

X. CONSTATATIONS

A. QUESTIONS PRELIMINAIRES

10.1 A titre préliminaire, le Japon demande au Groupe spécial d'exclure de l'examen huit¹¹⁷⁶ "mesures"¹¹⁷⁷ distinctes qui, à son avis, ne relèvent pas du mandat du Groupe spécial car elles n'ont pas été expressément indiquées dans la demande d'établissement du Groupe spécial présentée par les Etats-Unis. Les huit "mesures" sont les suivantes:

- 1) Sixième Rapport intérimaire de 1968 du Conseil des structures industrielles, "Modernisation de la distribution - Perspectives et enjeux";
- 2) Aide financière de 1976 de la JDB à Konica pour des installations de distribution communes;
- 3) Aide financière de 1967/1977 de la SMEA aux laboratoires de développement (pour leur permettre d'acheter du nouveau matériel pour le développement de films couleur);
- 4) Règlement n° 1 de 1971 de la JFTC au titre de l'article 6 de la Loi antimonopole (prescription de notification des marchés internationaux);
- 5) Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC concernant les primes aux entreprises;
- 6) Circulaire n° 34 de 1967 de la JFTC concernant les loteries publicitaires;
- 7) Circulaire n° 5 de 1977 de la JFTC concernant les primes aux consommateurs; et
- 8) "Directives" de 1983 de la JFTC sur l'établissement de règles concernant la publicité d'appel et le dumping.

10.2 Le Japon allègue que ces "mesures" ont été mentionnées pour la première fois par les Etats-Unis dans leur première communication au Groupe spécial et n'ont jamais été soulevées par les Etats-Unis lors des consultations tenues au titre de l'article 4:4 du Mémoire d'accord ni expressément indiquées dans la demande d'établissement du Groupe spécial présentée par les Etats-Unis au titre de l'article 6:2 du Mémoire d'accord. Nous notons à cet égard que, bien que le Japon présente des arguments au sujet du fait que les Etats-Unis n'auraient pas tenu de consultations sur les huit "mesures" qu'il souhaite exclure de l'examen en l'espèce, la décision qu'il demande concerne uniquement le fait que les Etats-Unis n'auraient pas indiqué expressément ces mêmes huit "mesures" dans leur demande d'établissement du Groupe spécial. En conséquence, nous nous abstenons d'examiner la conformité de la façon de procéder des Etats-Unis avec les prescriptions en matière de consultations énoncées à l'article 4:4 du Mémoire d'accord et concentrerons plutôt notre attention sur l'allégation formulée par le Japon au titre de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.

10.3 Les Etats-Unis rétorquent qu'ils ont satisfait aux prescriptions de l'article 6:2 et que ces "mesures" relèvent donc du mandat du Groupe spécial. Plus précisément, ils font valoir que: 1) le Japon était suffisamment informé des "mesures" visées indirectement par la demande d'établissement du Groupe

¹¹⁷⁶Dans sa demande concernant une décision préliminaire, le Japon s'est opposé à l'inclusion de neuf des "mesures" examinées dans la première communication écrite présentée par les Etats-Unis au Groupe spécial. Après la réponse donnée par les Etats-Unis à une question du Groupe spécial, dans laquelle ils précisaient les mesures faisant l'objet de leurs allégations, le Japon s'est opposé à l'inclusion d'une mesure additionnelle, mais ne s'est plus opposé à l'inclusion de deux mesures qui n'étaient pas mentionnées dans la réponse des Etats-Unis.

¹¹⁷⁷Dans nos constatations, une des questions essentielles est celle de savoir si certaines actions ou politiques gouvernementales citées par les Etats-Unis sont des mesures au sens de l'article XXIII:1 b) du GATT. Lorsque nous examinons les allégations et les arguments des parties, nous mettons le terme "mesure" entre guillemets. Il n'y a pas de guillemets uniquement lorsque nous utilisons le terme d'une manière plus générale ou lorsque nous avons décidé ou supposé que ces actions ou politiques gouvernementales étaient des mesures au sens de l'article XXIII:1 b).

spécial présentée par les Etats-Unis; 2) le Japon ne s'est pas plaint de ce que l'une quelconque des "mesures" ne soit pas connexe aux "mesures" qui ont été examinées lors des consultations et indiquées dans la demande d'établissement du Groupe spécial; et 3) les moyens qu'ils ont choisis pour décrire ces "mesures" sont rendus nécessaires par la nature des "mesures" elles-mêmes. Le Japon conteste chacun de ces arguments des Etats-Unis.

1. SPECIFICITEDES "MESURES" INDIQUEESDANSLADEMANDE D'ETABLISSEMENT DU GROUPE SPECIAL

a) L'article 6:2 et la demande d'établissement du Groupe spécial

10.4 Le point de départ de notre analyse est l'article 6:2 du Mémorandum d'accord, dont la partie pertinente dispose ce qui suit:

"La demande d'établissement d'un groupe spécial sera présentée par écrit. Elle précisera si des consultations ont eu lieu, indiquera les mesures spécifiques en cause et contiendra un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème. ..." (non souligné dans l'original).

10.5 La partie pertinente de la demande d'établissement du Groupe spécial présentée par les Etats-Unis est ainsi libellée:

"Le gouvernement japonais a mis en oeuvre et maintient des lois, règlements, prescriptions et mesures (dénommés collectivement "mesures") affectant la distribution, la mise en vente et la vente sur le marché intérieur de pellicules et papiers photographiques d'importation destinés aux consommateurs, y compris: les contre-mesures en matière de libéralisation; les mesures en matière de distribution, telles que, mais non uniquement, la décision du cabinet, la directive administrative et autres mesures énumérées à l'appendice A; la Loi sur l'ajustement des activités du secteur du commerce de détail concernant les grandes surfaces de vente au détail, n° 109 de 1973 (Daiten Ho); les mesures spéciales pour l'ajustement du commerce de détail, n° 155 de 1959 (Shocho Ho); la Loi contre les primes injustifiables et les déclarations mensongères, n° 134 de 1962; les mesures visant le détachement de personnel conformément à la Loi concernant l'interdiction du monopole privé et le maintien d'un commerce équitable, n° 54 de 1947; la Loi sur la réforme des entreprises pour certaines industries, n° 61 de 1995; la Loi sur l'établissement du Ministère du commerce extérieur et de l'industrie, n° 275 de 1952; et les mesures connexes.

Les Etats-Unis considèrent que ces mesures annulent ou compromettent leurs avantages, au sens de l'article XXIII:1 a), du fait que le gouvernement japonais ne s'est pas conformé à ses obligations au titre des articles III et X de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT). Plus précisément, les mesures du gouvernement japonais:

- ont été mises en oeuvre et maintenues de manière à protéger la production nationale de pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs au sens de l'article III:1 du GATT;
- sont contraires à l'article III:4 du GATT car elles affectent les conditions de concurrence concernant la distribution, la mise en vente et la vente sur le marché intérieur de pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs d'une manière qui accorde aux pellicules et papiers importés un traitement moins

favorable que le traitement accordé aux produits comparables d'origine nationale;
et

- sont contraires à l'article X:1 et X:3 du GATT parce qu'elles manquent de transparence du fait qu'elles n'ont pas été publiées dans les moindres délais et n'ont pas été appliquées d'une manière uniforme, impartiale et raisonnable.

En outre, l'application de ces mesures par le gouvernement japonais annule ou compromet, au sens de l'article XXIII:1 b) du GATT, les concessions tarifaires que le gouvernement japonais a accordées pour les pellicules et papiers photographiques noir et blanc et couleur destinés aux consommateurs dans le cadre des négociations tarifaires multilatérales du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

[La description des consultations est omise]

En conséquence, conformément aux articles 4 et 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, les Etats-Unis ont l'honneur de demander l'établissement d'un groupe spécial doté du mandat type indiqué à l'article 7 dudit Mémoire d'accord.

[La demande concernant une réunion extraordinaire de l'ORD est omise]

APPENDICE A

- MITI, "Directive administrative visant à promouvoir la rationalisation du système de distribution", 1966.
- Décision du Cabinet, "Libéralisation de l'investissement étranger", 6 juin 1967.
- Sous-Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles du MITI, "Systématisation de la distribution", 1969 (Tsusansho Koho, 13 et 14 août 1969).
- Etude préparatoire du MITI, "L'état réel des pratiques commerciales dans le secteur des films photographiques", 1969.
- MITI, "Lignes directrices pour la normalisation du commerce des pellicules", 1970.
- MITI, "Rapport du Bureau économique sur les prix des pellicules", 1970.
- MITI, "Plan de base concernant la systématisation de la distribution", 1971.
- MITI, "Manuel concernant la systématisation de la distribution", 1975.
- MITI, "Lignes directrices pour l'amélioration des pratiques commerciales", 1990.
- MITI et Agence pour les petites et moyennes entreprises, "La distribution au 21ème siècle", 1995 (et versions antérieures pour les années 70, 80 et 90).
- Conseil de la systématisation de l'information sur la distribution dans l'industrie photographique [Kyogikai], "Manuel général pour la systématisation de l'information sur la distribution dans l'industrie photographique", 1996 (et versions de 1989, 1990, 1991 et 1992).
- Autres mesures connexes, y compris lignes directrices.¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁸WT/DS44/2.

b) Analyse de l'article 6:2

10.6 Nous procéderons à notre analyse de l'exception de procédure opposée par le Japon à la lumière des règles d'interprétation de la Convention de Vienne¹¹⁷⁹ et de l'article XVI de l'Accord sur l'OMC.¹¹⁸⁰ A cet égard, nous examinons, selon qu'il convient, i) le sens ordinaire des termes de l'article 6:2; ii) le contexte et l'objet et le but de l'article 6:2 et iii) la pratique antérieure au titre de l'article 6:2 et de la disposition qui l'a précédé.¹¹⁸¹

10.7 La partie de l'article 6:2 en rapport avec l'exception opposée par le Japon dispose que "[l]a demande d'établissement d'un groupe spécial ... indiquera les mesures spécifiques en cause ...". Les deux parties conviennent, et notre lecture de la demande d'établissement du Groupe spécial présentée par les Etats-Unis confirme, que cette demande d'établissement n'indique pas expressément les huit "mesures" pour lesquelles le Japon oppose une exception.

10.8 Il s'agit dès lors de savoir si le critère du sens ordinaire des termes de l'article 6:2, qui prescrit que "les mesures spécifiques en cause" soient indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, peut être rempli dans le cas où une "mesure" n'est pas expressément mentionnée dans la demande. Pour respecter les termes de l'article 6:2, il semble clair qu'une "mesure" qui n'est pas expressément mentionnée dans une demande d'établissement de groupe spécial doit avoir un rapport évident avec une "mesure" qui y est expressément mentionnée, afin que l'on puisse dire qu'elle est "incluse" dans la "mesure" spécifiée. A notre avis, les prescriptions de l'article 6:2 seraient respectées dans le cas d'une "mesure" qui est annexe à une "mesure" expressément indiquée ou qui lui est si étroitement liée que l'on peut raisonnablement constater que la partie défenderesse a été suffisamment informée de la portée des allégations formulées par la partie plaignante. Les deux éléments essentiels - le lien étroit et l'information - sont interdépendants: ce n'est que si une "mesure" est annexe ou étroitement liée à une "mesure" expressément indiquée que l'information sera suffisante. Par exemple, nous considérons que lorsqu'une loi-cadre fondamentale concernant un domaine restreint et prévoyant des "mesures" de mise en oeuvre est spécifiée dans une demande d'établissement de groupe spécial, les "mesures" de mise en oeuvre pourraient être considérées dans des circonstances appropriées comme effectivement incluses dans la demande d'établissement du groupe spécial ainsi qu'aux fins de l'article 6:2. Ces circonstances englobent le cas d'une loi-cadre fondamentale qui précise la forme et définit la teneur et la portée éventuelles des "mesures" de mise en oeuvre. Comme il est indiqué plus loin, cette interprétation de l'article 6:2 est

¹¹⁷⁹L'Organe d'appel a clairement indiqué dans ses deux premières décisions qu'au titre de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord le point de départ pour l'interprétation des dispositions de l'OMC est la Convention de Vienne sur le droit des traités. La partie pertinente de l'article 31 de la Convention de Vienne dispose ce qui suit: "1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but". Voir le rapport de l'Organe d'appel Japon - Taxes sur les boissons alcooliques ("Japon - Boissons alcooliques"), adopté le 1er novembre 1996, WT/DS8, 10 et 11/AB/R, pages 11 à 13; et le rapport de l'Organe d'appel Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules ("Etats-Unis - Essence"), adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, pages 18 et 19.

¹¹⁸⁰L'article XVI dispose ce qui suit: "Sauf disposition contraire du présent accord des Accords commerciaux multilatéraux, l'OMC sera guidée par les décisions, les procédures et les pratiques habituelles des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 et des organes établis dans le cadre du GATT de 1947".

¹¹⁸¹Dans le cas des rapports de groupes spéciaux adoptés, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit: "Les rapports de groupes spéciaux adoptés sont une partie importante de l'acquis du GATT. Ils sont souvent examinés par des groupes spéciaux établis ultérieurement. Ils suscitent chez les Membres de l'OMC des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend. Mais ils n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause." Japon - Boissons alcooliques, WT/DS8/AB/R, page 16.

compatible avec le contexte et l'objet et le but de l'article 6:2 ainsi qu'avec la pratique des groupes spéciaux antérieurs.

10.9 Le Groupe spécial chargé de l'affaire Bananes III a constaté que l'objet et le but de la prescription de spécificité énoncée à l'article 6:2 sont d'assurer la clarté du mandat des groupes spéciaux, lequel, conformément à l'article 7 du Mémoire d'accord, est habituellement déterminé par la demande d'établissement d'un Groupe spécial et d'informer le défendeur et les tierces parties éventuelles de la portée des allégations formulées par la partie plaignante (c'est-à-dire les "mesures" incriminées et les dispositions de l'OMC invoquées par la partie plaignante).¹¹⁸² Pour autant que l'article 6:2 est interprété comme exigeant que toute "mesure" incriminée soit spécifiée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial ou soit annexe ou étroitement liée aux "mesures" spécifiées, il est satisfait au critère de l'objet et du but de l'article 6:2.

10.10 L'interprétation proposée est également compatible avec la pratique de groupes spéciaux antérieurs dans le cadre de l'OMC et du GATT. Le Groupe spécial chargé de l'affaire Bananes III est le seul groupe spécial de l'OMC à avoir interprété l'aspect de l'article 6:2 visé en l'espèce, c'est-à-dire la définition des "mesures" censées être couvertes par une demande d'établissement de groupe spécial. Dans la demande d'établissement du Groupe spécial chargé de l'affaire Bananes III, le "règlement fondamental de la CEE en cause" avait été indiqué en en donnant le lieu et la date de publication. En outre, la demande mentionnait de manière générale "la législation, les règlements, les mesures administratives ultérieures de la CE ... qui mettent en oeuvre, complètent et modifient le régime [de la CE applicable aux bananes]". Le Groupe spécial a constaté que cette référence était suffisante pour satisfaire à la prescription de spécificité énoncée à l'article 6:2 parce que les mesures que les plaignants contestaient étaient "indiqué[es] de façon adéquate", même si elles n'étaient pas expressément énumérées.¹¹⁸³ L'Organe d'appel a confirmé que la demande d'établissement du Groupe spécial "contient une indication des mesures spécifiques en cause qui est suffisante pour satisfaire aux prescriptions de l'article 6:2".¹¹⁸⁴ A notre avis, il est possible de constater que des "mesures" qui sont annexes ou étroitement liées à des "mesures" spécifiées sont "indiquées de façon adéquate" au sens où ce concept a été appliqué dans l'affaire Bananes III.

10.11 L'interprétation proposée est également compatible avec d'autres affaires soumises à l'OMC/au GATT portant sur des questions relatives au mandat. Dans une affaire de ce genre instruite dans le cadre de l'OMC, il a été constaté qu'une mesure ne relevait pas du mandat lorsqu'il n'en était pas du tout fait mention dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.¹¹⁸⁵ Dans une affaire traitée en 1984 dans le cadre du GATT, un groupe spécial a refusé d'examiner toute mesure liée à la "fabrication" de produits du fait que son mandat "ne mentionn[ait] que les achats de marchandises au Canada et/ou

¹¹⁸²Rapport du Groupe spécial Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes ("Bananes III"), adopté le 25 septembre 1997, WT/DS27/R, paragraphe 7.35, modifié pour d'autres motifs par l'Organe d'appel dans le rapport WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel Bananes III, WT/DS27/AB/R, paragraphe 142; et le rapport de l'Organe d'appel Brésil - Mesures visant la noix de coco desséchée ("Brésil - Noix de coco desséchée"), adopté le 20 mars 1997, WT/DS22/AB/R, page 23.

¹¹⁸³Bananes III, WT/DS27/R, paragraphe 7.27.

¹¹⁸⁴Bananes III, WT/DS27/AB/R, paragraphe 140.

¹¹⁸⁵Japon - Boissons alcooliques, paragraphe 6.5. La demande d'établissement du Groupe spécial se référait à la Loi japonaise sur la taxation des boissons alcooliques; la mesure additionnelle était la Loi sur les mesures fiscales spéciales.

les exportations de marchandises du Canada".¹¹⁸⁶ De même, il a été constaté que des allégations fondées sur des dispositions du GATT ou d'autres accords qui n'étaient pas mentionnées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial ne relevaient pas du mandat du groupe spécial concerné.¹¹⁸⁷

c) Les huit "mesures" à la lumière de l'article 6:2

10.12 Nous allons maintenant examiner les huit "mesures" pour lesquelles le Japon a opposé une exception au titre de l'article 6:2 du Mémoire d'accord. Compte tenu de l'analyse que nous faisons du texte de l'article 6:2 conformément aux règles d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne, nous pensons que les huit "mesures" en cause peuvent être utilement divisées en quatre catégories.

10.13 Dans la première catégorie, nous rangerions deux mesures qui, même si elles ne sont pas expressément indiquées dans la demande d'établissement du Groupe spécial peuvent, à notre avis, être considérées comme annexes ou étroitement liées à la Loi sur les primes, laquelle est expressément indiquée dans la demande d'établissement du Groupe spécial présentée par les Etats-Unis. Ces deux mesures sont la Circulaire n° 17 de la JFTC concernant les primes aux entreprises et la Circulaire n° 5 de la JFTC concernant les primes aux consommateurs, publiées l'une et l'autre conformément à la Loi sur les primes dont elles mettent en oeuvre les dispositions générales. La teneur de ces circulaires est de manière générale prédéterminée par la Loi sur les primes qui est elle-même un texte relativement ciblé, traitant de manière détaillée d'une question assez restreinte. Le but de la Loi sur les primes est défini à l'article premier:

"La présente loi, aux fins d'empêcher que la clientèle ne soit sollicitée au moyen de primes injustifiables et de déclarations mensongères dans le cadre de la vente d'une marchandise et d'un service ... vise à garantir une concurrence loyale, et, par là même, à protéger les intérêts des consommateurs en général."¹¹⁸⁸

L'article 3 de la loi autorise la JFTC:

"lorsqu'elle juge nécessaire d'empêcher que la clientèle fasse l'objet de sollicitations déloyales, [à] limiter la valeur maximale d'une prime, le montant global des primes, le type de primes ou la méthode employée pour offrir une prime ou tout autre élément y afférent, ou [à] interdire qu'une prime soit offerte".¹¹⁸⁹

Les deux circulaires en question établissent des limites concernant les primes conformément à la Loi sur les primes. Etant donné que ces circulaires de la JFTC sont étroitement liées à la Loi sur les primes

¹¹⁸⁶Rapport du Groupe spécial Canada - Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger ("Canada - Loi sur l'examen de l'investissement étranger"), adopté le 7 février 1984, IBDD, S30/147, 166-167, paragraphe 5.3. Voir aussi 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, 255-257, paragraphes 3.1 à 3.5 (le Groupe spécial n'a pas examiné "toute mesure nouvelle qui pourrait entrer en vigueur pendant la durée des travaux du Groupe spécial" non spécifiée).

¹¹⁸⁷Voir, par exemple, Bananes III, WT/DS27/R, paragraphe 7.30; Noix de coco desséchée, WT/DS22/R, paragraphe 290; rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures en caoutchouc en provenance du Brésil, adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/142, 165-166, paragraphes 6.1 et 6.2.

¹¹⁸⁸Law Against Unjustifiable Premiums and Misleading Representations, Law No. 134 of 15 May 1962 pièce n° D-1 du Japon.

¹¹⁸⁹Ibid.

et pour reprendre le raisonnement développé dans l'affaire Bananes III, nous considérons que le Japon était suffisamment informé que ces circulaires entraient dans le champ des allégations formulées par les Etats-Unis. En conséquence, nous ne pensons pas que le Japon pourrait être considéré comme ayant subi un préjudice quelconque du fait de l'inclusion de ces deux mesures dans l'affaire portée devant le Groupe spécial. Nous constatons donc que la Circulaire n° 17 de la JFTC concernant les primes aux entreprises et la Circulaire n° 5 de la JFTC concernant les primes aux consommateurs relèvent de notre mandat et que c'est à bon droit qu'elles nous ont été soumises.

10.14 Dans la deuxième catégorie, nous rangerions une "mesure", le Sixième Rapport intérimaire du Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles, qui est étroitement liée, mais non annexe, à une "mesure" qui est indiquée dans la demande d'établissement du Groupe spécial. Le Sixième Rapport intérimaire n'est pas indiqué dans la demande d'établissement du Groupe spécial bien qu'il fasse partie d'une série de rapports dont un autre (le Septième Rapport intérimaire) figure parmi les "mesures" énumérées dans la demande d'établissement du Groupe spécial. En ce sens, on peut considérer que le Sixième Rapport intérimaire est étroitement lié à une "mesure" qui est indiquée dans la demande d'établissement du Groupe spécial. Nous notons à cet égard que le Japon était informé que les allégations des Etats-Unis concernaient les rapports du Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles. Nous ne voyons aucune raison de penser que notre examen du rapport causera un préjudice au Japon ou aux tierces parties dans la présente affaire, étant donné la similitude et le degré de chevauchement important des Sixième et Septième Rapports intérimaires. En conséquence, nous constatons qu'il y a un lien suffisamment étroit entre le Sixième Rapport intérimaire et le Septième Rapport intérimaire pour que le premier relève de notre mandat et que ce soit à bon droit qu'il nous est soumis.

10.15 Dans la troisième catégorie, nous rangerions deux mesures qui n'ont qu'un lien indirect avec une mesure mentionnée dans la demande d'établissement du Groupe spécial. Ces deux mesures sont: le Règlement n° 1 de la JFTC au titre de l'article 6 de la Loi antimonopole (prescription de notification des marchés internationaux) et la Circulaire n° 34 de la JFTC concernant les loteries publicitaires (1971). Le Règlement n° 1 de la JFTC et la Circulaire n° 34 de la JFTC ont été publiés conformément aux articles 6 et 2 7), respectivement, de la Loi antimonopole, laquelle n'est pas indiquée séparément comme une mesure contestée par les Etats-Unis. Toutefois, il est fait référence à la Loi antimonopole dans la demande d'établissement du Groupe spécial à propos d'une "mesure" visant le détachement de personnel qui y est indiquée.

10.16 Lorsque nous examinons si ces deux mesures ont été suffisamment indiquées dans la demande d'établissement du Groupe spécial, nous notons qu'à la différence de la Loi sur les primes, qui vise un domaine relativement restreint (c'est-à-dire les primes), la Loi antimonopole a un très large champ d'application et traite d'une gamme étendue de questions. A proprement parler, nous aurions quelque scrupule à dire qu'une référence à la Loi antimonopole suffirait à elle seule à faire entrer toutes les mesures prises par le Japon au titre de la loi dans le champ de la demande d'établissement du Groupe spécial. Le texte de l'article 2 7), par exemple, ne précise pas clairement et ne prédétermine pas la forme, la teneur et la portée des règlements subsidiaires. Nous n'avons toutefois pas à statuer sur cette question, car aucune référence générale de ce genre n'a été faite en l'espèce. Dans l'affaire à l'étude, la référence faite dans la demande d'établissement du Groupe spécial à la Loi antimonopole visait à indiquer une "mesure" concernant le détachement de personnel, question sans rapport avec la prescription de notification des marchés internationaux ou les loteries publicitaires. Une telle référence ne serait normalement pas suffisante pour informer le Japon que ces mesures étaient une préoccupation des Etats-Unis. En outre, nous ne voyons pas pourquoi, comme les Etats-Unis l'ont laissé entendre, la nature de ces mesures empêchait qu'elles soient mentionnées par les Etats-Unis dans la demande d'établissement du Groupe spécial. A notre avis, la prescription de notification des marchés internationaux et la Circulaire n° 34 de la JFTC concernant les loteries publicitaires (1971) ne sont pas annexes ou étroitement liées à une "mesure" indiquée comme étant en cause dans la demande d'établissement du Groupe spécial. En conséquence, nous constatons que ce n'est pas à bon droit que ces mesures nous sont soumises.

10.17 Dans la quatrième catégorie, nous rangerions les trois "mesures" restantes pour lesquelles le Japon a opposé une exception de procédure au titre de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord. Ces trois "mesures" ne sont manifestement pas liées à une "mesure" expressément indiquée dans la demande d'établissement du Groupe spécial. Il s'agit des mesures suivantes: aide financière accordée par la JDB à Konica pour des installations de distribution communes; aide financière accordée par la SMEA aux laboratoires de développement pour leur permettre d'acheter du nouveau matériel pour le développement des films couleur; et "directives" de la JFTC concernant la publicité d'appel et le dumping (1983).

10.18 Dans le cas des subventions accordées par la JDB et la SMEA, les Etats-Unis estiment que le Japon était suffisamment informé de leurs allégations à cet égard parce que le Plan de base de 1971 du MITI concernant la systématisation de la distribution, qui a été évoqué lors des consultations avec le Japon et figure parmi les "mesures" énumérées dans la demande d'établissement du Groupe spécial, indique que l'"appui concret et l'encadrement du gouvernement" sont nécessaires pour procéder à la systématisation. A notre avis, le lien entre ces deux "mesures" et le Plan de base de 1971 est trop ténu pour constater qu'elles sont couvertes par la demande d'établissement du Groupe spécial. La chronologie des "mesures", qui s'étendent de 1967 à 1976¹¹⁹⁰, ne semble pas liée à un plan de 1971. En outre, nous pensons comme le Japon que l'expression "appui concret" figurant dans le Plan de base ne désigne pas forcément des contributions financières et est trop vague pour donner au Japon une information lui permettant de comprendre que le financement assuré par la JDB et la SMEA était couvert par la demande d'établissement du Groupe spécial. En outre, nous ne voyons pas pourquoi, comme les Etats-Unis l'ont laissé entendre, la nature de ces "mesures" empêchait les Etats-Unis de les mentionner. En conséquence, nous constatons que ce n'est pas à bon droit que ces "mesures" nous sont soumises.

10.19 S'agissant des "directives" de la JFTC sur l'établissement de règles concernant la publicité d'appel et le dumping, nous notons que le Japon a opposé une exception de procédure pour cette "mesure" dans sa deuxième communication, en raison de l'inclusion de cette mesure dans la liste de "mesures" faisant l'objet d'allégations que les Etats-Unis avaient présentée après la première réunion en réponse à une question du Groupe spécial. Elles n'ont donc pas donné lieu à une argumentation détaillée des parties, comme cela a été le cas des autres "mesures". Pour les besoins de notre analyse, il suffit de noter que ces "directives", qui en tout état de cause sont difficiles à comprendre et dont la traduction est en partie contestée, ne sont probablement pas une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b) et ne semblent pas du tout être liées à une "mesure" indiquée dans la demande d'établissement du Groupe spécial. En conséquence, nous constatons que ce n'est pas à bon droit que ces "directives" de la JFTC nous sont soumises.

2. RESUME

10.20 En bref, compte tenu de l'examen que nous avons effectué de l'exception de procédure opposée par le Japon pour l'inclusion de huit "mesures" spécifiques dans le mandat du Groupe spécial, nous constatons que les "mesures" suivantes relèvent de notre mandat:

Sixième Rapport intérimaire de 1968 du Conseil des structures industrielles, "Modernisation de la distribution - Perspectives et enjeux";
Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC concernant les primes entre entreprises; et
Circulaire n° 5 de 1977 de la JFTC concernant les primes aux consommateurs.

10.21 Nous constatons en outre que les "mesures" suivantes ne relèvent pas de notre mandat et qu'elles n'avaient pas à nous être soumises:

¹¹⁹⁰Le prêt de la JDB date de 1976; les subventions de la SMEA ont été accordées à partir de 1967.

Aide financière de 1976 de la JDB à Konica pour des installations de distribution communes;
Aide financière de 1967/1977 de la SMEA aux laboratoires de développement (pour leur permettre d'acheter du nouveau matériel pour le développement de films couleur);
Règlement n° 1 de 1971 de la JFTC au titre de l'article 6 de la Loi antimonopole (prescription de notification des marchés internationaux);
Circulaire n° 34 de 1971 de la JFTC concernant les loteries publicitaires; et
"Directives" de 1983 de la JFTC sur l'établissement de règles concernant la publicité d'appel et le dumping.

B. ALLEGATIONS DES PARTIES

10.22 Les Etats-Unis allèguent qu'en appliquant trois grandes catégories de "contre-mesures"¹¹⁹¹ en matière de libéralisation, le gouvernement japonais a pendant plus de 30 ans fait obstacle à la distribution et à la vente de pellicules et papiers photographiques importés destinés aux consommateurs¹¹⁹² au Japon. Ces trois catégories de "mesures" comprennent: 1) les "mesures" en matière de distribution, qui encourageraient et faciliteraient la création pour les pellicules et papiers photographiques d'une structure de marché dans laquelle les importations sont exclues des circuits de distribution traditionnels; 2) les restrictions touchant les grandes surfaces de vente au détail, qui limiteraient l'expansion d'un autre circuit de distribution pour les pellicules importées et 3) les "mesures" en matière de promotion qui pénaliseraient les importations en restreignant l'utilisation des techniques de promotion des ventes.

