qu'il "suivrait" les prix des pellicules, de manière que Kodak ne puisse pas dominer le marché au Japon comme elle l'a fait ailleurs. *Considering Tariff Reductions and International Competitiveness: MITI Examines Print Price and Investigates the Direction of Film Prices*(MITI Business Bureau Report), 12 novembre 1970, reproduit dans Zenren Tsuho, décembre 1970, page 43, pièce n° 70-8 des Etats-Unis.

⁹⁴³Ishikawa Sumio Affidavit, page 2, pièce n° 97-10 des Etats-Unis; Hiromichi Sumi Affidavit, pièce n° 96-10 des Etats-Unis.

⁹⁴⁴William Jack Affidavit, page 7, pièce n° 97-2 des Etats-Unis.

⁹⁴⁵Affidavit of Isshi Norito, pages 1 à 3, pièce n° 97-5 des Etats-Unis, Suzuki Yosuyuki Affidavit, pages 1 et 2, pièce n° 97-6 des Etats-Unis, William Jack Affidavit, pages 6 à 9, pièce n° 97-2 des Etats-Unis.

⁹⁴⁶Promotion Council Issue n° 6-3, 17 janvier 1995, pièce n° 95-7 des Etats-Unis, et National Photographic Industry Fair Trade Promotion Council Issue n° 8-1, 22 juillet 1996, pièce n° 96-7 des Etats-Unis.

iv) Modification des politiques

6.487 Le Japon estime qu'à l'occasion de l'examen de ses réglementations au titre de la Loi sur les primes:

- i) la JFTC a rationalisé, l'an dernier, sa règle générale applicable aux primes excessives;
- ii) la limitation restreignant les offres de primes aux entreprises a été abrogée; et
- iii) le plafond des montants pouvant être offerts par voie de concours a été relevé.

Le Japon note que chacune de ces mesures facilite l'entrée sur le marché japonais de nouveaux venus, d'une manière non discriminatoire, et que ces initiatives ont été prises en application de l'engagement de la JFTC au titre de l'Initiative visant à supprimer les entraves structurelles (SII). De l'avis du Japon, ces initiatives devraient constituer une preuve concluante que la JFTC est résolue à poursuivre énergiquement l'objectif d'une concurrence libre et équitable sur le marché japonais.

6.488 Le Japon fait valoir que le mécanisme d'application a certainement été renforcé par la modification de 1972, qui a délégué une partie de l'autorité aux autorités préfectorales. Toutefois, de l'avis du Japon, cette modification n'a nullement servi à modifier le rapport de concurrence en faveur des marchandises d'origine nationale.

6.489 Les Etats-Unis soulignent que par le passé, la JFTC a interprété la Loi sur les primes de façon très large: "Les primes qui font l'objet de circulaires désignent les produits, les sommes d'argent, les titres négociables, les divertissements ou les autres avantages économiques qui sont offerts dans le cadre d'une opération portant sur un produit ou un service".⁹⁴⁷ La JFTC a expliqué qu'elle distingue entre primes et escomptes ou rabais sur les prix cas par cas, examinant les faits "à la lumière des pratiques commerciales normales, en prenant en compte les détails de la transaction, les détails de l'avantage économique, la méthode et les conditions de l'offre et les usages du secteur intéressé".⁹⁴⁸ A cet égard, de l'avis des Etats-Unis, la JFTC a reconnu que certaines formes d'escompte ou de rabais pouvaient être des primes.⁹⁴⁹

6.490 Le Japon souligne que la Loi sur les primes n'interdit pas les offres à bas prix ou les échantillons gratuits. Au contraire, la loi sert à encourager les offres à bas prix et les autres formes de concurrence par les prix ou par la qualité en imposant une restriction aux primes excessives. Le Japon note que le terme "argent", s'agissant de primes, a été inclus essentiellement pour désigner les lots qui sont des sommes d'argent. Les loteries qui permettaient de gagner une somme d'argent, largement utilisées en 1962, pouvaient porter sur des sommes excessives, et ces sommes sont au nombre des primes soumises à restriction.

6.491 Les Etats-Unis ne partagent pas l'opinion exprimée par le Japon lorsqu'ils déclarent que le recours aux échantillons gratuits et aux offres à bas prix a "toujours été licite au titre de la Loi sur les primes". La Circulaire n° 17 de 1967, limitant les primes offertes aux entreprises, et la Circulaire n° 5 de 1977, limitant les primes offertes aux consommateurs montrent que les échantillons ne sont hors du champ d'application de la loi que s'ils sont "raisonnables, compte tenu des pratiques commerciales normales". En outre, certaines offres à bas prix peuvent tomber sous le coup de la réglementation en tant que "ventes à des prix indûment bas" ou en application de la Désignation n° 6 de la JFTC au titre de la Circulaire n° 15 de 1982.

⁹⁴⁷FTC/Japan Views: Information and Opinion from the Japan Fair Trade Commission, No. 2, avril 1988, page 15, pièce n° 88-3 des Etats-Unis.

⁹⁴⁸Ibid., page 16.

⁹⁴⁹Ibid.

c) Conseils pour la promotion de pratiques commerciales loyales et Codes de concurrence loyale

6.492 Les Etats-Unis estiment qu'en octobre 1979, à la suite du Tokyo Round, le Cabinet japonais a approuvé la mise en place à la JFTC d'un Bureau du secteur de la distribution (DSO) chargé d'"administrer les redevances relatives aux désignations de pratiques commerciales déloyales en rapport avec la distribution".⁹⁵⁰ Le DSO a étudié 16 secteurs économiques, et en décembre 1981, a publié ses constatations relatives aux appareils photo et fournitures photographiques, conseillant aux "secteurs des appareils photo, des fournitures photographiques, des laboratoires de développement couleur et secteurs connexes" de faire face aux "problèmes" créés par le fait que les fabricants détachaient des employés auprès des grandes surfaces de vente au détail.⁹⁵¹ Par la suite, la JFTC a demandé au secteur de la photographie de mettre au point des "mesures d'autoréglementation" limitant "le détachement permanent de personnels de vente".⁹⁵²

i) Conseil de la promotion

6.493 Les Etats-Unis font observer que le secteur japonais de la photographie a réagi en 1982 en constituant le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales (Conseil de la promotion) et en publiant les "Mesures d'autoréglementation visant à rendre loyales les relations d'affaires avec des partenaires commerciaux". Ce Conseil représentait tous les éléments du secteur de la photographie, c'est-à-dire les fabricants, les grossistes et les détaillants, et a été constitué pour agir au nom de la JFTC en faisant respecter les "Mesures d'autoréglementation".⁹⁵³ Les Mesures d'autoréglementation et les statuts du Conseil régissent le détachement de personnel et la contribution financière aux campagnes promotionnelles au stade du détail.⁹⁵⁴ Les statuts ont ceci de remarquable qu'ils donnent au Conseil d'extraordinaires pouvoirs; ils prévoient, par exemple, qu'une entreprise doit obtenir l'approbation préalable du Conseil avant de détacher du personnel.

6.494 Le Japon estime que le Conseil de la promotion a été établi par le secteur de la photographie pour mettre en oeuvre des règles librement acceptées concernant le détachement de personnel. Le secteur travaillait en fait à de telles règles avant même que la JFTC n'ait publié un rapport et des "directives administratives".

6.495 En 1983, la JFTC a engagé le Conseil de la promotion à développer ses activités pour y inclure le dumping et la publicité d'appel.⁹⁵⁵ De l'avis des Etats-Unis, le Conseil de la promotion a reconnu que les affaires de dumping sont très complexes et souvent difficiles à gagner, et a déterminé que l'imposition de réglementations restreignant l'annonce publicitaire de prix serait un moyen beaucoup

⁹⁵⁰Cabinet Order No. 43 of 1979, pièce n° 79-1 des Etats-Unis.

⁹⁵¹Selon les Etats-Unis, les employés détachés sont une forme unique d'incitation économique entre entreprises puisqu'ils réduisent les coûts pour les grossistes et les détaillants et permettent ainsi une augmentation du volume des ventes fondée sur des réductions de coût ou de prix répercutées enaval aux différents stades de la distribution.

⁹⁵²Kosugi Misao, Trade Practices Department, Distribution Sector Office JFTC, Status of Distribution of Cameras, Kosei Torihiki, No. 377, mars 1982, page 8, pièce n° 82-3 des Etats-Unis.

⁹⁵³Les "conseils des pratiques commerciales loyales" qui avaient été établis précédemment ne représentaient qu'un seul niveau horizontal du secteur, par exemple seulement les fabricants, ou seulement les grossistes.

⁹⁵⁴Self-Regulation Rules Regarding Making Business Dealings with Trading Partners Fair, reprinted in Camera Times, 22 juin 1982, page 3, pièce n° 82-8 des Etats-Unis.

⁹⁵⁵Yamada Akio, Premiums and Representations Guidance Division Director, JFTC, Suggestions on How the Fair Trade Promotion Council Should be, Zenren Tsuho, mai 1983, page 2, pièce n° 83-9 des Etats-Unis.

plus efficace de restreindre la concurrence, parce que les règles ont un caractère plus subjectif et n'exigent pas l'analyse de données complexes relatives au coût et à l'établissement des prix.⁹⁵⁶

6.496 En mai 1984, le Conseil a publié des "Mesures d'autoréglementation concernant les déclarations relatives aux frais de développement des films négatifs couleur" définissant les indications qui devaient être données à l'occasion d'une déclaration relative aux prix pour le développement et le tirage de pellicules couleur, incluant les frais de tirage, les frais de développement, le délai nécessaire au développement et la marque du papier.⁹⁵⁷

6.497 Pour le Japon, l'intention, en publiant des "Mesures d'autoréglementation concernant les déclarations relatives aux frais de développement des films négatifs couleur", était de donner aux consommateurs des renseignements suffisants concernant le coût des deux opérations. De l'avis du Japon, ces mesures d'autoréglementation en tant que telles ne sont pas liées au volume des ventes de pellicules photographiques.

6.498 Selon les Etats-Unis, en réglementant le détachement de personnel, les contributions financières aux promotions et les déclarations relatives aux prix, le Conseil de la promotion contribue à empêcher la concurrence induite en matière de pellicules, de papiers et d'autres produits photographiques.⁹⁵⁸ L'examen de ce qu'a fait le Conseil pour assurer l'application des mesures d'autoréglementation fait apparaître l'ampleur extraordinaire de ses activités et l'efficacité de ses pouvoirs d'exécution. Le Conseil a réussi à faire échouer la campagne promotionnelle de Kodak la plus importante des années 80, articulée sur le pack d'essai VR. Travaillant en collaboration avec la JFTC, le Conseil a déterminé, avant même que la campagne n'ait commencé, que l'annonce publicitaire d'un prix réduit prévue par Kodak était une déclaration mensongère. La JFTC a adressé aux représentants de Kodak une sommation et des "directives administratives" les invitant à 1) préciser la nature limitée de l'offre, en identifiant la quantité des packs d'essai, les magasins qui les vendaient et les conditions de l'offre, et 2) réduire leur deuxième livraison de packs d'essai et annoncer à chaque comptoir de magasin le moment où le produit ne serait plus disponible. Ainsi, la campagne de promotion a été amputée et les annonces publicitaires prévues pour la campagne mises en sourdine.

⁹⁵⁶What the Fair Trade Promotion Council is Doing Now, and What it Plans to do in the Future, Zenren Tsuho, octobre 1983, pages 5 et 6, pièce n° 83-21 des Etats-Unis. Round table discussion on anonymous Promotion Council and Zenren members reported, Ibid.

⁹⁵⁷Self-Regulating Standards Regarding Representations Have Been Finalized, Kosei Torihiki Joho, 28mai 1984, page 3, pièce n° 84-4 des Etats-Unis. Les Mesures définissent les "entreprises assurant le développement" comme étant "celles qui reçoivent les pellicules couleur directement des consommateurs pour développement". Ibid. Le Conseil de la promotion a préconisé la publication d'un "code de la concurrence loyale".

⁹⁵⁸49th Zenren Conference, Iwate, General Assembly, Camera Times, 19 octobre 1982, pièce n° 82-11 des Etats-Unis.

6.499 Le Japon estime que la JFTC ne travaillait pas en liaison avec le Conseil de la promotion. Il n'y a pas d'alignement entre la JFTC et le Conseil, et aucune loi n'autorise la JFTC à déléguer son autorité au Conseil. De plus, les packs d'essai ont finalement été expédiés dans les quantités prévues pour la campagne publicitaire VR.

ii) Conseil des détaillants

6.500 Les Etats-Unis notent aussi qu'en 1987, la JFTC a approuvé la création du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales dans le secteur du détail (Conseil des détaillants) ainsi que le Code de concurrence loyale concernant les déclarations émanant du secteur de détail des appareils photo et des produits connexes (Code des détaillants).⁹⁵⁹ Le Code des détaillants donne au Conseil des détaillants pouvoir de prendre des actions visant à faire appliquer les règles pour déclarations mensongères à l'occasion de promotions non seulement au titre du Code lui-même, mais aussi au titre de la Loi sur les primes et des lois connexes relatives à la concurrence.⁹⁶⁰ De l'avis des Etats-Unis, comme le Conseil de la promotion, le Conseil des détaillants joue le rôle d'organe assurant l'application de législations, se substituant à la JFTC.

6.501 Les Etats-Unis font observer que le Code des détaillants énonce de nombreuses prescriptions pour presque toutes les formes de promotion dans le secteur de détail de la photographie. Il spécifie que les comparaisons de prix annoncées doivent se fonder sur le prix de détail suggéré par le fabricant, le prix de détail suggéré par l'importateur ou le prix de détail normal du magasin. Il limite l'utilisation d'expressions comme "le meilleur marché" ou "tout ce qu'il y a de mieux", à moins que des "facteurs objectifs" ne puissent être démontrés. De même, il interdit l'utilisation d'expressions telles que "prix cassé", "prix donné" ou "prix super spécial" si de telles expressions peuvent amener le "consommateur à croire que l'offre est meilleure qu'elle ne l'est réellement".

6.502 De l'avis des Etats-Unis, le Code des détaillants est tout à fait différent des codes relatifs aux primes accordées par les fabricants et les grossistes, publiés en 1965 et 1966, respectivement. Contrairement aux codes antérieurs, qui régissent uniquement l'utilisation des primes, le Code des détaillants régit les déclarations relatives aux promotions d'articles photo, y compris les pellicules et le papier.⁹⁶¹ Le Conseil des détaillants applique le code aux activités promotionnelles des non-membres, et non pas seulement aux entreprises qui ont accepté de se conformer aux codes. Cette pratique concorde avec la position du gouvernement japonais selon laquelle les codes de concurrence doivent s'appliquer

⁹⁵⁹Fair Competition Code Regarding Representation in the Camera and Related Products Retailers Industry, Kanpo, [Official Gazette], 11 avril 1987, page 1, pièce n° 87-4 des Etats-Unis.

⁹⁶⁰L'article 14.7 du Code de concurrence loyale dispose que le Conseil des détaillants (RFTC) mènera "des activités visant à faire largement comprendre la Loi contre les primes injustifiables et les déclarations mensongères et les autres lois et ordonnances se rapportant à la loyauté de la concurrence, et à en prévenir les violations". Pièce n° 87-4 des Etats-Unis.

⁹⁶¹Selon les Etats-Unis, le Code des détaillants n'énonce pas spécifiquement, de manière limitative, les articles photographiques qui relèvent de son champ d'application. De l'avis des Etats-Unis, le Conseil des détaillants interprète le Code comme couvrant les pellicules et papiers.

Le Japon note que bien que les règles de mise en oeuvre du Code des détaillants visent spécifiquement des produits divers tels que trépieds ou étuis, elles ne contiennent aucune référence à des articles majeurs tels que pellicules et papiers, et que cela veut dire que les pellicules et papiers sont délibérément exclus de leur champ d'application.

à l'ensemble du secteur pour produire l'effet voulu: "l'effet obtenu sera vraisemblablement mince si le secteur dans son ensemble n'est pas ciblé et réglementé".⁹⁶²

6.503 Le Japon fait valoir qu'il est nécessaire de préciser la portée des codes de concurrence loyale ou les activités des conseils des pratiques commerciales loyales, car ni les uns ni les autres ne visent les pellicules et papiers photographiques. L'offre de primes excessives et les déclarations mensongères sont des phénomènes que l'on peut constater n'importe où au Japon. De plus, ces pratiques tendent à se généraliser rapidement entre concurrents, en prenant de plus en plus d'ampleur. Il est donc souhaitable, pour que la Loi sur les primes soit effectivement appliquée, que les entreprises elles-mêmes acceptent l'autolimitation de tels comportements et préviennent toute infraction à la loi. C'est dans ces conditions que l'article 10 de la Loi autorise des entreprises ou une association professionnelle à adopter, sous réserve de l'approbation de la JFTC, des règles librement consenties concernant les primes et les déclarations, de manière à assurer la possibilité, pour le consommateur, de choisir correctement parmi les produits offerts, ainsi que la loyauté de la concurrence sur le marché.

iii) Fournitures photographiques visées

6.504 Le Japon souligne qu'il n'existe aucun code de concurrence loyale applicable aux pellicules et papiers photographiques, et que le respect de l'"esprit du code" prévu dans le Code des détaillants ne peut pas s'appliquer à des articles non inclus dans la "catégorie des appareils photo". Même si le secteur décidait d'étendre le champ d'application des codes pour y inclure ces produits, une telle décision n'aurait aucune incidence sur le fonctionnement de la Loi sur les primes, ou de la Loi antimonopole, à moins qu'elle ne soit approuvée par la JFTC.