10.23 Compte tenu de ce que nous avons décidé au sujet de l'exception de procédure opposée par le Japon, les "mesures" spécifiques qui font l'objet des allégations des Etats-Unis sont indiquées ci-après. On trouvera dans la partie II une description détaillée de ces "mesures".

"Contre-mesures" en matière de distribution

- Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC concernant les primes aux entreprises;
- Décision de 1967 du Cabinet concernant la libéralisation de l'investissement étranger direct;
- Sixième Rapport intérimaire de 1968 intitulé "Modernisation de la distribution - Perspectives et enjeux";
- Septième Rapport intérimaire de 1969 intitulé "Systématisation des activités de distribution";
- Rapport de 1969 faisant suite à l'enquête sur les conditions générales de vente;

¹¹⁹¹Nous notons que les parties ont des avis divergents sur la traduction correcte du mot japonais *taisaku*. Les Etats-Unis utilisent le mot contre-mesure, alors que le Japon fait valoir que mesure ou mesure pour faire face à sont des traductions plus appropriées. Sur ce point et sur d'autres questions de traduction nous nous référons, selon qu'il convient, aux avis de deux experts en matière de traduction désignés par le Groupe spécial, le Professeur Zentarō Kitagawa et le Professeur Michael Young. Voir la partie I et l'annexe sur les problèmes de traduction" dans la partie XI. Les experts en matière de traduction considèrent que le *taisaku* peut être traduit soit par mesure soit par contre-mesure, selon le contexte. Dans nos constatations, nous utilisons à la fois mesure et "contre-mesure", mais dans ce dernier cas le terme figure toujours entre guillemets.

¹¹⁹²Nous notons que l'expression "pellicules photographiques destinées aux consommateurs" utilisée par les Etats-Unis recouvre à la fois les pellicules couleur et les pellicules noir et blanc destinées à être utilisées en photographie par les consommateurs. Elle englobe à la fois les films négatifs et les films inversibles ainsi que les films incorporés dans les appareils photo dits "jetables". Elle n'englobe pas divers films spécialisés utilisés par les photographes professionnels et divers autres films spéciaux (films radiographiques, microfilms). Nous notons en outre que l'expression "papiers photographiques destinés aux consommateurs" telle qu'elle est utilisée par les Etats-Unis désigne les papiers photosensibles utilisés pour effectuer des tirages photographiques couleur et noir et blanc à partir de pellicules photographiques destinées aux consommateurs. Nous utilisons ci-après les termes "pellicules" et "papiers" pour désigner les pellicules photographiques destinées aux consommateurs et les papiers photographiques destinés aux consommateurs.

- Lignes directrices de 1970 concernant la rationalisation des conditions générales de vente des pellicules photographiques;
- Plan de base de 1971 concernant la systématisation de la distribution;
- Manuel de 1975 concernant la systématisation de la distribution par secteur: appareils photo et pellicules.

Restrictions touchant les grandes surfaces de vente au détail

- Loi de 1974 sur les grandes surfaces;
- Modification de 1979 de la Loi sur les grandes surfaces.

"Contre-mesures" en matière de promotion

- Circulaire n°17 de 1967 de la JFTC concernant les primes aux entreprises;
- Décision de 1967 du Cabinet concernant la libéralisation de l'investissement étranger direct;
- Circulaire n° 5 de 1977 de la JFTC concernant les primes aux consommateurs;
- "Directives" de 1981 de la JFTC concernant le détachement de personnel;
- Mesures d'autoréglementation de 1982 concernant la loyauté dans les relations d'affaires;
- Création en 1982 du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales;
- Normes d'autoréglementation de 1984 concernant les déclarations relatives aux frais de développement des pellicules couleur;
- Approbation par la JFTC en 1987 du Code de concurrence loyale des détaillants et de l'organisme chargé de son application, le Conseil des détaillants pour la promotion de pratiques commerciales loyales.

10.24 Les Etats-Unis allèguent que les "mesures" susmentionnées, individuellement et collectivement, annulent ou compromettent des avantages qui leur reviennent, au sens de l'article XXIII:1 b) du GATT. En outre, ils allèguent que les "mesures" en matière de distribution susmentionnées sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT. Ils allèguent également que i) les procédures d'exécution non rendues publiques qui sont prises par la JFTC et les conseils des pratiques commerciales loyales au titre de la Loi sur les primes et des différents codes de concurrence loyale, et qui ont pour effet d'établir de nouveaux critères ou de modifier les critères applicables à l'avenir, et ii) les directives non publiées au moyen desquelles les autorités japonaises amènent ceux qui souhaitent construire de nouveaux magasins ou agrandir des magasins existants conformément à la Loi sur les grandes surfaces à se concerter avec leurs concurrents locaux avant de présenter une notification au gouvernement, sont incompatibles avec l'article X:1 du GATT.

10.25 Le Japon rejette toutes les allégations des Etats-Unis.

C. ORDRE DANS LEQUEL LES ALLEGATIONS DOIVENT ETRE EXAMINEES

10.26 Nous notons qu'habituellement dans les affaires donnant lieu à la fois à des allégations de violation et à des allégations en situation de non-violation, les groupes spéciaux examinent d'abord les allégations d'incompatibilité avec un accord visé formulées au titre de l'article XXIII:1 a) et ensuite les allégations d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation formulées au titre de l'article XXIII:1 b).¹¹⁹³ Nous notons toutefois que si dans leur demande d'établissement du Groupe

¹¹⁹³Voir, par exemple, Communauté économique européenne - Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux ("CEE - Oléagineux") rapport adopté le 25 juin 1990, IBDD, S37/91, paragraphe 142. Voir aussi le rapport du Groupe de travail Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium, adopté le 3 avril 1990, IBDD II/204, paragraphes 1 et 12.

spécial¹¹⁹⁴, les Etats-Unis indiquent en premier leurs allégations de violation, lors des travaux du Groupe spécial, les Etats-Unis et le Japon ont d'abord examiné les allégations d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation formulées par les Etats-Unis au titre de l'article XXIII:1 b), puis celles relatives à l'incompatibilité avec les articles III:4 et X:1.

10.27 Même s'il y aurait des avantages à suivre l'approche traditionnelle consistant à examiner les allégations de violation avant de passer aux allégations en situation de non-violation, étant donné qu'en l'espèce, les Etats-Unis et le Japon ont évoqué en premier les allégations en situation de non-violation dans leurs communications écrites et orales et ont consacré l'essentiel de leurs arguments à cette partie de l'affaire, nous pensons qu'il serait très utile de suivre également l'ordre choisi par les parties pour examiner les allégations des Etats-Unis. Nous examinerons donc d'abord les allégations concernant l'annulation ou la réduction d'avantages en situation de non-violation formulées par les Etats-Unis au titre de l'article XXIII:1 b), puis les allégations de violation formulées par les Etats-Unis au titre des articles III:4 et X:1.

D. CHARGE DE LA PREUVE

10.28 Compte tenu de la nature de ce différend complexe sur le plan factuel et en particulier des allégations d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation formulées au sujet de 16 "mesures" distinctes, nous jugeons particulièrement important de régler la question de savoir à qui incombe la charge de la preuve.

10.29 Nous notons que, comme dans toutes les affaires traitées dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC/du GATT - et, en fait, comme l'Organe d'appel l'a récemment indiqué¹¹⁹⁵, dans le cadre de la plupart des systèmes juridiques, il appartient à la partie qui établit un fait, une allégation ou un moyen de défense d'en apporter la preuve. Une fois que ladite partie a fourni des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie qui doit réfuter la présomption. L'Organe d'appel a résumé ce principe de la manière suivante:

"Lorsque nous examinons cette question, nous comprenons en fait difficilement comment un système de règlement judiciaire pourrait fonctionner s'il reprenait l'idée que la simple formulation d'une allégation pourrait équivaloir à une preuve. Il n'est donc guère surprenant que divers tribunaux internationaux, y compris la Cour internationale de justice, aient systématiquement accepté et appliqué la règle selon laquelle il appartient à la partie qui affirme un fait, que ce soit le demandeur ou le défendeur, d'en apporter la preuve. Par ailleurs, un critère de la preuve généralement admis en régime "code civil", en régime "common law" et, en fait, dans la plupart des systèmes juridiques, est que la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption.

¹¹⁹⁴WT/DS44/2.

¹¹⁹⁵Voir le rapport de l'Organe d'appel Etats-Unis - Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde ("Etats-Unis - Chemises et chemisiers de laine"), adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, pages 15 et 16.

Dans le cadre du GATT de 1994 et de l'Accord sur l'OMC, la quantité et la nature précises des éléments de preuve qui seront nécessaires pour établir une telle présomption varieront forcément d'une mesure à l'autre, d'une disposition à l'autre et d'une affaire à l'autre."¹¹⁹⁶

En conséquence, dans la présente affaire, il incombera aux Etats-Unis d'apporter la preuve de leurs allégations. Une fois qu'ils auront établi une présomption que ce qui est allégué est vrai, il appartiendra alors au Japon de fournir des preuves suffisantes pour réfuter cette présomption.

10.30 Pour les affaires d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation soulevées au titre de l'article XXIII:1 b), l'article 26:1 a) du Mémoire d'accord et la jurisprudence établie dans le cadre du GATT confirment qu'il s'agit d'un recours exceptionnel pour lequel il appartient à la partie plaignante de présenter une justification détaillée à l'appui de ses allégations. Plus précisément, la partie pertinente de l'article 26:1 du Mémoire d'accord dispose ce qui suit:

"Dans les cas et dans la mesure où cette partie considérera, et où un groupe spécial ou l'Organe d'appel déterminera, que l'affaire concerne une mesure qui n'est pas contraire aux dispositions d'un accord visé auquel les dispositions du paragraphe 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994 sont applicables, les procédures énoncées dans le présent mémoire d'accord seront d'application, sous réserve de ce qui suit:

- a) la partie plaignante présentera une justification détaillée à l'appui de toute plainte concernant une mesure qui n'est pas contraire à l'accord visé en l'espèce ... (non souligné dans l'original).

10.31 Cette prescription du Mémoire d'accord avait auparavant été codifiée dans l'Annexe du Mémoire d'accord sur le règlement des différends sous une forme quasiment identique.¹¹⁹⁷ Elle a été reconnue et appliquée par un certain nombre de groupes spéciaux du GATT. Par exemple, le Groupe spécial chargé de l'affaire Recours de l'Uruguay à l'article XXIII a noté que dans les cas

"[où] il n'y aurait pas violation des dispositions de l'Accord général, il incombe ... à la partie qui invoque l'article XXIII d'établir le bien-fondé, en droit et en fait, de son recours audit article. Il est donc indispensable qu'elle présente sur ces points des conclusions circonstanciées pour qu'un jugement puisse être porté au titre de l'article XXIII".¹¹⁹⁸

Par ailleurs, le Groupe spécial chargé de l'affaire Etats-Unis - Dérogation de 1955, lorsqu'il a appliqué la codification de 1979 de cette règle, a noté ce qui suit:

¹¹⁹⁶Ibid. (notes de bas de page omises).

¹¹⁹⁷Voir Annexe du Mémoire d'accord concernant les notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance ("Annexe du Mémoire d'accord de 1979 sur le règlement des différends") , adopté le 28 novembre 1979, IBDD, S26/231, 236.

¹¹⁹⁸Rapport du Groupe spécial Recours de l'Uruguay à l'article XXIII ("Recours de l'Uruguay"), adopté le 16 novembre 1962, IBDD, S11/98, 102-103, paragraphe 15.

"La partie qui dépose un recours au titre de [l'article XXIII:1 b)] devrait en principe expliquer dans le détail que des avantages résultant pour elle d'une concession tarifaire ont été annulés ou compromis."¹¹⁹⁹

10.32 Conformément aux termes explicites du Mémoire d'accord et à la jurisprudence établie dans le cadre de l'OMC/du GATT, et rappelant la décision de l'Organe d'appel selon laquelle "la quantité et la nature précises des éléments de preuve qui seront nécessaires pour établir une ... présomption [que ce qui est allégué est vrai] varieront forcément ... d'une disposition à l'autre", nous considérons donc qu'il incombe aux Etats-Unis, en ce qui concerne l'allégation d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation qu'ils ont formulée au titre de l'article XXIII:1 b), de fournir une justification détaillée de leur allégation pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai. Il incombera au Japon de réfuter cette présomption.

E. ARTICLE XXIII:1 b) - ANNULATION OU REDUCTION D'AVANTAGES EN SITUATION DE NON-VIOLATION

10.33 Nous rappelons que les Etats-Unis ont invoqué l'article XXIII:1 b) en alléguant que certaines "mesures" prises par le gouvernement japonais - huit "contre-mesures" en matière de distribution, deux restrictions touchant les grandes surfaces de vente au détail et huit "contre-mesures" en matière de promotion - ont individuellement et conjointement pour effet d'annuler ou de compromettre les avantages résultant pour eux des concessions tarifaires consenties par le Japon pour les pellicules et papiers photographiques noir et blanc et couleur à l'issue de trois séries successives de négociations commerciales multilatérales, à savoir le Kennedy Round, le Tokyo Round et le Cycle d'Uruguay.¹²⁰⁰

10.34 Pour analyser ces allégations des Etats-Unis, nous examinerons comme il se doit le sens ordinaire à attribuer aux termes de l'article XXIII:1 b), leur contexte et l'objet et le but de l'article XXIII:1 b), ainsi que la pratique antérieure du GATT dans le cadre dudit article XXIII:1 b).¹²⁰¹

1. APERCU GENERAL DU RECOURS EN SITUATION DE NON-VIOLATION

10.35 Le but foncier de l'article XXIII:1 b) a été magistralement expliqué par le Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux en ces termes:

"[Elles] procédaient de l'idée que les possibilités de concurrence accrues que l'on pouvait légitimement attendre d'une concession tarifaire risquaient d'être compromises non seulement par des mesures interdites par l'Accord général, mais aussi par des mesures compatibles avec celui-ci. Afin d'encourager les parties contractantes à accorder des concessions tarifaires, il fallait donc leur donner un droit à réparation pour le cas où une

¹¹⁹⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Restrictions à l'importation de sucre et de produits contenant du sucre appliquées au titre de la Dérogation de 1955 et de la note introductive de la liste de concessions tarifaires ("Etats-Unis - Dérogation de 1955"), adopté le 7 novembre 1990, S37/245, 281-283, paragraphes 5.20 à 5.23, citation extraite du paragraphe 5.21. Voir aussi Japon - Commerce des semi-conducteurs ("Japon - Semi-conducteurs"), rapport adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126, 178, paragraphe 131.

¹²⁰⁰Il n'y a au total que 16 "mesures" distinctes qui relèvent du mandat du Groupe spécial, du fait que deux des "contre-mesures" en matière de distribution sont aussi citées comme "contre-mesures" en matière de promotion (à savoir, la Décision de 1967 du Cabinet et la Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC).

¹²⁰¹Voir l'article 31 de la Convention de Vienne.

concession réciproque serait compromise par une autre partie contractante à la suite de l'application d'une mesure quelconque, contrevenant ou non à l'Accord général."¹²⁰²

...

"Selon le Groupe spécial, le principal intérêt d'une concession tarifaire est qu'elle donne l'assurance d'un meilleur accès au marché grâce à une plus grande concurrence par les prix. Les parties contractantes négocient des concessions tarifaires essentiellement pour obtenir cet avantage. Il faut donc partir du principe que, dans leurs négociations tarifaires, elles s'attendent que l'effet des concessions au plan des prix ne soit pas systématiquement neutralisé. Si elles n'avaient pas de droit à réparation en pareil cas, elles hésiteraient à accorder des concessions tarifaires et l'Accord général n'aurait plus d'utilité en tant que cadre juridique dans lequel sont incorporés les résultats des négociations commerciales."¹²⁰³

A l'évidence, il est fondamental pour l'équilibre de droits et d'obligations auxquels tous les Membres de l'OMC souscrivent de préserver le processus de négociation de concessions tarifaires réciproques au titre de l'article II et ses résultats.

10.36 Bien que le recours en situation de non-violation soit un instrument important et reconnu de règlement des différends dans le cadre de l'OMC comme du GATT et figure "dans les Ecritures" depuis près de 50 ans, nous notons qu'il n'y a eu que huit affaires dans lesquelles le groupe spécial ou le groupe de travail ait examiné au fond des allégations formulées au titre de l'article XXIII:1 b).¹²⁰⁴ Cela donne à penser que tant les parties contractantes du GATT que les Membres de l'OMC ont abordé ce recours avec prudence et l'ont même traité comme un instrument exceptionnel de règlement des différends. Nous relevons à cet égard qu'aussi bien les Communautés européennes et les Etats-Unis dans l'affaire CEE - Oléagineux que les deux parties en l'espèce ont confirmé que le recours pour annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation devrait être envisagé avec prudence et cette notion traitée comme exceptionnelle.¹²⁰⁵ La raison de cette prudence est simple. Les Membres négocient les règles qu'ils conviennent de suivre et ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'ils s'attendraient à être attaqués pour des actes qui n'enfreignent pas ces règles.

¹²⁰²CEE - Oléagineux, adopté le 25 janvier 1990, IBDD, S37/91, 135, paragraphe 144.

¹²⁰³Ibid., paragraphe 148.

¹²⁰⁴Rapport du Groupe de travail Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium, adopté le 3 avril 1950, IBDD, II/204, rapport du Groupe spécial Régime des importations de sardines en Allemagne ("Allemagne - Sardines"), G/26, adopté le 31 octobre 1952, IBDD, S1/56; Recours de l'Uruguay, adopté le 16 novembre 1962, IBDD, S11/98; rapport du Groupe de travail Communautés européennes - Traitement tarifaire à l'importation de produits du secteur des agrumes en provenance de certains pays de la région méditerranéenne ("CE - Agrumes"), document du GATT L/5576, daté du 7 février 1985 (non adopté); rapport du Groupe spécial CEE - 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, daté du 20 février 1985 (non adopté); Japon - Semi-conducteurs, rapport adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126; CEE - Oléagineux, rapport adopté le 25 janvier 1990, IBDD, S37/91; Etats-Unis - Dérogation de 1955, adopté le 7 novembre 1990, IBDD, S37/245.

¹²⁰⁵Dans l'affaire des Oléagineux, les Etats-Unis "ont reconnu que la notion d'annulation ou de réduction sans violation devrait rester exceptionnelle. Bien que cette notion figure depuis l'origine dans le texte de l'article XXIII de l'Accord général, il fallait continuer à envisager son application avec prudence". CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 125, paragraphe 114. Dans cette même affaire, la Communauté a dit que "la notion de "non-violation" dans le contexte de l'article XXIII:1 b) devrait rester exceptionnelle, sinon le monde commercial vivrait dans une situation de précarité et d'incertitude". Ibid., paragraphe 113.

10.37 Tout en considérant que le recours en situation de non-violation devrait être envisagé avec prudence et demeurer exceptionnel, nous estimons qu'il convient d'examiner chaque cas d'espèce en soi, sans perdre de vue la nécessité susmentionnée de préserver le processus de négociation de concessions tarifaires réciproques. Le rôle qui nous échoit en tant que groupe spécial chargé d'examiner des allégations au titre de l'article XXIII:1 b) est donc d'apprécier objectivement si, à la lumière de tous les faits et circonstances pertinents de la cause qui nous est soumise, des mesures particulières prises par le Japon ont annulé ou compromis des avantages revenant aux Etats-Unis au sens de l'article XXIII:1 b).

10.38 Dans la jurisprudence du GATT, la plupart des affaires d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation portaient sur des situations dans lesquelles une subvention nationale, compatible avec l'Accord général, en faveur du producteur d'un produit avait été instaurée ou modifiée à la suite de l'octroi d'une concession tarifaire pour ce produit.¹²⁰⁶ En l'espèce, la situation de non-violation alléguée est d'un genre différent. Dès l'abord, toutefois, nous tenons à préciser que nous ne considérons pas a priori qu'il ne convienne pas d'appliquer l'article XXIII:1 b) à d'autres actions gouvernementales, telles celles qui sont destinées à renforcer la compétitivité de certains secteurs de la distribution ou de la production par le biais d'une aide non financière. Le fait que l'aide soit financière ou non, directe ou indirecte, ne dit pas si son effet peut neutraliser le résultat escompté de négociations tarifaires. Ainsi, la politique industrielle d'un Membre qui aurait pour but d'accroître l'efficacité dans un secteur pourrait, dans certaines circonstances, bouleverser le rapport de concurrence sur le marché entre les produits d'origine nationale et les produits d'importation de telle sorte qu'elle puisse ouvrir une action au titre de l'article XXIII:1 b). Dans le contexte du système de distribution d'un Membre, par exemple, il est concevable que des mesures qui n'enfreignent pas les règles du GATT puissent être mises en oeuvre d'une manière qui se traduise effectivement par une incidence disproportionnée sur les conditions existant sur le marché pour les produits importés. A cet égard, cependant, il nous faut aussi avoir à l'esprit que les concessions tarifaires n'ont jamais été regardées comme génératrices d'une garantie de volume des échanges, mais, ainsi que nous l'expliquons plus loin, comme génératrices d'une attente quant aux rapports de concurrence.

10.39 Les Etats-Unis ont présenté beaucoup d'éléments de preuve concernant la structure du marché japonais des pellicules. En examinant leurs allégations, nous relevons que la question n'est pas de savoir si la structure dépeinte par eux existe effectivement ou non, mais si des mesures imputables au gouvernement japonais ont contribué à la création ou au maintien de cette structure d'une manière qui annule ou compromette des avantages revenant aux Etats-Unis aux termes de l'article XXIII:1 b).

10.40 Tout en reconnaissant que l'article XXIII:1 b) peut être appliqué dans ce contexte, nous relevons aussi que la cause qui nous est soumise présente quelques traits inhabituels. Beaucoup des "mesures" citées remontent loin dans le temps, et leur valeur juridique actuelle n'est pas toujours claire. Au surplus, nombre d'entre elles se présentent, en apparence, comme neutres quant à l'origine des produits. Ces traits font sans doute qu'il est plus difficile de présenter une justification détaillée à l'appui d'allégations en situation de non-violation.

¹²⁰⁶Voir *Australie - Sulfate d'ammonium*, IBDD, II/204; rapport du Groupe de travail *Autres entraves au commerce*, adopté le 3 mars 1955, IBDD, S3/249, 252, paragraphe 13; rapport intitulé *Application des dispositions de l'article XVI*, adopté le 21 novembre 1961, IBDD, S10/217, 226, paragraphe 28; *CEE - Fruits en boîte*, document du GATT L/5778 (non adopté); *CEE - Oléagineux*, IBDD, S37/91.

2. TROIS ELEMENTS PRESCRITS

10.41 Nous revenons à présent à notre examen plus détaillé du champ de l'article XXIII:1 b). Le passage pertinent de l'article XXIII:1 b) est ainsi libellé:

"Dans le cas où [un Membre] considérerait qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis ... du fait ... b) qu'[un autre Membre] applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord ..." (non souligné dans l'original).

Le texte de l'article XXIII:1 b) institue trois éléments dont une partie plaignante est tenue de démontrer l'existence pour invoquer valablement l'article XXIII:1 b): 1) application d'une mesure par un Membre de l'OMC; 2) existence d'un avantage résultant de l'accord applicable; et 3) annulation ou réduction de cet avantage du fait de l'application de la mesure.¹²⁰⁷ Nous poursuivrons notre analyse en examinant tour à tour chacun de ces trois éléments.

a) Application d'une mesure

10.42 Pour analyser les éléments d'une allégation en situation de non-violation, il est logique de prendre comme point de départ la prescription exigeant qu'il y ait application d'une mesure par un Membre de l'OMC. En premier lieu, il est nécessaire de définir ce qu'il faut entendre par le terme mesure. En l'espèce, certaines des pièces énumérées par les Etats-Unis dans leur liste de "mesures" contestées sont des lois ou des règlements. D'autres constituent des modalités moins formelles ou moins concrètes de l'action gouvernementale comme les déclarations de politique générale des administrations et des fonctionnaires de divers rangs. D'autres encore sont des actes du gouvernement autorisant en général certaines activités privées, au sujet desquels la question qui se pose est de savoir dans quelle mesure ces activités sont imputables au gouvernement. Ces deux derniers types de "mesures" alléguées soulèvent un certain nombre de questions générales d'ordre conceptuel et de questions particulières dans les différents cas. Nous étudierons dans la présente section les questions d'ordre général que pose la définition d'une mesure.

i) Considérations générales

10.43 Le sens ordinaire du terme mesure, tel qu'il est employé à l'article XXIII:1 b), englobe assurément une loi ou un règlement promulgué par un gouvernement. Cela étant, il est à notre avis plus large encore et englobe d'autres interventions gouvernementales qui restent en deçà des actes ayant force exécutoire.¹²⁰⁸ En même temps, il est vrai aussi qu'une déclaration faite par un haut fonctionnaire ou une étude établie par un organisme non public à la demande du gouvernement ou avec un certain appui de sa part ne peut pas toujours être considérée comme une mesure d'un gouvernement Membre.

10.44 Au Japon, il est admis que le gouvernement intervienne parfois par le biais de ce qu'il est convenu d'appeler des "directives administratives". En pareil cas, la société qui reçoit la "directive" du gouvernement japonais peut ne pas être juridiquement tenue d'agir en conséquence, mais on peut s'attendre qu'elle s'y conformera, vu le pouvoir du gouvernement et l'existence d'un système d'incitations et de désincitations gouvernementales qui est le produit des activités et interventions nombreuses et variées

¹²⁰⁷Voir, par exemple, CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 134-140, paragraphes 142 à 152; Australie - Sulfate d'ammonium, IBDD, II/204, 209-210.

¹²⁰⁸Les deux acceptions du terme mesure qui nous intéressent ici sont définies [en anglais] dans le Concise Oxford Dictionary (Ninth Edition 1995), par "legislative enactment" ["acte législatif"] et "suitable action to achieve some end", ["action appropriée pour atteindre un but"] [soit, en français, dans le nouveau Petit Robert (1996), "acte officiel visant à un effet" et "manière d'agir proportionnée à un but à atteindre", respectivement.

du gouvernement dans l'économie japonaise. Comme les parties l'ont noté, les "directives administratives" revêtent des formes diverses au Japon. C'est ainsi que le Japon cite ce qu'il appelle la "directive administrative" réglementaire, dont il concède qu'elle tient effectivement lieu d'acte officiel du gouvernement.¹²⁰⁹ Il cite aussi la "directive administrative" incitative, qui engage les sociétés à faire des choses qu'elles ont en tout état de cause intérêt à faire. Aux yeux du Japon, cette sorte de "directive" ne doit pas être assimilée à une mesure au sens de l'article XXIII:1 b). Pour les besoins de notre analyse, ces catégories éclairent, mais ne tranchent pas, la question à l'examen. Il est donc sans intérêt pour nous d'essayer de ranger tel ou tel exemple de "directive administrative" dans une catégorie générale ou une autre. Il nous sera nécessaire, comme à d'autres groupes spéciaux avant nous au GATT, d'examiner chaque "mesure" alléguée pour voir si elle possède les attributs particuliers exigés d'une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b).

10.45 De notre examen de la jurisprudence du GATT, et en particulier du rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire Japon - Semi-conducteurs, nous retenons que, dans les cas où une "directive administrative" crée pour des parties privées des incitations ou des désincitations à agir d'une manière particulière qui dépendent dans une large mesure d'une action du gouvernement, elle peut être considérée comme une mesure gouvernementale.¹²¹⁰ Dans cette affaire, le groupe spécial a constaté qu'une mesure qui n'était pas obligatoire pouvait cependant être considérée comme une restriction tombant sous le coup des dispositions de l'article XI:1, parce que

"il existait des incitations ou des désincitations suffisantes pour que des mesures non obligatoires prennent effet ... [et] l'application des mesures ... dépendait essentiellement d'une action ou d'une intervention du gouvernement [parce que, en pareil cas] les mesures auraient un effet équivalant à des prescriptions impératives et la différence entre les unes et les autres ne tiendrait qu'à la forme et non au fond ..."¹²¹¹

10.46 Un autre groupe spécial, celui qui était chargé de l'affaire Japon - Restrictions à l'importation de certains produits agricoles, a constaté que les "directives administratives" informelles auxquelles le gouvernement japonais avait recours pour restreindre la production de certains produits agricoles pouvaient être considérées comme une mesure gouvernementale au sens de l'article XI:2 du GATT, parce qu'elles émanaient du gouvernement et qu'elles étaient efficaces dans le contexte japonais.¹²¹² Plus précisément, en ce qui concerne la méthode employée pour imposer certaines mesures, ce groupe spécial a constaté ce qui suit:

"la pratique des "directives administratives" jouait un rôle important. Considérant que cette pratique est un instrument traditionnel de la politique japonaise qui est fondée sur le consensus et la pression exercée par les pairs, le Groupe a décidé de fonder ses jugements sur l'efficacité des mesures en dépit du manque initial de transparence".¹²¹³

Dans le même sens que cette observation du Groupe spécial dans l'affaire Japon - Produits agricoles, nous considérons que, dans l'analyse des "mesures" alléguées en l'espèce, il nous faudra procéder de

¹²⁰⁹Voir le paragraphe 6.94.

¹²¹⁰Japon - Semi-conducteurs, IBDD, S35/126, 170-171.

¹²¹¹Ibid.

¹²¹²Rapport du Groupe spécial Japon - Restrictions à l'importation de certains produits agricoles ("Japon - Produits agricoles"), adopté le 22 mars 1988, IBDD, S35/180, 273.

¹²¹³Ibid. (non souligné dans l'original).

manière à tenir compte du contexte dans lequel s'inscrivent ces actions gouvernementales et de l'effet qu'elles ont sur les acteurs privés.

10.47 En l'espèce, le Japon soutient qu'aux fins de l'article XXIII:1 b), des mesures doivent soit assurer des avantages, soit imposer des obligations, et que pour imposer des obligations, il faut que la mesure soit une politique ou une action du gouvernement qui impose des obligations juridiquement contraignantes ou l'équivalent quant au fond. La position des Etats-Unis est que le terme mesure à l'article XXIII:1 b) ne devrait pas être limité dans son extension aux seules obligations juridiquement contraignantes ou à leur équivalent substantiel. Ils plaident en faveur d'une définition plus large de ce terme.

10.48 Rappelant les critères appliqués dans l'affaire Japon - Semi-conducteurs pour déterminer si une mesure formellement non contraignante devait ou non être assimilée à une restriction gouvernementale tombant sous le coup de l'article XI:1, à savoir qu'il faut que la "directive administrative" crée des incitations ou des désincitations à agir d'une certaine manière et que le respect de ses dispositions dépende dans une large mesure de l'action du gouvernement, nous considérons qu'ils se prêteraient certainement aussi de manière satisfaisante à la définition du terme mesure dans le contexte de l'article XXIII:1 b). Cela dit, nous relevons qu'il n'y a rien dans l'affaire Japon - Semi-conducteurs qui donne à penser que ce critère des incitations ou désincitations doive être considéré comme le seul à retenir pour qualifier de gouvernementales des mesures formellement non contraignantes. Nous considérons par conséquent qu'il ne faudrait pas voir dans l'affaire Japon - Semi-conducteurs l'énoncé du critère exclusif ou de la limite à ne pas dépasser de ce qui peut être tenu pour constitutif d'une mesure dans le cadre de l'article XXIII:1 b).

10.49 En particulier, nous ne sommes pas persuadés que la définition proposée par le Japon, à savoir qu'une mesure doit assurer un avantage ou imposer une obligation juridiquement contraignante ou son équivalent substantiel, doive délimiter ce qui peut constituer une mesure au sens de l'article XXIII:1 b). A notre avis, une politique ou une action d'un gouvernement n'a pas nécessairement besoin d'être substantiellement contraignante ou obligatoire pour qu'il y ait de grandes chances de voir les acteurs privés s'y conformer d'une manière propre à annuler ou compromettre des avantages légitimement escomptés dans le cadre de l'article XXIII:1 b). De fait, il est évident que des actions non contraignantes, y compris des incitations ou des désincitations suffisantes pour que des parties privées agissent d'une manière particulière, peuvent potentiellement exercer des effets défavorables sur les conditions de la concurrence pour l'accès au marché. A titre d'exemple, il y a eu un certain nombre de litiges en situation de non-violation où entraient en jeu des subventions dont le bénéfice n'était subordonné qu'au respect volontaire des critères d'admission. Au surplus, il nous paraît aussi concevable, dans les cas où il existe une coopération et une collaboration très poussées entre le gouvernement et les milieux économiques, par exemple lorsqu'il est fait largement appel aux "directives administratives" et autres modalités plus informelles de coopération entre le gouvernement et les entreprises, que même les simples exhortations non contraignantes formulées dans une déclaration gouvernementale de politique générale puissent avoir sur les acteurs privés un effet semblable à celui d'une mesure juridiquement contraignante ou de ce que le Japon dénomme "directive administrative" réglementaire. Aussi convient-il à notre sens que nous soyons ouverts à une définition large du terme mesure aux fins de l'article XXIII:1 b), qui envisage la question de savoir si une action gouvernementale non contraignante exerce un effet semblable à celui d'une action contraignante.

10.50 Telle est la conclusion que nous tirons de l'examen du but de l'article XXIII:1 b), qui est de protéger l'équilibre des concessions consenties au titre du GATT en offrant un moyen de réparation pour des actions gouvernementales qui ne sont pas assujetties à un autre titre aux règles du GATT mais n'en annulent ou compromettent pas moins les avantages qu'un Membre attend légitimement des négociations

tarifaires.¹²¹⁴ Pour que ce but soit atteint, il importe, selon nous, que les catégories d'actions gouvernementales considérées comme des mesures visées par l'article XXIII:1 b) ne soient pas définies trop restrictivement. Autrement, il risque d'y avoir des cas où des gouvernements se seront trouvés mêlés d'une manière ou d'une autre à l'annulation ou à la réduction d'avantages sans qu'il y ait de possibilité de réparation au titre de l'article XXIII:1 b), ce qui empêchera la réalisation de son but. Nous tenons cependant à souligner que le fait de donner une définition large du terme mesure n'élargit pas la portée du recours offert par l'article XXIII:1 b), parce que le Membre qui s'en plaint reste tenu de démontrer clairement que la mesure contestée a pour effet ou est cause que des avantages se trouvent annulés ou compromis et qu'en dernière analyse, ainsi qu'il sera expliqué plus loin, le gouvernement du Membre défendeur n'est responsable que de ce qu'il a lui-même causé.

10.51 Enfin, sur ce en quoi une mesure gouvernementale peut consister, nous prenons note de l'analyse de plusieurs groupes spéciaux du GATT portant sur la question connexe de ce en quoi peuvent consister "toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation sur le marché intérieur" visés à l'article III:4 du GATT. Dans ces cas-là, la conclusion qu'il y a une loi, un règlement ou une prescription qui existe et qui enfreint les règles du GATT en porte présomption d'annulation ou de réduction d'avantages. Malgré cela, les groupes spéciaux ont retenu une interprétation extensive des cas où une action gouvernementale est une loi, un règlement ou une prescription. En 1984, par exemple, un groupe spécial a examiné des engagements écrits en matière d'achats et d'exportations pris par les investisseurs en application de la Loi canadienne sur l'examen de l'investissement étranger, quant à la conduite de l'entreprise qu'ils se proposaient d'acquérir ou de créer, sous réserve de l'approbation par le gouvernement canadien du projet d'acquisition ou de création. Ces engagements écrits ont été considérés comme juridiquement contraignants dans le cadre de cette loi. Le Groupe spécial a déterminé que les engagements devaient être considérés comme des "lois, règlements ou prescriptions" au sens de l'article III:4, quand bien même ladite loi ne les rendait pas obligatoires.¹²¹⁵ De même, dans l'affaire CEE - Pièces détachées et composants, le Groupe spécial a considéré que les termes "lois, règlements ou prescriptions" englobaient les prescriptions "qu'une entreprise accepte volontairement afin d'obtenir du gouvernement un avantage".¹²¹⁶ Etant donné que le champ couvert par le terme prescription paraîtrait plus restreint que celui d'une mesure, l'interprétation extensive donnée au mot prescription par les groupes spéciaux chargés respectivement des affaires Canada - Loi sur l'examen de l'investissement étranger et CEE - Pièces détachées et composants justifie une interprétation encore plus large du mot mesure à l'article XXIII:1b).

ii) Action gouvernementale ou action privée

10.52 L'Accord sur l'OMC étant un accord international, qui n'assujettit directement à des obligations que les gouvernements nationaux et les territoires douaniers distincts, il s'ensuit implicitement que le terme mesure, à l'article XXIII:1 b) du GATT et à l'article 26:1 du Mémorandum d'accord, comme ailleurs dans l'Accord sur l'OMC, ne vise que les politiques ou actions des gouvernements, et non celles de parties privées. Sans doute cette "vérité" ne prête-t-elle pas à contestation, mais il y a cependant eu un certain

¹²¹⁴CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 135, paragraphe 144.

¹²¹⁵Canada - Loi sur l'examen de l'investissement étranger, IBDD, S30/147, 167, paragraphe 5.4.

¹²¹⁶Rapport du groupe spécial CEE - Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants ("CEE - Pièces détachées et composants), adopté le 16 mai 1990, IBDD, S37/142, 211, paragraphe 5.21. Voir aussi le rapport du groupe spécial Bananes III, WT/DS27/R, paragraphes 7.179 et 7.180. La Liste exemplative de mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) figurant dans l'annexe de l'Accord sur les MIC indique que les MIC incompatibles avec les articles III:4 et XI:1 incluent celles qui sont "obligatoires ou qui ont force exécutoire en vertu de la législation nationale ou de décisions administratives, ou auxquelles il est nécessaire de se conformer pour obtenir un avantage" (non souligné dans l'original).

nombre de différends commerciaux à propos desquels des groupes spéciaux se sont trouvés devant des appréciations parfois difficiles à porter sur la mesure dans laquelle des actions qui se présentent en apparence comme privées peuvent néanmoins être imputables à un gouvernement parce que celui-ci a un certain lien avec elles ou les a entérinées.

10.53 Suivant une opinion exprimée dans une étude du GATT datant de 1960, où était examinée la question de savoir si des subventions financées par des perceptions non gouvernementales devaient faire l'objet d'une notification au titre de l'article XVI, "il convient [pour trancher cette question] d'examiner l'origine des fonds et la mesure dans laquelle l'Etat intervient éventuellement pour les réunir".¹²¹⁷

10.54 Dans l'affaire Japon - Semi-conducteurs, "[l]e Japon soutenait qu'il n'appliquait pas de mesures limitant le droit des producteurs et exportateurs japonais d'exporter des semi-conducteurs au prix qui leur convenait. ... Les entreprises privées limitaient les exportations dans leur propre intérêt et cette initiative du secteur privé ne tombait pas sous le coup de l'article XI:1".¹²¹⁸ Néanmoins, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

" ... le gouvernement japonais avait créé une structure administrative qui lui permettait d'exercer les plus fortes pressions possibles sur les entreprises privées pour qu'elles cessent d'exporter à des prix inférieurs au prix coûtant. ... Le Groupe spécial a estimé que le train de mesures en question partait du même principe qu'un régime formel de contrôle des exportations et en comprenait les éléments essentiels".¹²¹⁹

10.55 Enfin, en 1989, un groupe spécial a relevé, dans l'affaire CEE - Restrictions à l'importation de pommes de table, que "le régime interne que la Communauté appliquait aux pommes avait un caractère hybride qui combinait des éléments de responsabilité publique et privée. Juridiquement, il existait deux systèmes possibles: des achats directs de pommes par les autorités des Etats membres et des retraits effectués par les groupements de producteurs". Ce groupe spécial a constaté que le système d'achat comme le système de retrait établis pour les pommes en vertu du Règlement de la Communauté pouvaient tous deux être considérés comme des mesures gouvernementales aux fins de l'article XI:2 c) i).¹²²⁰

10.56 Ces précédents du GATT démontrent que le fait qu'une action est décidée par des parties privées n'exclut pas la possibilité qu'elle soit considérée comme gouvernementale si le gouvernement y intervient suffisamment. Cela dit, il est difficile de poser à cet égard des règles clairement délimitées. Aussi cette possibilité devra-t-elle être examinée cas par cas.

iii) Mesure ou maintien en vigueur

10.57 Le texte de l'article XXIII:1 b) est rédigé au présent, ainsi: "Dans le cas où [un Membre] considérerait qu'un avantage résultant [pour lui] directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis ... du fait ... b) ... qu'[un autre Membre] applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord". Il va donc de soi, dès lors que le texte envisage au présent l'annulation ou la réduction d'un avantage tenant au fait qu'un Membre "applique" une mesure (également au présent),

¹²¹⁷Rapport Examen général prévu à l'article XVI, paragraphe 5, adopté le 24 mai 1960, IBDD, S9/198, 202.

¹²¹⁸Japon - Semi-conducteurs, IBDD, S35/126, 168, paragraphe 102.

¹²¹⁹Ibid., page 174, paragraphe 117.

¹²²⁰Rapport du Groupe spécial CEE - Restrictions à l'importation de pommes de table (P lainte du Chili), adopté le 22 juin 1989, IBDD, S36/100, 138.

que le sens ordinaire de cette disposition limite le recours en situation de non-violation aux mesures qui sont actuellement en application.

10.58 Au surplus, les précédents du GATT et de l'OMC dans d'autres matières, et notamment la quasi-totalité des affaires examinées par les groupes spéciaux dans le contexte de l'article XXIII: 1 a), confirment que les groupes spéciaux de l'OMC n'ont pas plus que ceux du GATT pour pratique de statuer sur des mesures qui sont venues à expiration ou qui ont été abrogées ou rapportées.¹²²¹ C'est seulement dans un très petit nombre d'affaires, où intervenaient des situations très particulières, que des groupes spéciaux se sont prononcés sur des allégations visant des mesures qui n'existaient plus ou qui n'étaient plus appliquées. Dans ces affaires, les mesures en question avaient généralement été appliquées dans un passé très récent.¹²²²

10.59 Nous notons que les parties au différend ne sont pas en désaccord sur ce point fondamental que seule une mesure qui continue à être appliquée, et non la structure du marché qui peut ou non résulter de l'application de cette mesure, peut valablement être alléguée pour invoquer l'article XXIII:1 b) du GATT. Nous notons aussi que, par contre, les parties ne sont pas d'accord sur le point de savoir si certaines des "mesures" litigieuses sont ou non encore en vigueur. Alors que le Japon soutient que la plupart de ces "mesures" ont pris fin il y a des années et ne peuvent donc pas actuellement donner lieu à une action, les Etats-Unis affirment que deux tout au plus desdites "mesures" ont été formellement abrogées et que, en tout état de cause, toutes les politiques qui sous-tendent lesdites "mesures" subsistent aujourd'hui sous forme de "directives administratives" toujours en vigueur. Vu l'importance du principe du maintien en application des mesures pour l'interprétation de l'article XXIII:1 b), il nous faudra analyser avec un soin particulier - en examinant les différentes "mesures" - les éléments de preuve relatifs à ces "directives administratives" qui seraient toujours en vigueur. Pour l'heure, nous nous bornerons à dire que nous n'excluons pas que des "mesures" anciennes qui n'ont jamais été officiellement rapportées puissent continuer à être appliquées par le biais de "directives administratives" toujours en vigueur. De même, dans le cas de mesures qui ont été officiellement rapportées, il se peut néanmoins que les politiques qui les sous-tendent continuent à être appliquées par le biais de "directives administratives" toujours en vigueur. Toutefois, c'est aux Etats-Unis qu'il incombe de démontrer clairement que ces "directives" existent bien effectivement et qu'elles annulent ou compromettent des avantages à l'heure actuelle.

iv) Résumé

¹²²¹Voir Etats-Unis - Essence, WT/DS2/R, paragraphe 6.19, où le Groupe spécial observait que "les groupes spéciaux établis au titre de l'Accord général n'avaient généralement pas eu pour pratique de se prononcer sur des mesures qui, au moment où leur mandat avait été défini, n'étaient pas effectives et n'allaient pas le devenir". Voir aussi le rapport du Groupe spécial Argentine - Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtement s et autres articles, WT/DS56/R, distribué le 25 novembre 1997, pages 100 à 102.

¹²²²Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Chemises de laine, WT/DS33/R, confirmé par l'Organe d'appel, WT/DS33/AB/R, affaire dans laquelle le Groupe spécial a statué sur une mesure qui fut rapportée après le réexamen intérimaire mais avant la communication du rapport final aux parties; le rapport du Groupe spécial CEE - Mesures appliquées aux protéines destinées à l'alimentation des animaux, adopté le 14 mars 1992, IBDD, S25/53, où le Groupe spécial s'était prononcé sur une mesure qui n'était plus appliquée, mais qui avait été rapportée après que le mandat du Groupe spécial eut déjà été arrêté; le rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Interdiction des importations de thon et de produits du thon en provenance du Canada, adopté le 22 février 1982, IBDD, S29/96, 113, paragraphe 4.3, où le Groupe spécial s'était prononcé sur la compatibilité avec le GATT d'une mesure rapportée, mais seulement avec l'accord des deux parties à cet effet; le rapport du Groupe spécial CEE - Restrictions appliquées à l'importation de pommes en provenance du Chili, adopté le 10 novembre 1980, IBDD, S27/107, affaire où le Groupe spécial s'était prononcé sur une mesure qui avait été levée avant l'établissement de son mandat, mais où celui-ci incluait expressément la mesure supprimée et où, comme il s'agissait d'une mesure saisonnière, sa réintroduction restait possible.

10.60 Pour examiner les allégations d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation formulées en l'espèce, il nous paraît important de rechercher si les "mesures" litigieuses sont privées ou imputables au gouvernement japonais avec un soin particulier, d'autant plus que les parties sont sérieusement en désaccord sur la nature de certaines de ces "mesures". Nous sommes sensibles aussi à l'éventualité, parfois, d'une impossibilité de distinguer avec une grande précision un critère bien tranché d'identification d'une mesure. Vu les considérations exposées plus haut aux paragraphes 10.48 à 10.50, nous adopterons une interprétation extensive de ce qui constitue une mesure, sans perdre de vue que les Etats-Unis sont tenus, en tout état de cause, de démontrer que la mesure a bien effectivement pour effet d'annuler ou de compromettre des avantages escomptés.

b) Avantage résultant du GATT

10.61 Le deuxième élément prescrit pour être fondé à alléguer l'annulation ou la réduction d'un avantage au titre de l'article XXIII:1 b) est qu'il faut prendre en considération l'existence d'un avantage résultant pour un Membre de l'OMC de l'accord applicable (en l'espèce, le GATT de 1994). A une seule exception près, dans toutes les précédentes affaires du GATT où l'article XXIII:1 b) a été invoqué, l'avantage revendiqué consistait en l'attente légitime de possibilités d'accès au marché accrues découlant des concessions tarifaires pertinentes.¹²²³ Ce même ensemble de précédents du GATT donne à penser que pour qu'une attente soit légitime, il faut qu'elle tienne compte de toutes les mesures prises par la partie auteur de la concession qui auraient pu être raisonnablement prévues au moment de l'octroi de la concession.¹²²⁴ Bien entendu, comme dans le cas du premier élément (application d'une mesure), c'est à la partie plaignante qu'il incombe de faire la démonstration de l'"avantage résultant" pour elle du GATT.

10.62 Dans le cas particulier qui nous occupe, la question de l'attente légitime d'avantages leur revenant se complique du fait que les Etats-Unis allèguent qu'ils ont escompté des avantages, sous la forme d'une amélioration de l'accès aux marchés, pour quatre produits différents (chacun relevant d'une ligne tarifaire différente), accordés dans le cadre de trois séries successives de négociations commerciales multilatérales. Cette allégation soulève deux questions d'ordre général. En premier lieu, les avantages légitimement escomptés par un Membre peuvent-ils découler de séries successives de négociations tarifaires? Deuxièmement, quels devraient-êtré les facteurs à prendre en considération pour déterminer si un Membre devrait avoir raisonnablement prévu les mesures dont il allègue qu'elles ont annulé ou compromis des avantages?

¹²²³Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium, rapport adopté le 3 avril 1950, IBDD, II/204; Allemagne - Sardines, rapport adopté le 31 octobre 1952, IBDD, S1/56; rapport du Groupe spécial Recours de l'Uruguay, adopté le 16 novembre 1962, IBDD, S11/98; CE - Agrumes, document du GATT L/5776, daté du 7 février 1985 (non adopté); CEE - Fruits en boîte, document du GATT L/5778, daté du 20 février 1985 (non adopté); Japon - Semi-conducteurs, adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126; CEE - Oléagineux, rapport adopté le 25 janvier 1990, IBDD, S37/91; Etats-Unis - Dérogation de 1955, rapport adopté le 7 novembre 1990, IBDD, S37/245. Ce n'est que dans l'affaire CE - Agrumes que la partie plaignante a allégué que l'avantage qui lui était dénié n'était pas une amélioration de l'accès au marché découlant des concessions tarifaires accordées au titre de l'article II du GATT, mais le traitement ("de la nation la plus favorisée") prévupar l'article I:1 du GATT, du fait des préférences tarifaires non consolidées accordées par la Communauté à certains pays méditerranéens.

¹²²⁴Voir, par exemple, Australie - Sulfate d'ammonium, IBDD, II/204, 209-210; Allemagne - Sardines, IBDD, S1/56, 61-62; CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 135-139.

i) Avantages issus des séries de négociations successives

10.63 Les Etats-Unis invoquent l'article XXIII:1 b) en alléguant qu'ils se sont raisonnablement attendus à des avantages leur revenant par suite des concessions tarifaires accordées par le Japon pour les pellicules et papiers noir et blanc dans le cadre du Kennedy Round (1967), pour les pellicules et papier couleur et noir et blanc dans celui du Tokyo Round (1979) et pour les pellicules et papier couleur et noir et blanc dans celui du Cycle d'Uruguay (1994). Le Japon fait valoir que les attentes raisonnables des Etats-Unis doivent nécessairement se limiter à celles qui existaient en 1994 à l'issue du Cycle d'Uruguay, en ce que ces dernières attentes correspondaient à un nouvel équilibre et à une réévaluation globale des concessions en matière d'accès au marché remplaçant toute attente raisonnable qu'auraient pu susciter les négociations tarifaires antérieures.

10.64 Deux dispositions du GATT de 1994 (les alinéas b) i) et d) du paragraphe 1) nous apparaissent comme utiles pour résoudre cette question. Le passage pertinent du texte du GATT de 1994 prévoit:

- "1. L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le "GATT de 1994") comprendra:
- a) les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, en date du 30 octobre 1947, ...
 - b) les dispositions des instruments juridiques mentionnées ci-après qui sont entrées en vigueur en vertu du GATT de 1947 avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC:
 - i) protocoles et certifications concernant les concessions tarifaires;
 - ...
 - d) le Protocole de Marrakech annexé au GATT de 1994."

Suivant les mentions indiquées dans le texte cité - également connu sous le nom de clause d'incorporation du GATT de 1994 -, le GATT de 1994 incorpore tant les "protocoles et certifications concernant les concessions tarifaires", en vertu du paragraphe 1 b) i), que "le Protocole de Marrakech annexé au GATT de 1994", en vertu du paragraphe 1 d). Le sens ordinaire du texte des alinéas b) i) et d) du paragraphe 1 du GATT de 1994, lus conjointement, donne clairement à penser que tous les protocoles relatifs aux concessions tarifaires, tant ceux qui sont antérieurs au Cycle d'Uruguay que le Protocole de Marrakech annexé au GATT de 1994, sont incorporés au GATT de 1994 et continuent à exister en droit dans le cadre de l'Accord sur l'OMC.

10.65 La thèse du Japon est, semble-t-il, que les Listes annexées au Protocole de Marrakech l'emportent, à titre d'accord postérieur, sur celles qui sont entrées en vigueur sous l'empire du GATT de 1947. A notre avis, une telle interprétation n'aurait de sens que si le Protocole de Marrakech, mentionné au paragraphe 1 d) du GATT de 1994, était considéré comme postérieur dans le temps aux protocoles visés au paragraphe 1 b) i) de cet accord, et encore, dans la mesure seulement où il y aurait conflit entre les concessions tarifaires annexées au Protocole de Marrakech et celles qui figuraient dans les autres protocoles tarifaires incorporés au GATT de 1994. Nous considérons que, comme le font valoir les Etats-Unis, l'article 30 de la Convention de Vienne¹²²⁵, qui est conçu pour résoudre les conflits entre les dispositions

¹²²⁵Le passage pertinent de l'article 30 de la Convention de Vienne, intitulé "Application de traités successifs portant sur la même matière", est ainsi libellé: "... 3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur".

de traités successifs portant sur la même matière, n'est pas applicable à la situation dont il s'agit parce qu'il n'y a rien qui soit intrinsèquement incompatible - en conflit - entre les concessions tarifaires, antérieures et postérieures, convenues. Un tel conflit n'existerait, semble-t-il, que si les concessions postérieures étaient moins favorables que les concessions antérieures, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Lorsque des concessions tarifaires ont été progressivement améliorées, les avantages - l'attente d'une amélioration de l'accès au marché - découlant directement ou indirectement de différents protocoles concernant les concessions tarifaires incorporés au GATT de 1994 peuvent être interprétés en harmonie. Cette démarche est conforme aux principes généraux d'interprétation du droit qui, comme l'Organe d'appel l'a réaffirmé dans l'affaire Etats-Unis - Essence, enseignent qu'il convient de s'efforcer de donner effet en droit à tous les éléments d'un traité et de ne pas les rendre redondants ou inutiles.¹²²⁶

10.66 La conclusion que des avantages découlant de concessions consenties dans le cadre de séries successives de négociations tarifaires peuvent séparément susciter l'attente raisonnable d'une amélioration de l'accès au marché cadre avec les constatations de précédents groupes spéciaux.¹²²⁷ Dans l'affaire CEE - Fruits en boîte, le Groupe spécial a constaté que les Etats-Unis étaient raisonnablement en droit d'attendre des avantages des concessions tarifaires accordées par la Communauté en 1974 à l'issue des négociations menées au titre de l'article XXIV:6 ainsi que des concessions tarifaires consenties dans le cadre du Tokyo Round de 1979 (même si, à propos de ces dernières concessions, ce groupe spécial a constaté séparément que les Etats-Unis auraient pu prévoir certaines subventions).¹²²⁸ Dans l'affaire CEE - Oléagineux, le Groupe spécial a constaté que les Etats-Unis pouvaient raisonnablement escompter des avantages des concessions tarifaires accordées par la CEE en 1962 dans le cadre du Dillon Round.¹²²⁹ Comme les Etats-Unis le font remarquer, ces constatations n'auraient pas été possibles si les accords tarifaires multilatéraux ou les accords d'élargissement ultérieurs avaient été réputés étendre en bloc les concessions figurant dans les listes tarifaires antérieures.

10.67 La citation qui suit, extraite du rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux, nous apparaît comme particulièrement pertinente:

"Dans ces conditions, les partenaires de la Communauté lors des négociations successives au titre de l'article XXIV:6 pouvaient légitimement penser que, à défaut d'indication contraire, l'offre de la Communauté de maintenir un engagement tarifaire équivalait à offrir de ne pas modifier l'équilibre des concessions établi antérieurement. Le Groupe spécial a noté que, dans la documentation qui lui avait été remise, rien n'indiquait que la Communauté avait précisé à ses partenaires de négociation que le retrait et le rétablissement des concessions tarifaires sur les oléagineux dans le cadre du retrait de l'ensemble de la Liste communautaire signifiaient que la Communauté cherchait à définir un nouvel équilibre des concessions concernant ces produits. En particulier, rien ne prouvait que, dans le contexte de ces négociations, la Communauté ait offert à ses partenaires une compensation pour une réduction des concessions tarifaires causée par les subventions à la production ou qu'elle ait accepté que ses partenaires retirent des concessions tarifaires à titre de compensation pour une telle réduction. L'équilibre des concessions négocié en 1962 au sujet des oléagineux n'avait donc pas été altéré au cours des négociations successives au titre de l'article XXIV:6. Le Groupe spécial a par conséquent estimé que les avantages découlant pour les Etats-Unis des concessions

¹²²⁶WT/DS2/AB/R, page 26.

¹²²⁷Voir le rapport CEE - Fruits en boîte, L/5778 (non adopté); CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91.

¹²²⁸CEE - Fruits en boîte, L/5778 (rapport non adopté), paragraphe 54.

¹²²⁹CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 135-137, paragraphes 144 à 146.

tarifaires sur les oléagineux consenties lors des négociations de 1986/87 au titre de l'article XXIV:6 comprenaient la protection de ce que les Etats-Unis pouvaient raisonnablement escompter lorsque ces concessions avaient été initialement négociées en 1962".¹²³⁰

10.68 Le fait que l'affaire CEE - Oléagineux (comme d'ailleurs l'affaire CEE - Fruits en boîte, dans laquelle le rapport du Groupe spécial n'a pas été adopté) portait sur une renégociation de concessions tarifaires menée au titre de l'article XXIV:6, par opposition à l'article XXVIII ou à l'article XXVIIIbis, n'ôte rien, selon nous, à l'intérêt de la constatation citée ci-dessus pour l'affaire à l'examen. C'est qu'en effet la procédure de l'article XXIV:6 est un simple moyen pour un Membre de l'OMC qui a adhéré à une union douanière et se propose de relever un taux de droit au-delà des niveaux consolidés de pouvoir modifier ou retirer cette concession suivant les procédures prévues à l'article XXVIII.¹²³¹ Le Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux a constaté qu'il n'y avait, effectivement, pas de modification ni de retrait de concessions tarifaires négociées au titre de l'article XXIV:6 - et pas de nouvel équilibre des concessions établi, c'est-à-dire que "l'équilibre des concessions négocié en 1962 ... n'avait ... pas été altéré" -, même si les consolidations tarifaires pour les oléagineux avaient été retirées et rétablies intactes.

10.69 Nous relevons que l'article XXVIII peut être invoqué dans des circonstances précisément définies pour modifier ou retirer des concessions. De plus, comme nous l'avons déjà relevé, l'article XXIV:6 permet aux Membres qui ont adhéré à des unions douanières de modifier ou retirer ces concessions suivant les procédures de l'article XXVIII. Par contre, l'article XXVIIIbis, en vertu duquel les Membres sont fondés à réduire et consolider des droits sur une base d'avantages mutuels (c'est-à-dire multilatérale), n'offrent pas en règle générale de moyen de modifier ou retirer des concessions tarifaires.¹²³²

10.70 Nous considérons, par conséquent, qu'on peut en principe dire qu'une attente raisonnable subsiste en ce qui concerne les concessions tarifaires accordées par le Japon pour les pellicules et papiers dans le cadre des séries successives de négociations menées en application de l'article XXVIIIbis. Néanmoins, il est sans doute difficile d'établir une prétention en se fondant sur ce que l'on attendait de séries de négociations achevées il y a 18 ou 30 ans. Il faut que les Etats-Unis démontrent que ces attentes, de même que leurs attentes plus récentes, se trouvent actuellement annulées ou compromises.