6.505 Etant donné qu'il n'existe pas de code de concurrence loyale applicable aux pellicules et papiers photographiques, le Japon fait valoir que l'approbation de la JFTC n'a aucunement annulé ou compromis les avantages résultant pour les Etats-Unis des concessions tarifaires en ce qui concerne ces produits. De façon plus fondamentale, une allégation en situation de non-violation contre l'approbation par la JFTC de codes de concurrence loyale ne soulève aucune question particulière, distincte des questions relatives à la réglementation au titre de la Loi sur les primes et des circulaires de la JFTC, parce que la JFTC n'approuve aucun code qui serait incompatible avec la réglementation. Par conséquent, le Japon conclut qu'aussi longtemps qu'aucune annulation ou réduction d'avantage ne résulte du contenu de la réglementation de la JFTC, l'approbation de la JFTC n'annule ni ne compromet les avantages des partenaires commerciaux du Japon.

6.506 En ce qui concerne l'affirmation du Japon selon laquelle les codes et les conseils ne régissent pas la vente ou la promotion de fournitures photographiques et que les codes n'ont pas été élaborés en ayant les pellicules ou papiers à l'esprit, les Etats-Unis répondent que les incidences effectives de ces codes et conseils sur le marché sont de paralyser les promotions de fournitures photographiques sur le marché japonais, et que c'est à l'égard de cette conséquence effective que les Etats-Unis élèvent une objection.

6.507 Pour les Etats-Unis, les preuves présentées font apparaître le rapport existant entre les codes et les fournitures photographiques. Dans le cas du Conseil pour la promotion des pratiques commerciales

⁹⁶²Asai Shigeo, Premiums and Representations Division, Trade Practices Department, JFTC, Protect Consumers from Misleading Representations and Advertising, Tsusansho Koho, 8 juin 1971, pages 9 à 19, pièce n° 71-8 des Etats-Unis. Voir aussi Itoda Shogo, JFTC Secretary General, Jirei Competition Policy Law (15 décembre 1995), pages 420 et 421, pièce n° 95-20 des Etats-Unis.

loyales, par exemple, les mesures d'autoréglementation qu'il a adoptées en 1984 disposent qu'elles sont applicables aux "déclarations relatives aux frais de développement", ou aux "déclaration[s] relative[s] aux frais de développement pour les films négatifs couleur".⁹⁶³ En ce qui concerne le Code des détaillants, son libellé permet amplement de justifier le sentiment largement répandu parmi les détaillants qu'il est applicable en fait aux pellicules et au développement. Les Etats-Unis font observer que l'article 2.2 du Code des détaillants dispose que "[p]our atteindre les objectifs énoncés ... ci-dessus ... les entreprises doivent respecter l'esprit du présent code même lorsque le produit dont il s'agit ne correspond pas exactement à [la catégorie des] appareils photo et produits connexes". Un membre du secteur a expliqué qu'il aurait "en fait été impossible de persuader les membres de Zenren dont la principale activité est le développement et le tirage papier d'adhérer [au Code] si [les recommandations s'en appliquaient] seulement au matériel".⁹⁶⁴

6.508 Le Japon fait valoir que la déclaration du secrétaire général de Zenren contenue dans le même article ("Je m'efforcerai d'assurer que les fournitures photographiques et le tirage papier de pellicules développées entrent dans le champ d'application du code") devrait être comprise comme l'expression de la volonté d'étendre l'application du code aux pellicules et papiers qui, à l'époque de la déclaration, n'étaient pas visés par le code.

6.509 Les Etats-Unis estiment qu'il n'importe pas de savoir si les codes et les conseils régissent les pellicules et les papiers de jure ou de facto. Ce qui compte, c'est que le Japon a organisé les éléments les plus puissants de son industrie photographique nationale et les a autorisés à fixer des règles applicables à la manière dont la promotion des produits de ce secteur peut être assurée. Les Etats-Unis contestent la déclaration du Japon selon laquelle les règles adoptées par les principaux détaillants ou grossistes du secteur de la photographie, qui régissent la promotion de la quasi-totalité des articles vendus par les entreprises, n'auront aucune incidence sur les pellicules et les papiers.⁹⁶⁵ De l'avis des Etats-Unis, le Japon a invité son secteur de la photographie à élaborer et à faire appliquer des règles dans son propre intérêt, et d'évidentes réalités du marché associées à une aussi extraordinaire coopération à l'intérieur du secteur ne devraient pas être ignorées.

d) Conclusions des parties

6.510 Les Etats-Unis font valoir que les contre-mesures japonaises en matière de libéralisation dirigées contre les grossistes et les magasins de détail à travers une série de restrictions à la promotion ont désavantagé les fabricants de fournitures photographiques étrangères d'importation en limitant leur capacité d'augmenter leurs ventes en recourant à des cadeaux, à des concours ou à d'autres incitations économiques, ou en faisant fond sur des campagnes publicitaires novatrices, notamment lorsqu'elles portent sur les prix ou sur des comparaisons de prix. Les Etats-Unis allèguent que le Japon a imposé ces contre-mesures afin d'atténuer la concurrence des importations et, pour assurer leur succès, a fait contribuer le secteur japonais des fournitures photographiques à l'application de ce régime.

6.511 Le Japon allègue qu'il n'y a aucune mesure dans la Loi sur les primes, les circulaires de la JFTC ou les autres réglementations de la JFTC qui annule ou compromette les avantages des Etats-Unis. En

⁹⁶³Self Regulating Standards Regarding Representations of Developing Fees for Negative Colour Film have been Finalized, Kosei Torihki Joho, 28 mai 1984, page 3, pièce n° 84-4 des Etats-Unis.

⁹⁶⁴Discussion of Progress of Fair Trade Council Focuses on Making Fair Competition Code Fully Known, Zenren Tsuho, août 1987, page 3, pièce n° 87-7 des Etats-Unis. Le Japon conteste l'exactitude de cette traduction. Voir le problème de traduction n° 18.

⁹⁶⁵Les Etats-Unis contestent que des promotions par ailleurs interdites auraient été favorablement accueillies par les membres d'un "conseil des pratiques commerciales loyales" au seul motif qu'elles auraient été utilisées, par exemple, pour les pellicules, et non pour un trépied ou un étui à appareil photo.

conséquence, de l'avis du Japon, les Etats-Unis n'ont pas démontré les conditions nécessaires pour étayer leurs allégations en situation de non-violation.

E. PREVISION RAISONNABLE

1. LE CRITERE JURIDIQUE

6.512 Les Etats-Unis allèguent qu'ils ont négocié avec le Japon, lors de trois séries distinctes de négociations commerciales multilatérales, des concessions tarifaires dans le secteur des fournitures photographiques. Chaque fois qu'ils ont obtenu une concession tarifaire du Japon, les Etats-Unis étaient raisonnablement en droit de s'attendre, en se fondant sur l'"existence de faits pertinents" au moment de la négociation, que le Japon ne prendrait pas par la suite de mesures pour annuler ou compromettre la concession. Les Etats-Unis soulignent qu'il n'existait pas de faits dont ils "auraient dû s'aviser" raisonnablement concernant les mesures que le gouvernement japonais pouvait avoir prises avant la conclusion d'une négociation tarifaire et qui par la suite ont annulé ou compromis les concessions.

6.513 Les Etats-Unis rappellent que le Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux a constaté que l'on pouvait penser que les parties négociant des concessions tarifaires, dont un avantage majeur était la possibilité d'améliorer la concurrence par les prix pour les produits d'origine nationale, n'avaient pas prévu que le pays accordant la concession prendrait des dispositions qui neutraliseraient l'avantage au niveau des prix résultant de la réduction tarifaire:

"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."⁹⁶⁶

6.514 En outre, le rapport du Groupe spécial de 1961 chargé de la question Application des dispositions de l'article XVI indiquait que ce qu'une partie était raisonnablement en droit de prévoir serait évalué à la lumière de l'"existence de faits pertinents" au moment où elle avait négocié la concession tarifaire.

"Le Groupe spécial y entend qu'il faut donc présumer, sauf existence de faits pertinents au moment où la concession tarifaire a été négociée, que l'on est normalement en droit de s'attendre que la valeur de la concession ne sera pas annulée ou compromise du fait que la partie contractante qui a octroyé la concession accordera par la suite une subvention au titre du produit en cause."⁹⁶⁷

6.515 Les Etats-Unis font remarquer en outre que le Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Fruits en boîte a abordé la question de l'attente raisonnable pour les mesures qui existaient avant la conclusion des négociations tarifaires en se demandant si le pays obtenant les concessions "aurai[t] dû s'aviser" des mesures en question de manière qu'il "aurai[t] dû en tenir compte dans la négociation des concessions" concernant les produits en question.⁹⁶⁸

6.516 Le Japon soutient que même si les Etats-Unis essaient de se soustraire à la charge de la preuve en citant à mauvais escient des précédents concernant des propositions trop générales, correctement interprétées, les précédents cités par les Etats-Unis n'étaient pas leur position. Dans le rapport du Groupe

⁹⁶⁶CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 137-139, paragraphes 148, 149 et 150.

⁹⁶⁷Rapport du Groupe spécial Application des dispositions de l'article XVI ("Application de l'article XVI"), adopté le 21 novembre 1961, IBDD, S10/217, 226, paragraphe 28.

⁹⁶⁸CEE - Fruits en boîte, document du GATT L/5778, page 33, paragraphe 79 (rapport non adopté).

spécial de 1961 chargé de la question Application des dispositions de l'article XVI, le mandat faisait expressément référence à des "subventions" et à quelques autres points spécifiques. Le Japon note que le passage suivant révèle d'importantes limitations quant à la nature exacte de ce que les parties peuvent être considérées comme supposant raisonnablement:

"Pour les subventions à la production nationale, une partie contractante qui a négocié une concession au titre de l'article II peut être considérée, aux fins de l'application de l'article XXIII, comme étant normalement en droit de s'attendre, à défaut de preuve contraire, que la valeur de la concession ne sera pas annulée ou compromise du fait que la partie contractante qui a octroyé la concession accordera par la suite une subvention au titre du produit en cause."⁹⁶⁹

6.517 Pour le Japon, il est donc clair que ce rapport de groupe spécial ne définit guère le type de principe général que les Etats-Unis allèguent, mais fait état d'une préoccupation très précise concernant les subventions intérieures accordées pour des produits qui avaient fait l'objet de concessions tarifaires. En outre, ce texte indique aussi clairement que la subvention intérieure doit être accordée ou majorée après l'octroi des concessions tarifaires pertinentes dans ce contexte. Les mêmes limitations existaient dans l'affaire CEE - Oléagineux les mesures incriminées en l'espèce étaient des subventions intérieures accordées pour certains produits après l'octroi des concessions tarifaires pertinentes.⁹⁷⁰ La constatation du Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux relative à la présomption d'attentes raisonnables doit être interprétée dans le contexte factuel spécifique de ladite affaire.

6.518 Les Etats-Unis admettent qu'un certain nombre de groupes spéciaux antérieurs ont examiné la question de savoir si une subvention par produit avait été accordée ou majorée après les négociations tarifaires.⁹⁷¹ Toutefois, les Etats-Unis font remarquer que le différend à l'étude ne concerne pas des subventions par produit, qui sont faciles à détecter et dont les effets sont faciles à prévoir. Ils soulignent qu'un Membre ne peut pas être considéré comme ayant le même niveau de connaissance pour des mesures non transparentes, non traditionnelles et souvent non sectorielles que pour des mesures par produit. Mais ils rejettent la façon dont le Japon considère les facteurs et les constatations concernant le différend CEE - Oléagineux. Dans cette affaire, le Groupe spécial a rejeté l'argument de la CE selon lequel l'existence de certaines mesures au moment de l'octroi de la concession tarifaire - qui ont été par la suite sensiblement renforcées - signifiait que les Etats-Unis auraient pu ou dû raisonnablement prévoir leur modification ou leur renforcement.⁹⁷²

⁹⁶⁹Rapport du Groupe spécial Application des dispositions de l'article XVI, op. cit., paragraphe 27.

⁹⁷⁰Le Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux a fait la constatation suivante: "l'affaire dont il est saisi ne l'oblige pas à examiner si la présomption créée par la décision de 1955 des PARTIES CONTRACTANTES vaut pour toutes les subventions à la production, y compris les subventions de caractère général qui servent des objectifs de politique généraux ... [s]ont incriminées en l'espèce des subventions accordées pour certains produits ..." CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 137, paragraphe 148.

⁹⁷¹Les décisions prises dans les affaires Australie - Sulfate d'ammonium et Allemagne - Sardines ne concernaient pas des subventions par produit. Voir Rapport du Groupe de travail sur les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium, adopté le 3 avril 1950, IBDD II/204-214, paragraphe 12; rapport du Groupe spécial Régime des importations de sardines en Allemagne, G/26, adopté le 31 octobre 1952, IBDD, S1/56-63, paragraphes 16 et 17.

⁹⁷²Voir, par exemple, CEE - Oléagineux, paragraphes 81 et 149.

6.519 S'agissant de la question du type de connaissance qui constitue la base des attentes légitimes concernant les concessions tarifaires pertinentes, le Japon indique que le critère de la "prévision raisonnable" reconnaît que les négociations commerciales ne se font pas dans le vide; les pays négocient dans le contexte de leurs propres politiques et situation économique et de celles des autres pays, c'est-à-dire les politiques et situations passées, présentes et prévues à l'avenir. Les attentes concernant ce contexte déterminent les concessions qui sont offertes et celles qui sont acceptées. Il est donc raisonnable de supposer que les pays tiennent compte des politiques passées, présentes et prévues à l'avenir des autres pays lorsqu'ils négocient des concessions commerciales.

6.520 En conséquence, il faudrait considérer que les participants au type de négociations visé par l'article XXVIIIbis du GATT ont pris en compte toutes les politiques et mesures existantes, ainsi que toutes les politiques et mesures qui pouvaient raisonnablement être prévues au moment où ils ont négocié les concessions tarifaires. Pour le Japon, il en résulte que les pays ne devraient pas être autorisés à alléguer l'annulation ou la réduction d'avantages du fait de mesures ou de politiques qui existaient déjà ou qui auraient pu raisonnablement être prévues au moment où la concession tarifaire pertinente, c'est-à-dire les concessions tarifaires négociées dans le cadre du Cycle d'Uruguay de 1994, a été octroyée. De l'avis du Japon, son interprétation est compatible avec les constatations du Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux selon lesquelles la question de savoir si les mesures incriminées auraient pu ou non être raisonnablement prévues par la partie plaignante était un des éléments importants pour l'examen d'une plainte en situation de non-violation.⁹⁷³

6.521 Pour les Etats-Unis, il y a deux raisons impératives de rejeter le critère de la "prévision raisonnable" invoqué par le Japon:

a) Premièrement, il n'y a pas de texte établissant une telle règle dans l'Accord général. L'article XXIII:1 b) vise le fait qu'un autre Membre "applique une mesure contraire ou non aux dispositions du présent Accord". De l'avis des Etats-Unis, le choix de l'expression "une mesure" effectué par les rédacteurs montre que ceux-ci souhaitaient que l'article XXIII:1 b) soit considéré comme visant toutes les situations dans lesquelles un Membre pense que les avantages résultant pour lui de l'Accord général ont été annulés ou compromis par les mesures prises par un autre Membre. Les Etats-Unis en concluent que le sens ordinaire de l'article XXIII:1 b) ne constitue pas une base sur laquelle le Japon peut fonder son argument selon lequel il faudrait exclure de l'examen toute mesure qui existait - ou qui est connexe à une mesure qui existait - avant la signature de l'Acte final issu d'une négociation tarifaire multilatérale.

b) Deuxièmement, il est bien établi qu'"une partie contractante qui a négocié une concession au titre de l'article II peut être considérée, aux fins de l'application de l'article XXIII:1 b), comme étant normalement en droit de s'attendre, à défaut de preuve contraire, que la valeur de la concession ne sera pas annulée ou compromise par la partie contractante qui a octroyé la concession ...".⁹⁷⁴ Le Membre obtenant la concession est fondé à bénéficier de cette présomption "sauf existence de faits pertinents au moment où la concession tarifaire a été négociée" qui affecteraient cette attente.⁹⁷⁵

⁹⁷³Ibid., page 138, paragraphe 149.

⁹⁷⁴Ibid., page 137, paragraphe 147. Rapport du Groupe de travail Autres entraves au commerce, adopté le 3 mars 1955, IBDD, S3/249, 224, paragraphe 13.

⁹⁷⁵Rapport du Groupe spécial Application de l'article XVI, IBDD, S10/217, 227, paragraphe 28. La présomption a été établie pour des affaires en situation de non-violation concernant des subventions et n'a été appliquée qu'à de telles affaires. La logique de la présomption, de l'avis des Etats-Unis, devrait également s'appliquer à une affaire en situation de non-violation concernant tout type de mesure: la partie plaignante devrait uniquement être considéré comme ayant connaissance des mesures pour lesquelles il existait des faits pertinents au moment de la négociation.