10.71 Passant aux quatre produits en cause dans le présent différend et à leur rapport avec les attentes raisonnables alléguées par les Etats-Unis, nous relevons que les premières concessions tarifaires du Japon pour les pellicules et papiers photographiques datent du Kennedy Round et qu'elles ne concernaient que les pellicules et papiers noir et blanc; les concessions postérieures consenties dans le cadre du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay portaient sur les pellicules et papiers tant couleur que noir et blanc. A la lumière de ces faits, deux remarques d'ordre général peuvent être formulées quant à la manière dont

¹²³⁰Ibid., pages 136 et 137, paragraphe 146.

¹²³¹Nous relevons à cet égard que l'article XXIV:6 n'institue pas de procédure distincte, mais renvoie expressément à celle de l'article XXVIII.

¹²³²En ce qui concerne les séries de négociations menées sous l'empire du GATT de 1947 au titre de l'article XXVIIIbis, il est à noter qu'il y a dans le "Protocole reprenant les résultats de la Conférence tarifaire de 1960-1961" (Dillon Round) une disposition prévoyant le remplacement des anciennes par les nouvelles concessions dans les cas où les listes du Dillon Round établissaient pour un produit un régime moins favorable que le régime prévu dans une liste qui existait auparavant. IBDD, S11/8, 9, paragraphe 4. S'il n'y a pas de disposition de ce genre dans les protocoles issus du Kennedy Round et du Tokyo Round, on en trouve une semblable, applicable seulement à l'Afrique du Sud, à l'Egypte, au Pérou et à l'Uruguay, au paragraphe 7 du Protocole de Marrakech. Ces dispositions ne joueraient pas pour les réductions tarifaires progressives consenties par le Japon sur les pellicules et papiers et reprises dans ses Listes du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

nous procéderons dans la suite de notre analyse de l'article XXIII:1 b). Tout d'abord, il est évident que les Etats-Unis ne sauraient faire valoir une quelconque attente raisonnable découlant du Kennedy Round au sujet des pellicules ou papiers couleur. Deuxièmement, du fait que les arguments des Etats-Unis et les objections du Japon sont centrés pour l'essentiel sur le marché des pellicules, et en particulier celui des pellicules couleur, nous considérons qu'il y a lieu de nous concentrer aussi dans notre analyse sur le marché des pellicules et, à compter de 1979, sur le marché des pellicules couleur en particulier, en complétant cette analyse en tant que de besoin par des références au marché des pellicules noir et blanc et des papiers, tant noir et blanc que couleur.

ii) Attente légitime d'un avantage

10.72 Le texte de l'article XXIII:1 b) mentionne simplement "un avantage résultant ... directement ou indirectement du présent Accord" et ne définit ni n'explique plus avant quels sont les avantages visés. Dans des rapports précédents, des groupes spéciaux du GATT ont considéré que ces avantages sont ceux qu'un Membre peut raisonnablement s'attendre à tirer d'une négociation tarifaire.

10.73 Le premier rapport du GATT à avoir analysé l'article XXIII:1 b) est celui de 1950 du Groupe de travail sur Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium. Ce groupe de travail a constaté qu'en supprimant la subvention accordée en temps de guerre pour un engrais, le nitrate de sodium, tout en maintenant celle qui avait été accordée pour un autre engrais, le sulfate d'ammonium, l'Australie, sans pour autant manquer à ses obligations au titre du GATT, avait annulé ou compromis des avantages résultant pour le Chili de cet accord. Le Groupe de travail a admis que ces avantages seraient compromis si les mesures prises par l'Australie

"qui ont eu pour résultat de renverser le rapport de concurrence existant entre le nitrate de sodium et le sulfate d'ammonium, n'auraient raisonnablement pu être prévues par le Gouvernement du Chili au moment où il a négocié la consolidation du régime d'admission en franchise du nitrate de sodium, compte tenu de tous les éléments pertinents de la situation et des dispositions de l'Accord général. Le Groupe de travail est arrivé à la conclusion que le gouvernement du Chili avait eu raison de supposer, au cours de ces négociations, que la subvention accordée aux engrais en temps de guerre ne serait pas supprimée pour le nitrate de sodium avant qu'elle le soit pour le sulfate d'ammonium. [Raisons omises.] C'est pourquoi il a également conclu que les mesures australiennes devraient être considérées comme affectant un avantage résultant pour le Chili de l'Accord général, et qu'elles tombaient par conséquent sous le coup des dispositions de l'article XXIII. ... L'inégalité ainsi créée et le traitement auquel le Chili était raisonnablement en droit de s'attendre au moment de la négociation, compte tenu de tous les éléments pertinents de la situation, notamment des faits mentionnés plus haut ainsi que des dispositions de l'Accord général, ont influencé dans une large mesure la conclusion à laquelle le Groupe de travail est arrivé".¹²³³

En 1952, le Groupe spécial chargé de l'affaire Allemagne - Sardines a aussi fondé une constatation en situation de non-violation sur une "mesure du gouvernement allemand, qui a eu pour effet de bouleverser le rapport de concurrence entre [différentes espèces de la même famille de poissons et qui] n'avait pu être raisonnablement prévue par le gouvernement norvégien au moment où il a négocié les réductions de droits de douane sur [ces poissons]".¹²³⁴ En faisant cette constatation, le Groupe spécial a relevé que

¹²³³Australie - Sulfate d'ammonium, IBDD, II/204, 209-210, paragraphe 12 (non souligné dans l'original).

¹²³⁴IBDD, S1/56, 62, paragraphe 16 (non souligné dans l'original).

la Norvège "avait des raisons de supposer" que les poissons auxquels elle avait un intérêt ne seraient pas traités moins favorablement.¹²³⁵

10.74 Deux groupes du GATT ont développé ces notions dans le contexte des subventions, en s'attachant en chaque cas à déterminer si une partie pouvait raisonnablement s'attendre au maintien d'un certain traitement. En 1955, un groupe de travail écrivait:

"Pour les subventions à la production nationale, il a été reconnu 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, 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".¹²³⁶

Un rapport de 1961, citant le paragraphe qui précède, disait:

"Il a été noté à cet égard que l'expression "être normalement en droit de s'attendre" était suivie des mots "à défaut de preuve contraire". Le Groupe spécial y entend qu'il faut donc présumer, sauf existence de faits pertinents au moment où la négociation 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."¹²³⁷

10.75 En 1990, dans l'affaire CEE - Oléagineux, le Groupe spécial a examiné une plainte en situation de non-violation en procédant comme suit:

"Le Groupe spécial s'est demandé s'il était raisonnable que les Etats-Unis attendent de la Communauté qu'elle n'applique pas de programmes de subventions qui neutralisent systématiquement l'effet des concessions tarifaires au plan des prix.

...

Le Groupe spécial ne partage pas l'opinion de la Communauté selon laquelle reconnaître la légitimité d'une telle attente équivaudrait à récrire l'Accord général. Les parties contractantes ont décidé que, s'il est constaté qu'un avantage est compromis, cela ne les autorise pas à demander à la partie contractante incriminée de lever une mesure qui n'est pas incompatible avec l'Accord général. Une telle constatation permet simplement à la partie contractante dont l'attente est déçue de demander, conformément à l'article XXIII:2, l'autorisation de suspendre l'application de concessions ou d'autres obligations résultant de l'Accord général. Reconnaître la légitimité d'une attente signifie donc essentiellement reconnaître la légitimité d'une telle demande. Par conséquent, reconnaître la légitimité d'une attente concernant le recours à des subventions à la

¹²³⁵Ibid. Ce groupe spécial a constaté que les poissons en question, quoique de la même famille, n'étaient pas des "produits similaires" et que, par conséquent, la différence de traitement tarifaire n'était pas contraire à l'article premier.

¹²³⁶Rapport du Groupe de travail Autres entraves au commerce, adopté le 3 mars 1955, IBDD, S3/249, 252, paragraphe 13 (non souligné dans l'original).

¹²³⁷Rapport du Groupe spécial Application des dispositions de l'article XVI, adopté le 21 novembre 1961, IBDD, S10/217, 226, paragraphe 28.

production n'empêche nullement une partie contractante d'appliquer de telles mesures en conformité avec l'Accord général; cela délimite simplement la portée de la protection d'un équilibre de concessions négocié. C'est pourquoi le Groupe spécial a estimé que l'on pouvait penser que les Etats-Unis n'avaient pas prévu l'octroi de subventions qui protègent complètement les producteurs d'oléagineux de la Communauté des mouvements des prix des importations et empêchent ainsi les concessions tarifaires d'avoir une incidence sur le rapport de concurrence entre les oléagineux d'origine communautaire et les oléagineux importés, et qui ont notamment pour conséquence que tous les oléagineux produits dans la Communauté sont écoulés sur son marché bien qu'il soit possible d'en importer."¹²³⁸

10.76 Comme le suggère le rapport de 1961, pour que l'attente d'un avantage soit légitime, il faut que les mesures contestées n'aient pas pu être raisonnablement prévues au moment où la concession tarifaire a été négociée. Si ces mesures ont été prévues, un Membre ne saurait s'être légitimement attendu à une amélioration de l'accès au marché correspondant à la réduction de cet avantage causée par lesdites mesures.

10.77 Ainsi, au titre de l'article XXIII:1 b), les Etats-Unis ne peuvent alléguer la réduction des avantages liés à l'amélioration des conditions d'accès au marché découlant des concessions tarifaires pertinentes du Japon que pour autant qu'ils n'aient pas pu raisonnablement prévoir que ces avantages seraient neutralisés par l'application ultérieure d'une mesure de la part du gouvernement japonais. Dans la présente espèce, les parties sont en désaccord sur cette question de la prévision raisonnable pour chacune sans exception des "mesures" dont les Etats-Unis allèguent qu'elles annulent ou compromettent des avantages résultant pour eux du GATT.

10.78 Pour déterminer si une mesure était raisonnablement prévue, on peut à l'évidence commencer par voir si cette mesure a été adoptée avant ou après la conclusion de la série de négociations tarifaires pertinente, ce qui est la démarche retenue dans le rapport de 1961 cité plus haut. Toutefois, les parties font valoir que la question est beaucoup plus compliquée que cela. A ce qu'ils affirment, les Etats-Unis n'avaient tout simplement pas connaissance de certaines "mesures" qui étaient antérieures à la conclusion de la série de négociations tarifaires pertinente en raison de leur manque de transparence. Dans d'autres cas, ils indiquent que tout en étant au fait de l'existence des "mesures" avant cette conclusion, ils n'en savaient pas, et n'auraient pas pu en savoir, la portée par rapport à l'accès des pellicules et papiers importés au marché japonais à l'époque des négociations tarifaires pertinentes. Le Japon, par contre, soutient que les Etats-Unis prévoyaient effectivement ou auraient dû prévoir la totalité des "mesures" alléguées. A cet égard, il fait valoir que les Membres exportateurs devraient raisonnablement prévoir les mesures compatibles avec le GATT prises par un Membre importateur pour accroître l'efficacité d'un secteur particulier de son économie, tel celui de la distribution.

10.79 Nous considérons qu'il convient d'envisager la question de la prévision raisonnable de telle ou telle "mesure" spécifique à la lumière des lignes directrices suivantes. En premier lieu, s'agissant des mesures dont les Etats-Unis ont prouvé qu'elles ont été instituées postérieurement à la conclusion des négociations tarifaires en cause, nous estimons que les Etats-Unis ont donné à présumer qu'ils ne devraient pas être censés avoir prévu ces mesures et qu'il incombe donc au Japon de réfuter cette présomption. Cette réfutation pourrait consister, par exemple, à établir que la mesure litigieuse se trouve si manifestement envisagée dans une mesure antérieure que les Etats-Unis devraient être censés l'avoir prévue. Encore faut-il qu'un lien manifeste soit établi. A notre sens, il ne suffit pas d'alléguer qu'une mesure spécifique aurait dû être prévue parce qu'elle cadre avec une politique générale antérieure du gouvernement ou en est la continuation. Comme dans l'affaire CEE - Oléagineux¹²³⁹, nous ne pensons

¹²³⁸ CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 137-138, paragraphes 147 et 148.

¹²³⁹ CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 137-138, paragraphes 147 et 148.

pas qu'il y ait lieu de considérer que les Etats-Unis avaient raisonnablement prévu toutes les mesures compatibles avec le GATT, y compris les "mesures" destinées à améliorer ce que le Japon dépeint comme l'inefficacité du secteur japonais de la distribution. De fait, si un Membre était censé prévoir toutes les mesures compatibles avec le GATT, il n'y aurait pas de plainte possible en situation de non-violation. Et nous ne considérons pas davantage qu'en règle générale les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir les mesures japonaises qui sont analogues aux mesures prises sur les marchés d'autres Membres. Pour toutes ces mesures, la question de la prévision raisonnable demande à être traitée cas par cas.

10.80 Deuxièmement, en ce qui concerne les mesures dont le Japon a établi qu'elles ont été instituées avant la conclusion des négociations tarifaires en cause, nous estimons que le Japon a donné à présumer que les Etats-Unis devraient être censés avoir prévu ces mesures et qu'il leur incombe de réfuter cette présomption. A ce propos, nous sommes d'avis que les Etats-Unis sont censés connaître les mesures prises par le gouvernement japonais à la date de leur publication. Nous avons conscience que savoir qu'une mesure existe n'équivaut pas à comprendre l'incidence de cette mesure sur le marché d'un produit particulier. A titre d'exemple, une mesure vague pourrait se voir conférer de la consistance par des modes d'exécution qui sont au départ inattendus ou par la suite très sensiblement modifiés. Cela dit, dans les cas où les Etats-Unis allèguent qu'ils ne savaient pas qu'une mesure avait un rapport avec les conditions d'accès au marché des pellicules ou des papiers, nous attendrions d'eux qu'ils démontrent clairement pourquoi à l'origine ils n'auraient pas pu raisonnablement prévoir l'effet d'une mesure existante sur le marché des pellicules ou des papiers et quand ils se sont effectivement rendu compte de cet effet. Cette démonstration devra être reliée aux points adéquats dans le temps (à savoir, la conclusion du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, respectivement) pour permettre d'apprécier l'étendue des avantages qu'ils étaient légitimement en droit d'attendre de ces trois séries de négociations. La simple affirmation que les mesures d'un Membre étaient si opaques et si informelles qu'il était impossible d'en évaluer l'incidence n'est pas suffisante. S'il est vrai que, dans la plupart des précédents litiges en situation de non-violation, on pouvait aisément discerner un lien manifeste entre une action portant sur un produit particulier et son effet sur la concession tarifaire qu'elle avait prétendument compromise, on peut cependant aussi discerner un lien entre des mesures générales affectant la vente et la distribution de produits sur le marché intérieur, telles les règles applicables à la publicité et aux primes, et des concessions tarifaires accordées pour des produits en général.

10.81 Troisièmement, aux fins de notre analyse, nous considérons que la conclusion des négociations tarifaires menées dans le cadre des trois cycles se situe dans le temps comme suit: pour le Kennedy Round, il apparaît que les négociations tarifaires s'étaient poursuivies jusqu'à la fin même du cycle, et nous considérerons donc que la date pertinente est celle de la conclusion du cycle, à savoir le 30 juin 1967. S'agissant du Tokyo Round, sa conclusion est intervenue le 12 avril 1979, encore que le protocole y relatif soit officiellement daté du 30 juin 1979. Nous traiterons le moment venu l'argument des Etats-Unis que les négociations sur les réductions tarifaires en faveur des pellicules avaient pris fin plus tôt. Dans le cas du Cycle d'Uruguay, les négociations tarifaires étaient pour l'essentiel achevées au 15 décembre 1993, encore que le cycle ait officiellement pris fin à la signature de l'Accord sur l'OMC à Marrakech, le 15 avril 1994. En conséquence, nous retiendrons la date du 15 décembre 1993 pour la conclusion des négociations tarifaires du Cycle d'Uruguay.

c) Annulation ou réduction d'un avantage: causalité

10.82 Le troisième élément prescrit pour une allégation en situation de non-violation au titre de l'article XXIII:1 b) est que l'avantage revenant au Membre de l'OMC (telle une amélioration de l'accès au marché découlant de concessions tarifaires) se trouve annulé ou compromis du fait de l'application d'une mesure par un autre Membre de l'OMC. En d'autres termes, il faut qu'il soit démontré que la position concurrentielle des produits importés faisant l'objet et bénéficiant d'une concession (tarifaire) pertinente concernant l'accès au marché se trouve bouleversée par ("annulé ou compromis ... du fait" de) l'application d'une mesure qui n'était pas raisonnablement prévue. L'assimilation de "l'annulation ou la réduction" d'un avantage au "bouversement du rapport de concurrence" entre les produits d'origine nationale et les produits d'importation établi par suite des concessions tarifaires a été constamment faite par les groupes spéciaux du GATT qui ont examiné des plaintes en situation de non-violation. Dans l'affaire CEE - Oléagineux, par exemple, le Groupe spécial, en exposant ses constatations, a dit avoir "constaté ... [que] les subventions en cause avaient réduit les concessions tarifaires parce qu'elles avaient bouleversé le rapport de concurrence entre les oléagineux d'origine communautaire et les oléagineux importés, non parce qu'elles avaient eu un effet sur les courants d'échanges".¹²⁴⁰ La même formule avait été employée dans les affaires *Australie - Sulfate d'ammonium* et *Allemagne - Sardines*.¹²⁴¹ En l'espèce, par conséquent, c'est aux Etats-Unis de prouver que les mesures gouvernementales qu'ils citent ont bouleversé le rapport de concurrence sur le marché japonais entre pellicules et papiers photographiques d'origine nationale et importés au détriment des importations. En d'autres termes, il faut que les Etats-Unis établissent une corrélation manifeste entre les mesures et l'effet défavorable exercé sur les rapports de concurrence pertinents.

10.83 Nous considérons que ce troisième élément - la causalité - est sans doute sur le plan des faits l'un des volets les plus complexes de notre examen. A ce propos, nous relevons que dans les trois précédentes affaires en situation de non-violation où les groupes spéciaux ont constaté que les parties plaignantes n'avaient pas fourni de justification détaillée à l'appui de leurs allégations, la question litigieuse tournait essentiellement autour de l'absence de preuve de la causalité.¹²⁴² Quatre questions afférentes à la causalité méritent une analyse générale: premièrement, la question du degré de causalité qu'il faut établir - sine qua non ("sans") ou moins; deuxièmement, la pertinence de la neutralité d'une mesure quant à l'origine en ce qui concerne la cause de l'annulation ou de la réduction; troisièmement, la pertinence de l'intention pour la causalité; quatrièmement, enfin, la question de savoir jusqu'à quel point des mesures peuvent être envisagées collectivement dans une analyse de la causalité.

10.84 Sur la première question, les Etats-Unis font valoir qu'ils n'ont pas besoin d'établir que les mesures litigieuses sont une cause "sine qua non" de réduction de l'accès au marché pour les pellicules et papiers importés, mais qu'il leur suffit de démontrer que ces mesures sont "une" cause de cette distorsion. Le Japon fait valoir qu'il faut que la partie plaignante prouve l'existence d'un lien manifeste entre la mesure contestée et l'annulation ou la réduction alléguée pour établir le rapport de cause à effet nécessaire. Plus précisément, le Japon affirme que la question est de savoir si la partie plaignante a présenté une "justification détaillée" à l'appui de son allégation suivant laquelle une mesure a causé l'annulation ou la réduction d'un avantage. A notre avis, le Japon devrait être responsable de ce qui est causé par des mesures imputables au gouvernement japonais, par opposition à ce qui est causé, par exemple, par un

¹²⁴⁰Suite donnée au rapport du Groupe spécial CEE - Oléagineux, IBDD, S39/101, 127-128, paragraphe 77 (non souligné dans l'original).

¹²⁴¹Voir plus haut, paragraphe 10.73.

¹²⁴²Recours de l'Uruguay, IBDD, S11/98, 102-103, paragraphe 15; Japon - Semi-conducteurs, IBDD, S35/126, 178, paragraphe 131; Etats-Unis - Dérogation de 1955, IBDD, S37/245, 281-283, paragraphes 5.20 à 5.23.

comportement commercial restrictif imputable à des agents économiques privés. A ce stade de la procédure, il s'agit de savoir si une telle mesure a causé l'annulation ou la réduction d'un avantage, c'est-à-dire, si elle y a apporté plus qu'une contribution minime.

10.85 Sur la deuxième question, le Japon fait valoir que les "mesures" qui lui sont reprochées sont toutes neutres quant à l'origine des marchandises, aucune d'entre elles ne faisant de distinction entre les produits considérés selon qu'ils sont importés ou d'origine nationale, et qu'il n'y a en conséquence pas de lien de causalité entre les "mesures" alléguées, prises individuellement ou collectivement, et des conditions de concurrence défavorables qui seraient faites aux pellicules et papiers importés. Les Etats-Unis rétorquent que les "mesures" contestées ont eu dans leur application une incidence fondamentalement différente sur les produits importés, bouleversant ainsi pour les pellicules et papiers importés les conditions de la concurrence pour l'accès au marché. A notre sens, même en l'absence de discrimination de jure (mesures qui se présentent en apparence comme discriminatoires à raison de l'origine), les Etats-Unis pourraient avoir la possibilité de prouver une discrimination de facto (mesures qui ont une incidence fondamentalement différente sur les importations). En pareilles circonstances, toutefois, la partie plaignante est appelée à faire une démonstration détaillée de toute incidence qu'elle prétendrait disproportionnée sur les importations de la mesure neutre quant à l'origine. De plus, la charge de la démonstration d'une telle incidence risque d'être beaucoup plus difficile dans les cas où le rapport entre la mesure et le produit est contestable.

10.86 Nous relevons que la jurisprudence du GATT et de l'OMC sur la question de la discrimination de facto est assez étoffée, en ce qui concerne tant le principe du traitement de la nation la plus favorisée au titre de l'article premier¹²⁴³ du GATT que celui du traitement national au titre de l'article III.¹²⁴⁴ Le souci primordial constamment manifesté par les groupes spéciaux du GATT et de l'OMC de veiller à l'égalité effective des possibilités de concurrence entre produits importés de différents pays comme entre produits d'importation et produits d'origine nationale a été confirmé par l'Organe d'appel dans ses rapports Japon - Boissons alcooliques¹²⁴⁵ et, tout récemment, Bananes III¹²⁴⁶, en ce qui concerne les règles de non-discrimination du GATT aussi bien que de l'AGCS. Nous considérons que, malgré le fait que ces précédents portaient sur des dispositions du GATT autres que l'article XXIII:1 b), le raisonnement qui y était suivi apparaît comme également applicable pour traiter la question de la discrimination de facto s'agissant d'allégations d'annulation ou de réduction d'un avantage en situation de non-violation, à cette réserve près, bien entendu, que dans une affaire relevant de l'article XXIII:1 b), la question n'est pas de savoir si l'égalité des conditions de concurrence existe, mais si les conditions de concurrence relatives qui existaient entre les produits d'origine nationale et les produits étrangers en conséquence des concessions tarifaires pertinentes ont été bouleversées.¹²⁴⁷

¹²⁴³Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial Communauté économique européenne - Importations de viande de boeuf en provenance du Canada, adopté le 10 mars 1981, IBDD, S28/97, 103-104, paragraphes 4.2 et 4.3.

¹²⁴⁴Voir les rapports des Groupes spéciaux Etats-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930 ("Etats-Unis - L'article 337"), adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386, 432-433, paragraphe 5.11; Canada - Importations, distribution et vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation, adopté le 18 février 1992, IBDD, S39/28, paragraphes 5.12 à 5.14 et 5.30 et 5.31; Etats-Unis - Boissons à base de malt, IBDD, S39/233, paragraphe 5.30; Etats-Unis - Essence, WT/DS2/R, paragraphe 6.10; Japon - Boissons alcooliques, WT/DS8/R, paragraphe 6.33 et Bananes III, WT/DS27/R/ECU, paragraphes 7.179 et 7.180.

¹²⁴⁵WT/DS8/AB/R, rapport adopté le 1er novembre 1996, page 19.

¹²⁴⁶WT/DS27/AB/R, pages 110 à 112.

¹²⁴⁷Voir plus haut, paragraphe 10.82.

10.87 La troisième question est celle de la pertinence de l'intention pour la causalité. Les parties sont dans bien des cas en désaccord sur le point de savoir si l'intention qui inspire une mesure particulière est de limiter les importations ou de servir un but autonome de l'action gouvernementale. De notre interprétation des mesures et de notre examen des arguments des parties, il ressort clairement qu'il peut y avoir eu plus d'une raison à l'adoption des mesures. Nous relevons, toutefois, que l'article XXIII:1 b) ne prescrit pas de preuve de l'intention d'annuler ou de compromettre des avantages chez un gouvernement qui adopte une mesure. Ce qui compte aux fins de l'établissement d'un lien de causalité est l'incidence d'une mesure, c'est-à-dire de savoir si elle bouleverse ou non les rapports de concurrence. Néanmoins, l'intention peut ne pas être indifférente. A notre avis, s'il est établi qu'une mesure qui se présente en apparence comme neutre quant à l'origine dans son effet sur les produits d'origine nationale et les produits d'importation répond néanmoins à l'intention de restreindre les importations, nous serons sans doute plus enclins à constater une relation de cause à effet dans certains cas, étant entendu que l'intention n'est pas déterminante là où elle existe effectivement. Il reste à la partie plaignante à établir que la mesure particulière qu'elle conteste annule ou compromet effectivement des avantages au sens de l'article XXIII:1 b).

10.88 Enfin, en ce qui concerne la position des Etats-Unis d'après laquelle le Groupe spécial devrait examiner l'incidence des mesures considérées conjointement aussi bien qu'individuellement (position contestée par le Japon), nous n'écartons pas la possibilité d'une telle incidence. Il n'est pas absolument illogique qu'une mesure qui, analysée isolément, n'aurait qu'une incidence très limitée sur les conditions de concurrence sur un marché, mais puisse éventuellement en avoir une plus importante sur ces mêmes conditions lorsqu'elle est envisagée dans le contexte d'un ensemble plus vaste de mesures - conjointement avec elles. Cela dit, nonobstant la logique de ce raisonnement théorique, nous sommes sensibles au fait que la technique consistant à s'engager dans une évaluation conjointe de plusieurs mesures afin de déterminer s'il existe un lien de causalité se prête à d'éventuels abus, et il faut par conséquent l'aborder avec prudence et la circonscrire dans la mesure nécessaire.

10.89 Pour que notre analyse des allégations des Etats-Unis soit exhaustive, nous examinerons chaque "mesure" alléguée à la lumière de chacun des trois éléments d'une allégation en situation de non-violation. Ainsi, même si nous constatons qu'une "mesure" alléguée n'est pas une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b), nous poursuivrons par une analyse des deux autres éléments. Pareillement, même si nous constatons qu'une mesure aurait dû être raisonnablement prévue, nous n'en irons pas moins jusqu'au bout en analysant la causalité.

3. "MESURES" EN MATIERE DE DISTRIBUTION

a) Généralités

10.90 Le meilleur moyen de comprendre les allégations des Etats-Unis concernant les "mesures" en matière de distribution est peut-être de les replacer dans le contexte de la thèse générale avancée par eux selon laquelle il existe au Japon un rapport unique entre le gouvernement et l'industrie. Les Etats-Unis font valoir que pour élaborer et mettre en oeuvre sa politique industrielle, le gouvernement japonais a largement recours à différents types d'entités quasi-gouvernementales, y compris, entre autres, les conseils des pratiques commerciales loyales, les comités consultatifs, les groupes d'étude, les instituts de recherche et les chambres de commerce. Les Etats-Unis estiment que la participation de ces entités au processus d'"ajustement concerté" accroît la "pression des pairs" exercée sur ces entités pour qu'elles respectent les politiques industrielles adoptées par le gouvernement.

10.91 De l'avis du Japon, les Etats-Unis se fondent sur une image déformée du système japonais en essayant de regrouper toutes les formes de coopération gouvernement-industrie ainsi que les "directives administratives" dans une catégorie fourre-tout de règlements informels mais contraignants. Le Japon

estime que chaque "mesure" devrait être examinée selon ses particularités sans idée préconçue concernant un système japonais dit "unique".

10.92 Les Etats-Unis font valoir que, lorsque la libéralisation des conditions commerciales internationales est devenue imminente, le MITI et l'industrie japonaise ont reconnu la supériorité des entreprises étrangères qui pouvaient faire sérieusement concurrence aux fabricants japonais et à leurs produits. Ils estiment que le MITI et les fabricants japonais ont alors conçu un plan pour rationaliser le système de distribution du Japon de manière à le placer sous le contrôle des producteurs nationaux. La position fondamentale des Etats-Unis est que le MITI s'est employé à renforcer les circuits de distribution à intégration verticale qui écouleraient exclusivement les produits d'un fabricant national particulier.

10.93 Comme il est dit plus haut (paragraphe 10.23), les Etats-Unis allèguent que l'application des huit "mesures" en matière de distribution indiquées ci-après a encouragé et facilité la création au Japon d'une structure de marché pour les pellicules et papiers photographiques dans laquelle les importations sont exclues des circuits de distribution traditionnels, ce qui annule ou compromet des avantages revenant aux Etats-Unis, au sens de l'article XXIII:1 b)¹²⁴⁸:

- 1) Décision de 1967 du Cabinet;
- 2) Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC concernant les primes aux entreprises;
- 3) Sixième Rapport intérimaire de 1968 intitulé "Modernisation de la distribution - Perspectives et enjeux";
- 4) Septième Rapport intérimaire de 1969 intitulé "Systématisation des activités de distribution";
- 5) Rapport de 1969 faisant suite à l'enquête sur les conditions générales de vente;
- 6) Lignes directrices de 1970 concernant la rationalisation des conditions générales de vente des pellicules photographiques;
- 7) Plan de base de 1971 concernant la systématisation de la distribution; et
- 8) Manuel de 1975 concernant la systématisation de la distribution par secteur: appareils photo et pellicules.

Nous examinerons chacune de ces huit "mesures" en matière de distribution dans l'ordre indiqué ci-dessus.