6.522 Les Etats-Unis estiment que les critères qui se dégagent de la jurisprudence du GATT sur le point de savoir quel type de connaissance constitue la base d'attentes légitimes obéissent à une logique fondamentale et pragmatique: du moment que les Membres sont au courant des "faits pertinents" concernant les mesures prises par les autres Membres "aucune disposition n'empêchait [les Membres] qui négocient en vue de ... l'abaissement de droits de douane de faire porter les négociations sur des questions ... qui peuvent avoir une influence sur les effets pratiques des concessions tarifaires".⁹⁷⁶ En revanche, de l'avis des Etats-Unis, s'il n'existe pas de "faits pertinents", on ne peut pas attendre des parties qu'elles les examinent lors des négociations tarifaires. On ne peut pas non plus attendre des Membres qu'ils effectuent des recherches approfondies sur chaque position tarifaire pour déterminer s'il y a des mesures dont on pourrait raisonnablement penser qu'elles annulent ou compromettent des avantages. Les Etats-Unis estiment que, comme le Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Fruits en boîte l'a constaté, il s'agit de savoir si et jusqu'à quel point le pays obtenant les concessions "aurait dû s'aviser" des mesures en question de manière qu'il "aurait dû en tenir dûment compte dans la négociation des concessions" concernant les produits pertinents.⁹⁷⁷

6.523 Selon le Japon, il n'y a aucun précédent ni décision venant étayer la théorie des Etats-Unis selon laquelle le fait que la partie plaignante n'a pas connaissance de certaines "mesures" préexistantes mène à la conclusion qu'un équilibre de concession tarifaire doit être ajusté lorsqu'il est pris connaissance d'un élément nouveau:

a) Le Groupe spécial chargé de la question CEE - Oléagineux a uniquement examiné une affaire dans laquelle les mesures incriminées avaient été mises en place après l'octroi des concessions tarifaires pertinentes et non une affaire concernant des mesures préexistantes;

b) Le rapport du Groupe de travail de 1955 des Autres obstacles au commerce⁹⁷⁸ indiquait clairement que la subvention intérieure devait être accordée après l'octroi des concessions tarifaires pertinentes dans ce contexte;

c) Le rapport du Groupe spécial de 1961 chargé de l'affaire Application des dispositions de l'article XVI⁹⁷⁹ traitait également du fait que l'on était raisonnablement en droit de s'attendre que la concession ne serait pas annulée ou compromise par une mesure ultérieure (c'est-à-dire, en l'espèce, l'octroi ou la majoration d'une subvention intérieure);

d) Le rapport du Groupe spécial de 1985 chargé de l'affaire CEE - Fruits en boîte⁹⁸⁰, qui n'a pas été adopté, est le seul précédent traitant d'une mesure qui existait déjà au moment de la négociation d'une concession tarifaire à l'étude. Toutefois, ce Groupe spécial a constaté que la partie plaignante aurait dû s'aviser de l'existence de la mesure et non qu'une partie plaignante était dispensée de la présomption qu'elle avait connaissance d'une mesure préexistante.

6.524 D'une manière plus générale, le Japon soutient que les Etats-Unis essaient de se soustraire à l'obligation qui leur incombe de prouver qu'ils n'auraient pas pu raisonnablement prévoir les mesures

⁹⁷⁶Voir Application de l'article XVI, op. cit., paragraphe 25 citant le Groupe de travail des autres entraves au commerce, op. cit., paragraphe 14.

⁹⁷⁷CEE - Fruits en boîte, document du GATT L/5778, page 33, paragraphe 79 (rapport non adopté).

⁹⁷⁸Rapport du Groupe de travail Autres obstacles au commerce, op. cit., paragraphe 13.

⁹⁷⁹Rapport du Groupe spécial Application de l'article XVI, op. cit., page 226, paragraphe 28.

⁹⁸⁰CEE - Fruits en boîte, document du GATT L/5778 (rapport non adopté).

alléguées en l'espèce. Il souligne qu'il appartient aux Etats-Unis de prouver que les mesures incriminées ne pouvaient pas raisonnablement être prévues au moment de la négociation des concessions tarifaires.

6.525 Les Etats-Unis ne contestent pas qu'il incombe tout d'abord à la partie plaignante de démontrer qu'elle n'a pas raisonnablement prévu les mesures incriminées au moment de la négociation des concessions tarifaires. Ils ont en l'espèce fait cette démonstration sur la base des faits pertinents existant à l'époque de chaque négociation. Toutefois, la partie défenderesse, pour l'emporter, doit fournir de solides éléments de preuve réfutant la démonstration par laquelle la partie plaignante établit qu'elle n'avait pas connaissance de faits pertinents qui auraient modifié ses attentes raisonnables. Si tel n'était pas le cas, les parties plaignantes auraient à prouver pourquoi elles n'avaient pas à prévoir que la partie défenderesse mettrait en oeuvre ses concessions tarifaires de mauvaise foi. Une partie obtenant une concession tarifaire n'a pas et ne devrait pas avoir à prouver pourquoi elle n'a pas supposé que la partie octroyant une concession tarifaire amoindrirait la valeur de cette concession.

6.526 Les Etats-Unis indiquent que des renseignements sur la présence de bon nombre des mesures individuelles en cause "n'existaient pas" parce qu'ils n'étaient pas reproduits dans les sources que les gouvernements utilisent habituellement pour annoncer les politiques commerciales ou auxquelles les négociateurs pour les questions commerciales ou les hommes d'affaires étrangers ont habituellement accès. Même si les négociateurs pour les questions commerciales avaient pu, en faisant de gros efforts, identifier et localiser certaines des mesures, ils n'auraient pas pu se faire une idée cohérente de l'ensemble des mesures parce qu'elles figuraient dans des dizaines de sources allant des rapports des comités gouvernement-industrie auxquels aucun étranger ne participait, à des articles paraissant dans des revues d'associations professionnelles à la disposition des membres essentiellement japonais de ces associations. Les Etats-Unis soulignent que c'est précisément l'interaction de ces mesures qui prive les producteurs étrangers de l'accès au marché.

6.527 Le Japon rejette l'argument des Etats-Unis selon lequel ils n'auraient pas pu être au courant des effets additionnels, conjugués à des mesures incriminées étant donné que, de l'avis du Japon, les Etats-Unis ont admis qu'ils étaient avisés de l'existence de bon nombre des mesures et de leurs effets généraux allégués. En réponse à la notion "de mesures agissant conjointement" développée par les Etats-Unis, le Japon fait observer que l'argument des Etats-Unis sur ce point n'est pas spécifique et que, à son avis, rien "conjugué" à rien, c'est toujours rien.

6.528 Selon les Etats-Unis, pour déterminer les mesures dont ils auraient dû avoir connaissance avant d'engager des négociations tarifaires avec le Japon ou les mesures dont ils auraient dû prévoir l'application par le Japon après les négociations tarifaires, il importe de considérer la nature des mesures en question. De l'avis des Etats-Unis, les types de mesures faisant l'objet du présent différend diffèrent radicalement des subventions par produit incriminées dans les différends antérieurs concernant l'article XXIII:1 b)⁹⁸¹ et sont beaucoup plus difficiles à détecter et à saisir. Les Etats-Unis indiquent que les différentes mesures utilisées par le gouvernement japonais pour mettre en oeuvre son programme de contre-mesures ne sont pas les types de mesures que des pays examineraient normalement pour déterminer si des concessions tarifaires risquent d'être annulées ou compromises. Selon les Etats-Unis, les mesures prises par le Japon ne sont pas les types d'instruments commerciaux que les gouvernements ont habituellement utilisés pour limiter les avantages découlant des concessions tarifaires, ne sont pas catalogués comme des instruments commerciaux et ne figuraient pas dans les compilations officielles des instruments commerciaux habituels, tels que les subventions, les mesures antidumping, les autres mesures douanières ou les sauvegardes.

⁹⁸¹Voir CEE - Fruits en boîte, document du GATT L/5778, page 20, paragraphe 52 (rapport non adopté) (constatation selon laquelle les Etats-Unis auraient dû s'aviser de l'existence d'une subvention accordée pour les pêches en boîte en mai 1978 avant la conclusion du Tokyo Round en juin 1979, et en tenir dûment compte dans les négociations).

6.529 Le Japon conteste l'argument des Etats-Unis selon lequel ils n'auraient pas pu prévoir les mesures japonaises en question parce que, de par leur nature, elles sont difficiles à détecter et à saisir, en faisant valoir la publicité faite aux mesures alléguées en l'espèce, les préoccupations exprimées à leur sujet par les Etats-Unis dans les National Trade Estimates Reports et les discussions bilatérales qui ont eu lieu à la fin des années 80 et pendant la première moitié des années 90. Le Japon estime en outre qu'il est raisonnable de supposer que les négociateurs des Etats-Unis pour les questions commerciales sont en contact avec les représentants des industries d'exportation américaines.⁹⁸² Les représentants de l'industrie sont pleinement conscients des obstacles au commerce, réels ou imaginaires, propres à leur secteur et sont parfaitement capables de faire part des préoccupations qu'ils pourraient éventuellement avoir. Les négociateurs pour les questions commerciales sont et devraient être considérés comme étant bien armés pour déterminer si les politiques ou les conditions du marché existantes sont susceptibles de compromettre la valeur d'une offre particulière de concession tarifaire. En conséquence, de l'avis du Japon, l'argument des Etats-Unis selon lequel il faudrait présumer que les négociateurs pour les questions commerciales n'ont pas connaissance de documents publiés et de faits notoires n'est pas convaincant.

6.530 Les Etats-Unis soulignent que la plupart de ces mesures sont neutres à première vue. En conséquence, à supposer que les négociateurs pour les questions commerciales aient été assez perspicaces pour comprendre la nature singulière de la réglementation gouvernementale de l'activité économique au Japon et aient eu le temps d'examiner ces mesures de caractère juridique, même alors, ils n'auraient probablement pas compris le rôle et l'effet des mesures. En outre, les Etats-Unis font observer que bon nombre des mesures n'étaient pas sectorielles et figuraient dans au bas mot des dizaines de sources, allant des rapports des comités gouvernement-industrie auxquels aucun étranger ne participait, à des articles paraissant dans des revues d'associations professionnelles à la disposition des membres essentiellement japonais de ces associations. Même si, en faisant de gros efforts, les négociateurs pour les questions commerciales avaient pu identifier et localiser ces mesures, ils n'auraient pas pu comprendre comment les mesures opéraient de manière générale dans l'économie japonaise en général, et à plus forte raison comment les contre-mesures fonctionnaient de manière spécifique dans le secteur des fournitures photographiques.

6.531 Le Japon souligne que toutes les allégations formulées par les Etats-Unis en l'espèce, à savoir i) la distribution d'une seule marque entrave les importations, ii) la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail entrave les importations et iii) les règlements promulgués au titre de la Loi sur les primes entravent les importations, ont été présentées de manière générale pour l'ensemble des produits, et que les négociateurs des Etats-Unis pour les questions commerciales avaient clairement à l'esprit ces préoccupations générales lors du Cycle d'Uruguay. De l'avis du Japon, les Etats-Unis ne pouvaient pas avoir des raisons légitimes de penser que leurs préoccupations - à supposer qu'elles soient fondées - ne concerneraient pas les pellicules et papiers, entre autres produits.⁹⁸³

⁹⁸²Le Japon note que les Etats-Unis ont démontré que leurs négociateurs pour les questions commerciales étaient en contact avec Kodak lors des négociations du Tokyo Round.

⁹⁸³Le Japon note que les Etats-Unis eux-mêmes ont souligné le vif intérêt qu'ils portaient depuis longtemps à ce secteur dans leurs communications au Groupe spécial: "Lors du Tokyo Round, les Etats-Unis ont à nouveau accordé une priorité élevée à la négociation avec le Japon de concessions tarifaires sur les pellicules et les papiers photographiques." "L'importance que les Etats-Unis attachaient à l'obtention de concessions tarifaires sur les pellicules et les papiers photographiques ... est attestée par les efforts qu'ils n'ont cessé de déployer pour obtenir un meilleur accès au marché japonais des pellicules et papiers au cours des troussees successives de négociations commerciales multilatérales."

6.532 Les Etats-Unis demandent au Groupe spécial d'axer son examen sur la question de savoir si les Etats-Unis étaient au courant, ou auraient dû être au courant, des effets d'une mesure existante, ou auraient pu prévoir les effets d'une mesure nouvelle, sur les produits ou les concessions tarifaires spécifiques à l'étude, en tenant compte de tous les faits et circonstances pertinents. Ceux-ci comprennent i) la nature de la mesure (c'est-à-dire s'il s'agit d'une mesure par produit, comme une subvention, ou d'une mesure plus générique, comme la Loi sur les primes et la Loi sur les grandes surfaces), ii) la façon dont la mesure a été promulguée et rendue publique et iii) la façon dont la mesure opérait conjointement avec d'autres mesures. Les Etats-Unis indiquent que la connaissance que la partie plaignante a d'une mesure et de ses effets sur les produits spécifiques visés par la négociation est pertinente pour déterminer les avantages que la partie plaignante aurait pu raisonnablement compter tirer des concessions tarifaires qu'elle avait négociées. Par exemple, une partie plaignante devrait avoir des attentes moindres si, au moment des négociations, elle est au courant d'une mesure - ou peut prévoir l'introduction d'une mesure - et en connaît l'effet sur les avantages découlant d'une concession tarifaire.

6.533 Le Japon souligne que les effets des mesures ne devraient pas entrer en ligne de compte en ce qui concerne le critère de la prévision raisonnable. Un examen du point de savoir si les effets des mesures, y compris les effets potentiels, sont raisonnablement prévus pourrait, de l'avis du Japon, aboutir à une appréciation subjective et arbitraire de la teneur et de l'ampleur des effets à prévoir. L'avantage des concessions tarifaires visées à l'article II n'est pas le résultat économique effectif de la concession tarifaire (c'est-à-dire, le volume d'importations), mais l'attente d'une amélioration des conditions de concurrence pour les importations. Selon le Japon, il serait donc inapproprié d'essayer d'apprécier les effets des mesures en cause à la lumière des résultats commerciaux effectifs au moment de déterminer l'existence d'une "prévision raisonnable".

6.534 Le Japon préconise en outre un critère d'appréciation clair et stable pour examiner si le fait que la partie plaignante n'aurait pas eu connaissance de certaines mesures peut ou non justifier une plainte en situation de non-violation. A cet effet, pour déterminer si une certaine mesure aurait pu raisonnablement être prévue ou connue, il faudrait se fonder non pas sur le critère "subjectif" consistant à savoir si un gouvernement donné à un moment donné aurait pu prévoir ou connaître la mesure en question, mais sur des critères objectifs, comme le caractère public de la mesure.

6.535 Les Etats-Unis soulignent que les négociateurs des autres pays lors du Kennedy Round, du Tokyo Round ou du Cycle d'Uruguay ne pouvaient pas savoir si les contre-mesures en matière de distribution, la Loi sur les grandes surfaces et les contre-mesures en matière de promotion perturberaient le flux des avantages découlant des engagements en matière d'accès au marché. De l'avis des Etats-Unis, le fait d'exiger que les Membres engagés dans des négociations tarifaires multilatérales effectuent le type d'enquête et d'analyse qui aurait été nécessaire pour découvrir les différents éléments des contre-mesures japonaises en matière de libéralisation, et la nature et la portée du programme dans son ensemble, compromettrait sérieusement le processus de négociation tarifaire prévu à l'article II du GATT. Si telle était la règle, les Etats-Unis pensent qu'aucun négociateur ne pourrait jamais être suffisamment certain qu'une concession ne serait pas annulée ou compromise pour pouvoir accepter une telle concession. En particulier, ils soulignent qu'un Membre ne devrait pas être tenu de supposer que toutes les mesures existant au moment d'une négociation tarifaire risquent d'annuler ou de compromettre des concessions tarifaires spécifiques, ou de prévoir que la partie octroyant la concession tarifaire adoptera de nouvelles mesures pour annuler ou compromettre ses concessions. Selon les Etats-Unis, une telle approche impliquerait que les Membres de l'OMC devraient supposer que les concessions tarifaires ne sont pas négociées de bonne foi.

6.536 Le Japon, quant à lui, demande au Groupe spécial d'appliquer strictement le critère de la prévision raisonnable. Sinon, il n'y aurait plus aucune sécurité en ce qui concerne l'équilibre des concessions tarifaires, puisque la possibilité de faire recours en situation de non-violation exposerait les négociations tarifaires à des attaques constantes au motif que certains Membres avaient mal compris ce qu'ils faisaient

au moment où ils ont accepté les concessions commerciales des autres Membres. Dans ce cas, selon le Japon, l'article XXIII:1 b) aurait un effet pervers, contraire au but recherché. De l'avis du Japon, une disposition destinée à préserver l'intégrité des concessions tarifaires deviendrait alors un instrument permettant de la compromettre.

6.537 Selon les Etats-Unis, le Japon a fait valoir que les Etats-Unis connaissaient ou avaient des raisons de connaître certains des éléments spécifiques des contre-mesures en matière de libéralisation et qu'en conséquence leur argument relatif à la situation de non-violation tombait. Les Etats-Unis reconnaissent que d'autres pays ont progressivement pris conscience des conditions autres que les droits de douane qui, au Japon, entravent les importations. Mais, avant de commencer à préparer cette affaire soumise à l'OMC, les Etats-Unis n'avaient pas compris, et il leur a fallu pour cela procéder à des recherches approfondies, que le gouvernement japonais jouait un rôle central dans la fermeture du réseau de distribution. Les Etats-Unis ne savaient pas non plus que le Japon utilisait d'autres mesures affectant la vente en gros, la vente au détail et la commercialisation pour empêcher les produits étrangers de contourner le réseau de distribution fermé.

6.538 Le Japon répond que les Etats-Unis n'expliquent pas pourquoi, alors que pendant 20 ans ou plus, ils n'ont pas été en mesure d'acquérir les connaissances nécessaires, le ciel s'est soudainement éclairci à la fin du Cycle d'Uruguay, leur révélant tout ce qu'ils ignoraient et leur permettant de formuler leur plainte.

6.539 Les Etats-Unis affirment que le Japon a pris des dispositions à la fin de chaque série de négociations pour établir, renforcer et sensiblement intensifier les mesures qui entraînaient l'exclusion systématique des importations des principaux circuits de distribution. Ils font observer qu'ils ont dû faire des recherches approfondies et examiner des milliers de documents provenant de sources très diverses apparemment sans lien pour avoir une vue d'ensemble des mesures prises par le Japon et mesurer toute leur importance. De l'avis des Etats-Unis, si l'on devait maintenant considérer que ces mesures sont dispensées de toute action au motif que les autres parties auraient dû en avoir connaissance ou auraient dû les prévoir, cela saperait la confiance dans le processus de négociation tarifaire prévu à l'article II.

6.540 De l'avis du Japon, l'approche des Etats-Unis alourdirait et éventuellement interromprait un processus de négociation tarifaire du fait que la partie accordant les concessions se sentirait obligée de présenter en détail aux autres parties à la négociation des renseignements complets sur toute politique et toute procédure qui pourraient sinon être utilisées pour formuler ultérieurement des allégations en situation de non-violation. A cet égard, le Japon fait valoir que la présomption de l'absence de connaissance de mesures de la part d'une partie plaignante peut être établie pour des mesures telles que des subventions intérieures accordées après la négociation des concessions tarifaires, mais qu'il faudrait considérer que les mesures qui existaient déjà au moment de la négociation des concessions tarifaires, en particulier celles qui avaient été rendues publiques, étaient connues de la partie obtenant les concessions tarifaires.

6.541 Le Japon demande au Groupe spécial de rejeter les allégations en situation de non-violation formulées par les Etats-Unis parce que ces derniers auraient pu raisonnablement prévoir les mesures alléguées au moment de la négociation des concessions tarifaires de 1994. Pour le Japon, il est clair que les Etats-Unis auraient pu raisonnablement prévoir les politiques japonaises particulières en cause au moment où les concessions tarifaires respectives étaient établies. En conséquence, le Japon soutient que les Etats-Unis n'ont pas, comme ils le devaient, présenté une "justification détaillée" de leurs allégations conformément à l'article 26:1 a) du Mémoire d'accord.

2. SERIES DE NEGOCIATIONS SPECIFIQUES SUR LES CONCESSIONS TARIFAIRES

a) Aperçu général

6.542 Les Etats-Unis déclarent que chaque fois qu'ils ont obtenu du Japon une concession tarifaire pour les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs (c'est-à-dire lors du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay), ils étaient raisonnablement en droit de s'attendre, compte tenu de l'"existence de faits pertinents", que le Japon n'imposerait pas des mesures qui annuleraient ou compromettraient les concessions. Ils affirment, en ce qui concerne les mesures que le Japon a appliquées après chaque série de négociations, qu'il n'existait pas de faits qui leur auraient permis de prévoir raisonnablement que ces actions compromettraient les concessions. Les Etats-Unis sont convaincus qu'après le Kennedy Round, le Tokyo Round et le Cycle d'Uruguay, pour ce qui est de certaines mesures en vigueur au Japon, ni eux-mêmes ni aucune autre partie contractante n'auraient dû ou n'auraient pu être au courant de l'existence ou du fonctionnement de ces mesures de manière qu'ils "auraient dû en tenir compte dans la négociation des concessions".⁹⁸⁴

6.543 S'agissant de la question du type de connaissance qui constitue la base des attentes légitimes concernant les concessions tarifaires pertinentes, le Japon fait valoir que, pour que leurs attentes soient légitimes dans ce contexte, les Etats-Unis doivent avoir pris en compte toutes les mesures japonaises qui auraient pu raisonnablement être prévues au moment où les concessions tarifaires ont été accordées dans le cadre du Cycle d'Uruguay de 1994.

6.544 A titre subsidiaire, si le Groupe spécial décide que les concessions tarifaires résultant du Cycle d'Uruguay de 1994 ne sont pas les seules concessions pertinentes en l'espèce, le Japon soutient que les allégations en situation de non-violation formulées par les Etats-Unis restent viciées par des problèmes de chronologie.

6.545 Pour ce qui est du Tokyo Round, le Japon fait valoir que presque toutes les mesures en cause sont intervenues avant les concessions tarifaires résultant du Tokyo Round de 1979, qui étaient les premières concessions tarifaires accordées pour les pellicules et papiers couleur. De l'avis du Japon, les mesures en cause qui sont intervenues par la suite auraient dû raisonnablement être prévues par les Etats-Unis. En conséquence, selon le Japon, aucune mesure en question n'est susceptible d'annuler ou de compromettre des avantages obtenus pour les pellicules ou papiers couleur. Les seuls produits visés sont les pellicules et papiers noir et blanc qui représentent actuellement moins de 2 pour cent de l'ensemble du marché japonais des fournitures photosensibles destinées aux consommateurs.⁹⁸⁵

6.546 S'agissant du Kennedy Round, le Japon avance en outre que bon nombre des mesures en question sont intervenues après l'octroi des concessions tarifaires de 1967 pour les pellicules et papiers noir et blanc.⁹⁸⁶ Toutefois, selon le Japon, même ces mesures alléguées étaient le "prolongement" de politiques annoncées auparavant et auraient donc dû raisonnablement être prévues par les Etats-Unis. En conséquence, de l'avis du Japon, même si les attentes concernant des concessions tarifaires antérieures restent protégées, les allégations en situation de non-violation formulées par les Etats-Unis ne peuvent

⁹⁸⁴CEE - Fruits en boîte, op. cit., page 33, paragraphe 79.

⁹⁸⁵Photo Market 1996, page 55, pièce n° A-1 du Japon.

⁹⁸⁶Aucune concession n'a été accordée dans le cadre du Kennedy Round pour les pellicules ou papiers couleur. Le Japon note que la première communication des Etats-Unis indique, à tort, qu'il y a eu des concessions tarifaires consolidées pour les pellicules et papiers couleur lors du Kennedy Round, mais la deuxième communication des Etats-Unis fait état, à juste titre, de l'absence de toute concession tarifaire consolidée.

pas satisfaire à la première prescription de base, à savoir, des attentes légitimes représentant un "avantage" susceptible d'être annulé ou compromis.

6.547 Les Etats-Unis répondent que toutes les concessions tarifaires accordées par le Japon - lors du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay - sont à prendre en considération. Les contre-mesures en matière de libéralisation prises par le Japon visaient les pellicules et papiers photographiques, aussi bien noir et blanc que couleur, destinés aux consommateurs. Jusqu'en 1970-1972, c'était les pellicules (et papiers) noir et blanc destinés aux consommateurs qui étaient essentiellement utilisés au Japon; par la suite, ce furent les pellicules et papiers couleur. Les concessions tarifaires que les Etats-Unis ont obtenues du Japon ont suivi cette évolution du marché.⁹⁸⁷

6.548 De l'avis des Etats-Unis, le Japon fait valoir, en effet, que les Etats-Unis auraient dû savoir que le Japon annulait ou compromettrait les concessions qu'il avait accordées dans le cadre du Kennedy Round et auraient dû prévoir qu'il continuerait à annuler ou à compromettre les concessions tarifaires qu'il accorderait ultérieurement lors du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay pour les pellicules et papiers photographiques. Selon l'interprétation des Etats-Unis, le Japon estime qu'un Membre est censé avoir connaissance de toute mesure qui existait - ou qui est connexe à une mesure qui existait - avant la date à laquelle l'Acte final issu d'une négociation tarifaire multilatérale est signé, et prévoir que ces mesures compromettraient la concession tarifaire.

b) Kennedy Round

6.549 Le Japon fait observer que le Kennedy Round a été officiellement conclu le 30 juin 1967. Toutes les négociations de fond ont été achevées à la dernière minute.⁹⁸⁸ Au cours du Kennedy Round, le Japon a accepté des réductions tarifaires consolidées pour les pellicules et papiers noir et blanc, mais n'a accordé aucune concession pour les pellicules ou papiers couleur. En conséquence, le Kennedy Round ne doit être pris en considération que si les mesures alléguées ont annulé ou compromis les concessions relatives aux pellicules et papiers noir et blanc. En outre, le Japon rappelle que les pellicules et papiers noir et blanc ne représentent qu'environ 2 pour cent du marché japonais actuel. En conséquence, dans la mesure où le Kennedy Round doit être pris en considération en l'espèce, ce n'est que pour une partie infime des produits en cause. En revanche, les marques étrangères ont représenté pas moins de 40 à 50 pour cent du marché.

6.550 Les Etats-Unis allèguent que pendant la période allant de 1964 à 1967, il n'existait aucun fait pertinent communiqué aux négociateurs par les Etats-Unis ou par toute autre partie contractante au GATT qui remettait en cause le fait qu'ils étaient raisonnablement en droit d'attendre que le Japon n'annulerait ou ne compromettrait pas les concessions qu'il avait accordées dans le cadre du Kennedy Round pour les pellicules et papiers photographiques. Au moment des négociations du Kennedy Round, le Japon i) n'avait pas formulé une politique claire de systématisation de la distribution; ii) n'avait pas décidé de prendre des dispositions énergiques pour limiter le développement des grandes surfaces et iii) n'avait pas indiqué qu'il restreindrait les incitations économiques pour empêcher les entreprises étrangères de

⁹⁸⁷Voir aussi les paragraphes 2.2, 2.4, 5.26 et 6.43.

⁹⁸⁸Voir Gilbert Winham, *International Trade and the Tokyo Round Negotiation* (1986), pages 77 et 78 (indiquant les difficultés internes de la CE qui ont empêché le démarrage de toute négociation sérieuse avant janvier 1967), pièce n° E-6 du Japon.

pénétrer sur le marché japonais. Il n'y avait pas non plus de raison que le gouvernement des Etats-Unis ait su que le gouvernement japonais prendrait de telles mesures à l'issue du Kennedy Round.⁹⁸⁹

i) "Contre-mesures" en matière de distribution

6.551 Le Japon note que deux éléments cités par les Etats-Unis ont précédé les concessions tarifaires du Kennedy Round:

- i) Décision de 1967 du Cabinet; et
- ii) Circulaire n° 17 (1967) de la JFTC.

6.552 Premièrement, le Japon indique que la Décision de 1967 du Cabinet a été adoptée le 6 juin 1967, avant l'accord final concluant le Kennedy Round le 30 juin 1967. La Décision du Cabinet sanctionnait un débat public qui avait eu lieu les deux années précédentes et confirmait clairement le choix de la modernisation de la distribution comme moyen de remédier à l'inefficacité et d'ouvrir la voie à la libéralisation imminente des mouvements de capitaux. Deuxièmement, la JFTC a publié la Circulaire n° 17 en mai 1967, avant même que soit adoptée la Décision de 1967 du Cabinet.

6.553 Les Etats-Unis répondent qu'au moment des négociations du Kennedy Round, il n'existait pas de faits pertinents concernant les dispositions que le Japon envisageait de prendre pour mettre en oeuvre son programme de contre-mesures en matière de libéralisation. La Décision de 1967 du Cabinet, qui consacrait l'utilisation de contre-mesures pour empêcher les entreprises étrangères de pénétrer sur le marché japonais en passant par les principaux circuits de distribution, devait encore être promulguée et mise en oeuvre. Les Etats-Unis font valoir que le Japon n'avait pas élaboré une politique de systématisation claire et coordonnée pour barrer l'accès aux grossistes primaires.

6.554 De l'avis des Etats-Unis, la série de mesures informelles opaques prises par le gouvernement japonais pour mettre en oeuvre la politique de systématisation n'aurait pas pu être prévue:

- i) Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 sur les conditions générales de vente;
- ii) Lignes directrices de 1970;
- iii) Plan de base de 1971;
- iv) Manuel de 1975;
- v) Aide financière de la JDB aux grossistes de Konica (accordée pour la première fois en 1976);
- vi) Aide financière de la SMEA aux laboratoires de développement (désignés pour la première fois en juillet 1967).

6.555 Selon le Japon, les éléments cités par les Etats-Unis sont intervenus après les concessions de 1967, mais ceux qui sont indiqués ci-après étaient un "prolongement" des politiques de modernisation de la distribution appliquées par le MITI en vue de rationaliser les conditions générales de vente et de systématiser les pratiques de distribution:

- i) Enquête de 1969;
- ii) Lignes directrices de 1970; et
- iii) Plan de base de 1971;
- iv) Prescription de notification des marchés internationaux.

⁹⁸⁹Voir aussi les paragraphes 5.26 et 6.339. Pour la réponse des Etats-Unis aux arguments du Japon concernant les concessions tarifaires qu'il avait accordées pour les pellicules et papiers couleur et noir et blanc voir les paragraphes 6.337 et 6.338 dans la sous-section VI.D.3.c.v) "Pellicules et papiers noir et blanc".

6.556 De l'avis du Japon, cela vaut également pour les rapports intérimaires du Comité de la distribution et les premier et deuxième rapports intérimaires du Comité de la distribution de 1964 et 1965, respectivement, qui eux aussi entérinaient la modernisation du secteur de la distribution. Le Japon fait observer que ces rapports ont été publiés dans le Bulletin officiel du MITI, publication largement diffusée. Le Japon indique que la Décision de 1967 du Cabinet, qui est intervenue avant la conclusion du Kennedy Round et presque un an avant que le Japon accepte l'ensemble de résultats du Kennedy Round, consacrait clairement la modernisation de la distribution comme une adaptation nécessaire à la libéralisation imminente des mouvements de capitaux. Il fait observer que cette décision a été publiée et largement diffusée. Pour le Japon, il est inconcevable que l'Ambassade des Etats-Unis à Tokyo n'ait pas suivi de près comment le Japon tranchait le débat de haut niveau qui avait eu lieu en 1966 et 1967 sur la libéralisation des mouvements de capitaux. Le Japon fait en outre valoir que la prescription de notification des marchés internationaux a elle aussi été établie avant la conclusion du Kennedy Round. Les Etats-Unis citent une modification mineure opérée en 1971, mais la prescription de notification des marchés internationaux proprement dite remonte à 1953. Le Japon en conclut que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir que le gouvernement japonais continuerait d'appliquer ces politiques.

6.557 Le Japon fait également remarquer que l'aide financière de la SMEA date d'avant la conclusion du Kennedy Round. Selon le Japon, pour ce qui est de l'aide financière de la SMEA, dont le cadre général a été établi en 1956, les laboratoires de développement ont été désignés comme secteur bénéficiaire le 1er avril 1967.⁹⁹⁰ Ce programme spécifique de financement pour les laboratoires de développement était donc antérieur aux négociations du Kennedy Round. De l'avis du Japon, les Etats-Unis n'avaient pu en aucun cas être légitimement en droit de s'attendre que l'aide financière ne serait pas accordée aux demandeurs répondant aux conditions voulues dans le secteur photographique.

6.558 Même si l'on admet que les politiques de modernisation de la distribution appliquées par le MITI pendant les années 60 et 70 ont encouragé la distribution d'une seule marque de pellicules et papiers en vue d'exclure les marques étrangères des circuits de distribution traditionnels, pour le Japon, il est évident que cette évolution a commencé bien avant la conclusion du Kennedy Round. S'agissant des pellicules, le Japon fait valoir que deux des quatre grossistes primaires de Fuji commercialisaient déjà une seule marque, de même que l'ensemble des grossistes primaires de Konica y sont finalement devenus des succursales. Le Japon estime que les Etats-Unis auraient dû être au courant de cette évolution, étant donné que le troisième grossiste primaire de Fuji, Misuzu, a cessé de traiter avec Kodak en avril 1967, des mois avant la conclusion du Kennedy Round. De même, le distributeur de Kodak au Japon, Nagase, a acquis Kuwada en 1967 et en a fait un distributeur d'une seule marque. Kodak non seulement était au courant de l'évolution, mais elle y participait. Des articles parus dans la presse indiquaient cette évolution vers la distribution d'une seule marque pour les pellicules aussi bien que pour les appareils photo. Dès 1964, des publications commerciales faisaient déjà état de l'évolution vers la distribution de gros d'une seule marque.⁹⁹¹ S'agissant des papiers, le Japon fait observer que les affiliations entre fabricants et laboratoires de développement étaient déjà courantes en 1967.⁹⁹² De l'avis du Japon, les Etats-Unis ne pouvaient en aucun cas être légitimement en droit de s'attendre que cette évolution ne se poursuivrait pas.

⁹⁹⁰Selon le Japon, les Etats-Unis allèguent que cette désignation est intervenue en juillet 1967. Le Japon soutient que la date de désignation était en fait le 1er avril 1967, date très couramment choisie à cet effet au Japon, puisque le 1er avril marque le début d'un nouvel exercice budgétaire pour le gouvernement.

⁹⁹¹Distribution Keiretsu Gaining Strength - As Shown by Fuji's Special Contract (Tokuyakuten) Shops Zenren Tsuho, mai 1964, page 5, pièce n° 64-3 des Etats-Unis.

⁹⁹²Selon des sources professionnelles nationales, ces affiliations ont commencé dès 1960 et étaient relativement courantes en 1965. Affidavit of Tanaka Takeshi, page 3, pièce n° A-10 du Japon.

6.559 Les Etats-Unis allèguent que le Japon n'a élaboré, et à plus forte raison mis en oeuvre, une politique de systématisation claire et coordonnée pour barrer l'accès aux grossistes primaires qu'après la conclusion du Kennedy Round, qu'aucune des dispositions prises ultérieurement par le Japon ne pouvait être prévue par ses partenaires dans les négociations du Kennedy Round et que ces dispositions ont été difficiles à déceler, identifier et comprendre même après un examen poussé et sans précédent et avec 25 ans de recul.

ii) Restrictions touchant les grandes surfaces

6.560 Les Etats-Unis allèguent qu'au moment des négociations du Kennedy Round,

- i) la Loi sur les grandes surfaces n'avait pas encore été proposée; et
- ii) deux directives essentielles du MITI, qui jetaient les bases de la loi en élargissant le champ d'application de la Loi sur les grands magasins, n'avaient pas encore été publiées puisqu'elles ne l'ont été qu'en juin 1968 et septembre 1970, respectivement.