10.94 Dans l'analyse qui suit, nous examinerons si l'allégation des Etats-Unis concernant chaque "mesure" a été justifiée au regard des trois éléments prescrits par l'article XXIII:1 b): i) application d'une mesure; ii) existence d'un avantage revenant aux Etats-Unis; et iii) annulation ou réduction de cet avantage du fait de la mesure (causalité).

¹²⁴⁸Nous avons constaté au paragraphe 10.21 que trois "mesures" en matière de distribution additionnelles citées par les Etats-Unis - à savoir, l'application des dispositions relatives à la notification des marchés internationaux du Règlement n° 1 de la JFTC au titre de l'article 6 de la Loi antimonopole (avril 1971), l'aide financière de la JDB aux grossistes de Konica (1976) et l'aide financière de la SMEA aux laboratoires de développement (juillet 1977) - ne relevaient pas du mandat du Groupe spécial parce qu'elles n'étaient pas indiquées dans la demande d'établissement du Groupe spécial conformément à l'article 6:2 du Mémoire d'accord. Nous avons donc décidé de ne pas les examiner plus avant.

b) Décision de 1967 du Cabinet

10.95 La première "mesure" en matière de distribution dont les Etats-Unis allèguent qu'elle annule ou compromet des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b), est la Décision du 6 juin 1967 du Cabinet concernant la libéralisation de l'investissement étranger direct ("Décision de 1967 du Cabinet").¹²⁴⁹ La décision du Cabinet indiquait que:

"les contre-mesures que le gouvernement devrait adopter reposeraient sur les trois points suivants: 1) empêcher les désordres qui pourraient être causés par la progression du capital étranger; 2) créer les conditions qui permettraient aux entreprises japonaises de livrer concurrence aux entreprises étrangères à armes égales; 3) améliorer activement la qualité des entreprises [japonaises] et rationaliser le système industriel de manière à ce qu'elles puissent concurrencer pleinement le capital étranger".¹²⁵⁰

10.96 Les Etats-Unis affirment que cette décision du Cabinet a marqué un "tournant" dans les efforts faits par le Japon pour restructurer son industrie afin de résister à la concurrence étrangère imminente après la libéralisation des mouvements de capitaux pendant les années 60, établissant une priorité nationale claire visant à suivre des politiques de distribution tendant à protéger les fabricants nationaux de la concurrence étrangère. Selon les Etats-Unis, cette décision entérinait formellement l'utilisation de contre-mesures pour compenser les effets de la libéralisation, faisant de la protection des marchés japonais contre la concurrence étrangère une haute priorité nationale. Les Etats-Unis prétendaient en outre que la décision soulignait que le secteur de la distribution était un domaine-clé où engager des efforts de rénovation et d'amélioration au profit du secteur de la production, à travers une approche concertée industrie-gouvernement.

10.97 Le Japon répond que la Décision de 1967 du Cabinet, qui mettait en oeuvre la première étape de la libéralisation des mouvements de capitaux, visait de manière générale la modernisation et une efficacité accrue du secteur de la distribution japonais de manière à permettre aux industries nationales de rivaliser avec les concurrents étrangers dans le nouvel environnement économique moins réglementé.

10.98 Application d'une mesure. Même s'il ne fait guère de doute que la Décision de 1967 du Cabinet dans son ensemble constitue une mesure, au sens de l'article XXIII:1 b), nous notons que la partie de la décision traitant de la modernisation du système de distribution japonais s'apparente davantage à une déclaration de politique générale qu'à une décision sur des actions gouvernementales particulières ou à une instruction donnée au secteur privé de suivre la politique gouvernementale en prenant des dispositions spécifiques. Nous notons en outre que les parties au différend sont divisées sur la question de savoir si cette mesure est ou non toujours en vigueur. Le Japon soutient, et les Etats-Unis reconnaissent, que la Décision de 1967 du Cabinet a été abrogée le 26 décembre 1980, mais les Etats-Unis font valoir que l'abrogation ne concerne que la partie de la Décision de 1967 du Cabinet concernant la réglementation de l'investissement international au Japon, non les politiques de distribution et les "contre-mesures" en matière de libéralisation prescrites par la Décision de 1967 du Cabinet. En réponse, le Japon indique qu'il est impossible de réagir de manière satisfaisante à cette affirmation parce que les Etats-Unis ne précisent pas les mesures qui, à leur avis, ont découlé de la Décision de 1967 du Cabinet et que, en tout état de cause, les mesures qui ne sont pas expressément indiquées n'ont pas à être soumises au Groupe spécial.

¹²⁴⁹Pièce n° 67-6 des Etats-Unis. Il convient de noter que la Décision de 1967 du Cabinet est également citée par les Etats-Unis en tant que "contre-mesure" en matière de promotion.

¹²⁵⁰Ibid., page 4.

10.99 Lorsque nous examinons la Décision de 1967 du Cabinet, nous notons qu'elle vise de manière générale, de vastes catégories de mesures que le gouvernement japonais jugeait nécessaire de prendre parallèlement à la libéralisation des règles relatives à l'investissement direct. La Décision indique ce qui suit:

"[s]'agissant de notre économie nationale par rapport au mouvement de libéralisation, il est entendu que le capital étranger pourra faire des percées dans de nombreux secteurs, mais nous espérons que nos entreprises seront en mesure de livrer aux entreprises étrangères une concurrence loyale et efficace et de collaborer avec elles d'égaux à égaux de manière à promouvoir les intérêts économiques nationaux. A l'avenir, l'objectif le plus important du peuple, des milieux d'affaires et du gouvernement japonais doit être de faire en sorte que l'économie nationale parvienne rapidement à ce stade. ... il faudra 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. ... L'établissement de ces contre-mesures en vue de renforcer la capacité de nos entreprises face à la concurrence internationale et d'empêcher les entreprises étrangères de désorganiser nos branches de production et notre marché est une nécessité fondamentale si nous voulons promouvoir la libéralisation et faire en sorte que le peuple japonais en profite économiquement".¹²⁵¹

10.100 Par ses termes, la Décision du 26 décembre 1980 du Cabinet annule la Décision de 1967 du Cabinet.¹²⁵² Toutefois, s'il est indubitable que la Décision de 1967 du Cabinet a été annulée, il n'est pas pour nous évident que les politiques générales concernant la modernisation des secteurs de la fabrication et de la distribution définies dans la Décision de 1967 du Cabinet ont été abandonnées. La Décision de 1980 prévoit uniquement ce qui suit:

- "1. Le gouvernement appliquera la Loi sur le contrôle des changes et du commerce extérieur selon qu'il convient pour la gestion de l'investissement étranger direct ...
2. En outre, le gouvernement, dans l'immédiat, accordera une importance particulière, comme nous l'avons fait par le passé, à l'investissement étranger direct dans l'agriculture, la sylviculture, les industries extractives, le pétrole, et la fabrication de cuir et d'ouvrages en cuir ..."

A notre avis, les politiques de 1967 ont pu être maintenues, conformément à la Décision de 1980. Dans la mesure où les politiques n'ont pas été abandonnées, nous considérons qu'elles continuent de constituer une mesure au sens de l'article XXIII:1 b).

10.101 Avantages. Nous rappelons l'allégation des Etats-Unis selon laquelle les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché qui résultent pour eux des concessions tarifaires accordées par le Japon pour les pellicules et papiers à la fin du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. Les Etats-Unis estiment qu'ils n'auraient pas pu raisonnablement prévoir l'incidence de la Décision de 1967 du Cabinet lors des négociations du Kennedy Round. Plus précisément, selon eux, au moment des négociations du Kennedy Round, il n'existait pas de faits pertinents concernant les actions que le Japon envisageait de mener pour mettre en oeuvre son "programme de contre-mesures en matière de libéralisation" et, le 30 juin 1967, la Décision du Cabinet

¹²⁵¹Ibid., pages 2 et 4.

¹²⁵²Concerning the Application of Inward Investments, Cabinet Decision, 26 décembre 1980, pièce n° B-55 du Japon.

n'avait pas encore été promulguée ni mise en oeuvre. En outre, les Etats-Unis font valoir qu'ils n'étaient pas au courant de l'incidence de cette Décision du Cabinet sur le marché des pellicules au Japon même au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.102 Le Japon fait valoir que les Etats-Unis ne sont pas fondés à alléguer qu'ils ont des attentes légitimes concernant cette amélioration de l'accès au marché parce que les premières concessions tarifaires pour les pellicules et papiers - visant uniquement les pellicules et papiers noir et blanc - n'ont été accordées par le Japon qu'à la fin du Kennedy Round le 30 juin 1967, plusieurs semaines après l'adoption de la Décision du 6 juin 1967 du Cabinet. En outre, selon le Japon, la Décision du Cabinet a été précédée d'un débat public de haut niveau sur la libéralisation des mouvements de capitaux, débat dont les Etats-Unis auraient eu connaissance. Le Japon fait valoir que la mesure aurait dû être prévue par les Etats-Unis a fortiori au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.103 Nous notons que cette Décision du 6 juin 1967 du Cabinet a été publiée au Kampo (Journal officiel du Japon) le 21 juin 1967¹²⁵³, soit neuf jours avant la conclusion formelle du Kennedy Round (30 juin 1967). Nous rappelons le critère élaboré dans notre discussion générale sur la prévision raisonnable, selon lequel un Membre est présumé avoir connaissance d'une mesure à la date de publication de cette dernière, cette présomption pouvant toutefois être réfutée lorsque le Membre fait état de circonstances exceptionnelles. En raison du peu de temps qui s'est écoulé entre la publication de cette mesure particulière et la conclusion formelle du Kennedy Round, nous jugeons difficile de conclure que les Etats-Unis devraient être considérés comme ayant prévu la Décision de 1967 du Cabinet car il serait irréaliste de penser qu'ils auraient eu la possibilité de rouvrir les négociations tarifaires sur divers produits dans les tous derniers jours d'une série de négociations multilatérales. En conséquence, nous estimons que les Etats-Unis, pour ce qui est de la Décision de 1967 du Cabinet, ont des attentes légitimes concernant l'amélioration de l'accès au marché qui résultent du Kennedy Round. Toutefois, en appliquant le critère élaboré précédemment, nous constatons que les Etats-Unis ne peuvent pas alléguer l'existence d'attentes légitimes découlant des concessions accordées lors du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.104 Réduction d'avantages et causalité. Les Etats-Unis font valoir que l'amélioration de l'accès au système de distribution japonais pour les pellicules et papiers résultant des concessions accordées par le Japon dans le cadre du Kennedy Round pour les pellicules et papiers noir et blanc est annulée ou compromise du fait de la Décision de 1967 du Cabinet et des "contre-mesures en matière de libéralisation" prises ultérieurement par le gouvernement japonais. Le Japon soutient que la Décision de 1967 du Cabinet ne contient que des déclarations de politique générale très vagues concernant le type d'action que le gouvernement jugeait souhaitable pour moderniser l'ensemble du secteur de la distribution au Japon après la libéralisation des mouvements de capitaux; elle ne déclenche pas de mesures spécifiques qui pourraient être considérées comme établissant une discrimination de jure ou de facto à l'égard de l'accès des importations au marché japonais. Le Japon fait valoir que les Etats-Unis n'ont pas fourni au Groupe spécial d'éléments de preuve établissant une "réduction d'avantages" résultant de la Décision du Cabinet.

10.105 Dans notre analyse de l'allégation selon laquelle la Décision de 1967 du Cabinet compromet les avantages en matière d'accès au marché revenant aux Etats-Unis, nous notons qu'un sujet traité dans la Décision de 1967 du Cabinet est que le gouvernement japonais devrait trouver les moyens de favoriser la modernisation du secteur de la distribution de manière à réagir à la concurrence accrue qui était censée résulter de la libéralisation des mouvements de capitaux. Toutefois, les parties de la Décision du Cabinet portant sur la nécessité de moderniser le système de distribution japonais revêtent le caractère de déclarations de politique générale très vagues qui ne comportent pas de directives, instructions ou recommandations claires invitant les entités publiques ou les entreprises privées à agir d'une manière spécifique. En fait, les Etats-Unis n'ont pas été en mesure de mettre en évidence des actions

¹²⁵³ Tableau U de la première communication du Japon, page 188.

gouvernementales ou activités du secteur privé spécifiques dans le secteur de la distribution découlant de la Décision de 1967 du Cabinet proprement dite (même s'ils font valoir que, de manière générale, la plupart des "mesures" en matière de distribution ultérieures qu'ils citent sont fondées sur la Décision de 1967 du Cabinet). En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que les déclarations de politique générale figurant dans la Décision de 1967 du Cabinet annulaient ou compromettaient des avantages leur revenant au sens de l'article XXIII:1 b). Tout au plus, à notre avis, la Décision de 1967 du Cabinet fait partie du contexte dans lequel s'inscrivent des actions ultérieures du gouvernement japonais.

10.106 En conséquence, alors que la Décision de 1967 du Cabinet peut toujours être envisagée comme une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b) et que les Etats-Unis ne sont pas considérés comme ayant prévu la mesure avant la conclusion du Kennedy Round, les Etats-Unis auraient dû prévoir la Décision au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. En outre, les Etats-Unis n'ont pas démontré que la mesure annulait ou compromettait des avantages résultant pour eux du Kennedy Round pour les pellicules et papiers noir et blanc, ni du Tokyo Round ou du Cycle d'Uruguay pour les pellicules et papiers noir et blanc, et couleur.

c) Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC concernant les primes aux entreprises

10.107 La deuxième "mesure" en matière de distribution que nous allons examiner est la Circulaire n° 17 du 10 mai 1967 de la JFTC, qui fixe un plafond de 100 000 yen par an pour les primes entre entreprises (par exemple fabricants et grossistes) ("Circulaire n° 17 de la JFTC").¹²⁵⁴ Cette circulaire est fondée sur l'article 3 de la Loi sur les primes. Elle limite à 100 000 yen par an le montant des primes en espèces ou autres que les fabricants de certaines marchandises, y compris les fabricants de fournitures photosensibles, ont le droit d'offrir aux grossistes ou aux détaillants pour inciter le grossiste ou le détaillant à commencer à vendre les produits du fabricant ou à satisfaire à d'autres conditions générales de vente. Une exception à cette interdiction des primes supérieures à 100 000 yen (point 2-4) permet à un fabricant d'offrir des primes aux employés des distributeurs et des détaillants qui ont une relation spéciale avec le fabricant (par exemple, par le biais de prises de participation, de directions imbriquées, etc.). La Circulaire n° 17 de la JFTC a été abrogée en avril 1996 dans le cadre de la révision de la Loi sur les primes.

10.108 Application d'une mesure. Les Etats-Unis soutiennent que la Circulaire n° 17 de la JFTC est une mesure gouvernementale. Tout en reconnaissant que la mesure a été abrogée en avril 1996, ils font valoir qu'il y a d'autres dispositions de la loi japonaise qui privent cette abrogation de sens. Plus précisément, les primes offertes par les fabricants aux grossistes sont encore assujetties à la Désignation n° 9 au titre de la Circulaire n° 15 de 1982 de la JFTC¹²⁵⁵, c'est-à-dire la disposition régissant l'utilisation d'"incitations indues" au titre de la Loi antimonopole. Cette désignation interdit les offres de primes au-delà de la "pratique commerciale normale". En conséquence, selon les Etats-Unis, étant donné que la Circulaire n° 17 de la JFTC a fixé la pratique du secteur pendant 19 ans, on ne sait pas, en mettant les choses au mieux, si les restrictions actuelles au titre de la Désignation n° 9 différeront en quoi que ce soit de la situation qui prévalait en application de la Circulaire n° 17 de la JFTC. Le Japon rétorque que, si la Circulaire n° 17 de la JFTC a été pendant un temps une mesure gouvernementale, elle a été formellement abrogée en avril 1996. En conséquence, pour le Japon, il n'y a pas de mesure gouvernementale en cause. Quant au maintien de la politique sous-tendant la Circulaire n° 17 de la JFTC qui serait assuré par la Désignation n° 9 au titre de la Circulaire n° 15 de la JFTC (1982), le Japon répond que les Etats-Unis incriminent de manière tardive une "mesure" ou politique qu'ils n'ont pas expressément

¹²⁵⁴Pièce n° 67-4 des Etats-Unis; pièce n° D-42 du Japon. Il convient de noter que les Etats-Unis allèguent que la Circulaire n° 17 de la JFTC est aussi une "contre-mesure" en matière de promotion.

¹²⁵⁵Pièce n° 82-6 des Etats-Unis.

indiquée dans leur demande d'établissement du Groupe spécial et qui ne relève donc pas du mandat du Groupe spécial. Le Japon précise en outre que, conformément à la Désignation n° 9 au titre de la Circulaire n° 15 de la JFTC, le seuil automatique de 100 000 yen n'existe plus et que la charge de la preuve incombe à la JFTC.

10.109 Nous notons que les deux parties conviennent qu'entre 1967 et 1996, la Circulaire n° 17 de la JFTC était une mesure gouvernementale. Nous notons également qu'elles conviennent que la mesure a été abrogée en avril 1996. La question à laquelle nous devons répondre est donc de savoir si nous devrions ou non connaître de ce que les Etats-Unis décrivent comme le maintien de la politique sous-tendant la Circulaire n° 17 de la JFTC au moyen de la Désignation n° 9 au titre de la Circulaire n° 15 de la JFTC (1982), étant donné que cette dernière n'a pas été expressément indiquée dans la demande d'établissement du Groupe spécial présentée par les Etats-Unis. A ce sujet, nous rappelons que la Circulaire n° 17 de la JFTC elle-même n'était pas non plus expressément indiquée dans la demande d'établissement du Groupe spécial, mais que nous avons décidé de l'inclure dans notre mandat, car il s'agissait d'une mesure prise conformément à la Loi sur les primes qui était expressément indiquée dans la demande. La Circulaire n° 15 de 1982 de la JFTC, par contre, est une mesure prise conformément à l'article 2.9 de la Loi antimonopole de 1947. La Loi antimonopole était citée dans la demande d'établissement du Groupe spécial, mais uniquement au sujet d'une "mesure" concernant le détachement de personnel. En conséquence, nous avons constaté que les "mesures" sans rapport avec le détachement de personnel (c'est-à-dire les mesures concernant la notification des marchés internationaux et les "directives" relatives à la publicité d'appel et au dumping) ne relevaient pas de notre mandat. Cette constatation donne à penser que nous devrions également ne pas considérer la Désignation n° 9 au titre de la Circulaire n° 15 de la JFTC comme relevant de notre mandat. En outre, même si nous considérions qu'il convient de prendre en compte l'argument des Etats-Unis selon lequel la politique sous-tendant la Circulaire n° 17 de la JFTC (1967) a continué d'être appliquée dans le cadre de la Désignation n° 9 au titre de la Circulaire n° 15 de la JFTC (1982), nous notons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que la politique sous-tendant la Circulaire n° 17 de la JFTC avait été maintenue par le biais de "directives administratives" toujours en vigueur dans le cadre de la désignation.

10.110 Avantages. Nous rappelons que les Etats-Unis font valoir que les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et papiers qui résultent des concessions tarifaires accordées par le Japon lors du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, et qu'ils n'auraient pas pu prévoir l'incidence de la Circulaire n° 17 de la JFTC au moment des négociations du Kennedy Round parce qu'il n'existait pas alors de faits pertinents concernant les actions que le Japon s'appropriait à mener pour mettre en oeuvre son programme de "contre-mesures" en matière de libéralisation. Les Etats-Unis font valoir en outre qu'ils n'auraient pas pu raisonnablement prévoir l'incidence de cette mesure même au moment où le Japon a accordé des concessions tarifaires pour les pellicules et papiers à l'issue du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. Nous rappelons également la position japonaise selon laquelle les Etats-Unis ne sont pas fondés à alléguer qu'ils ont des attentes légitimes concernant cette amélioration de l'accès au marché parce que les premières concessions tarifaires japonaises pour les pellicules et papiers - visant uniquement les pellicules et papiers noir et blanc - n'ont été accordées qu'à l'issue du Kennedy Round le 30 juin 1967, plus d'un mois et demi après la publication de la Circulaire n° 17 de la JFTC le 10 mai 1967. Le Japon fait valoir que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir la mesure a fortiori au moment de la conclusion des deux séries de négociations ultérieures.

10.111 A notre avis, étant donné que la Circulaire n° 17 de la JFTC a été publiée avant la fin du Kennedy Round, il est difficile de conclure que les Etats-Unis ne devraient pas être considérés comme ayant prévu la Circulaire n° 17 de la JFTC avant l'octroi, par le Japon, des premières concessions tarifaires pour les pellicules et papiers. Comme nous l'avons indiqué précédemment, les Etats-Unis sont considérés comme ayant connaissance des règlements japonais à la date de publication de ces derniers. Bien que nous puissions concevoir qu'il y ait des circonstances dans lesquelles le Membre de l'OMC exportateur

ne peut raisonnablement être au courant de l'importance d'une mesure pour les produits importés ou de l'incidence fondamentalement différente que celle-ci peut avoir sur ces produits, que quelque temps après la publication de ladite mesure, les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence de circonstances de ce genre en l'espèce. Nous ne sommes pas persuadés que les Etats-Unis aient, comme il leur incombe, établi que pour ce qui est de la Circulaire n° 17 de la JFTC, ils ont des attentes légitimes concernant l'amélioration de l'accès au marché qui résultent du Kennedy Round. Nous considérons que ce raisonnement s'applique a fortiori aux attentes légitimes qui résulteraient des concessions accordées dans le cadre du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.112 Réduction d'avantages et causalité. Les Etats-Unis soutiennent que même si la Circulaire n° 17 de la JFTC, qui limitait à 100 000 yen (278 dollars en 1967) par an le montant de la prime qu'un fabricant pouvait offrir à un grossiste ou un détaillant (ou un grossiste primaire à un grossiste secondaire ou un détaillant) pour tous les produits échangés entre eux, s'appliquait aux entreprises aussi bien nationales qu'étrangères, elle bouleversait le rapport de concurrence entre les unes et les autres. De l'avis des Etats-Unis, les entreprises étrangères pénétrant sur le marché japonais ou essayant d'accroître leur part de marché après les réductions tarifaires et la libéralisation des importations, n'ont pas pu investir dans leurs propres réseaux de distribution avant les années 70 au cours desquelles les restrictions à l'investissement ont été progressivement levées. En conséquence, les entreprises étrangères devaient concurrencer les fabricants japonais pour obtenir que les grossistes et distributeurs existants vendent leurs produits. La Circulaire n° 17 de la JFTC limitait la capacité des entreprises étrangères d'offrir aux distributeurs japonais des conditions plus avantageuses que celles que leur proposaient les entreprises japonaises, en fixant de manière arbitraire un plafond peu élevé pour le montant des primes qu'un fabricant pouvait offrir à un grossiste ou à un détaillant au cours d'une année. En outre, les Etats-Unis font valoir que les fabricants étrangers, qui n'avaient pas de relations directes avec les grossistes japonais puisqu'au Japon ils devaient traiter avec un seul agent d'importation, ne pouvaient pas se prévaloir de l'exception prévue au point 2-4 de la Circulaire n° 17 de la JFTC qui permettait d'offrir des primes illimitées aux employés des entreprises qui étaient engagées dans des relations d'intégration verticale exclusives avec le fabricant.

10.113 Le Japon répond que la Circulaire n° 17 de la JFTC ne visait pas expressément le secteur des fournitures photographiques: elle s'appliquait à plus de 100 branches de production. En tout état de cause, la réglementation ne restreignait que les offres de primes excessives aux distributeurs, non les autres activités de promotion. La raison d'être de la restriction était que des offres excessives pouvaient empêcher une concurrence loyale et libre au niveau des prix dans le secteur de la distribution et accroître le coût de la distribution au détriment des intérêts des consommateurs. Les offres de prix bas, les ristournes et les offres de marchandises pour appuyer les activités de promotion d'autres parties n'étaient pas réglementées par cette circulaire de la JFTC. Le Japon fait valoir également que les Etats-Unis se méprennent sur la nature de l'exception prévue au point 2-4. Les primes offertes aux employés des sociétés qui avaient une relation spéciale, par le biais de prises de participation ou de directions imbriquées, avec le fabricant n'étaient pas visées par la réglementation, parce qu'elles n'étaient pas différentes des primes que celui-ci offrait à ses propres employés. L'exception ne s'appliquait qu'aux transactions qui étaient virtuellement identiques aux opérations à l'intérieur d'une entité unique. Fuji et ses grossistes primaires ne pouvaient pas en bénéficier parce qu'ils n'avaient pas une telle relation spéciale. Enfin, s'agissant des arguments des Etats-Unis concernant les restrictions à l'investissement, le Japon répond que pendant la période qui a précédé la libéralisation des mouvements de capitaux, si Kodak avait voulu recourir à l'investissement pour établir et consolider des relations avec n'importe quel grossiste primaire monomarque, elle aurait pu le faire. Selon le Japon, l'importateur exclusif de Kodak, Nagase, pouvait investir et a effectivement investi dans la distribution en acquérant deux grossistes primaires; il aurait pu légalement prendre des participations au capital des grossistes primaires de Fuji, s'il avait souhaité le faire. Pour le Japon, les arguments des Etats-Unis selon lesquels les restrictions aux mouvements de capitaux ont entravé les projets commerciaux de Kodak sont dénués de sens parce que Kodak n'a

pour ainsi dire fait usage d'aucune des options prévues par la loi pendant la période d'application des restrictions à l'investissement ni même après que ces restrictions ont été levées.

10.114 Lorsque nous examinons la question de la réduction d'avantages et de la causalité, nous notons que la Circulaire n° 17 de la JFTC semble s'appliquer aux activités de promotion concernant aussi bien les produits nationaux que les produits étrangers. Elle ne vise pas expressément les importations, et n'est pas non plus expressément ciblée sur les pellicules et papiers, même si les "fournitures photographiques" sont citées parmi les nombreux biens de consommation auxquels elle s'applique. Même s'il est fait référence dans un article de presse à la nécessité de contrer l'influence des capitaux américains¹²⁵⁶, l'explication de la JFTC fait état d'excès dans l'industrie japonaise aboutissant à des distorsions de la concurrence intrinsèque au niveau des prix, de la qualité et des services offerts, et de "pratiques de vente barbares encouragées par une énorme puissance financière", pour justifier la mesure.¹²⁵⁷

10.115 Au total, à notre avis, les éléments de preuve concernant son adoption donnent à penser que cette mesure est destinée à contrer les excès éventuels des activités de promotion dans le secteur de la distribution en général. Elle vise les primes excessives offertes par les fabricants aux grossistes et par les grossistes aux détaillants. Elle ne tend pas, par contre, à réglementer les autres formes d'activité de promotion, comme les offres de prix bas et les ristournes. En outre, si nous n'excluons pas qu'il soit possible de démontrer que des mesures formellement neutres sont appliquées aux produits importés d'une manière qui bouleverse le rapport de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés au détriment des importations¹²⁵⁸, les Etats-Unis n'ont pas été à même de citer un seul cas où la mise en oeuvre de la Circulaire n° 17 de la JFTC avait abouti à un tel résultat pour les pellicules ou papiers originaires des Etats-Unis. Par exemple, nous notons qu'à l'époque considérée, Kodak était en relation avec un grossiste primaire - Asanuma. Il a été mis fin à cette relation en 1975, apparemment à cause du refus de Kodak de traiter directement avec Asanuma.¹²⁵⁹ Les Etats-Unis n'ont pas démontré que l'incapacité de Kodak d'offrir des primes aux employés d'Asanuma était en rapport avec la cessation de cette relation. En outre, les arguments liés au contexte présentés par les Etats-Unis au sujet de l'incidence des restrictions japonaises à l'investissement, dans la mesure où ils sont fondés¹²⁶⁰, ne démontrent rien en ce qui concerne l'application de la Circulaire n° 17 de la JFTC. Enfin, s'agissant de l'exception prévue au point 2-4 de la Circulaire n° 17 de la JFTC, les éléments de preuve donnent à penser que cette disposition, ni en elle-même, ni par son application, n'établit de discrimination à l'égard

¹²⁵⁶Severe Restrictions on Businesses for Premium Offers: Shatokuren Hears JFTC Explanations at Jyoshi Kaikan on the 12th, Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 20 juin 1967, pièce n° 67-8 des Etats-Unis, page 1. Dans cet article de presse, la JFTC expliquait ce qui suit: "[l']objectif primordial de la [Circulaire n° 17] est a) la rationalisation de l'étape de la distribution ... et b) [la suppression] d'une concurrence au niveau des ventes où s'exerce la loi du plus fort sur la base de la puissance financière ... Si les capitaux des Etats-Unis devaient servir à [offrir des primes] au secteur de la distribution japonais, le [Japon] ne pourrait pas faire de même, de sorte que les restrictions devraient être appliquées comme un garde-fou avant la libéralisation". Ibid.

¹²⁵⁷Pièce n° 67-10 des Etats-Unis, page 2.

¹²⁵⁸Voir l'analyse faite aux paragraphes 10.85 et 10.86.

¹²⁵⁹Affidavit of Takenosuke Katsuoka, pièce n° A-11 du Japon, pages 2 à 4.

¹²⁶⁰Nous notons à cet égard que le Japon fait référence à la déclaration suivante faite par le Président de Kodak Japan, M. Albert Sieg, dans une interview de 1988: "La grande erreur a été d'attendre si longtemps avant d'adopter une attitude offensive sur ce marché. Nous aurions dû avoir cette attitude il y a dix ans. Manifestement, le dynamisme de nos concurrents locaux leur a assuré une solide avancée et notre tâche sera beaucoup plus difficile!" Pièce n° B-45 du Japon. Le Japon indique également que Kodak aurait pu établir une coentreprise à parts égales (50/50), comme Kodak Nagase (créée en 1986), dès 1971, ou une filiale contrôlée à 100 pour cent à partir de 1976.

des pellicules ou papiers importés. Il semble que Kodak n'ait pas été en mesure de se prévaloir de cette exception, en raison de la structure de ses relations de distribution, mais il en a été de même pour Fuji.

10.116 Sur la base des éléments de preuve qui nous ont été présentés, nous ne sommes donc pas persuadés que la Circulaire n° 17 de la JFTC et sa mise en oeuvre dans le secteur japonais des fournitures photographiques (dans la mesure où elle a été mise en oeuvre), ont eu pour effet de bouleverser le rapport de concurrence entre les pellicules et papiers nationaux et les pellicules et papiers originaires des Etats-Unis sur le marché japonais en empêchant Kodak d'établir des relations de distribution sur ce marché. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que la Circulaire n° 17 de la JFTC annulait ou compromettrait des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b).

10.117 Ainsi, les Etats-Unis ont démontré que la Circulaire n° 17 de la JFTC était une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b), mais cette circulaire n'est plus en vigueur. En outre, ils n'ont pas démontré qu'ils ne devaient pas être considérés comme ayant prévu la Circulaire n° 17 pour ce qui est des attentes résultant pour eux du Kennedy Round concernant les pellicules et papiers noir et blanc et n'ont pas démontré que la Circulaire n° 17 annulait ou compromettrait des avantages leur revenant pour les pellicules et papiers noir et blanc. Dans le cas des pellicules et papiers couleur, ils n'ont démontré la présence que d'un seul des éléments prescrits pour présenter une allégation au titre de l'article XXIII:1 b) - l'existence d'une mesure.

d) Sixième Rapport intérimaire de 1968

10.118 La troisième "mesure" en matière de distribution dont les Etats-Unis allèguent qu'elle annule ou compromet des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b), est le Sixième Rapport intérimaire intitulé "Modernisation de la distribution - Perspectives et enjeux" (5 août 1968) établi par le Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles du MITI ("Sixième Rapport intérimaire").¹²⁶¹ Ce rapport souligne la nécessité d'engager de vastes efforts pour moderniser le système de distribution au Japon. Les Etats-Unis font valoir que le rapport analyse comment les fabricants étrangers pourraient acquérir le contrôle du système de distribution japonais et met en lumière les préoccupations du gouvernement concernant ce contrôle, y compris sur les points suivants:

- "1. Des secteurs de croissance pourraient tomber sous le contrôle monopolistique du capital étranger, en raison des différences qui existent entre les ressources en capital et le reste.
2. Le développement des ventes sous l'impulsion d'entreprises de distribution à capitaux étrangers pourrait exacerber la concurrence, nuire à la bonne exécution des plans de modernisation de la distribution et perturber l'ordre commercial [établi].
3. On 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."¹²⁶²

10.119 Nous notons que les Etats-Unis déclarent que selon le plan de systématisation du Japon, les liens entre les entreprises appartenant à un "système" incluraient des liens commerciaux, des liens matériels et des liens en matière d'information. Chacun de ces liens deviendrait essentiel pour assurer le fonctionnement du système considéré comme un tout unique et exclusif. Les Etats-Unis font valoir que la coopération commerciale horizontale rendrait le système plus difficile à pénétrer pour les entreprises

¹²⁶¹Pièce n° 68-8 des Etats-Unis et pièce n° B-7 du Japon.

¹²⁶²Pièce n° 68-8 des Etats-Unis, page 8.

étrangères puisque beaucoup des acteurs individuels participant au système seraient unis dans un circuit de distribution commun lié aux fabricants nationaux et dominé par eux.

10.120 En réponse, le Japon soutient que le Sixième Rapport intérimaire traite de la modernisation du secteur de la distribution dans son ensemble, en vue d'encourager l'efficacité et la compétitivité des industries nationales, et ne vise pas à entraver l'accès des produits importés aux circuits de distribution japonais. La modernisation de la distribution aiderait également le secteur de la distribution japonais à soutenir la concurrence des capitaux étrangers. Telle qu'elle est citée par le Japon, la préface du Sixième Rapport intérimaire dispose ce qui suit:

"Aujourd'hui, on considère souvent que le retard dans la modernisation des activités de distribution nuit à l'efficacité de l'économie et à l'amélioration des conditions de vie de la population. La nécessité d'améliorer la structure du secteur de la distribution s'accroît progressivement. En outre, la modernisation des activités de distribution s'impose au nom des deux considérations suivantes. Premièrement, la libéralisation de l'investissement direct par les capitaux étrangers est imminente. Il est nécessaire d'établir rapidement les conditions [de marché] dans lesquelles les capitaux nationaux pourront soutenir la concurrence des capitaux étrangers. Deuxièmement, l'amélioration de la productivité des activités de distribution est considérée comme un moyen efficace de résoudre le problème des prix à la consommation."¹²⁶³

Le MITI craignait, selon le Japon, que les fabricants nationaux soient obligés de continuer à se servir des circuits de distribution existants, alors que les producteurs étrangers, libérés des restrictions visant les mouvements de capitaux, auraient la possibilité de mettre en place leurs propres circuits de distribution modernes (et éventuellement exclusifs).

10.121 Application d'une mesure. Les Etats-Unis soutiennent que le Sixième Rapport intérimaire est une mesure gouvernementale et qu'il est effectivement toujours en vigueur. Le Japon répond que le Sixième Rapport intérimaire n'est pas une mesure gouvernementale et n'est rien d'autre qu'un rapport d'un conseil consultatif, exposant certaines grandes options pour le gouvernement. Le Japon fait valoir en outre que ce rapport n'est pas actuellement en vigueur. Selon le Japon, les politiques du MITI ont abouti à des recommandations présentées à l'industrie au cours des années 60 et 70 sur la façon de moderniser les politiques de distribution. Ces recommandations ont été formulées et les entreprises privées ont librement choisi de les suivre ou de les ignorer. Ce rapport n'a jamais été en quoi que ce soit une action gouvernementale, estime le Japon, et l'importance qu'il aurait pu avoir sur le fond a disparu il y a des décennies au moment où l'avis qu'il énonçait a été suivi ou ignoré.

10.122 Lorsque nous examinons la nature du Sixième Rapport intérimaire, nous notons que le Comité de la distribution était un comité établi par le Conseil des structures industrielles du MITI qui était lui-même un conseil consultatif composé d'universitaires et de représentants de l'industrie, non de fonctionnaires. Et, alors que le Conseil des structures industrielles a été établi conformément à un décret du Cabinet, le caractère consultatif de ce Conseil et du Comité de la distribution qui en relève ne semble faire aucun doute. Lorsque nous appliquons l'analyse que nous avons élaborée plus haut dans notre discussion générale sur les mesures gouvernementales, nous notons que le Sixième Rapport intérimaire ne revêt manifestement pas le caractère d'une loi ou d'un règlement contraignant. Il ne comporte aucune disposition encourageant le secteur privé à engager une action particulière ou le dissuadant de le faire. Pour l'essentiel, le Sixième Rapport intérimaire est une analyse de la situation actuelle et future du secteur de la distribution qui recommande au gouvernement de suivre certaines politiques générales dans le secteur de la distribution. Les politiques expressément mentionnées sont i) la promotion d'activités organisées

¹²⁶³Preface to Sixth Interim Report, pièce n° B-7 du Japon.

et de coopératives de manière à réaliser des économies d'échelle, ii) la modernisation des installations et des systèmes de gestion, iii) le recrutement de la main-d'oeuvre et la formation du personnel, et iv) la rationalisation des pratiques commerciales et des conditions générales de vente. Comme il s'agit d'un rapport de caractère général destiné au gouvernement, il ne peut en soi être considéré comme une exhortation adressée par le gouvernement au secteur privé pour que ce dernier mène des actions spécifiques dans le secteur de la distribution et il n'y a pas de grandes chances que l'on s'y conforme comme il ressort des affaires Japon - Semi-conducteurs et Japon - Produits agricoles (voir les paragraphes 10.45 à 10.50). Ces recommandations sont formulées en termes généraux; elles ne sont pas suffisamment spécifiques pour arriver à la conclusion que, même dans le système japonais, elles pourraient avoir le même effet qu'une action gouvernementale formelle. En tant que tel, le Sixième Rapport intérimaire semble être un rapport d'étude indiquant des options possibles pour une action gouvernementale et nous ne sommes pas persuadés qu'il revête le caractère d'une mesure imputable au gouvernement. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que le Sixième Rapport intérimaire était une mesure au sens de l'article XXIII:1 b).

10.123 Si, malgré la constatation que nous venons de faire, nous supposons que le Sixième Rapport intérimaire est une mesure gouvernementale, reste à savoir s'il est ou non toujours en vigueur. Etant donné qu'un rapport émanant d'une entité quasi-gouvernementale n'est pas normalement adopté ou promulgué de manière formelle par un gouvernement, il n'est pas étonnant qu'il n'y ait pas d'éléments de preuve donnant à penser qu'il a été retiré ou désavoué d'une autre manière par le gouvernement japonais. Néanmoins, compte tenu de cette absence de désaveu, et même s'il y a des déclarations de politique générale du gouvernement plus récentes sur la modernisation du secteur de la distribution japonais, si le Sixième Rapport intérimaire est une mesure, il se peut qu'il soit toujours en vigueur.

10.124 Avantages. Nous rappelons que les Etats-Unis font valoir que les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et papiers qui résultent du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, et qu'ils n'auraient pas pu prévoir l'intention du Japon de publier le Sixième Rapport intérimaire (1968) avant la conclusion du Kennedy Round. De même, les Etats-Unis font valoir qu'ils n'auraient pas pu prévoir l'incidence de cette mesure sur le marché japonais des pellicules au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. A cela, le Japon répond que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir le Sixième Rapport intérimaire en juin 1967 parce que les politiques examinées dans ce rapport étaient le prolongement logique de la décision du MITI de contribuer à favoriser la modernisation du secteur de la distribution japonais après un débat public de haut niveau sur la libéralisation des mouvements de capitaux. Le Japon fait valoir en outre que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir la mesure a fortiori au moment du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.125 Lorsque nous examinons la question de savoir ce que les Etats-Unis auraient dû prévoir à la fin du Kennedy Round en ce qui concerne le Sixième Rapport intérimaire, nous rappelons notre conclusion selon laquelle normalement un Membre ne devrait pas être considéré comme ayant prévu une mesure adoptée après la conclusion d'une série de négociations, à moins qu'il n'y ait une raison de penser le contraire (paragraphe 10.79). A cet égard, nous ne sommes pas convaincus par l'argument du Japon selon lequel le Sixième Rapport intérimaire est un prolongement logique des politiques en matière de distribution appliquées par le Japon avant le Kennedy Round et aurait donc dû être prévu par les Etats-Unis. Tout d'abord, nous avons constaté que la Décision de 1967 du Cabinet ne prévoyait pas d'action spécifique devant être menée par le gouvernement japonais ou les entreprises privées. En outre, les cinq premiers rapports intérimaires contiennent en partie des recommandations différentes de celles du Sixième Rapport intérimaire. On ne peut donc pas dire que les conclusions spécifiques du Sixième Rapport intérimaire étaient clairement envisagées dans la Décision de 1967 du Cabinet et ces rapports antérieurs. De plus, la nature du rapport - il émane d'un groupe consultatif composé d'universitaires et de représentants de l'industrie, n'est pas contraignant, contient des recommandations qui ne visent pas des produits spécifiques et s'apparente davantage à un document d'orientation générale présenté au gouvernement qu'à ce qu'on

pourrait à proprement parler appeler une mesure gouvernementale - est telle que nous constatons que les Etats-Unis ne devraient pas être considérés comme ayant prévu sa parution avant la conclusion du Kennedy Round. Toutefois, dans la mesure où des attentes légitimes existent, nous constatons qu'elles concernent uniquement les pellicules et papiers noir et blanc.

10.126 S'agissant des concessions accordées par le Japon à l'issue du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, il est difficile de ne pas conclure que les Etats-Unis devraient être considérés comme ayant prévu en 1979 et 1993 ce rapport de 1968 et son application (dans la mesure où il a été appliqué). Bien que nous puissions concevoir qu'il y ait des circonstances dans lesquelles le Membre de l'OMC exportateur ne peut raisonnablement être au courant de l'importance d'une mesure pour les produits importés ou de l'incidence fondamentalement différente que celle-ci peut avoir sur ces produits, que quelque temps après la publication de ladite mesure, les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence de circonstances de ce genre en l'espèce. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que pour ce qui est du Sixième Rapport intérimaire ils avaient des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché des pellicules et papiers photographiques qui résultaient du Tokyo Round ou du Cycle d'Uruguay.

10.127 Réduction d'avantages et causalité. Les Etats-Unis soutiennent que le Sixième Rapport intérimaire recommandait que le MITI prenne des dispositions pour systématiser la distribution: en adaptant les conditions du marché; en rationalisant la logistique de distribution (emballage, entreposage, transport, manutention)¹²⁶⁴ et en améliorant l'environnement de la distribution (localisation des distributeurs, liens en matière d'information entre les fabricants, les grossistes et les détaillants, et financement).¹²⁶⁵ L'objectif global, selon les Etats-Unis, était d'améliorer l'efficacité des circuits de distribution et, surtout, de mettre ces circuits sous le contrôle des fabricants nationaux au Japon en "œuvrant pour la coopération et la systématisation des entreprises par le biais des producteurs, des transformateurs intermédiaires et des grossistes".¹²⁶⁶ Les Etats-Unis notent que le rapport indique également qu': "[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".¹²⁶⁷

10.128 Le Japon répond que le MITI considérait le retard du secteur de la distribution comme un "talon d'Achille" qui empêcherait les fabricants nationaux de soutenir la concurrence des produits étrangers. Plus précisément, il craignait que les fabricants nationaux soient obligés de continuer de se servir des circuits de distribution existants, alors que les producteurs étrangers, libérés des restrictions visant les mouvements de capitaux, auraient la possibilité de mettre en place leurs propres circuits de distribution modernes (et exclusifs). Toutefois, souligne le Japon, la politique du MITI relative à la modernisation du secteur de la distribution visait à promouvoir l'efficacité et la compétitivité des industries nationales après la libéralisation, non à entraver les importations. Dans l'ensemble, affirme le Japon, les Etats-Unis n'ont pas fourni au Groupe spécial d'éléments de preuve établissant le lien de causalité entre la mesure et la réduction d'avantages alléguée.

10.129 Lorsque nous examinons la question de savoir si les attentes des Etats-Unis en matière d'accès au marché sont ou non compromises par l'application du Sixième Rapport intérimaire, nous notons que: premièrement, il s'agit d'un rapport consultatif destiné au gouvernement, qui définit de grandes options non contraignantes à l'intention de ce dernier; deuxièmement, ces grandes options visent à moderniser

¹²⁶⁴Sixth Interim Report, pièce n° 68-8 des Etats-Unis, page 9.

¹²⁶⁵Ibid.

¹²⁶⁶Ibid., page 14.

¹²⁶⁷Ibid., page 8.

le secteur de la distribution au Japon et à améliorer son efficacité globale; troisièmement, elles ne concernent absolument pas des produits spécifiques; et quatrièmement, les Etats-Unis n'ont pas été à même de mettre en évidence des actions gouvernementales spécifiques résultant de ce rapport sur les grandes options, à l'exception peut-être des Lignes directrices de 1970 examinées plus loin. Nous notons que s'il est vrai que le rapport favorise la coopération entre les différents niveaux du système de distribution, il examine également la nécessité de compenser les effets préjudiciables éventuels de cette coopération.¹²⁶⁸ En tout état de cause, même si nous supposons que le Sixième Rapport intérimaire constitue des "directives administratives" invitant l'industrie japonaise des pellicules photographiques à opter pour l'intégration verticale et à recourir à des grossistes primaires vendant une seule marque, il y a des problèmes de chronologie en ce qui concerne la causalité étant donné que la majeure partie du secteur de la distribution en gros des pellicules au Japon vendait déjà une seule marque en 1968 (voir le paragraphe 10.173).

10.130 En outre, nous notons que le rapport semble être neutre quant à l'origine. Il fait état de la nécessité de se préparer à l'arrivée de capitaux étrangers mais, à notre avis, il met clairement l'accent sur la nécessité d'améliorer la compétitivité du secteur de la distribution japonais afin qu'il puisse soutenir efficacement la concurrence. Il ne vise pas à empêcher l'arrivée de capitaux étrangers, même s'il suggère qu'il faudrait améliorer la position concurrentielle des entreprises japonaises. Il énumère en fait les avantages qui découleront de la libéralisation du point de vue de l'efficacité accrue du secteur de la distribution japonais.¹²⁶⁹ Il est certes possible de démontrer qu'une mesure qui est formellement neutre quant à l'origine des produits peut être appliquée d'une manière qui entraîne un bouleversement du rapport de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés au détriment des importations¹²⁷⁰, mais les Etats-Unis n'ont pas été à même de citer un seul cas dans lequel l'application du Sixième Rapport intérimaire avait eu une telle conséquence pour les pellicules ou papiers originaires des Etats-Unis.

10.131 Dans ce contexte, il est difficile de conclure que ce rapport consultatif a contribué de manière significative à la réduction des attentes des Etats-Unis en matière d'accès au marché qui résultent du Kennedy Round. Par ailleurs, il n'y a pas d'éléments de preuve indiquant que l'application du rapport a entraîné une réduction des attentes légitimes découlant du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. Au mieux, nous considérons que le rapport établit une partie du contexte des mesures ultérieures du gouvernement japonais qui ont été citées, comme les Lignes directrices de 1970 et le Plan de base de 1971 qui sont examinés plus loin. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que le Sixième Rapport intérimaire annulait ou compromettrait des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b).

10.132 Ainsi, les Etats-Unis ont démontré qu'ils ne devraient pas être considérés comme ayant prévu le Sixième Rapport intérimaire pour ce qui est des attentes résultant pour eux du Kennedy Round concernant les pellicules et papiers noir et blanc, mais ils n'ont pas démontré que le Sixième Rapport intérimaire était une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b) ou qu'il annulait ou compromettrait des avantages leur revenant pour les pellicules et papiers noir et blanc. Dans le cas des pellicules et papiers couleur, ils n'ont démontré l'existence d'aucun des éléments prescrits pour présenter une allégation au titre de l'article XXIII:1 b).

e) Septième Rapport intérimaire de 1969

¹²⁶⁸Ibid., par exemple, pages 15 et 18.

¹²⁶⁹Ibid., page 7.

¹²⁷⁰Voir l'analyse faite aux paragraphes 10.85 et 10.86.

10.133 La quatrième "mesure" en matière de distribution est le Septième Rapport intérimaire intitulé "Systématisation des activités de distribution" établi par le Comité de la distribution du Conseil des structures industrielles du MITI en juillet 1969.¹²⁷¹ Comme le Sixième Rapport intérimaire de ce comité, qui a été examiné plus haut dans la section "uniformisation des conditions générales de vente", le Septième Rapport intérimaire expose une série de grandes options, pour examen par le MITI. Nous notons que le Septième Rapport intérimaire constituait "une première étape dans le processus consistant à relever les défis auxquels faisait face le secteur japonais de la distribution".¹²⁷² Selon le Comité, la systématisation visait à améliorer le fonctionnement et la productivité. Le Comité indiquait que la meilleure façon d'aborder la systématisation était de considérer le système de distribution non pas comme une série d'entités séparées mais comme un tout et d'appliquer dès lors une approche systémique. Reconnaissant que pour les marchandises le facteur le plus important était la distribution, le Comité indiquait que la systématisation ne pourrait progresser que grâce à une logistique de distribution centralisée dans les centres de distribution et les entrepôts. Le Comité classait la systématisation en trois volets (volet marchandises, volet institutionnel et volet fonctionnel) et proposait que le gouvernement prenne les dispositions suivantes: i) créer un conseil de la systématisation de la distribution; ii) établir des indicateurs nationaux et encourager l'uniformisation; iii) mettre en place un système pour diffuser de l'information concernant la distribution; et iv) offrir des incitations dans des domaines tels que le financement et la fiscalité.

10.134 Les Etats-Unis présentent le Septième Rapport intérimaire comme étant, en substance, un des éléments fondamentaux du projet qu'aurait eu le Japon de systématiser son secteur de la distribution. A leur avis, le rapport indique que dans la mesure où la promotion de l'efficacité devient incompatible avec la protection contre la concurrence étrangère, ce dernier objectif devrait prévaloir. Les Etats-Unis font valoir en particulier que la prémisse de la systématisation de la distribution consistait à réorganiser le système de distribution japonais sur le plan vertical et sur le plan horizontal à travers i) la formation et le développement de liens verticaux en matière de distribution, par produit, entre un fabricant japonais et plusieurs grossistes, et entre les grossistes et les détaillants et ii) la création de liens - liens commerciaux, liens matériels et liens en matière d'information - entre les éléments horizontaux du système de distribution, qui pourraient être intégrés plus facilement dans l'arrangement vertical systématisé (paragraphe 5.81 et 5.82). Le Japon rétorque que, de l'avis du MITI, le retard du système de distribution empêcherait les fabricants nationaux de soutenir la concurrence des producteurs étrangers. Plus précisément, il craignait que les fabricants nationaux soient obligés de continuer à se servir des circuits de distribution existants, alors que les producteurs étrangers, libérés des restrictions visant les mouvements de capitaux, auraient la possibilité de mettre en place leurs propres circuits de distribution modernes (et exclusifs) (paragraphe 5.83).

10.135 Application d'une mesure. Comme dans le cas du Sixième Rapport intérimaire, les Etats-Unis soutiennent que le Septième Rapport intérimaire est une mesure gouvernementale et qu'il est effectivement toujours en vigueur. Et le Japon répond que le Septième Rapport intérimaire n'est pas une mesure gouvernementale, qu'il n'est rien d'autre qu'un rapport d'un conseil consultatif, exposant certaines grandes options pour le gouvernement. Le Japon fait valoir en outre que ce rapport n'est pas actuellement en vigueur. Selon le Japon, les politiques du MITI ont abouti à des recommandations présentées à l'industrie au cours des années 60 et 70 sur la façon de moderniser les politiques de distribution. Ces recommandations ont été formulées et les entreprises privées ont librement choisi de les suivre ou de les ignorer. Ce rapport n'a jamais été en quoi que ce soit une action gouvernementale, estime le Japon, et l'importance qu'il aurait pu avoir sur le fond a disparu il y a des décennies au moment où l'avis qu'il énonçait a été suivi ou ignoré.

¹²⁷¹Distribution Systemization - Industrial Structure Council Distribution Committee, 22 juillet 1969 (Seventh Interim Report 1969), pièce n° 69-4 des Etats-Unis.

¹²⁷²Ibid., page 1.

10.136 Lorsque nous examinons la nature de la "mesure" en cause, nous notons à nouveau que le Comité de la distribution était un comité établi par le Conseil des structures industrielles du MITI qui était lui-même un conseil consultatif composé d'universitaires et de représentants de l'industrie, non de fonctionnaires. Et, alors que le Conseil des structures industrielles a été établi conformément à un décret du Cabinet, le caractère consultatif de ce conseil et du Comité de la distribution qui en relève ne semble faire aucun doute. Lorsque nous appliquons l'analyse que nous avons élaborée précédemment, nous notons que le Septième Rapport intérimaire ne revêt manifestement pas le caractère d'une loi ou d'un règlement contraignant. Il ne comporte aucune disposition encourageant le secteur privé à engager une action particulière ou le dissuadant de le faire. Comme il s'agit à proprement parler d'un rapport de caractère général destiné au gouvernement, il ne peut pas être considéré comme une exhortation adressée par le gouvernement au secteur privé pour que ce dernier mène des actions spécifiques dans le secteur de la distribution et il n'y a pas de grandes chances que l'on s'y conforme comme il ressort des affaires Japon - Semi-conducteurs et Japon - Produits agricoles (voir les paragraphes 10.45 à 10.50). Comme dans le cas du Sixième Rapport intérimaire, nous ne considérons pas que les recommandations sont suffisamment spécifiques pour arriver à la conclusion que, même au Japon, elles pourraient avoir le même effet que des mesures gouvernementales formelles. En tant que tel, le Septième Rapport intérimaire semble n'être rien de plus qu'un rapport d'étude indiquant des options possibles pour une action gouvernementale et nous ne sommes pas persuadés qu'il revête le caractère d'une mesure gouvernementale. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que le Septième Rapport intérimaire était une mesure au sens de l'article XXIII:1 b).

10.137 Si, malgré la constatation que nous venons de faire, nous supposons que le Septième Rapport intérimaire est une mesure gouvernementale, reste à savoir s'il est ou non toujours en vigueur. Etant donné qu'un rapport émanant d'une entité quasi-gouvernementale n'est pas normalement adopté ou promulgué de manière formelle par un gouvernement, il n'est pas étonnant qu'il n'y ait pas d'éléments de preuve donnant à penser qu'il a été retiré ou désavoué d'une autre manière par le gouvernement japonais. Compte tenu de cette absence de désaveu, et même s'il y a des déclarations de politique générale du gouvernement plus récentes sur la modernisation du secteur de la distribution japonais, si le Septième Rapport intérimaire est une mesure, il se peut qu'il soit toujours en vigueur.

10.138 Avantages. Nous rappelons que les Etats-Unis font valoir que les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et papiers qui résultent du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, et qu'ils n'auraient pas pu prévoir l'intention du Japon de publier le Septième Rapport intérimaire (1969) avant la conclusion du Kennedy Round. De même, les Etats-Unis font valoir qu'ils ne pouvaient toujours pas raisonnablement prévoir l'importance de la mesure pour le marché japonais des pellicules au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. A cela, le Japon répond que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir le Septième Rapport intérimaire en juin 1967 parce que les politiques examinées dans ce rapport étaient le prolongement logique de la décision du MITI de contribuer à favoriser la modernisation du secteur de la distribution japonais après un débat public de haut niveau sur la libéralisation des mouvements de capitaux. Le Japon fait valoir en outre que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir la mesure a fortiori à la fin du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.139 Lorsque nous examinons la question de savoir ce que les Etats-Unis auraient dû prévoir à la fin du Kennedy Round en ce qui concerne le Septième Rapport intérimaire, nous rappelons, comme nous l'avons fait dans le cas du Sixième Rapport intérimaire connexe, notre conclusion selon laquelle normalement un Membre ne devrait pas être considéré comme ayant prévu une mesure adoptée après la conclusion d'une série de négociations, à moins qu'il n'y ait une raison de penser le contraire. A cet égard, nous ne sommes pas convaincus par l'argument du Japon selon lequel le Septième Rapport intérimaire est un prolongement logique des politiques en matière de distribution appliquées par le Japon avant le Kennedy Round et aurait donc dû être prévu par les Etats-Unis. Tout d'abord, nous avons constaté que la Décision de 1967 du Cabinet ne prévoyait pas d'action spécifique devant être menée par le

gouvernement japonais ou les entreprises privées. En outre, les six premiers rapports intérimaires contiennent en partie des recommandations différentes de celles du Septième Rapport intérimaire. On ne peut donc pas dire que les conclusions du Septième Rapport intérimaire étaient clairement envisagées dans la Décision de 1967 du Cabinet ou d'autres mesures japonaises. De plus, la nature du rapport - il émane d'un groupe consultatif composé d'universitaires et de représentants de l'industrie, n'est pas contraignant, contient des recommandations qui ne visent pas des produits spécifiques et s'apparente davantage à un document d'orientation générale présenté au gouvernement qu'à ce qu'on pourrait à proprement parler appeler une mesure gouvernementale - est telle que nous constatons que les Etats-Unis ne devraient pas être considérés comme ayant raisonnablement prévu son existence avant la conclusion du Kennedy Round. Toutefois, dans la mesure où des attentes légitimes existent, nous constatons qu'elles concernent uniquement les pellicules et papiers noir et blanc.

10.140 S'agissant des concessions accordées par le Japon à l'issue Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, il est difficile de ne pas conclure que les Etats-Unis devraient être considérés comme ayant prévu en 1979 et 1993 ce rapport de 1969 et son application (dans la mesure où il a été appliqué). Bien que nous puissions concevoir qu'il y ait des circonstances dans lesquelles le Membre de l'OMC exportateur ne peut raisonnablement être au courant de l'importance d'une mesure pour les produits importés ou de l'incidence fondamentalement différente que celle-ci peut avoir sur ces produits, que quelque temps après la publication de ladite mesure, les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence de circonstances de ce genre en l'espèce. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que pour ce qui est du Septième Rapport intérimaire ils avaient des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché des pellicules et papiers photographiques qui résultaient du Tokyo Round ou du Cycle d'Uruguay.

10.141 Réduction d'avantages et causalité. Nous rappelons l'argument des Etats-Unis selon lequel le Comité de la distribution, dans son Septième Rapport intérimaire, indiquait 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"¹²⁷³ et recommandait au gouvernement d'adopter des politiques de systématisation visant, entre autres choses, à: 1) créer un "conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution" composé d'universitaires, de fabricants, de grossistes, de détaillants et d'informaticiens, pour instaurer un consensus sur l'orientation fondamentale de la systématisation des activités de distribution; 2) étudier et promouvoir la systématisation de la distribution et 3) offrir des incitations financières par le biais de prêts ou d'un traitement fiscal spécial pour favoriser la systématisation.¹²⁷⁴ Pour les Etats-Unis, les documents du gouvernement japonais ne laissent planer aucun doute quant à l'intention du Japon de créer et de favoriser des circuits de distribution à intégration verticale dominés par les fabricants nationaux. Comme les Etats-Unis l'ont relevé, il est dit dans le Septième Rapport intérimaire que dans le cadre de la systématisation, "davantage de systèmes seront probablement formés dans lesquels les circuits de keiretsu sont placés sous l'égide du fabricant"¹²⁷⁵ et "... intègrent de manière globale et systématique les divers aspects de la production, de la transformation et des services [de distribution]".¹²⁷⁶ Le Japon répond que, de l'avis du MITI, le retard du système de distribution empêcherait les fabricants nationaux de soutenir la concurrence des produits étrangers.

¹²⁷³Ibid., page 4.