6.561 Le Japon répond que la promulgation de la Loi sur les grandes surfaces en 1973 et les modifications ultérieures en 1978 et jusqu'à aujourd'hui, quoique postérieures au Kennedy Round, ont représenté la poursuite d'une politique de longue haleine visant à préserver la diversité du commerce de détail par la réglementation des grandes surfaces. Plus précisément, la Loi sur les grands magasins a été promulguée en 1956 et soumettait à une autorisation préalable l'ouverture de nouveaux établissements. Selon le Japon, la Loi sur les grandes surfaces ne faisait qu'étendre cette politique de réglementation préexistante à d'autres types de grandes surfaces qui commençaient à apparaître (tels que supermarchés, discounteurs) et visait à empêcher le contournement délibéré de la loi. Le Japon fait valoir que les Etats-Unis n'avaient pu en aucun cas être légitimement en droit de s'attendre que les grandes surfaces seraient autorisées à supplanter les petits et moyens détaillants en l'absence de tout processus d'ajustement mis en place par le gouvernement.

6.562 En outre, de l'avis du Japon, la Loi sur les grandes surfaces actuellement appliquée est plus libérale que la Loi sur les grands magasins pour les raisons suivantes: premièrement, le système d'autorisation a été remplacé par un système de notification, deuxièmement, les règlements concernant les jours et les heures de fermeture des magasins sont moins stricts⁹⁹³ et, troisièmement, alors que 84 pour cent seulement des demandes étaient acceptées et concrétisées au titre de la Loi sur les grands magasins, environ 96 pour cent des projets notifiés sont mis en oeuvre au titre de la Loi sur les grandes surfaces. Le Japon en conclut que même s'il était admis que les restrictions touchant les grandes surfaces de vente au détail sont défavorables aux produits importés, il n'y a aucun élément défavorable aux importations que les Etats-Unis n'auraient pas pu prévoir au moment où les concessions tarifaires ont été accordées dans le cadre du Kennedy Round.

iii) "Contre-mesures" en matière de promotion

6.563 Les Etats-Unis font valoir qu'au moment de la conclusion du Kennedy Round, la décision du Japon d'utiliser des codes de concurrence loyale comme une "contre-mesure efficace" était sur le point d'être annoncée et appliquée.⁹⁹⁴ Les Etats-Unis n'avaient aucune raison ni aucune possibilité de savoir

⁹⁹³Le Japon note que, en vertu de la Loi sur les grands magasins, le nombre minimum de jours de fermeture non soumis à autorisation était de 48 par an (quatre par mois) pour les zones urbaines et 24 par an (deux par mois) pour les autres lieux d'implantation.

⁹⁹⁴Report of the Foreign Investment Council Expert Committee, reprinted in Finance, juin 1967, page 3, pièce n° 67-5 des Etats-Unis.

que le Japon était sur le point de prendre ces dispositions qui entraînaient une annulation ou une réduction des concessions tarifaires qu'il avait consenties dans le cadre du Kennedy Round.

6.564 Le Japon fait observer que la Loi sur les primes a été promulguée en 1962. Cette loi visait des comportements que la JFTC avait assimilés à des pratiques commerciales déloyales dès 1953. Selon le Japon, les Circulaires n° 5 et n° 34 ne faisaient que préciser les normes générales énoncées dans la Loi sur les primes. Les modifications de 1972 conféraient un pouvoir d'exécution aux préfets. Le Japon soutient que tous ces faits auraient dû raisonnablement être prévus par les Etats-Unis, car ces derniers n'avaient aucune raison légitime de s'attendre que des primes excessives et une publicité mensongère ne feraient pas l'objet d'une réglementation ou que cette réglementation ne serait pas appliquée avec fermeté.

c) Tokyo Round

6.565 Le Japon fait observer que le Tokyo Round a été officiellement conclu le 11 juillet 1979. Le Tokyo Round a été l'occasion pour le Japon d'accorder pour la première fois des concessions tarifaires pour les pellicules et papiers couleur ainsi que des concessions additionnelles pour les pellicules et papiers noir et blanc.

6.566 Les Etats-Unis font valoir que lorsqu'ils ont négocié des concessions sur les pellicules et papiers photographiques dans le cadre du Tokyo Round de 1979, les trois éléments des contre-mesures du Japon en matière de libéralisation avaient tous, plus ou moins, été mis en place et appliqués. Au moment d'entamer les négociations du Tokyo Round, les Etats-Unis savaient que le Japon réglementait les grandes surfaces par le biais de la Loi sur les grandes surfaces, et les activités de promotion et les incitations par le biais de la Loi sur les primes et de la Loi antimonopole.

6.567 Toutefois, selon les Etats-Unis, ce que les négociateurs n'auraient pas pu savoir, et ne savaient pas, était: i) jusqu'à quel point le système de distribution fermé existant au Japon pour les pellicules et papiers photographiques était le résultat des "contre-mesures en matière de distribution" mises en place par le gouvernement; ii) que les contre-mesures en matière de distribution, la Loi sur les grandes surfaces et les contre-mesures en matière de promotion agissaient conjointement pour entraver l'accès au marché. Les Etats-Unis soulignent que pendant les négociations du Tokyo Round, ni eux-mêmes ni aucune autre partie contractante du GATT n'auraient pu prévoir les dispositions que le Japon prendrait iii) pour élargir de manière spectaculaire la portée et l'impact de la Loi sur les grandes surfaces après le Tokyo Round; iv) pour intensifier de manière substantielle l'application de la Loi sur les primes et de la Loi antimonopole au secteur des pellicules et papiers photographiques au point de compromettre les concessions tarifaires japonaises, précisément dans le but de consolider et de renforcer le système de distribution exclusif face aux nouvelles menaces émanant de concurrents commerciaux comme les grandes surfaces. Dans ce contexte, les Etats-Unis font observer que le Groupe spécial chargé de l'affaire CE - Oléagineux a expressément rejeté l'argument présenté en l'espèce par la CE selon lequel l'existence de certaines mesures au moment de la négociation de la concession tarifaire - qui ont été par la suite sensiblement renforcées - signifiait que les Etats-Unis auraient pu ou auraient dû raisonnablement prévoir leur modification ou leur renforcement.⁹⁹⁵ En outre, les Etats-Unis affirment qu'aucun pays n'était en mesure d'effectuer le type d'examen qui aurait été nécessaire pour comprendre que le Japon avait utilisé toute une série de mesures informelles non transparentes pour concevoir des circuits de distribution pratiquement inaccessibles aux produits importés et continuait d'appliquer diverses mesures pour maintenir ces circuits.

⁹⁹⁵Voir par exemple CEE - Oléagineux, page 138, paragraphe 149.

6.568 De l'avis du Japon, les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir les mesures alléguées existant au moment de la négociation des concessions tarifaires: la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail et la Loi sur les primes étaient des lois publiées assorties de règlements publiés et les conditions qu'elles imposaient étaient des faits notoires. De même, toutes les prétendues "contre-mesures en matière de distribution", qui ne sont même pas visées par l'allégation en situation de non-violation formulée par les Etats-Unis concernant les concessions tarifaires résultant du Tokyo Round, étaient des faits notoires, tout comme leurs effets allégués sur la structure de distribution des pellicules et papiers.⁹⁹⁶ Le Japon en conclut qu'aucune mesure gouvernementale ou modification de politique importante n'est intervenue après 1979. Selon le Japon, il y a eu des modifications procédurales d'une loi préexistante et des actions d'autoréglementation de l'industrie dans le cadre général d'une autre loi préexistante. De l'avis du Japon, il n'y avait donc aucune mesure, non prévue au moment de la négociation des concessions tarifaires de 1979, qui était susceptible de bouleverser la position concurrentielle des pellicules ou papiers importés. Même si l'on admet que les attentes concernant les concessions tarifaires de 1979 restent protégées en tant qu'avantage distinct, le Japon affirme que les allégations en situation de non-violation formulées par les Etats-Unis concernant ces concessions ne sont pas fondées.

i) "Contre-mesures" en matière de distribution

6.569 Les Etats-Unis font observer qu'à la fin des années 70, des importateurs comme Agfa et Kodak se voyaient refuser l'accès aux circuits de distribution de gros primaires en raison des relations exclusives des grossistes avec les fabricants nationaux. Les Etats-Unis allèguent que ce qu'ils n'ont pas pu savoir c'était la mesure dans laquelle la politique concertée du gouvernement avait provoqué cette exclusion et empêché l'accès à d'autres circuits, et jusqu'à quel point l'application suivie des mesures gouvernementales continuait de soutenir ce système de distribution en tant que système exclusif. Selon les Etats-Unis, après le Tokyo Round, le Japon a élaboré i) de nouveaux programmes d'assistance aux entreprises pour encourager la systématisation des laboratoires et exclure les importations aussi bien de pellicules que de papiers de cet autre circuit; a accéléré le renforcement des ii) liens en matière d'information entre les fabricants et les grossistes; et a continué de s'en remettre aux iii) chambres de commerce pour l'application suivie des conditions générales de vente uniformisées. En outre, les Etats-Unis font valoir qu'ils n'auraient pas pu prévoir les effets des iv) dispositions relatives à la notification des marchés internationaux qui exigeaient l'enregistrement de tous les marchés passés entre fabricants étrangers et distributeurs japonais. De plus, les Etats-Unis font valoir qu'ils ne pouvaient pas s'attendre que les entorses aux conditions générales de vente uniformisées pourraient être des v) "pratiques commerciales déloyales" au titre de la Loi antimonopole.

6.570 De l'avis du Japon, au moment de la conclusion du Tokyo Round, pratiquement toutes les mesures en matière de distribution alléguées en l'espèce étaient déjà intervenues. Le Japon fait valoir que les mesures et décisions passées examinées par les Etats-Unis ne présentent donc pas d'intérêt sur le plan juridique pour une bonne analyse des concessions tarifaires de 1979, c'est-à-dire les premières concessions concernant les pellicules et papiers couleur, parce qu'elles sont intervenues avant 1979. Le "Manuel concernant la systématisation de la distribution" a été publié en mars 1975, plus de quatre ans avant la conclusion du Tokyo Round. Le prêt de la JDB a été effectué en 1976 et l'aide financière de la SMEA a été accordée en 1967.⁹⁹⁷ Le dernier grossiste primaire multimarque, Asanuma, a cessé de vendre la marque Kodak en 1975, là encore quatre ans avant la conclusion du Tokyo Round. En conséquence,

⁹⁹⁶Tous les grossistes primaires de Fujifilm ont distribué une seule marque dès 1975; tous les grossistes primaires de Konica ont dès le début distribué une seule marque et les filiales l'ont fait dès 1977.

⁹⁹⁷Le Japon note que les Etats-Unis ont indiqué que l'aide financière de la SMEA avait été accordée en 1977. Or le Japon allègue que l'aide financière de la SMEA aux laboratoires de développement a été autorisée pour la première fois en avril 1967 et que même les documents des Etats-Unis mentionnent un tel financement à la fin des années 60.

pour le Japon, il est clair que les Etats-Unis pouvaient raisonnablement prévoir les mesures alléguées qui existaient déjà et la structure du marché telle qu'elle se présentait à la fin de 1975, lorsque les concessions tarifaires ont été établies en 1979 dans le cadre du Tokyo Round.

6.571 De l'avis du Japon, les Etats-Unis n'allèguent même pas l'existence d'une prétendue "contre-mesure en matière de distribution" après le Tokyo Round, bien que ce type de mesures soit au centre des allégations en situation de non-violation qu'ils ont formulées.

ii) Restrictions touchant les grandes surfaces

6.572 S'agissant des restrictions touchant les grandes surfaces, les Etats-Unis allèguent que, lorsque le Tokyo Round a été conclu, le Japon a durci l'application de la Loi sur les grandes surfaces et des mesures connexes pour empêcher de nouveaux concurrents de participer au système de distribution fermé. Ils affirment que le Japon a renforcé ces nouvelles restrictions substantielles en:

- 1) créant les processus d'"ajustement préalable" et d'"ajustement formel (1979)⁹⁹⁸;
- 2) ajoutant la prescription relative à l'"explication préalable" avant la notification du constructeur au titre de l'article 3, c'est-à-dire en exigeant que le constructeur rencontre les détaillants locaux et obtienne leur consentement avant de présenter la notification au titre de l'article 3 (1982)⁹⁹⁹;
- 3) demandant que le processus d'ajustement "soit réalisé de manière restrictive" (1982).¹⁰⁰⁰

6.573 Les Etats-Unis font observer que les modifications que la Diète a apportées à la Loi sur les grandes surfaces et qui ont pris effet en mai 1979 ont beaucoup élargi la portée et l'impact de la loi sur deux points essentiels. Premièrement, la loi, qui s'appliquait auparavant uniquement aux magasins d'une superficie de 1 500 mètres carrés et plus, a été étendue aux magasins de 500 mètres carrés ou plus, ce qui a fait exploser le nombre de demandes de création de magasins au titre de la loi, qui a augmenté de 300 pour cent en 1979. Deuxièmement, les grandes surfaces visées par la loi ont été divisées en magasins de la catégorie I (1 500 mètres carrés et plus), relevant directement du MITI, et magasins de la catégorie II (de 500 à 1 500 mètres carrés) placés sous l'autorité des préfets. Les Etats-Unis indiquent que cette division a entraîné une augmentation substantielle du personnel et des autres ressources disponibles pour réaliser des études et imposer des ajustements aux magasins. C'est pourquoi, de l'avis des Etats-Unis, le nombre de demandes de création de magasins de la catégorie II qui avait atteint 1 029 en 1979 est tombé à 424 en 1980 et 308 en 1981, la mise en oeuvre de la loi entraînant une disparition de ces magasins.

6.574 Le Japon fait valoir qu'au moment de la conclusion du Tokyo Round, la quasi-totalité des mesures en cause réglementant les grandes surfaces étaient déjà intervenues. Selon le Japon, seule une mesure alléguée réglementant les grandes surfaces est intervenue après les concessions tarifaires de juillet 1979, à savoir les "directives administratives" du MITI sur l'"explication préalable" et le traitement des nouvelles notifications au titre de la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail (1982).

⁹⁹⁸MITI Directive No. 365 of 1979, pièce n° 79-2 des Etats-Unis.

⁹⁹⁹MITI Directive No. 36 on "Immediate Measures Regarding Notification to Establish Large Scale Retail Stores", 30 janvier 1982, pièce n° 82-2 des Etats-Unis.

¹⁰⁰⁰Ibid.

6.575 De l'avis du Japon, les autres mesures et dispositions passées examinées par les Etats-Unis ne présentent donc pas d'intérêt sur le plan juridique pour une bonne analyse des concessions tarifaires de 1979. Toutes les autres mesures en cause, telles qu'elles sont énumérées ci-après, réglementant les grandes surfaces sont intervenues avant les concessions tarifaires de 1979 et auraient donc dû raisonnablement être prévues par les Etats-Unis au moment où ces concessions ont été accordées:

- i) Loi de 1973 sur les grandes surfaces de vente au détail;
- ii) Modifications de 1978 de la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail.

6.576 Selon le Japon, les Etats-Unis font valoir que les modifications de 1978 sont intervenues après les concessions tarifaires de 1979. Plus précisément, de l'avis du Japon, les Etats-Unis semblent faire valoir que les négociations de fond entre les Etats-Unis et le Japon concernant les pellicules ont été achevées en août 1978 et que cette date devrait être celle des concessions. Pour le Japon, la position des Etats-Unis en l'espèce n'est pas étayée par les affaires antérieures en situation de non-violation, car la date retenue pour les concessions tarifaires a régulièrement été celle de l'acte final issu de la série de négociations en question, par exemple le 11 juillet 1979 pour le Tokyo Round.¹⁰⁰¹ Le Japon note que les modifications de 1978 ont été entérinées par le Cabinet le 6 juin 1978, approuvées par la Diète le 20 octobre 1978 et officiellement promulguées le 15 novembre 1978. Le Japon affirme que les Etats-Unis connaissaient ou auraient dû connaître ces modifications lorsque les négociations du Tokyo Round étaient en cours. Il fait observer que les Etats-Unis auraient pu rouvrir les négociations sur les pellicules ou sur tout autre produit censé être affecté par les modifications. Il souligne que l'action du Cabinet est intervenue presque trois mois avant la lettre par laquelle l'USTR annonçait à Kodak des concessions tarifaires pour les pellicules le 30 août 1978. Il soutient en conséquence que tout bouleversement allégué des conditions de concurrence résultant des modifications de 1978 aurait dû être raisonnablement prévu par les Etats-Unis.

6.577 De l'avis du Japon, les données communiquées par les Etats-Unis montrent que depuis 1982 le nombre de notifications pour les deux catégories de grandes surfaces augmente régulièrement et que, dès lors, les "directives administratives" de 1982 n'ont pas eu d'incidence importante sur la façon dont la loi fonctionnait auparavant. Le Japon indique que pendant la période allant de 1979 à 1981, il y a eu un recul par rapport à des niveaux records, mais que, quelle qu'en soit la cause, elle ne pouvait logiquement pas avoir de rapport avec une mesure adoptée en 1982. De même, après 1982, aussi bien le pourcentage des ventes au détail effectuées au Japon par le biais de grandes surfaces que le pourcentage d'établissement de vente au détail qui sont des grandes surfaces ont régulièrement et systématiquement augmenté.¹⁰⁰² Le Japon en conclut que, si l'on se réfère à l'une quelconque de ces données empiriques, les modifications de 1982 ne représentaient pas un changement important de la loi.¹⁰⁰³

6.578 Les Etats-Unis font observer que le Japon a complété ces restrictions au titre de la Loi sur les grandes surfaces en imposant de nouvelles limites à la capacité des moyens et gros détaillants de fusionner et de s'agrandir: c'est-à-dire de nouvelles limites aux concurrents directs qui pourraient participer au

¹⁰⁰¹Voir par exemple CEE - Fruits en boîte, L/5778, page 6, tableau 2, paragraphe 14.

¹⁰⁰²Le Japon soutient que, malgré l'augmentation des chiffres, les Etats-Unis qualifient ces tendances de "constantes". Mais que l'on considère les tendances comme à la hausse ou constantes, le Japon estime que la conclusion juridique pertinente est que les modifications de 1982 n'ont pas entraîné un changement important de la loi.

¹⁰⁰³Selon le Japon, les Etats-Unis reconnaissent que ces "directives" ont été abrogées en 1992 et ne sont donc plus en vigueur.

système de distribution exclusif.¹⁰⁰⁴ La JFTC a ensuite codifié la politique restrictive qu'attestait cette interdiction dans de nouvelles Lignes directrices concernant la fusion des magasins de détail qui, selon les Etats-Unis, visaient expressément le secteur du commerce de détail pour limiter les possibilités que les gros détaillants avaient de contourner les restrictions de plus en plus rigoureuses imposées par la Loi sur les grandes surfaces en procédant à des acquisitions, au lieu de passer par la voie obligée de la création ou de l'agrandissement de magasins.

6.579 Le Japon répond que l'argument des Etats-Unis concernant la difficulté d'opérer des fusions entre les gros détaillants - en raison de la règle qui veut que pour l'examen seule soit considérée la part de marché des grandes surfaces - est hors de propos. Même si ces fusions deviennent plus faciles, la superficie totale n'augmentera pas et il n'y a donc aucun lien entre les règlements concernant les fusions et les règlements concernant les grandes surfaces.

6.580 Le Japon fait en outre observer que les mesures en question - qui, selon lui, ont été abolies - étaient le "prolongement" prévisible de politiques préexistantes. Les "directives administratives" de 1982 du MITI relatives à l'"explication préalable" dans le cadre de l'application de la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail apportait une simple modification procédurale à la Loi visant à exiger une explication préalable du projet de création d'un nouveau magasin.¹⁰⁰⁵ Pour l'essentiel, le fonctionnement de la loi, c'est-à-dire la réglementation des grandes surfaces pour préserver la diversité des détaillants, restait inchangé. Le Japon soutient que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir que la loi ferait l'objet de modifications procédurales de ce genre qui n'en changeaient pas la teneur fondamentale. De l'avis du Japon, il n'y avait rien d'imprévu concernant les "directives" de 1982.¹⁰⁰⁶

6.581 Le Japon souligne en outre que la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail en vigueur fait suite à la loi correspondante de 1979 et est en fait plus libérale que cette dernière. En conséquence, il soutient que, même s'il était admis que les restrictions concernant les grandes surfaces de vente au détail sont défavorables aux produits importés, il n'y a aucun élément défavorable aux importations que les Etats-Unis n'auraient pas pu raisonnablement prévoir au moment de la négociation des concessions tarifaires lors du Tokyo Round. Il fait valoir que cette déréglementation peut être constatée si l'on compare la loi antérieure avec la loi actuelle en ce qui concerne i) l'exemption des magasins de détail où l'espace consacré à la vente au détail est inférieur à 1 000 mètres carrés, ii) les règlements concernant les jours de fermeture et iii) les règlements concernant les heures de fermeture.

¹⁰⁰⁴Les Etats-Unis notent qu'en 1981, la JFTC s'est opposée à un projet de fusion entre une grande chaîne de supermarchés, Kyushu Daiei et un gros supermarché local du Kyushu portant le nom de Uneed.

¹⁰⁰⁵Le Japon note en outre que les "directives" de 1982 font également état de la possibilité que les grandes surfaces fassent preuve d'"autodiscipline". Dans la mesure où ces "directives" suggéraient simplement que les grandes surfaces elles-mêmes réfléchissent aux incidences que leurs projets auraient sur la communauté environnante, elles n'avaient pas d'impact réel sur le fonctionnement de la loi. De l'avis du Japon, les Etats-Unis concluent hâtivement que ces "directives" constituaient un "gel". Conformément aux "directives", les préfets pouvaient désigner les communes dans lesquelles une autodiscipline concernant les nouvelles notifications était à conseiller, pour autant que les communes satisfassent aux conditions voulues. Selon le Japon, une partie seulement des communes avait été ainsi désignée.

¹⁰⁰⁶Le Japon fait observer que les Etats-Unis eux-mêmes notent que les politiques antérieures en matière de notification avaient déjà été adoptées en mai 1979, deux mois avant la fin du Tokyo Round.

iii) "Contre-mesures" en matière de promotion

6.582 S'agissant de la Loi sur les primes, les Etats-Unis font observer que les partenaires du Japon dans les négociations n'auraient pas pu prévoir que le Japon réagirait aux réductions tarifaires opérées dans le cadre du Tokyo Round en faisant des efforts précis et énergiques pour contrer la capacité des entreprises étrangères de commercialiser et de promouvoir des produits importés dans le secteur des fournitures photographiques et dans d'autres secteurs. Selon les Etats-Unis, dans l'année qui a suivi la conclusion du Tokyo Round:

- i) la JFTC a vivement encouragé la création d'un groupe faitier, la Fédération des Conseils des pratiques commerciales loyales, en vue de coordonner les activités des conseils des pratiques commerciales loyales supervisant les 52 codes de concurrence loyale (déclarations) et les 30 codes relatifs aux primes;¹⁰⁰⁷
- ii) la JFTC a approuvé l'établissement d'un Bureau du secteur de la distribution ("DSO") et l'a chargé d'examiner 16 secteurs d'activité, y compris celui des appareils photo et des fournitures photographiques;¹⁰⁰⁸
- iii) l'industrie photographique nationale a réagi aux "directives" de la JFTC en promulguant sa première série de "Mesures d'autoréglementation visant à rendre loyales les relations d'affaires avec les partenaires commerciaux" en juin 1982;
- iv) le Conseil de la promotion a été formellement créé et les grandes lignes de ses statuts ont été arrêtées en décembre 1982;
- v) le Conseil de la promotion - conjointement avec la Zenren et la JFTC - s'est employé en 1982 à faire échouer la campagne de commercialisation de Kodak pour le pack VR;
- vi) le Conseil de la promotion a publié sa deuxième série de mesures d'autoréglementation en 1984;
- vii) les efforts déployés par la JFTC à cet égard ont abouti à la création du Code de concurrence loyale et du Conseil des pratiques commerciales loyales dans le secteur de la vente au détail en 1987 en vue de fixer et de faire appliquer des normes concernant les indications tendant à induire en erreur dans la publicité relative aux prix/conditions de promotion.

6.583 Le Japon soutient que, au moment de la conclusion du Tokyo Round, la quasi-totalité des mesures en matière de promotion en cause étaient déjà intervenues. A son avis, les seules qui sont intervenues après les concessions tarifaires de juillet 1979 sont les suivantes¹⁰⁰⁹:

- i) Code d'autoréglementation concernant le détachement de personnel du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales (1982);
- ii) Déclaration du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales concernant les indications relatives aux prix de développement (1984);
- iii) Code de concurrence loyale des détaillants d'appareils photo concernant la publicité (1987).

6.584 De l'avis du Japon, les autres mesures et dispositions passées examinées par les Etats-Unis ne présentent donc pas d'intérêt sur le plan juridique pour une bonne analyse des concessions tarifaires de

¹⁰⁰⁷The Fair Competition Code System and Status of Establishing Fair Competition Codes, Kosei Torihiki, No. 390 avril 1983, pages 37 et 38, pièce n° 83-8 des Etats-Unis.

¹⁰⁰⁸Cabinet Order No. 43 of 1979 as reported in JFTC Annual Report 1980, page 283, pièce n° 79-1 des Etats-Unis

¹⁰⁰⁹Les Etats-Unis mentionnent la création en 1979 du Bureau du secteur de la distribution au sein de la JFTC. Il en est toutefois résulté uniquement des rapports consultatifs sectoriels, non des actions gouvernementales.

1979. Toutes les autres mesures en matière de promotion incriminées sont intervenues avant les concessions tarifaires de 1979 et auraient donc dû raisonnablement être prévues par les Etats-Unis au moment où ces concessions ont été accordées.

6.585 S'agissant du Code de concurrence loyale des détaillants d'appareils photo, le Japon maintient qu'il est sans rapport avec l'affaire à l'étude car il concerne uniquement les appareils photo. En outre, de l'avis du Japon, l'approbation du Code par la JFTC en 1987 s'inscrivait dans le cadre de l'application de la Loi sur les primes préexistante et n'apportait aucune modification à la politique de mise en oeuvre de la loi.

6.586 S'agissant des dispositions prises par le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales concernant le détachement de personnel et les indications relatives aux prix de développement, le Japon répond qu'elles ne sont pas à prendre en considération car il s'agit d'initiatives privées. En conséquence, le Japon soutient qu'il n'y a pas de mesure gouvernementale que les Etats-Unis n'auraient pas pu prévoir.

d) Cycle d'Uruguay

6.587 Selon les Etats-Unis, au moment des négociations du Cycle d'Uruguay, eux-mêmes et les autres pays ont commencé à comprendre qu'au Japon des conditions autres que les droits de douane entravaient les importations et que le système de distribution était en général d'accès difficile.¹⁰¹⁰ Les Etats-Unis reconnaissent qu'au moment de la conclusion du Cycle d'Uruguay, ils savaient que le Japon réglementait les grandes surfaces par le biais de la Loi sur les grandes surfaces, et les activités de promotion et les incitations par le biais de la Loi sur les primes et de la Loi antimonopole. Mais ils n'auraient pas pu savoir, et ne savaient pas, comment les trois types de contre-mesures agissaient conjointement dans le contexte du système de distribution fermé existant au Japon pour les pellicules et papiers photographiques, ni quels en étaient les effets restrictifs. Les Etats-Unis indiquent que même au moment du Cycle d'Uruguay, ils n'avaient toujours pas (et n'auraient pas pu avoir) des éléments d'appréciation suffisants pour déterminer comment les politiques gouvernementales s'entremêlaient et soutenaient ce système de distribution fermé dans le secteur des pellicules.

6.588 Les Etats-Unis font observer que c'est uniquement lorsqu'ils ont préparé les consultations concernant l'affaire à l'étude qu'ils ont compris:

- i) comment les conditions générales de vente uniformisées fonctionnaient;
- ii) comment la Loi sur les grandes surfaces continuait d'entraîner la disparition de grandes surfaces par le biais de mécanismes non transparents ainsi que de procédures formelles;
- iii) comment la disparition de grandes surfaces favorisait directement le système de distribution oligopolistique existant au Japon dans le secteur des fournitures photographiques;
- iv) comment les restrictions concernant les activités de promotion limitaient directement les débouchés pour les pellicules et papiers étrangers;
- v) comment le subventionnement des laboratoires rendait ceux-ci inaccessibles aux fournisseurs étrangers;
- vi) comment le soutien actif apporté par le Japon à l'établissement de liens en matière d'information renforçait encore la systématisation de la distribution aux dépens des importations.

¹⁰¹⁰1990 National Trade Estimates Report on Foreign Trade Barriers (NTE), page 124, pièce n° E-4 du Japon.

6.589 Le Japon soutient que les questions que les Etats-Unis soulèvent maintenant n'ont pas seulement été examinées dans des rapports, mais ont aussi fait l'objet de discussions bilatérales approfondies entre les deux pays. Selon le Japon, à la fin des années 80 et au début des années 90, bon nombre de ces questions ont été largement débattues et examinées par les deux pays dans le cadre du Dialogue structurel (1986-1988) et de l'Initiative visant à supprimer les entraves structurelles - SII (1989-1990).¹⁰¹¹ Le Japon conteste donc l'allégation des Etats-Unis selon laquelle les mesures en cause ne sont pas le type de mesures que les négociateurs pour les questions commerciales devraient raisonnablement être censés comprendre, étant donné que le type d'allégations formulées devant le Groupe spécial sont précisément le type d'allégations que les négociateurs des Etats-Unis pour les questions commerciales ont fait valoir pendant des années dans leurs discussions avec le Japon. Compte tenu de ces antécédents, le Japon conteste l'argument des Etats-Unis selon lequel ils n'auraient pas pu raisonnablement prévoir les mesures en cause dès 1994. Pour le Japon, il est évident que pendant le Cycle d'Uruguay, les Etats-Unis avaient connaissance i) de la distribution d'une seule marque, ii) de la Loi sur les grandes surfaces et iii) des restrictions découlant de la Loi sur les primes, et avaient déjà formulé sur ces points les allégations qu'ils ont présentées au Groupe spécial.

6.590 Les Etats-Unis rejettent l'argument du Japon selon lequel ils auraient pu prévoir que ces mesures diminueraient la valeur des concessions tarifaires accordées par le Japon dans le cadre du Cycle d'Uruguay. Ils affirment que les discussions bilatérales qu'ils ont eues avec le Japon pendant le Cycle d'Uruguay à la fin des années 80 et au début des années 90 dans le cadre de l'Initiative visant à supprimer les entraves structurelles ne démontrent pas qu'ils auraient pu "prévoir" ou comprendre le programme de mesures japonais incriminé. Selon les Etats-Unis, aucune des mesures effectives en cause n'a été examinée du point de vue de son incidence sur le secteur des pellicules et papiers photographiques parce que ces discussions bilatérales étaient axées sur les obstacles privés au commerce.¹⁰¹² Les Etats-Unis soulignent en outre qu'ils n'avaient à l'époque aucune idée, et n'ont que récemment pris conscience de la responsabilité directe du gouvernement japonais à l'égard de ces mesures, et de l'impact collectif de ces dernières sur le développement et le maintien au Japon d'une structure de marché exclusive pour les pellicules et papiers photographiques.

6.591 Plus précisément, les Etats-Unis font observer qu'aucune des 21 mesures qu'ils ont identifiées n'a fait l'objet de discussions bilatérales avec le Japon à la fin des années 80 ou au début des années 90, à l'exception des mesures suivantes:

- 1) Restrictions de la JFTC concernant l'utilisation de primes, y compris les restrictions visant
 - i) les primes aux grossistes (Circulaire n° 17 de la JFTC);
 - ii) les primes aux consommateurs (Circulaire n° 5 de la JFTC); et
 - iii) les lots offerts dans les loteries publicitaires (Circulaire n° 34 de la JFTC).
- 2) Prescriptions de la JFTC concernant la notification des marchés internationaux, y compris celles qui sont énoncées dans le Règlement n° 1 de la JFTC ("Règlements relatifs à la notification des conventions de vente internationales ou marchés internationaux").

¹⁰¹¹Summary Report on US-Japan Structural Dialogue (pièce n° E-5 du Japon) et SII Final Report (pièce n° B-30 du Japon). Par contre, à ces occasions, les Etats-Unis ont même approuvé certaines des mesures prises par le gouvernement japonais. Par exemple, le Rapport final sur la SII indique ce qui suit "à l'évidence [la Loi sur les primes comprenant les Codes de concurrence loyale] n'est pas destinée à faire obstacle à de nouvelles implantations d'entreprises étrangères ou nationales et la Commission des pratiques commerciales restrictives (FTC) a mis en oeuvre et continuera de mettre en oeuvre ce système de manière qu'il ne fasse pas obstacle à de telles implantations."

¹⁰¹²Voir, par exemple, Ibid. Voir aussi 1994 National Trade Estimates Report on Foreign Trade Barriers (NTE): "En bref, les pratiques commerciales d'exclusivité et en particulier la collusion empêchent souvent de nouveaux participants, qu'il s'agisse d'entreprises japonaises ou étrangères, de pénétrer facilement sur le marché japonais et de soutenir la concurrence pour obtenir des parts de marché", 1994 NTE, page 145, pièce n° E-4 du Japon.

- 3) Loi sur les grandes surfaces.
 - i) "Contre-mesures" en matière de distribution

6.592 Les Etats-Unis ont pris au sérieux l'engagement souscrit par le Japon dans le cadre de la SII de lever ces obstacles du secteur privé et de libéraliser sa structure de distribution restrictive. Par exemple, en 1993, au cours des derniers mois des négociations du Cycle d'Uruguay, les Etats-Unis ont pris acte des "nouveaux engagements du gouvernement japonais inscrits dans le deuxième Rapport annuel sur la SII ... en ce qui concerne la distribution et les pratiques commerciales d'exclusivité".¹⁰¹³

6.593 Les Etats-Unis confirment que les prescriptions de la JFTC concernant la notification des marchés internationaux, y compris celles qui sont énoncées dans le Règlement n° 1 de la JFTC ("Règlements relatifs à la notification des conventions de vente internationales et des marchés internationaux") ont fait l'objet d'échanges de vues avec le Japon dans le cadre de la SII. Ils soutiennent toutefois qu'ils ne savaient absolument pas que les prescriptions en matière de notification des marchés internationaux contribuaient à entraver l'accès aux circuits de distribution au Japon en autorisant le gouvernement japonais à examiner minutieusement les conditions générales de vente entre les fabricants étrangers et les distributeurs nationaux conformément aux lignes directrices concernant l'uniformisation des conditions générales de vente.