¹²⁷⁴Ibid., pages 9 et 10. Dans le Neuvième Rapport intérimaire du Comité de la distribution, le Septième Rapport intérimaire était décrit comme un "schéma politique vigoureux pour 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.

¹²⁷⁵Pièce n° 69-4 des Etats-Unis, page 7.

¹²⁷⁶Ibid.

Toutefois, souligne le Japon, la politique du MITI relative à la modernisation du secteur de la distribution visait à promouvoir l'efficacité et la compétitivité des industries nationales, non à entraver les importations. Dans l'ensemble, affirme le Japon, les Etats-Unis n'ont pas fourni au Groupe spécial d'éléments de preuve établissant le lien de causalité entre la mesure et la réduction d'avantages alléguée.

10.142 Lorsque nous examinons la question de savoir si les attentes des Etats-Unis en matière d'accès au marché sont ou non compromises par le Septième Rapport intérimaire, nous notons une fois encore que: premièrement, il s'agit d'un rapport consultatif destiné au gouvernement, qui définit de grandes options non contraignantes pour le gouvernement sans recommander d'actions spécifiques au gouvernement ou aux entreprises privées; deuxièmement, ces grandes options visent à moderniser et à améliorer l'efficacité globale du secteur de la distribution au Japon; troisièmement, elles ne concernent absolument pas des produits spécifiques; et quatrièmement, les Etats-Unis n'ont pas été à même de mettre en évidence des actions gouvernementales spécifiques résultant de ce rapport sur les grandes options. S'il est vrai que le Septième Rapport intérimaire favorise la coopération entre les différents niveaux du système de distribution, il n'entérine pas les formes traditionnelles d'intégration verticale en tant que telles. En fait, il est dit expressément dans l'introduction, que "contrairement à la keiretsunisation, à la formation de coopératives etc. le concept de systématisation tel qu'il est présenté ne se réfère en aucune manière à de telles idées préconçues concernant ces institutions".¹²⁷⁷ Le rapport met l'accent sur l'utilisation des "systèmes" et de "l'approche systémique" pour moderniser le secteur de la distribution japonais, y compris la promotion de modes de présentation et d'emballages uniformisés. Comme il est indiqué plus loin, les entreprises étrangères étaient censées en bénéficier tout comme les entreprises nationales, ce qui donne à penser que l'intégration verticale et la distribution d'une seule marque n'étaient pas les buts du rapport. En tout état de cause, même si nous supposons que le Septième Rapport intérimaire constitue des "directives administratives" invitant l'industrie japonaise des pellicules photographiques à opter pour l'intégration verticale et à recourir aux grossistes primaires vendant une seule marque, il y a des problèmes de chronologie en ce qui concerne la causalité étant donné que la majeure partie du secteur de la distribution en gros des pellicules au Japon vendait déjà une seule marque en 1968 (voir le paragraphe 10.173).

10.143 Compte tenu de l'accent qu'il met sur les systèmes, nous considérons que le rapport est neutre quant à l'origine. En effet, il y est dit que "la systématisation du système de distribution aura entre autres pour effet de faciliter l'arrivée [sur le marché japonais] de capital étranger". Il est certes possible de démontrer qu'une mesure qui est formellement neutre quant à l'origine des produits peut être appliquée d'une manière qui entraîne un bouleversement du rapport de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés au détriment des importations, mais les Etats-Unis n'ont pas été à même de citer un seul cas dans lequel l'application du Septième Rapport intérimaire a une telle conséquence pour les pellicules ou papiers originaires des Etats-Unis. Dans ce contexte, il est difficile de conclure que ce rapport consultatif a contribué à la réduction des attentes des Etats-Unis en matière d'accès au marché qui résultent du Kennedy Round.

10.144 Il n'y a pas non plus d'éléments de preuve indiquant que l'application du rapport a entraîné une réduction des attentes légitimes découlant du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. Au mieux, nous considérons que le rapport établit une partie du contexte des Lignes directrices de 1970 et du Plan de base de 1971 qui sont examinés plus loin. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que le Septième Rapport intérimaire annulait ou compromettait des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b).

10.145 Ainsi, les Etats-Unis ont démontré qu'ils ne devraient pas être considérés comme ayant prévu le Septième Rapport intérimaire pour ce qui est des attentes résultant pour eux du Kennedy Round

¹²⁷⁷Ibid., page 1.

concernant les pellicules et papiers noir et blanc, mais ils n'ont pas démontré que le Septième Rapport intérimaire était une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b) ou qu'il annulait ou compromettait des avantages qui leur revenaient pour les pellicules et papiers noir et blanc. Dans le cas des pellicules et papiers couleur, ils n'ont démontré l'existence d'aucun des éléments prescrits pour présenter une allégation au titre de l'article XXIII:1 b).

f) Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 sur les conditions générales de vente

10.146 La cinquième "mesure" en matière de distribution dont les Etats-Unis allèguent qu'elle annule ou compromet des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b), est le Rapport faisant suite à l'enquête du MITI sur les conditions générales de vente y compris les recommandations relatives aux conditions générales de vente (à partir de mars 1969)¹²⁷⁸, ainsi que les projets publiés et les nouvelles versions (par exemple 1971) ("Rapport faisant suite à l'enquête de 1969").¹²⁷⁹ En 1968, l'Institut de recherche sur la distribution, organisme apparemment privé, a été prié par le MITI d'effectuer une enquête sur les conditions générales de vente dans plusieurs secteurs. En mars 1969, il a présenté les résultats de son enquête sur les conditions générales de vente dans le secteur des pellicules photographiques. L'enquête portait sur les pratiques commerciales dans les domaines suivants: contrats de vente, y compris les escomptes et ristournes; livraisons et rendus; règlement, et pratiques en matière de promotion, y compris le détachement de personnel et les ristournes.¹²⁸⁰

10.147 Application d'une mesure. Les Etats-Unis font valoir que le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 est une mesure gouvernementale et qu'il est toujours en vigueur. Le Japon répond que ce rapport émane d'un institut privé qui effectue des recherches et des analyses et fournit des informations au gouvernement selon qu'il convient. En conséquence, le Japon fait valoir que cette enquête n'est pas une mesure gouvernementale et ne peut même pas être présentée comme une "directive administrative". En tout état de cause, souligne-t-il, cette enquête de 1969 n'est pas actuellement applicable (paragraphe 6.119). Les politiques du MITI ont abouti à des recommandations adressées à l'industrie au cours des années 60 et 70 sur la façon de moderniser les politiques de distribution. Le Japon soutient que ces recommandations ont été formulées et que les entreprises privées ont librement choisi de les suivre ou de les ignorer. L'importance que l'enquête aurait pu avoir sur le fond a disparu il y a des décennies au moment où ses conclusions ont été suivies ou ignorées.

10.148 Pour examiner si le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 est une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b), nous rappelons le cadre analytique que nous avons élaboré plus haut. Lorsque nous appliquons ce cadre analytique, nous notons que le rapport ne revêt manifestement pas le caractère d'une loi ou d'un règlement contraignant. Il ne comporte aucune disposition encourageant le secteur privé à engager une action particulière ou le dissuadant de le faire. Il s'apparente plutôt à une enquête factuelle menée par un organisme apparemment privé à la demande du gouvernement. Comme il s'agit d'un rapport destiné au gouvernement, il ne peut être considéré comme une exhortation adressée par le gouvernement au secteur privé pour que ce dernier suive des politiques de distribution spécifiques. Certes, le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 contient quelques pages d'introduction (et paragraphes de conclusion) sur ce que l'on entend par conditions contractuelles irrationnelles, mais il consiste pour l'essentiel en

¹²⁷⁸Institute for Distribution Research, Fact-finding Survey Report Pertaining to Transaction Terms: Actual Conditions of Transaction Practices in the Wholesale Industry, mars 1969, pièce n° 15 des Etats-Unis.

¹²⁷⁹MITI Business Bureau, Actual Conditions of Transaction Terms in the Wholesale Industry, 31 août 1971, pièce n° 20 des Etats-Unis. Institute for Distribution Research, 1969 Survey of Trade Conditions in the Film and Other Industries, pièce n° B-1 du Japon.

¹²⁸⁰Les parties ne sont pas d'accord sur le point de savoir si l'Institut a publié le rapport en 1969. Elles s'accordent à dire que le MITI en a publié une nouvelle version en 1971.

une simple description des pratiques existantes. En tant que tel, ce n'est rien d'autre qu'un rapport de travail donnant des renseignements factuels courants sur la base desquels le gouvernement pourrait ensuite décider d'agir. A notre avis, le rapport ne revêt pas le caractère d'une mesure gouvernementale. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que le rapport était une mesure au sens de l'article XXIII:1 b). Au mieux, cette étude peut être considérée comme faisant partie du contexte des Lignes directrices de 1970 qui sont examinées plus loin.

10.149 Nous notons que le MITI a publié en 1971 le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969. Nous ne considérons pas que ce fait modifie notre analyse. La publication par le MITI ne peut pas être considérée comme une "directive administrative" ou une exhortation du gouvernement à suivre des pratiques spécifiques étant donné i) que le rapport est essentiellement une étude non normative de pratiques antérieures et ii) qu'il y a eu entre-temps la publication des Lignes directrices de 1970, action gouvernementale qui porte plus précisément sur les conditions générales de vente.

10.150 Si, malgré la constatation que nous venons de faire, nous supposons que le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 est une mesure, reste à savoir s'il est ou non toujours en vigueur. Sur ce point, il n'y a pas d'éléments de preuve donnant à penser que cette mesure a été retirée ou désavouée d'une autre manière par le gouvernement japonais. Toutefois, étant donné que le rapport est essentiellement une description de pratiques ayant cours dans les années 60, on ne voit pas ce que le fait de le présenter comme étant toujours en vigueur pourrait bien vouloir dire. Il s'agit toujours d'une simple description de pratiques antérieures. Néanmoins, dans la mesure où le rapport contient quelques éléments normatifs concernant la rationalité des conditions générales de vente et n'a pas été désavoué, et même si, manifestement, il y a des déclarations de politique générale du gouvernement plus récentes sur la modernisation du secteur de la distribution japonais, il pourrait être considéré comme étant en vigueur dans ce sens. En conséquence, si le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 doit être considéré comme une mesure, il se peut qu'il soit toujours en vigueur.

10.151 Avantages. Nous rappelons que les Etats-Unis font valoir que les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et papiers qui résultent du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, et qu'ils n'auraient pas pu prévoir le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 - qu'ils présentent comme faisant partie de "la série de mesures informelles opaques prises par le gouvernement japonais" - avant la conclusion du Kennedy Round. Les Etats-Unis font valoir également qu'ils ne pouvaient pas raisonnablement prévoir l'importance de la mesure pour le marché japonais des pellicules même au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. A cela, le Japon répond que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir en juin 1967 le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 parce que les politiques examinées dans ce rapport étaient le prolongement logique des politiques de modernisation de la distribution suivies par le MITI en vue de rationaliser les conditions générales de vente et de systématiser les pratiques de distribution. En outre, le Japon fait valoir que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir la mesure a fortiori à la fin du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.152 Lorsque nous examinons la question de savoir ce que les Etats-Unis auraient dû prévoir à la fin du Kennedy Round en ce qui concerne le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969, nous rappelons notre conclusion selon laquelle normalement un Membre ne devrait pas être considéré comme ayant prévu une mesure adoptée après la conclusion d'une série de négociations, à moins qu'il n'y ait une raison de penser le contraire. A cet égard, nous ne sommes pas convaincus par l'argument du Japon selon lequel le rapport est un prolongement logique des politiques en matière de distribution appliquées par le Japon avant le Kennedy Round et aurait donc dû être prévu par les Etats-Unis. Tout d'abord, nous avons constaté que la Décision de 1967 du Cabinet ne prévoyait pas d'actions spécifiques devant être menées par le gouvernement japonais ou les entreprises privées. En outre, la nature du Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 - il s'agit d'une étude effectuée par un organisme quasi gouvernemental à la demande du gouvernement, qui peut être considérée comme un rapport de travail exposant la situation courante de

manière à donner des renseignements factuels sur la base desquels le gouvernement pourrait décider ultérieurement d'engager certaines actions - est telle que nous constatons que les Etats-Unis ne devraient pas être considérés comme ayant raisonnablement prévu son existence avant la conclusion du Kennedy Round. Toutefois, dans la mesure où des attentes légitimes existent, nous constatons qu'elles concernent uniquement les pellicules et papiers noir et blanc.

10.153 S'agissant des concessions accordées par le Japon à l'issue du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, il est difficile de conclure que les Etats-Unis ne pouvaient pas raisonnablement prévoir en 1979 et 1993 ce Rapport faisant suite à l'enquête de 1969, sa publication en 1971 et son application (dans la mesure où il a été appliqué). Bien que nous puissions concevoir qu'il y ait des circonstances dans lesquelles le Membre de l'OMC exportateur ne peut raisonnablement être au courant de l'importance d'une mesure pour les produits importés ou de l'incidence fondamentalement différente que celle-ci peut avoir sur ces produits, que quelque temps après la publication de ladite mesure, les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence de circonstances de ce genre dans le cas d'espèce, où le rapport concerne expressément le secteur des pellicules. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que pour ce qui est du Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 ils avaient des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché qui résultaient du Tokyo Round ou du Cycle d'Uruguay.

10.154 Réduction d'avantages et causalité. Ni les Etats-Unis ni le Japon n'ont présenté d'éléments de preuve ou d'arguments concernant l'incidence du Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 sur les attentes des Etats-Unis en matière d'accès au marché qui résultent du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, au-delà du type d'argument qu'ils ont avancé au sujet du Sixième et du Septième Rapports intérimaires. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence d'une annulation ou réduction d'avantages entraînée par le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969.

10.155 Ainsi, les Etats-Unis ont démontré qu'il ne devraient pas être considérés comme ayant prévu le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 pour ce qui est des attentes résultant pour eux du Kennedy Round concernant les pellicules et papiers noir et blanc, mais ils n'ont pas démontré que le rapport était une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b) ou qu'il annulait ou compromettait des avantages qui leur revenaient pour les pellicules et papiers noir et blanc. Dans le cas des pellicules et papiers couleur, ils n'ont démontré l'existence d'aucun des éléments prescrits pour présenter une allégation au titre de l'article XXIII:1 b).

g) Lignes directrices de 1970 concernant la rationalisation des conditions générales de vente des pellicules photographiques

10.156 La sixième "mesure" en matière de distribution dont les Etats-Unis allèguent qu'elle annule ou compromet des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b), est constituée par les "Lignes directrices concernant la rationalisation des conditions générales de vente des pellicules photographiques" de 1970 établies par le Comité du MITI chargé de l'uniformisation des conditions générales de vente ("Lignes directrices de 1970").¹²⁸¹ Selon les Etats-Unis, cette "mesure" englobe des actions connexes visant à mettre en oeuvre les recommandations formulées dans les Lignes directrices de 1970.

10.157 Les Etats-Unis font valoir que les Lignes directrices de 1970 visent à encourager l'intégration verticale dans le secteur de la distribution des pellicules par le recours à des conditions générales de vente, de manière à lier plus étroitement les grossistes aux fabricants nationaux. Selon eux, le MITI a encouragé cette politique dans les Lignes directrices de 1970 en préconisant des escomptes de volume, des ristournes et des conditions de règlement uniformes et délais de règlement plus courts: les escomptes et ristournes encourageait les grossistes à s'approvisionner en plus grandes quantités auprès d'un nombre moins élevé

¹²⁸¹Pièce n° 70-3 des Etats-Unis; pièce n° 70-4 des Etats-Unis; pièce n° B-24 du Japon.

de fournisseurs; et l'uniformisation des conditions de règlement et le raccourcissement des délais de règlement limitaient la possibilité pour les grossistes de chercher à obtenir de meilleures conditions de crédit auprès d'autres fournisseurs. Cela, estiment les Etats-Unis, rendait les grossistes plus dépendants des conditions de crédit offertes par le fabricant avec lequel ils traitaient principalement, tout en les rendant plus vulnérables. Nous notons en outre que les Etats-Unis estiment qu'avant l'uniformisation, les grossistes pouvaient faire le tour des différents fabricants pour trouver les conditions générales de vente les plus favorables. Les actions que le MITI aurait engagées ont réduit cette concurrence dans le secteur de la distribution. Cela a permis, selon les Etats-Unis, de créer des relations stables, de longue durée et exclusives dans la chaîne de distribution.

10.158 Le Japon répond que de 1970 à 1972, le MITI a établi des lignes directrices en matière de rationalisation pour 15 secteurs différents, y compris celui des pellicules photographiques. Les lignes directrices destinées à chacun des 15 secteurs traitaient des mêmes questions et contenaient pour l'essentiel les mêmes suggestions. Nous rappelons en outre que, selon le Japon, le MITI n'a cessé de se préoccuper de la rationalisation des conditions commerciales dans le secteur de la distribution depuis les années 60. Le Japon soutient que ce qui avait existé jusque-là c'était des pratiques commerciales irrationnelles qui étaient inefficaces sur le plan économique. Selon le Japon, les Lignes directrices de 1970 décourageaient explicitement l'octroi de ristournes et ne préconisaient pas des délais de règlement plus courts. En conséquence, de l'avis du Japon, elles n'avaient rien à voir avec l'établissement d'une distribution monomarque et lui étaient hostiles. En tout état de cause, selon le Japon, l'argument des Etats-Unis est vicié par des problèmes de chronologie étant donné que la distribution monomarque est une tendance qui s'est manifesté dans l'industrie avant que la "mesure" en cause ne soit mise en oeuvre. En outre, dans le secteur de gros, la distribution d'une seule marque de pellicules est une pratique commerciale qui a cours sur tous les grands marchés du monde. Le Japon note que ses efforts en vue de rationaliser la distribution n'ont pas cessé dans les années 70: en 1990, le MITI a publié les "Lignes directrices concernant l'amélioration des pratiques commerciales".

10.159 Application d'une mesure. Les Etats-Unis font valoir que les Lignes directrices de 1970 représentent une forme classique de "directives administratives" japonaises et que, conformément à la jurisprudence, elles constituent une mesure au sens de l'article XXIII:1 b). Le Japon estime que, même si les Lignes directrices de 1970 constituent une forme de "directives administratives" (la seule "mesure" en matière de distribution citée qui, à son avis, peut être considérée comme telle), cette "directive administrative" particulière n'est pas une mesure gouvernementale parce que le MITI a simplement donné une "directive" que le gouvernement n'a assorti d'aucun avantage si elle était respectée et d'aucune sanction si elle ne l'était pas. Le Japon est d'avis que les Lignes directrices de 1970 sont simplement des suggestions de caractère général et n'avaient aucune valeur juridique. En conséquence, selon le Japon, les "directives administratives" correspondant aux Lignes directrices de 1970 ne satisfont pas aux deux critères définis dans l'affaire Japon - Semi-conducteurs.

10.160 Notre analyse des Lignes directrices de 1970 et des actions ultérieures menées par le MITI et diverses associations professionnelles nous amène à conclure que les Lignes directrices de 1970 sont plus qu'une simple série de suggestions. Lorsqu'il a publié les Lignes directrices de 1970 dans son Bulletin officiel, le MITI a indiqué ce qui suit:

"il s'agit de veiller à ce que l'amélioration des conditions de vente soit réalisée conformément à cette ligne directrice. Comme les conditions de vente concernent les transactions commerciales effectives, il ne convient pas de recourir immédiatement à des mesures législatives. En conséquence, nous espérons que les parties engagées dans

les transactions comprendront la nécessité de rationaliser les échanges et feront de leur propre initiative des efforts pour atteindre cet objectif".¹²⁸²

Le MITI a ensuite demandé aux associations professionnelles d'élaborer et d'appliquer des conditions générales de vente plus spécifiques fondées sur les Lignes directrices de 1970 et de lui faire rapport en novembre 1970.¹²⁸³ Comme les Etats-Unis le soulignent, peu après la publication des Lignes directrices de 1970 du MITI, l'Association des grossistes de matériel photo a publié un "schéma de conditions de vente" en vue de faire appliquer les conditions générales de vente arrêtées par l'Association sur la base des Lignes directrices de 1970, et l'a communiqué au MITI.¹²⁸⁴ Le MITI a ensuite demandé, en 1971, à la Chambre de commerce, en collaboration avec le Comité du MITI chargé de l'uniformisation des conditions générales de vente et les associations professionnelles nationales du secteur des fournitures photographiques, d'élaborer un "modèle de contrat" sur la base des conditions générales de vente exposées dans les Lignes directrices de 1970 pour les pellicules photographiques.¹²⁸⁵ Lorsqu'elle a publié le modèle de contrat de vente pour les pellicules photographiques au printemps de 1972, la Chambre a indiqué qu'elle agissait à la demande du MITI.¹²⁸⁶ Le Japon émet des doutes sur la portée de ces activités de mise en oeuvre et répond que la plupart des éléments des transactions n'étaient pas réglementés par le schéma de conditions de vente ou le modèle de contrat et que les concurrents avaient la possibilité d'offrir des conditions générales de vente non uniformisées plus favorables.

10.161 A la lumière de ces déclarations et actions du MITI et des associations professionnelles, nous considérons qu'il y a une probabilité suffisante que les "directives administratives" données par le MITI dans les Lignes directrices de 1970 offrent des incitations suffisantes aux parties privées pour qu'elles agissent d'une manière telle que ces "directives" aient sur l'activité commerciale au Japon un effet analogue à celui d'une mesure juridiquement contraignante. A notre avis, cette conclusion est conforme à la pratique antérieure du GATT.¹²⁸⁷ Nous notons que l'argument du Japon selon lequel le type de "directives administratives" données dans les Lignes directrices de 1970 ne satisfait pas au critère défini dans l'affaire Japon - Semi-conducteurs, mais nous rappelons notre explication selon laquelle le critère défini dans l'affaire Japon - Semi-conducteurs n'est pas un critère exhaustif pour les types de "directives administratives" qui peuvent être assimilées à des mesures gouvernementales. En conséquence, nous constatons que les Lignes directrices de 1970 sont des mesures au sens de l'article XXIII:1 b).

10.162 S'agissant de la question de l'application continue de cette mesure, les Etats-Unis font valoir que les Lignes directrices de 1970, et en particulier les politiques qui les sous-tendent, n'ont jamais été abrogées et sont toujours en vigueur. Le Japon répond que les Lignes directrices de 1970 n'ont jamais eu d'effet contraignant, et n'ont donc jamais été des mesures "en vigueur", même au début. A titre subsidiaire, le Japon fait valoir que les lignes directrices ne sont manifestement plus en vigueur étant donné qu'après presque 30 ans, l'environnement commercial a tellement changé que ni le MITI ni le

¹²⁸²Pièce n° B-24 du Japon, page 1.

¹²⁸³Pièce n° 70-3 des Etats-Unis; pièce n° B-24 du Japon.

¹²⁸⁴Un schéma d'orientation daté du 28 novembre 1970 sur les transactions commerciales a été présenté par la Shashoren pour remplacer les Lignes directrices recommandées par le MITI en vue de transactions plus appropriées, Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 10 décembre 1970, pièce n° B-31 du Japon.

¹²⁸⁵Draft a Standard Contract for Film with Criteria for Standardization of Transaction Terms, Zenren Tsuho, août 1971, pièce n° 71-11 des Etats-Unis.

¹²⁸⁶Standard Contract Drafted for Photo Film Based on the Transaction Standardization Guideline Assigned to the Japan Chamber of Commerce by MITI, pièce n° 24 des Etats-Unis.

¹²⁸⁷Japon - Produits agricoles, IBDD, S35/180, 272-273.

secteur privé ne considèrent les Lignes directrices de 1970 comme ayant actuellement un intérêt ou un effet quelconque. Le Japon indique en outre que les Lignes directrices de 1970 ont été remplacées par les Lignes directrices de 1990, très semblables, du MITI, lesquelles sont bien accueillies par le gouvernement des Etats-Unis.

10.163 Bien qu'on puisse avoir des doutes quant à l'intérêt que continueraient de présenter aujourd'hui des lignes directrices élaborées par le MITI en 1970, rien dans le dossier ne donne à penser que le MITI a abrogé ou désavoué les recommandations qu'il avait formulées en 1970 concernant la rationalisation des conditions générales de vente. Même si l'on peut avancer que ces lignes directrices antérieures, qui concernaient expressément le secteur des pellicules, ont dans une certaine mesure été remplacées par les Lignes directrices de 1990 d'application générale, rien dans le texte des Lignes directrices de 1990 ne donne à penser que les Lignes directrices de 1970 ont été retirées, bien que certaines parties puissent être considérées comme ayant été remplacées par les dispositions des Lignes directrices de 1990. En conséquence, nous considérons qu'il se peut que les Lignes directrices de 1970 soient toujours en vigueur.

10.164 Avantages. Nous rappelons que les Etats-Unis font valoir que les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et papiers qui résultent du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, et qu'ils n'auraient pas pu prévoir les Lignes directrices de 1970 - faisant partie de la "série de mesures informelles opaques prises par le gouvernement japonais" - avant la conclusion du Kennedy Round. Les Etats-Unis font valoir en outre qu'ils ne pouvaient pas prévoir l'importance des lignes directrices pour le marché japonais des pellicules même au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. A cela, le Japon répond que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir les Lignes directrices de 1970 en juin 1967, parce que les politiques auxquelles elles se réfèrent étaient le prolongement logique des politiques de modernisation de la distribution suivies par le MITI en vue de rationaliser les conditions générales de vente et de systématiser les pratiques de distribution. En outre, selon le Japon, la tendance à la distribution d'une seule marque a été observée bien avant la conclusion du Kennedy Round. Le Japon fait valoir que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir la mesure a fortiori au moment du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.165 Lorsque nous examinons la question de savoir ce que les Etats-Unis auraient dû prévoir à la fin du Kennedy Round en ce qui concerne les Lignes directrices de 1970, nous rappelons notre conclusion selon laquelle normalement un Membre ne devrait pas être considéré comme ayant prévu une mesure adoptée après la conclusion d'une série de négociations, à moins qu'il n'y ait une raison de penser le contraire. A cet égard, nous notons la plus grande spécificité de cette mesure dans son analyse et ses recommandations par rapport aux trois "mesures" précédentes. Même si les Etats-Unis auraient dû savoir en 1967 qu'il y avait une tendance à l'intégration verticale dans le secteur des pellicules et papiers, et que le MITI cherchait à encourager la modernisation du secteur de la distribution, y compris la rationalisation des conditions générales de vente, nous ne pensons pas que les Etats-Unis auraient dû savoir à ce moment-là que le MITI élaborerait une série détaillée de recommandations par produit concernant la rationalisation ou l'uniformisation des conditions générales de vente dans le secteur des pellicules photographiques. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis ne devraient pas être considérés comme ayant raisonnablement prévu l'existence des Lignes directrices de 1970 avant la conclusion du Kennedy Round. Toutefois, dans la mesure où des attentes légitimes existent, nous constatons qu'elles concernent uniquement les pellicules et papier noir et blanc.

10.166 S'agissant des concessions accordées par le Japon à l'issue du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, il est difficile de conclure que les Etats-Unis ne pouvaient pas raisonnablement prévoir en 1979 et 1993 cette mesure de 1970 et son application. Bien que nous puissions concevoir qu'il y ait des circonstances dans lesquelles le Membre de l'OMC exportateur ne peut raisonnablement être au courant de l'importance d'une mesure pour les produits importés ou de l'incidence fondamentalement différente que celle-ci peut avoir sur ces produits, que quelque temps après la publication de ladite mesure, les Etats-Unis n'ont pas

démontré l'existence de circonstances de ce genre dans le cas d'espèce où la mesure concerne expressément le secteur des pellicules. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que pour ce qui est des Lignes directrices de 1970 ils avaient des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché pour les pellicules et papiers qui résultaient du Tokyo Round ou du Cycle d'Uruguay.

10.167 Réduction d'avantages et causalité. Les Etats-Unis soutiennent que l'application des Lignes directrices de 1970 établissant les règles du secteur pour les escomptes, les ristournes, les conditions de règlement et le détachement du personnel a bouleversé le rapport de concurrence entre les fournitures photographiques importées et les fournitures photographiques nationales à plusieurs égards. L'uniformisation des conditions générales de vente a privé les fabricants étrangers de la possibilité d'offrir aux grossistes japonais des conditions compétitives: premièrement, en fixant des conditions générales de vente uniformes, qui limitaient la capacité des entreprises étrangères de surenchérir sur leurs concurrents japonais; deuxièmement, en établissant des délais de règlement plus courts, qui renforçaient la puissance financière des fabricants japonais aux dépens des grossistes et mettaient les fabricants nationaux en position de mieux soutenir la pénétration étrangère; et troisièmement, en établissant des conditions commerciales uniformisées, en particulier pour les escomptes de volume, qui étaient par leur nature même plus avantageuses pour les fabricants japonais ayant une part de marché importante.

10.168 Le Japon répond qu'il faut prendre pour point de départ de l'analyse le texte des Lignes directrices de 1970, qui ne prescrivait pas de conditions générales de vente uniformes ou ne prévoyait pas de conditions générales de vente spécifiques à l'intention des fabricants, des grossistes primaires, des grossistes secondaires ou des détaillants. Les Lignes directrices de 1970 formulaient tout au plus des suggestions générales en relation avec les conditions de règlement, les escomptes de volume et les ristournes, disposant notamment: i) qu'un intérêt devrait être prélevé en cas de délai de règlement exceptionnellement long (ni le délai de règlement raisonnable, ni le montant de l'intérêt à prélever, ni d'autres conditions n'étaient spécifiés); ii) que les escomptes de volume devraient être assortis de conditions transparentes claires (sans spécifier si ces escomptes devraient être octroyés et dans quelles circonstances, pas plus que le montant des escomptes); et iii) que les ristournes devraient être maintenues au minimum (sans aucun détail sur les conditions spécifiques des ristournes). Les Lignes directrices de 1970 préconisaient l'adoption de conditions générales de vente économiquement rationnelles et ensuite laissaient les différents fabricants, grossistes et détaillants établir leurs conditions propres spécifiques.