6.594 De l'avis du Japon, les Etats-Unis auraient dû connaître et connaissaient effectivement dès 1994 l'ensemble des mesures en cause. S'agissant des politiques de distribution, tous les documents relatifs aux "contre-mesures en matière de distribution" alléguées avaient été publiés.¹⁰¹⁴ Il existe de nombreuses publications officielles du MITI qui sont précisément les "sources que les gouvernements utilisent habituellement pour annoncer les politiques commerciales".¹⁰¹⁵ De l'avis du Japon, les effets allégués des politiques de modernisation de la distribution du MITI, c'est-à-dire les décisions prises par les grossistes primaires de ne pas vendre d'autres marques de pellicules, étaient des faits notoires.¹⁰¹⁶ En particulier, selon le Japon, les Etats-Unis se plaignent, en l'espèce, des "contre-mesures en matière de distribution" au motif qu'elles ont encouragé la distribution d'une seule marque de pellicules et papiers. Dans ce contexte, le Japon note que les Etats-Unis ont régulièrement dénoncé la distribution d'une seule marque dans les National Trade Estimates Report on Foreign Trade Barriers (les rapports "NTE") publiés par

¹⁰¹³1993 National Trade Estimates Report on Foreign Trade Barriers, page 146, pièce n° E-4 du Japon.

¹⁰¹⁴Le Japon note que les Etats-Unis étaient en mesure d'obtenir des copies de tous ces documents auprès de sources publiques. La seule exception concerne le Manuel de 1975 qui a été rédigé par une société publique mais n'a jamais été officiellement publié.

¹⁰¹⁵Le Japon fait observer que, par exemple, les divers rapports intérimaires et les Lignes directrices de 1970 cités par les Etats-Unis ont tous été publiés dans le Bulletin officiel du MITI (le "Tsusansho Koho").

¹⁰¹⁶Selon le Japon, les Etats-Unis font valoir qu'ils ne savaient pas et n'auraient pas pu savoir "jusqu'à quel point le système de distribution fermé du Japon pour les pellicules et papiers photographiques était le résultat de contre-mesures en matière de distribution prises par le gouvernement". Le Japon partage cet avis en ce sens que le lien entre les politiques de modernisation de la distribution du MITI et la distribution en gros d'une seule marque de pellicules ne pouvait pas être connu car il était inexistant. De l'avis du Japon, depuis 1975, la seule "contre-mesure en matière de distribution" alléguée est que le gouvernement japonais continue de tolérer la distribution en gros d'une seule marque. Cette "mesure" alléguée était un fait notoire dont les négociateurs des Etats-Unis pour les questions commerciales auraient dû avoir connaissance et avaient effectivement connaissance avant 1994. Si une "mesure" alléguée consiste simplement en une structure de marché, et que cette structure de marché était connue au moment où la concession tarifaire a été accordée et n'a pas changé depuis, les attentes légitimes ne peuvent être frustrées et il ne peut donc y avoir annulation ou réduction de l'avantage représenté par les concessions tarifaires pertinentes.

le Bureau du Représentant des Etats-Unis pour les questions commerciales internationales. Dans le rapport de 1990, la section intitulée "Système de distribution" contient le passage suivant:

"La complexité et la rigidité du système de distribution du Japon augmentent les coûts d'une nouvelle implantation sur le marché et limitent la pénétration du marché par les entreprises américaines. ... Les relations exclusives entre les détaillants, les grossistes et les fabricants, et la multiplicité des petits grossistes et détaillants rendent la mise en place d'un système de distribution coûteuse pour les nouveaux venus sur le marché. Ce surcoût pénalise les fabricants américains de biens de consommation comme de biens de production."¹⁰¹⁷

6.595 Le Japon souligne que le rapport NTE de 1994¹⁰¹⁸ comportait même un passage concernant expressément les pellicules dans la section intitulée "Distribution":

"Le système de distribution du Japon peut également servir à limiter la part de marché des sociétés qui ont pénétré sur le marché japonais. Un gros fabricant américain de pellicules destinées aux consommateurs, par exemple, a eu des difficultés à accroître sa part de marché au Japon à cause des circuits de distribution restrictifs. Malgré de gros investissements et des années d'effort, la part de marché de la société est restée extrêmement faible par rapport à celle qu'elle détient dans le reste du monde."¹⁰¹⁹

ii) Restrictions touchant les grandes surfaces

6.596 Les Etats-Unis allèguent que, au moment des négociations tarifaires du Cycle d'Uruguay de 1994, ils ne savaient pas, et ne pouvaient pas savoir, que le Japon s'était servi de la Loi sur les grandes surfaces comme d'un instrument essentiel pour préserver et favoriser l'intégration verticale de la distribution dans le secteur des fournitures photographiques destinées aux consommateurs. En outre, de l'avis des Etats-Unis, ils n'auraient pas pu savoir jusqu'à quel point le soutien de l'intégration verticale de la distribution était en fait une politique délibérée du gouvernement japonais.

6.597 S'agissant de la Loi sur les grandes surfaces, le Japon fait observer que la loi et les règlements pertinents ont été publiés et que leurs prescriptions sont actuellement connues et sont depuis longtemps des faits notoires.¹⁰²⁰ En outre, il soutient que les Etats-Unis formulent ces allégations concernant la Loi sur les grandes surfaces depuis des années au sujet des importations en général. Il en conclut que les Etats-Unis non seulement auraient dû connaître, mais connaissaient certainement ces mesures.

6.598 Le Japon cite en exemple le chapitre relatif au Japon du rapport NTE de 1990 qui comprend les sections suivantes: "Loi sur les grandes surfaces de vente au détail" et "Restrictions concernant les pratiques de commercialisation". La section relative à la "Loi sur les grandes surfaces de vente au détail" contient la déclaration suivante:

¹⁰¹⁷1990 National Trade Estimates Report on Foreign Trade Barriers, page 124, pièce n° E-4 du Japon.

¹⁰¹⁸Le 1994 National Trade Estimates Report on Foreign Trade Barriers a été publié le 31 mars 1994, avant la conclusion de l'Accord sur le Cycle d'Uruguay et avait donc évidemment été rédigé encore plus tôt.

¹⁰¹⁹1994 National Trade Estimates Report on Foreign Trade Barriers, pages 172 et 173, pièce n° E-4 du Japon (non souligné dans l'original).

¹⁰²⁰La Loi sur les grandes surfaces de vente au détail a été publiée au Kampo le 1er octobre 1973. La Loi sur les primes a été publiée au Kampo en 1962.

"Bien que le manque à exporter dû à l'impact de cette loi ne puisse pas être quantifié, on pense qu'il est important du fait que de nombreux produits sont visés. Etant donné que les gros détaillants sont généralement plus disposés à prendre le risque d'introduire de nouveaux produits, souvent achetés directement à des fournisseurs étrangers, ou à promouvoir de manière énergique des gammes de produits importés, les limites imposées à l'expansion des magasins de détail entravent effectivement l'importation de marchandises américaines."¹⁰²¹

6.599 Selon le Japon, les Etats-Unis reconnaissent que la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail et plusieurs éléments essentiels de leur allégation relative à la Loi sur les primes ont fait l'objet de discussions bilatérales spécifiques à la fin des années 80 et que leur connaissance d'une loi spécifique et les attentes y afférentes devraient concerner tous les produits. Etant donné que la loi ne traite pas les pellicules différemment des autres produits, de l'avis du Japon, les Etats-Unis ne sont pas crédibles lorsqu'ils affirment qu'ils savaient comment la loi s'appliquait de manière générale, mais qu'ils ne savaient pas comment elle s'appliquait aux pellicules. Pour le Japon, l'argument des Etats-Unis rendrait quasiment impossible la détermination d'"attentes raisonnables" pour des produits spécifiques et compromettrait cet élément du recours en situation de non-violation.

6.600 S'agissant des entretiens qui ont eu lieu dans le cadre de l'Initiative visant à supprimer les entraves structurelles, les Etats-Unis font valoir qu'ils ont pris au sérieux les assurances données par le Japon qu'il libéraliserait les structures de distribution restrictives et qu'un des principaux moyens qu'il utiliserait à cette fin serait un assouplissement substantiel de la Loi sur les grandes surfaces.¹⁰²² Selon les Etats-Unis, le Japon a expressément indiqué au sujet de la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail qu'il:

- i) abrégerait le processus de coordination pour l'ouverture des magasins;
- ii) assouplirait les règlements concernant les heures et les jours de fermeture;
- iii) traiterai la question des réglementations distinctes établies par les autorités publiques locales;
- iv) exempterait des procédures de coordination après notification l'ouverture ou l'agrandissement de nouveaux espaces consacrés à la vente de produits importés;
- v) reverrait la Loi sur les grandes surfaces tous les deux ans.

6.601 Les Etats-Unis admettent que le Japon a effectivement mis en oeuvre des modifications formelles concernant les heures d'exploitation et le processus de coordination pour l'ouverture de nouveaux magasins et l'agrandissement des espaces consacrés aux produits importés, comme il est indiqué dans le rapport sur la SII. Ils reconnaissent également que le Japon a pris des dispositions pour traiter la question des réglementations locales distinctes. En conséquence, ils ont tout d'abord pensé, avec optimisme, que ces changements permettraient effectivement d'accroître la concurrence dans le secteur de la distribution du Japon, comme l'atteste également le National Trade Estimates Report de 1993 publié par l'USTR.¹⁰²³

¹⁰²¹1990 National Trade Estimates Report on Foreign Trade Barriers, page 124, pièce n° E-4 du Japon.

¹⁰²²Dans le rapport de 1990 sur la SII, par exemple, le Japon indiquait ce qui suit au sujet de la Loi sur les grandes surfaces:

"Des changements dynamiques étant préconisés dans le secteur de la distribution, des mesures de déréglementation seront prises pour répondre aux nouveaux besoins des consommateurs, renforcer la vitalité du secteur de la distribution et garantir des procédures souples pour l'ouverture de nouveaux magasins. Les mesures de déréglementation seront mises en place à la fois par le gouvernement central et par les autorités publiques locales."

¹⁰²³Le National Trade Estimates Report de 1993 indiquait ce qui suit: "le système de distribution est un des six grands domaines traités dans le cadre de la SII. Le rapport conjoint publié en juin 1990 énonce une série d'engagements pris par le gouvernement japonais sur des questions importantes relatives au système de distribution. Un des principaux engagements était celui d'assouplir sensiblement les restrictions concernant les nouvelles grandes

6.602 Toutefois, les Etats-Unis font observer qu'en 1994, après la conclusion du Cycle d'Uruguay, il est apparu clairement que les réformes limitées de la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail et d'autres aspects des pratiques commerciales, et de la réglementation mise en place par le gouvernement japonais n'avaient pas fondamentalement modifié le caractère restrictif de la loi ou des réglementations locales. Le National Trade Estimates Report de 1994 de l'USTR fait ressortir ce sentiment croissant de déception.¹⁰²⁴

6.603 Les Etats-Unis affirment que malgré l'engagement qu'il avait pris de procéder à des "changements dynamiques" pour assouplir la Loi sur les grandes surfaces et ouvrir les systèmes de distribution, le Japon a continué d'appliquer énergiquement la loi d'une manière qui limite les possibilités d'ouverture et d'agrandissement de grandes surfaces au Japon, la superficie des magasins ne dépassant pas 500 mètres carrés contre 1 500 mètres carrés lorsque la loi a été mise en oeuvre en 1974. Les délais, les ajustements à la baisse des superficies, les heures d'ouverture réduites, les jours de fermeture obligatoires et les contraintes du processus d'ajustement entravent sensiblement la capacité des grandes surfaces de s'agrandir et de fonctionner au rythme et au niveau qu'elles auraient choisis en l'absence de réglementation. Les Etats-Unis font en outre observer qu'ils ne s'attendaient pas que le Japon continuerait à obliger ou à inciter les grandes surfaces à procéder à une "consultation préalable" ou "consultation au niveau local" avec leurs concurrents locaux, et persisterait à laisser les concurrents locaux jouer un rôle prépondérant dans le processus d'examen des grandes surfaces.¹⁰²⁵ Ce processus d'ajustement engagé avec les concurrents locaux est particulièrement contraignant pour les grandes surfaces, car celles-ci doivent souvent accepter des restrictions contraignantes pour franchir sans encombre l'étape de l'examen formel.

6.604 Le Japon répond que la Loi sur les grandes surfaces est aujourd'hui plus libérale qu'elle ne l'était en 1994. Trois séries de mesures d'assouplissement de la loi engagées au début des années 90 ont été achevées en 1994 et il n'y a pas eu de modifications importantes depuis. Tout effort fait par le gouvernement japonais pour veiller à ce que les administrations locales respectent davantage les normes nationales concernant l'application de la loi rend en fait cette dernière plus, et non moins, libérale.

iii) "Contre-mesures" en matière de promotion

6.605 Les Etats-Unis allèguent que ce n'est que récemment qu'ils ont compris jusqu'à quel point le gouvernement japonais et les conseils des pratiques commerciales loyales utilisaient la Loi sur les primes et les codes de concurrence loyale pour limiter la manière dont les fabricants étrangers de fournitures photographiques et leurs distributeurs pouvaient promouvoir leurs produits. De même, les Etats-Unis font observer que ce n'est que récemment qu'ils ont pris connaissance des actions menées par les conseils

surfaces de vente au détail, y compris de raccourcir encore le délai d'attente pour les demandes de création de nouveaux magasins en le ramenant à 12 mois d'ici à la fin de 1991. La révision de la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail en 1990 a largement contribué à réduire les obstacles à l'établissement de points de vente au détail". Pièce n° E-4 du Japon.

¹⁰²⁴Le National Trade Estimates Report de 1994 indiquait ce qui suit: "Lorsqu'il a révisé la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail, le MITI a rejeté des initiatives visant à l'abroger, estimant que cela pourrait entraîner un renforcement des réglementations des administrations locales concernant les grandes surfaces. Les Etats-Unis estiment que le MITI devrait au moins prendre des dispositions pour rationaliser encore la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail, par exemple en ramenant le délai actuel d'examen des demandes de 12 à trois mois." USTR, 1994 National Trade Estimates Report, pièce n° E-4 du Japon.

¹⁰²⁵Selon les Etats-Unis, le fait que les concurrents locaux continuent de jouer un rôle prépondérant dans le processus d'examen des grandes surfaces est attesté par des études du gouvernement japonais.

Le Japon fait toutefois observer que cette affirmation des Etats-Unis repose sur plusieurs erreurs de traduction des documents cités, comme il est indiqué dans la sous-section V.C.2 b) ii) relative aux "Dispositions de fond" de la Loi sur les primes, en particulier aux paragraphes 5.400 à 5.402.

des pratiques commerciales loyales dans le secteur photographique pour discipliner à la fois les membres et les non-membres de manière à restreindre la concurrence exercée par les nouveaux venus au niveau des prix ou des offres promotionnelles.

6.606 S'agissant des mesures en matière de promotion, le Japon indique que la Loi sur les primes et les circulaires pertinentes ont été publiées et que leurs prescriptions sont actuellement des faits notoires et le sont depuis longtemps.¹⁰²⁶ Toutes les circulaires de la JFTC et tous les codes de concurrence loyale sont également publiés et sont donc des faits notoires.¹⁰²⁷ Le Japon souligne que les Etats-Unis devraient être considérés comme ayant connaissance de ces documents publiés et de ces faits notoires. Il fait en outre remarquer que la section du rapport NTE de 1990 intitulée "Restrictions concernant les pratiques de commercialisation" critique la Loi sur les primes et fait même expressément référence aux pellicules:

"Les règlements de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales (JFTC) restreignent sensiblement l'utilisation des primes et des autres incitations à la vente offertes aux consommateurs, aux distributeurs et aux détaillants. Au titre de la "Loi sur les primes" de 1962, la JFTC peut autoriser l'établissement de Codes de concurrence loyale. ... Dans le cadre de ce mécanisme, les fabricants nationaux fixent des règles pour la promotion de l'industrie auxquelles la JFTC donne ensuite un statut juridique. Ces règles entravent la capacité des entreprises étrangères de soutenir la concurrence sur le marché japonais. ... La suppression d'autres restrictions pourrait entraîner une augmentation des ventes de nombreux produits ... elle pourrait également élargir les débouchés pour des marchandises telles que les pellicules et les produits de confiserie, qui sont utilisées comme primes."¹⁰²⁸

Le Japon en conclut qu'en 1990 les Etats-Unis avançaient exactement les mêmes arguments que ceux qu'ils ont présentés au Groupe spécial. Il signale en outre qu'une grande partie du texte cité ci-dessus a été reprise, presque mot pour mot, dans les rapports de 1991, 1992, 1993 et 1994.¹⁰²⁹

6.607 S'agissant de la Loi sur les primes, les Etats-Unis font observer qu'ils ont examiné avec le Japon dans le cadre de la SII les restrictions de la JFTC concernant l'utilisation des primes, y compris les restrictions visant

- i) les primes aux grossistes (Circulaire n° 17 de la JFTC);
- ii) les primes aux consommateurs (Circulaire n° 5 de la JFTC); et
- iii) les lots offerts dans les loteries publicitaires (Circulaire n° 34 de la JFTC).

6.608 Toutefois, les Etats-Unis soulignent que ces éléments ont été examinés de manière générale, mais que la loi n'a pas été examinée dans son rapport avec le secteur des fournitures photographiques. Ils soutiennent, en outre, que les codes spécifiques en cause, plus précisément le Code de concurrence loyale des détaillants, n'ont jamais été examinés. De plus, dans la mesure où la Loi sur les primes et les codes de concurrence loyale ont été examinés d'une manière générale dans le cadre de la SII, les

¹⁰²⁶La Loi sur les grandes surfaces de vente au détail a été publiée au Kampo le 1er octobre 1973. La Loi sur les primes a été publiée au Kampo en 1962.

¹⁰²⁷La communication des Etats-Unis contient des copies de toutes les circulaires de la JFTC provenant de sources aisément accessibles.

¹⁰²⁸1990 National Trade Estimates Report on Foreign Trade Barriers, page 125, pièce n° E-4 du Japon.

¹⁰²⁹La pièce n° E-4 du Japon contient les extraits pertinents de chacune de ces livraisons du National Trade Estimates Report on Foreign Trade Barriers.

Etats-Unis pensaient que le Japon respecterait l'engagement qu'il avait pris dans le rapport sur la SII "de mettre en oeuvre ce système de manière qu'il ne fasse pas obstacle à de nouvelles implantations" d'entreprises étrangères ou nationales.

F. EFFET CONJUGUE DES TROIS SERIES DE MESURES

6.609 Contre-mesures en matière de distribution. De l'avis des Etats-Unis, les "contre-mesures en matière de distribution" agissent conjointement comme un tout organique. Les différents rapports, études, enquêtes, lignes directrices et programmes de financement spécifiques - ou autres contre-mesures en matière de distribution - n'auraient peut-être pas suffi, à eux seuls, pour atteindre l'objectif du Japon visant à restructurer le système de distribution. Selon les Etats-Unis, le MITI a indiqué que le processus d'instauration d'un nouvel ordre industriel exigerait une interaction du gouvernement et de l'industrie à long terme. Le MITI espérait que le gouvernement et l'industrie collaboreraient pour fixer les objectifs de la restructuration industrielle et inciter les entreprises à faire des efforts pour atteindre ces objectifs, avec l'appui d'incitations fiscales et autres du gouvernement. Les principaux spécialistes au Japon conviennent qu'une façon d'assurer l'efficacité des "directives administratives" est de s'efforcer constamment d'étudier, de surveiller, d'encourager et de cibler l'utilisation des incitations fiscales pour amener le secteur privé à tenir compte des objectifs fixés par le gouvernement, évaluer la façon dont il réalise ces objectifs et soumettre ceux qui sont en retard dans cette réalisation à la pression de leurs pairs.

6.610 Les Etats-Unis allèguent que les mesures énumérées dans la section "contre-mesures en matière de distribution" fonctionnent comme un tout, c'est-à-dire que les contre-mesures en matière de distribution dans leur ensemble i) contreviennent à l'article III:4 et ii) annulent ou compromettent des avantages résultant du GATT, au sens de l'article XXIII:1 b).

6.611 Contre-mesures en matière de distribution conjointement avec la Loi sur les grandes surfaces. Les Etats-Unis allèguent que la Loi sur les grandes surfaces et les mesures connexes ont servi à soutenir le système de distribution à intégration verticale encouragé par le gouvernement japonais dans le secteur des pellicules et papiers photographiques. Un rapport faisant suite à une enquête de 1971 du MITI concernant les conditions générales de vente démontre que le MITI considérait les grandes surfaces comme une menace pour les systèmes de distribution oligopolistiques de Fuji et de Konica. Il indique deux éléments qui menacent ce système oligopolistique, premièrement l'"expansion des circuits de vente au détail (en particulier les chaînes ordinaires et les supermarchés) autres que les magasins de détail de matériel photo et les modifications des conditions générales de vente dues à ce dynamisme" et, deuxièmement, les "effets de la pleine participation de Eastman Kodak". Les "directives" indiquaient pourquoi les grandes surfaces menaçaient la distribution oligopolistique: "Lorsque cette part [la part des ventes de pellicules effectuées par les supermarchés] deviendra plus importante, l'influence sur les fabricants augmentera et le système de marché contrôlé par les fabricants sera ébranlé." Sans les mesures destinées à restreindre l'expansion des grandes surfaces, les Etats-Unis soutiennent que celles-ci auraient introduit dans le système de distribution japonais une capacité de négociation et une concurrence suffisantes pour affaiblir le contrôle vertical exclusif sur la distribution exercé par les fabricants japonais. En conséquence, les Etats-Unis estiment que la Loi sur les grandes surfaces et les mesures connexes devraient être considérées comme des mesures importantes dans le cadre des efforts globaux faits par le Japon pour créer et soutenir un système de distribution à intégration verticale dominé par les fabricants.

6.612 Les Etats-Unis allèguent donc que la Loi sur les grandes surfaces, les mesures connexes et les contre-mesures en matière de distribution conjointement annulent ou compromettent des avantages résultant de l'Accord général, au sens de l'article XXIII:1 b).

6.613 Le Japon soutient que les Etats-Unis prennent simplement une déclaration sortie de son contexte pour étayer leur argument selon lequel la Loi sur les grandes surfaces de vente au détail a "servi à soutenir"

le système de distribution que le gouvernement aurait encouragé dans le secteur des pellicules et papiers photographiques.¹⁰³⁰ Le Japon fait valoir qu'en faisant des commentaires anodins au sujet de "problèmes futurs", on examine la menace de la réapparition de conditions commerciales irrationnelles, non la menace que les grandes surfaces pourraient faire peser sur un système de distribution présumé oligopolistique que le gouvernement essaierait de protéger. Le Japon fait observer qu'il considérerait la "libre concurrence" comme une chose positive.¹⁰³¹ La crainte exprimée au sujet de l'augmentation des ventes effectuées par les supermarchés n'était pas qu'un oligopole national établi soit menacé, mais que ces nouveaux circuits de vente au détail introduisent des pratiques commerciales irrationnelles telles que des délais de paiement anormalement longs, des renvois de produits et des pratiques de détachement de personnel.¹⁰³²

6.614 Restrictions touchant les grandes surfaces: Les Etats-Unis allèguent qu'indépendamment du rôle que la Loi sur les grandes surfaces joue dans le soutien du système de distribution oligopolistique dans le secteur japonais des pellicules et papiers photographiques, les restrictions touchant les grandes surfaces ont limité l'accès au marché en réduisant un autre circuit possible pour commercialiser les produits étrangers. Même si le développement sans restriction des grandes surfaces ne modifiait pas la domination exclusive des fabricants sur les grossistes japonais, elle autoriserait néanmoins l'expansion d'un circuit de vente qui s'était avéré plus favorable aux importations au Japon. Les Etats-Unis citent en exemple le cas d'Agfa qui effectue au moins la moitié de ses ventes de pellicules au Japon à la chaîne de supermarchés Daiei, le plus gros détaillant japonais. Si l'expansion de Daiei n'avait pas été retardée pendant trois décennies par une réglementation sévère du gouvernement japonais, cette chaîne de magasins pourrait être encore plus importante aujourd'hui et achèterait davantage à Agfa. D'un autre côté, si les grossistes primaires du Japon n'avaient pas des relations d'exclusivité avec les fabricants japonais et étaient disposés à vendre des pellicules étrangères, il serait beaucoup moins nécessaire de recourir aux grandes surfaces comme solution de rechange.

6.615 En conséquence, à l'allégation mentionnée ci-dessus concernant la Loi sur les grandes surfaces conjointement avec les contre-mesures en matière de distribution s'ajoute l'allégation des Etats-Unis selon laquelle la Loi sur les grandes surfaces et les mesures connexes en elles-mêmes, dans le contexte d'un système de distribution fermé, annulent ou compromettent des avantages résultant de l'Accord général, au sens de l'article XXIII:1 b).

6.616 En réponse, le Japon souligne tout d'abord que la Loi sur les grandes surfaces ne prescrit pas les produits que les gros détaillants peuvent proposer et ne fait pas non plus entrer en ligne de compte la nature, et encore moins l'origine, des produits qu'un détaillant vend lorsqu'il s'agit de déterminer si des ajustements sont nécessaires et quels sont ces ajustements. Deuxièmement, le Japon réfute l'allégation relative à l'attitude favorable que les grandes surfaces auraient à l'égard des importations en faisant valoir que les détaillants, qu'ils soient gros ou petits, choisissent les marques qu'ils proposent de manière à maximiser les bénéfices; il n'y a aucune raison de croire que la taille des magasins modifie en quoi que ce soit la rentabilité de produits particuliers. De l'avis du Japon, il n'y a en fait aucune corrélation entre

¹⁰³⁰Plus précisément, le Japon note que les Etats-Unis choisissent quelques phrases dans la catégorie résiduelle "autres" à la fin d'un rapport de plusieurs centaines de pages sur les conditions générales de vente. Japan's 1969 Survey, page 309, pièce n° B-1 du Japon.

¹⁰³¹Le Japon fait observer que les Etats-Unis ont laissé de côté une partie essentielle de la citation: "le système de marché contrôlé par les fabricants sera ébranlé, créant ainsi un environnement de libre concurrence" (non souligné dans l'original). Le Japon relève aussi une erreur de traduction: à la fin de cette citation, le Japon a par inadvertance oublié le membre de phrase "ce qui est un effet souhaitable". Même s'il est peu probable que la citation initiale soit considérée comme faisant état d'une menace, la citation corrigée indique clairement que la "libre concurrence" est "souhaitable".

¹⁰³²1969 Survey, pièce n° B-1 du Japon, page 309.

la taille d'un magasin et la probabilité que ce dernier propose des marques étrangères; le succès d'Agfa auprès de Daiei, allégué par les Etats-Unis, tient peut-être au fait qu'Agfa a concentré son effort commercial sur Daiei et n'a donc aucun lien logique avec l'espace important consacré à la vente au détail dans certains magasins Daiei (outre des grandes surfaces, Daiei exploite un certain nombre de magasins de petite et moyenne dimension). Troisièmement, le Japon fait observer que selon ses propres termes, la loi réglemente les grandes surfaces sans tenir compte du rapport qu'elles et les petits et moyens détaillants du voisinage ont avec tel ou tel fabricant ou distributeur; la loi a été conçue pour préserver la diversité des points de vente au détail, politique qu'appliquent de nombreuses administrations nationales et locales dans le monde entier. Le Japon en conclut que la Loi sur les grandes surfaces ne peut pas bouleverser la position concurrentielle des pellicules et papiers photographiques importés.

6.617 Contre-mesures en matière de promotion: Les Etats-Unis allèguent que les contre-mesures en matière de promotion ont elles aussi soutenu le système de distribution fermé dominé par les fabricants. De manière tout à fait directe, la Circulaire n° 17 publiée conformément à la Loi sur les primes a privé les fabricants étrangers d'un moyen important d'offrir aux distributeurs japonais des conditions plus intéressantes pour commercialiser des produits étrangers. La Circulaire n° 17 a essentiellement exclu toutes formes de primes des fabricants aux grossistes, sauf celles de caractère symbolique. Le fait de limiter la possibilité d'offrir des primes restreignait la capacité des fabricants étrangers d'utiliser leur pouvoir financier et commercial pour inciter les distributeurs japonais à abandonner leurs rapports d'exclusivité avec les fabricants japonais ou pour consolider leurs propres rapports avec les distributeurs japonais. Du fait que la Circulaire n° 17 soutenait directement le système de distribution japonais dominé par les fabricants, elle devait être considérée aussi bien comme une contre-mesure en matière de distribution que comme une contre-mesure en matière de promotion. Les autres contre-mesures en matière de promotion contribuaient également à restreindre l'accès des pellicules et papiers photographiques étrangers au marché japonais. Lorsqu'un fabricant étranger a un accès limité au système de distribution, il importe tout particulièrement qu'il puisse attirer les grossistes, détaillants et consommateurs japonais grâce à des primes et des activités de promotion intéressantes. Prise individuellement, l'une quelconque de ces limites concernant les primes et les activités de promotion n'aurait peut-être pas entravé sensiblement la capacité des entreprises étrangères de soutenir la concurrence au Japon. Mais prises globalement, les contre-mesures en matière de promotion avaient effectivement un effet de paralysie important, en particulier dans le contexte du système de mise en oeuvre par le biais des codes de concurrence loyale et des conseils des pratiques commerciales loyales. En conséquence, les Etats-Unis allèguent que les contre-mesures en matière de promotion devraient être considérées ensemble aux fins de l'article XXIII:1 b).

6.618 Etant donné la structure du marché au Japon dans laquelle les fabricants étrangers n'avaient effectivement pas accès aux circuits des distributeurs primaires, les Etats-Unis allèguent que les contre-mesures en matière de promotion considérées ensemble ont en elles-mêmes annulé ou compromis des avantages au sens de l'article XXIII:1 b).

6.619 Le Japon rejette les affirmations des Etats-Unis concernant les diverses allégations individuelles, parce que, à son avis, aucune des mesures en cause considérée individuellement n'a d'effet préjudiciable sur les produits importés ou ne modifie les conditions de concurrence pour les produits importés. Le Japon souligne que même lorsque les politiques en matière de distribution et les mesures connexes à la Loi sur les primes sont considérées individuellement comme un "ensemble de mesures", elles ne pénalisent absolument pas les importations car, à son avis, rien conjugué à rien, c'est toujours rien.

6.620 Mesures en matière de promotion, mesures en matière de distribution et restrictions touchant les grandes surfaces: Les Etats-Unis allèguent en outre que les contre-mesures en matière de promotion dans leur ensemble ont agi conjointement avec les efforts du gouvernement japonais visant à restructurer le système de distribution par le biais des contre-mesures en matière de distribution et des mesures relatives

aux grandes surfaces pour annuler ou compromettre des avantages résultant du GATT, au sens de l'article XXIII:1 b).

6.621 Le Japon soutient que les allégations des Etats-Unis concernant les trois catégories de mesures agissant conjointement les unes avec les autres sont viciées tant pour ce qui est des faits que du raisonnement. Premièrement, de l'avis du Japon, les Etats-Unis n'ont pas présenté d'éléments de preuve crédibles établissant que les mesures étaient destinées à agir conjointement et qu'elles ont en fait agi conjointement. Le Japon allègue en outre que les Etats-Unis n'ont pas présenté d'éléments de preuve établissant que la Loi sur les grandes surfaces visait d'une manière quelconque à défavoriser les produits étrangers, étant donné que la loi est actuellement appliquée et l'a toujours été de façon uniforme à toutes les entités désireuses de fournir des services de vente au détail. De même, le Japon soutient que les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence d'actions de la JFTC ayant des incidences préjudiciables sur les produits étrangers. Selon le Japon, les mesures avaient des objectifs très différents et n'étaient pas destinées à agir conjointement.

6.622 Le Japon en conclut que les groupes spéciaux devraient examiner les mesures elles-mêmes, non leurs conséquences ou leur effet réel sur le commerce¹⁰³³ étant donné que les résultats sur le marché sont soumis à de multiples influences. Lorsque les Etats-Unis demandent au Groupe spécial de concentrer son attention sur l'interaction alléguée de mesures individuelles, de l'avis du Japon, ils semblent évaluer cette interaction en considérant les résultats sur le marché tels qu'une faible part de marché pour les importations. Le Japon soutient que les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence d'une interaction explicite de ces mesures, mais n'ont pas d'autre choix que de s'en remettre implicitement aux résultats sur le marché.¹⁰³⁴ Le Japon en conclut que les Etats-Unis demandent donc au présent Groupe spécial de faire ce que les groupes spéciaux ont à maintes reprises refusé de faire par le passé, à savoir aller au-delà des modalités des mesures elles-mêmes et évaluer les résultats sur le marché. Le Japon conteste vigoureusement cette approche sur le plan des principes juridiques de l'OMC, notant que, toutefois, si le Groupe spécial devait prendre en compte les chiffres relatifs à la part de marché, cela serait en fait défavorable aux Etats-Unis. Le Japon rappelle qu'il ne s'est presque rien passé après les concessions accordées dans le cadre du Tokyo Round de 1979, mais que certaines actions gouvernementales sont intervenues après les concessions accordées dans le cadre du Kennedy Round de 1967 pour les pellicules et papiers noir et blanc. Le niveau et l'augmentation de la part de marché correspondant aux importations pour les pellicules et papiers noir et blanc n'ont toutefois strictement rien à voir avec une hypothétique annulation ou réduction d'avantages.¹⁰³⁵

¹⁰³³Rapport du Groupe spécial Japon - Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS8, 10, 11/AB/R, AB-1996-2, page 19; rapport du Groupe spécial Etats-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930, adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386, 432-434, paragraphes 5.11 à 5.13; rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation, adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154, 174-180, paragraphes 5.11 à 5.1.9. Le Japon reconnaît que ces rapports de groupes spéciaux traitaient cette question dans le contexte de l'article III; étant donné la similarité des éléments à examiner, il estime que les précédents relatifs à l'article III cités peuvent fournir des indications utiles pour évaluer les allégations en situation de non-violation formulées par les Etats-Unis.

¹⁰³⁴Dans le rapport NTE de 1996, l'USTR note qu'en l'espèce les "contre-mesures en matière de libéralisation" ont été mises en oeuvre entre 1967 et 1984, mais que "la protection de ce secteur assurée antérieurement par le MITI a encore aujourd'hui un effet persistant dans la structure de distribution des fournitures photographiques destinées aux consommateurs". De l'avis du Japon, il est clair que les Etats-Unis se plaignent d'"effets persistants" allégués, non de mesures.

¹⁰³⁵Plus précisément, la part de marché détenue par les fabricants étrangers pour les pellicules et papiers noir et blanc a progressé pour atteindre pas moins de 41,4 pour cent (1985) et 54 pour cent (1989), respectivement.