10.169 Le Japon fait observer qu'en réalité les conditions générales de vente des différents fabricants peuvent varier et varient effectivement et que, par exemple, Fuji avait et continue d'avoir des conditions générales de vente différentes avec chacun de ses quatre grossistes primaires indépendants. Il indique aussi que le MITI pensait que la rationalisation des conditions générales de vente contribuerait à assurer une concurrence loyale sur le marché, qu'il n'y avait ni surveillance continue ni contrôle continu du respect des Lignes directrices de 1970 (parmi les trois associations professionnelles du secteur, une seule a même répondu à une demande de renseignements sur les actions décidées et il n'y a pas eu d'efforts de contrôle dirigés vers des entreprises spécifiques) et que les Etats-Unis n'ont pas montré comment en quoi que ce soit les politiques en matière de distribution ou leur application étaient discriminatoires à l'égard des produits importés. Surtout, selon le Japon, les Etats-Unis n'ont pas pu mettre en évidence le moindre lien entre les Lignes directrices de 1970 et la distribution d'une seule marque: les entreprises privées avaient pris des initiatives en matière de conditions de règlement et de ristournes bien avant toute initiative du gouvernement japonais concernant les conditions générales de vente "uniformisées"; et les entreprises privées étaient passées à la distribution d'une seule marque avant toute initiative du gouvernement - la distribution d'une seule marque était apparue au milieu des années 60 et elle s'était pour l'essentiel imposée en 1968. Le Japon fait observer en outre que le prétendu objectif à l'origine de l'adoption de conditions générales de vente rationalisées, à savoir la distribution d'une seule marque, est la forme courante de distribution dans le secteur des pellicules sur tous les marchés du monde.

10.170 En ce qui concerne les questions de la réduction d'avantages et de la causalité pour ce qui est des Lignes directrices de 1970, nous pensons comme le Japon que le point de départ de notre analyse devrait être le texte des lignes directrices. Lorsque nous examinons les Lignes directrices de 1970, nous notons qu'elles n'encouragent pas l'utilisation des escomptes de volume sans réserve mais encouragent la transparence dans leur utilisation, et qu'elles découragent l'utilisation des ristournes.¹²⁸⁸ Elles ne semblent pas non plus prescrire des conditions uniformes ou des délais de règlement plus courts. Ainsi, il semble que les Etats-Unis ont peut-être exagéré la spécificité des lignes directrices.

10.171 En ce qui concerne l'objectif des lignes directrices, nous notons que l'introduction des Lignes directrices de 1970 indique ce qui suit:

"Il va sans dire que la rationalisation des conditions commerciales est essentielle pour améliorer les conditions de marché, assurer une concurrence effective, créer des activités de distribution efficaces, mettre en place un système de distribution à grande échelle, systématiser les activités de distribution et faciliter l'adaptation aux capitaux étrangers."

Cependant, au-delà de cette référence générale faite dans l'introduction à la nécessité de faciliter l'adaptation aux capitaux étrangers, les recommandations contenues dans les Lignes directrices de 1970 semblent être neutres quant à l'origine, c'est-à-dire qu'elles ne font pas de différence formelle en ce qui concerne le traitement des pellicules et papiers nationaux et importés. Nous ne sommes pas persuadés, par conséquent, que les Lignes directrices de 1970 visent à promouvoir l'intégration verticale dans le secteur de la distribution des fournitures photographiques en vue d'entraver l'accès au marché des produits étrangers. Il semble plutôt, comme le soutient le Japon, qu'elles visent à améliorer en général l'efficacité commerciale dans ce secteur, résultat qui n'est pas intrinsèquement défavorable aux importations. Comme il a été noté plus haut, la Décision de 1967 du Cabinet, le Sixième Rapport intérimaire, le Septième Rapport intérimaire et le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969 fournissent un contexte pour l'interprétation des Lignes directrices de 1970. Notre examen de ces documents conforte notre opinion sur les Lignes directrices de 1970. Si les documents font occasionnellement référence à l'entrée imminente des capitaux étrangers au Japon, selon la lecture que nous en faisons leur objectif essentiel est clairement de remédier aux diverses inefficiences et déficiences du système de distribution japonais afin de pallier de plus vastes problèmes, comme la nécessité de faire face aux pressions inflationnistes et à la pénurie de main-d'oeuvre. Le fait que les Etats-Unis ont bien accueilli les Lignes directrices de 1990 étaye l'idée que l'amélioration de l'efficacité du système de distribution japonais, à travers des initiatives comme l'uniformisation des conditions contractuelles de base, renforce, plutôt qu'elle ne la restreint, la capacité des produits importés d'entrer sur le marché japonais.

10.172 Néanmoins, nous n'excluons pas la possibilité que des mesures qui semblent être formellement neutres quant à l'origine des produits puissent dans leur application avoir une incidence disproportionnée sur les importations, en ce sens qu'elles pourraient bouleverser le rapport de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés au détriment des importations. Les Etats-Unis n'ont pas pu mettre en évidence des initiatives gouvernementales ou privées spécifiques ayant une telle incidence sur le secteur de la distribution qui découleraient des Lignes directrices de 1970.

10.173 Surtout, quand nous examinons l'assertion fondamentale des Etats-Unis, à savoir que les "mesures" citées en relation avec l'uniformisation des conditions générales de vente et, en particulier, les Lignes directrices de 1970 étaient conçues dans le but de favoriser et ont effectivement favorisé la distribution d'une seule marque au niveau du commerce de gros, l'argument des Etats-Unis concernant la causalité est vicié par de graves problèmes de chronologie. Compte tenu des éléments de preuve indiquant que i) le secteur de la distribution en gros des pellicules au Japon était en grande partie déjà passé à la

¹²⁸⁸ 1970 Guidelines, pièce n° 70-4 des Etats-Unis; pièce n° B-24 du Japon.

distribution d'une seule marque avant 1970, tous les grossistes distributeurs de Konica étant des distributeurs d'une seule marque dès 1955¹²⁸⁹, et trois des quatre grossistes distributeurs de Fuji étant des distributeurs d'une seule marque dès 1968¹²⁹⁰, le quatrième grossiste primaire distributeur de Fuji - Asanuma - étant devenu distributeur d'une seule marque en 1975, apparemment parce que Kodak refusait de traiter avec lui directement¹²⁹¹, et ii) Fuji a commencé à resserrer ses conditions de règlement en 1966, bien avant les lignes directrices ou autres "mesures" en matière de distribution citées¹²⁹², nous ne sommes pas persuadés qu'il y ait un lien significatif entre les Lignes directrices de 1970 et cette structure de marché largement préexistante. Nous notons aussi que, comme le soutient le Japon et ne le contestent pas les Etats-Unis, la distribution en gros d'une seule marque est la structure de marché courante¹²⁹³ - voire la norme - sur la plupart des principaux marchés nationaux pour les pellicules, y compris le marché des Etats-Unis. Bien que les Etats-Unis répondent que la structure du marché aux Etats-Unis résultait d'initiatives privées et non gouvernementales, on voit mal pourquoi les forces économiques agissant aux Etats-Unis n'existeraient pas aussi au Japon.

10.174 En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que les Lignes directrices de 1970 annulaient ou compromettaient des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b).

10.175 Ainsi, même si les Etats-Unis ont démontré que les Lignes directrices de 1970 étaient une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b) et qu'ils ne devraient pas être considérés comme les ayant prévues pour ce qui est des attentes résultant pour eux du Kennedy Round concernant les pellicules et papiers noir et blanc, ils n'ont pas démontré que les lignes directrices annulaient ou compromettaient des avantages leur revenant pour les pellicules et papiers noir et blanc. En ce qui concerne les pellicules et papiers couleur, ils ont démontré l'existence d'un seul des éléments prescrits pour présenter une allégation au titre de l'article XXIII:1 b) - à savoir que les Lignes directrices de 1970 sont une mesure.

h) Plan de base concernant la systématisation de la distribution

10.176 La septième "mesure" en matière de distribution à examiner est le "Plan de base concernant la systématisation de la distribution" (28 juillet 1971) ("Plan de base de 1971")¹²⁹⁴, établi par le Conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution du MITI, ainsi que les actions en vue de l'application des recommandations du plan. Conformément à une recommandation contenue dans le Septième Rapport intérimaire, le MITI a créé le Conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution en 1970. Ce conseil a publié le Plan de base de 1971 en juillet 1971.

10.177 Les auteurs du Plan de base de 1971 indiquent qu'il est "le résultat des efforts déployés conjointement par le gouvernement et le secteur privé en vue d'examiner l'orientation générale et les

¹²⁸⁹Paragraphe 5.116, 6.350-6.351.

¹²⁹⁰Paragraphe 5.115-5.119, 6.350-6.351; Affidavit of Tomihiko Asada, pièce n° A-12 du Japon; Affidavit of Yuki Yoshi Noro, pièce n° A-14 du Japon; Affidavit of Kaoru Kono, pièce n° A-15 du Japon.

¹²⁹¹Paragraphe 5.116-5.117, 6.352. Voir: F.M. Scherer, Retail Distribution Channel Barriers to International Trade, octobre 1995, pièce n° A-19 du Japon; Affidavit of Takenosuke Katsuoka, pièce n° A-11 du Japon, pages 2 à 4.

¹²⁹²Paragraphe 5.122-5.133, 6.346-6.349, 6.356ff; Fuji Film's Result of Stricter Policy on Receivables, Zenren Tsuho, mars 1968, pièce n° 68-2 des Etats-Unis; Affidavit of Tanaka Takeshi, page 3, pièce n° A-10 du Japon; Affidavit of Haruyoshi Okyama, page 3, pièce n° A-18 du Japon.

¹²⁹³Paragraphe 5.111-5.112, 5.120.

¹²⁹⁴Pièce n° 71-10 des Etats-Unis; pièce n° B-18 du Japon.

objectifs de la systématisation de la distribution au Japon ainsi que les moyens de réaliser ces objectifs, 1975 étant considérée provisoirement comme l'année butoir".¹²⁹⁵ Ils indiquent eux aussi que "l'approche décisive ici consiste à considérer tout le processus de distribution allant de la production à la consommation comme un seul système et à en améliorer l'efficacité de manière générale, ou "système des activités de distribution"".¹²⁹⁶

10.178 Le Plan de base de 1971 dispose que la systématisation de la distribution devrait "être réalisée par étapes: verticalement depuis le niveau interne de l'entreprise jusqu'au niveau des différentes entreprises; 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] ...".¹²⁹⁷ Le plan indique ce qui suit:

"La systématisation de la distribution doit être organisée de façon cohérente dans les différents secteurs existants et elle doit aussi transcender les limites de beaucoup de secteurs industriels existants. En d'autres termes, il faut traiter les différents secteurs industriels comme des "systèmes fermés" et parvenir à une coordination systématique de la production, de la distribution et de la consommation dans ce cadre; nous devons étudier comment cela peut être réalisé. Simultanément, toutefois, ces "systèmes fermés" devraient être logiquement démantelés et les secteurs industriels existants réorganisés par le biais de la distribution ...".¹²⁹⁸

Les recommandations en matière de systématisation de la distribution figurant dans le Plan de base de 1971 ne font aucune distinction entre les produits nationaux et les produits importés et, en général, elles ne concernent pas expressément un produit. Toutefois, dans une section relative aux "conditions générales de vente rationnelles", il est fait référence aux lignes directrices établies pour certains secteurs spécifiques, y compris celui des pellicules photographiques.¹²⁹⁹ Il est également indiqué dans cette section que "pour promouvoir la diffusion et l'adoption de ces lignes directrices, [le MITI] cherchera à obtenir le concours des groupes industriels concernés en vue d'élaborer des conventions types qui reflètent la substance de ces lignes directrices".¹³⁰⁰

10.179 Application d'une mesure. Les Etats-Unis soutiennent que le Plan de base de 1971 est une mesure gouvernementale et qu'il est effectivement toujours en vigueur. Ils font observer que le Conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution, qui a conçu et publié le plan, a été établi par le MITI "en tant qu'organe central chargé de promouvoir la systématisation de la distribution à travers les actions conjointes du gouvernement et du secteur privé", qu'au moment de la publication du Plan le chef du Bureau des affaires commerciales du MITI a déclaré qu'"il était urgent de procéder à la modernisation de la distribution pour parvenir à un développement équilibré de l'économie japonaise et compte tenu des contre-mesures en matière de prix à la consommation et des contre-mesures en matière de libéralisation des

¹²⁹⁵Pièce n° 71-10 des Etats-Unis, page 4.

¹²⁹⁶Ibid.

¹²⁹⁷Ibid.

¹²⁹⁸Ibid., page 6.

¹²⁹⁹Ibid., page 10.

¹³⁰⁰Ibid.

mouvements de capitaux"¹³⁰¹ et qu'"[a]vec ce plan, le Ministère du commerce extérieur et de l'industrie avait décidé de n'épargner aucun effort en vue de la réalisation des politiques de systématisation de la distribution".¹³⁰² Les Etats-Unis considèrent donc que ce plan représente la politique officielle du MITI. La position du Japon est que le Plan de base de 1971 est simplement un rapport présenté par un organe consultatif au gouvernement et qu'il ne peut par conséquent pas être considéré comme une mesure gouvernementale. Le Japon soutient en outre que le plan n'est plus en vigueur. Les politiques du MITI ont abouti à des recommandations adressées à l'industrie au cours des années 60 et 70 sur la façon de moderniser les politiques de distribution. Selon le Japon, ces recommandations ont été formulées et les entreprises privées ont librement choisi de les suivre ou de les ignorer. Ce plan n'a jamais constitué une action gouvernementale, soutient le Japon, et l'importance qu'il aurait pu avoir sur le fond a disparu il y a des décennies, lorsque l'avis qu'il énonçait a été suivi ou ignoré.

10.180 Lorsque nous appliquons l'analyse élaborée plus haut dans notre discussion générale de l'article XXIII:1 b), nous notons que le Plan de base de 1971 n'est ni une loi ni un règlement et ne comporte aucune disposition encourageant le secteur privé à engager une action particulière ou le dissuadant de le faire. Même si le Plan de base de 1971 a été élaboré et publié par un organe consultatif quasi gouvernemental composé d'universitaires et de représentants de l'industrie et de fonctionnaires, il présente toutefois certains traits caractéristiques d'une mesure gouvernementale en ce sens que le Conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution a été créé par le MITI et chargé par celui-ci d'établir le plan. En outre, comme il a été noté plus haut, au moment de la publication du plan celui-ci a été entériné par de hauts responsables du MITI, qui ont déclaré que le MITI collaborerait avec le secteur privé pour assurer la mise en oeuvre des recommandations énoncées dans le plan. A la lumière de ces déclarations et initiatives du MITI, nous considérons qu'il y a une probabilité suffisante que la "directive administrative" donnée par le MITI en relation avec le Plan de base de 1971 offre des incitations suffisantes aux parties privées pour qu'elles agissent d'une manière particulière qui aurait sur l'activité commerciale au Japon un effet similaire à celui d'une mesure juridiquement contraignante. Selon nous, cette conclusion est conforme à la pratique antérieure du GATT.¹³⁰³ En conséquence, nous constatons que le Plan de base de 1971 est une mesure au sens de l'article XXIII:1 b).

¹³⁰¹Ibid., page 2.

¹³⁰²Ibid.

¹³⁰³Japon - Produits agricoles, IBDD, S35/180, 272. Voir aussi Japon - Semi-conducteurs, IBDD, S35/126, 171.

10.181 En ce qui concerne l'applicabilité actuelle du plan, bien que l'on puisse se demander si les recommandations particulières y figurant présentent encore de l'intérêt sur le marché japonais 26 ans plus tard, il n'y a pas d'éléments donnant à penser que le plan ait jamais été abandonné. En conséquence, nous considérons qu'il se peut que le Plan de base de 1971, en tant que mesure au sens de l'article XXIII:1 b), soit toujours en vigueur.

10.182 Avantages. Nous rappelons que les Etats-Unis font valoir que les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et papiers qui résultent du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay et qu'ils n'auraient pas pu prévoir le Plan de base de 1971 - qui fait partie de la "série de mesures informelles opaques prises par le gouvernement japonais - avant la conclusion du Kennedy Round. Les Etats-Unis font valoir en outre qu'ils ne pouvaient pas raisonnablement prévoir l'importance de la mesure pour le marché japonais des pellicules et papiers même au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. A cela, le gouvernement japonais répond que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir le Plan de base de 1971 en juin 1967, parce que les politiques auxquelles il se réfère étaient le prolongement logique des politiques de modernisation de la distribution suivies par le MITI en vue de rationaliser les conditions générales de vente et de systématiser les pratiques de distribution. Le Japon fait valoir en outre que, même à supposer que les politiques de modernisation de la distribution suivies par le MITI au cours des années 60 et 70 encourageaient la distribution d'une seule marque de pellicules et papiers dans le but d'exclure les marques étrangères des circuits de distribution traditionnels, ces tendances ont été observées bien avant la conclusion du Kennedy Round. Le Japon soutient que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir le plan de base a fortiori au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.183 Lorsque nous examinons la question de savoir ce que les Etats-Unis auraient dû prévoir au moment de la conclusion du Kennedy Round en ce qui concerne le Plan de base de 1971, même si nous ne sommes pas convaincus par la présentation du plan par les Etats-Unis comme une "mesure informelle opaque", nous ne sommes pas non plus convaincus par l'argument du Japon selon lequel ce plan et les recommandations relativement détaillées y figurant auraient dû être prévus comme s'inscrivant dans le "prolongement logique des politiques de modernisation de la distribution suivies par le MITI". Nous rappelons notre conclusion selon laquelle normalement un Membre ne devrait pas être considéré comme ayant prévu une mesure adoptée après la conclusion d'une série de négociations tarifaires. Ainsi, même si les Etats-Unis auraient dû savoir en 1967 qu'il y avait une tendance à l'intégration verticale dans le secteur des pellicules et papiers, et que le MITI cherchait à encourager la modernisation du secteur de la distribution, y compris la systématisation des pratiques de distribution, nous ne pensons pas que les Etats-Unis auraient nécessairement dû savoir à ce moment-là que le MITI élaborerait une série détaillée de recommandations concernant la systématisation des pratiques de distribution dans l'économie japonaise. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis ne devraient pas être considérés comme ayant raisonnablement prévu l'existence du Plan de base de 1971 avant la conclusion du Kennedy Round. Toutefois, dans la mesure où des attentes légitimes existent, celles-ci concernent uniquement les pellicules et papiers noir et blanc.

10.184 S'agissant des concessions accordées par le Japon à l'issue du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, il est difficile de conclure que les Etats-Unis ne pouvaient pas raisonnablement prévoir en 1979 et 1993 cette mesure de 1971 et son application (pour autant qu'elle a été appliquée). Bien que nous puissions concevoir qu'il y ait des circonstances dans lesquelles le Membre de l'OMC exportateur ne peut raisonnablement être au courant de l'importance d'une mesure pour les produits importés ou de l'incidence fondamentalement différente que celle-ci peut avoir sur ces produits, que quelque temps après la publication de ladite mesure, les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence de circonstances de ce genre en l'espèce. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que pour ce qui est du Plan de base de 1971 ils avaient des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché qui résultaient du Tokyo Round ou du Cycle d'Uruguay.

10.185 Réduction d'avantages et causalité. Les Etats-Unis font valoir que le Plan de base de 1971 annonçait que la "modernisation" du secteur de la distribution au Japon était urgente du point de vue des "contre-mesures" en matière de libéralisation des mouvements de capitaux¹³⁰⁴ et que pour les différents secteurs industriels, "l'approche décisive ici consiste à considérer tout le processus de distribution allant de la production à la consommation comme un seul système".¹³⁰⁵ Selon les Etats-Unis, le plan était donc un exemple éloquent, avec le Septième Rapport intérimaire, de l'intention du Japon de promouvoir les keiretsu verticaux dans le cadre de sa politique de systématisation.¹³⁰⁶ Les Etats-Unis font valoir que ces faits montrent clairement comment le MITI entendait bouleverser le rapport de concurrence entre les pellicules et papiers nationaux et les pellicules et papiers importés au Japon. Le Japon soutient que le Plan de base de 1971 recommandait la systématisation dans le secteur de la distribution de l'économie japonaise et que ce faisant il n'opérait pas une discrimination au profit des industries nationales. Selon le Japon, la systématisation et l'efficacité accrue et la modernisation en résultant dans le secteur de la distribution étaient et sont dans l'intérêt de tous les fabricants, qu'ils soient nationaux ou étrangers.

10.186 Notre évaluation de l'incidence du Plan de base de 1971 est que les recommandations de politique générale concernant la systématisation et la modernisation du secteur de la distribution japonais se rapportent à la distribution des produits dans l'économie nationale dans son ensemble, indépendamment de la provenance des produits considérés. En outre, même si l'une des préoccupations exprimées par le MITI et par le Conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution pour promouvoir le plan avait trait aux "contre-mesures en matière de libéralisation des mouvements de capitaux", cette préoccupation ne paraît pas être reflétée dans les recommandations figurant effectivement dans le plan. Les recommandations semblent plutôt être neutres quant à la provenance des produits, qu'ils soient nationaux ou étrangers, puisqu'elles encouragent l'uniformisation et la modernisation des pratiques commerciales et des techniques de gestion, y compris l'informatisation. De fait, comme l'indique le Septième Rapport intérimaire, les produits importés devaient tirer profit de la systématisation de la distribution. Bien qu'il soit possible qu'une mesure formellement neutre quant à l'origine des produits puisse tout de même être appliquée de manière à bouleverser le rapport de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés au détriment des importations, les Etats-Unis n'ont pas été en mesure d'indiquer un seul cas où le Plan de base de 1971 aurait eu une telle incidence sur les pellicules ou papiers des Etats-Unis. Ils n'ont d'ailleurs pas démontré non plus que cette mesure serait susceptible de conduire à un tel résultat.

10.187 Même à supposer que le Plan de base de 1971 constitue une "directive administrative" invitant le secteur des pellicules japonais à s'intégrer verticalement et à faire appel aux grossistes primaires distributeurs d'une seule marque, la plainte des Etats-Unis pose un important problème de chronologie puisque les deux fabricants de pellicules dominants au Japon (Fuji et Konica) avaient pratiquement réalisé l'intégration verticale de leurs distributeurs de gros monomarque bien avant la parution du Plan de base de 1971.

10.188 Compte tenu des éléments de preuve qui nous ont été présentés, nous ne sommes pas persuadés que les recommandations figurant dans le Plan de base de 1971 et leur application au Japon (pour autant qu'elles ont été appliquées) ont eu pour effet de bouleverser le rapport de concurrence entre les pellicules et papiers nationaux et les pellicules et papiers des Etats-Unis sur le marché japonais. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que le Plan de base de 1971 annulait ou compromettait des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b).

¹³⁰⁴Pièce n° 71-10 des Etats-Unis, page 2.

¹³⁰⁵Ibid., page 4.

¹³⁰⁶Ibid., page 6.

10.189 Ainsi, les Etats-Unis ont démontré que le Plan de base de 1971 était une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b) et qu'ils ne devraient pas être considérés comme ayant prévu le plan pour ce qui est des attentes résultant pour eux du Kennedy Round concernant les pellicules et papiers noir et blanc, mais ils n'ont pas démontré que le plan annulait ou compromettrait des avantages leur revenant pour les pellicules et papiers noir et blanc. En ce qui concerne les pellicules et papiers couleur, ils ont démontré la présence d'un seul des éléments prescrits pour présenter une allégation au titre de l'article XXIII:1 b) - l'existence d'une mesure.

i) Manuel de 1975 concernant la systématisation de la distribution par secteur: appareils photo et pellicules

10.190 La huitième et dernière "mesure" en matière de distribution est le "Manuel concernant la systématisation de la distribution par secteur: appareils photo et pellicules", établi et publié par le Centre pour le développement de la systématisation de la distribution en mars 1975 ("Manuel de 1975")¹³⁰⁷, ainsi que les dispositions prises pour donner effet aux recommandations y figurant. Le Centre pour le développement de la systématisation de la distribution a été créé en 1972 grâce à des fonds du MITI, conformément au Plan de base de 1971, afin de faciliter les travaux du Conseil pour la promotion de la systématisation de la distribution; il a été chargé de travailler avec l'industrie à l'élaboration de divers "manuels de systématisation" ciblés sur différents secteurs. Le Manuel de 1975 a été établi par le centre en collaboration avec un "groupe de travail" composé d'associations professionnelles, de fabricants d'appareils photo, de fabricants de pellicules photographiques, de grossistes d'appareils photo et de pellicules, de détaillants d'appareils photo et de pellicules et d'éditeurs de revues spécialisées, un fonctionnaire du MITI observant le déroulement des travaux.

10.191 Dans une note d'accompagnement du Manuel de 1975, le centre reconnaît que "la systématisation des activités de distribution est devenue une question d'une importance vitale en raison de la dégradation de la situation économique".¹³⁰⁸ Le centre indique également que l'établissement du Manuel de 1975 était l'un des éléments de la politique du MITI qui visait à orienter efficacement la systématisation des activités de distribution.¹³⁰⁹ Dans le Manuel de 1975, il est dit qu'il faut d'urgence "améliorer la structure des fabricants pour qu'ils aient la capacité de résister aux filiales à capitaux étrangers".¹³¹⁰ S'agissant de promouvoir la systématisation de la distribution dans le secteur des appareils photo et pellicules, le Manuel de 1975 contient des recommandations spécifiques sur les points suivants: i) uniformisation des conditions générales de vente; ii) intégration des codes et formulaires; iii) amélioration de l'efficacité de la logistique de distribution; et iv) amélioration du traitement de l'information, y compris établissement de liens informatiques entre fabricants, distributeurs et détaillants.¹³¹¹

10.192 Le Manuel de 1975 préconise en outre l'établissement d'une association pour la promotion de la systématisation de la distribution dans le secteur des appareils photo et pellicules, permettant à l'industrie et au gouvernement de traiter et d'étudier les solutions proposées.¹³¹² Le Comité des fournitures

¹³⁰⁷Pièce n° 75-5 des Etats-Unis.

¹³⁰⁸Ibid.

¹³⁰⁹Ibid.

¹³¹⁰Ibid., page 122.

¹³¹¹Ibid., pages 122 à 124.

¹³¹²Ibid., page 124.

photosensibles a donc été créé afin de systématiser la distribution par secteur. Il était chargé d'encourager l'établissement de liens en matière d'information et l'intégration logistique des installations de distribution.

10.193 Application d'une mesure. Les Etats-Unis allèguent que le Manuel de 1975 est une mesure gouvernementale parce que le Centre pour le développement de la systématisation de la distribution, qui a établi le manuel, était une "création du MITI" et qu'il ressort clairement du manuel que celui-ci a été élaboré dans le cadre de la politique de systématisation du MITI. Les Etats-Unis allèguent également que cette mesure est effectivement toujours en vigueur. Le Japon répond que le Manuel de 1975 émane d'un organe consultatif du MITI et que les informations et les recommandations y figurant étaient destinées au MITI et non au secteur privé. Ainsi, soutient le Japon, le Manuel de 1975 ne peut en aucune manière être considéré comme une mesure gouvernementale. En tout état de cause, souligne-t-il, la "mesure" n'est pas actuellement en vigueur. Les politiques du MITI ont abouti à des recommandations adressées à l'industrie au cours des années 60 et 70 sur la façon de moderniser les politiques de distribution. Selon le Japon, ces recommandations ont été formulées et les entreprises privées ont librement choisi de les suivre ou de les ignorer. Ce plan n'a jamais constitué une action gouvernementale, soutient le Japon, et l'importance qu'il aurait pu avoir sur le fond a disparu il y a des décennies au moment où les recommandations ont été suivies ou ignorées.

10.194 Lorsque nous appliquons l'analyse élaborée plus haut, nous notons que le Manuel de 1975 n'est ni une loi ni un règlement et ne comporte aucune disposition encourageant le secteur privé à engager une action particulière ou le dissuadant de le faire. Toutefois, lorsque nous examinons la question de savoir si le Manuel de 1975 est ou non une mesure gouvernementale, nous observons que les éléments de preuve sont quelque peu contradictoires. Alors que le Centre pour le développement de la systématisation de la distribution a été créé et initialement financé par le MITI, rien dans le dossier ne permet de dire que son personnel était constitué de fonctionnaires. En outre, les membres du groupe de travail qui ont participé à l'élaboration du manuel semblent avoir appartenu au secteur privé. En revanche, la teneur du Manuel de 1975 et la décision de l'élaborer donnent à penser qu'il y a un lien avec la politique de systématisation de la distribution du gouvernement. De plus, comme il est dit plus haut, la note d'accompagnement indique que l'établissement du manuel est "l'un des éléments de la politique du MITI ..." ¹³¹³; à la fin de la note, le centre exprimait l'espoir "que ce manuel sera largement adopté ..." ¹³¹⁴. Il ne s'agit bien entendu pas d'une déclaration du gouvernement japonais, mais du centre lui-même. Rien n'indique que le Manuel de 1975 a été approuvé par le MITI, comme c'est le cas pour les Lignes directrices de 1970 et le Plan de base de 1971. Au total, contrairement à ce que nous avons conclu à ce sujet pour les Lignes directrices de 1970 et le Plan de base de 1971, nous considérons que les éléments de preuve présentés donnent à penser que le Manuel de 1975 ne porte pas suffisamment l'empreinte du gouvernement pour pouvoir être considéré comme une mesure gouvernementale. Il n'y a pas de grandes chances que l'on s'y conforme comme il ressort des affaires Japon - Semi-conducteurs et Japon - Produits agricoles, dont il est question plus haut. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que le Manuel de 1975 était une mesure au sens de l'article XXIII:1 b).

10.195 Si, tout de même, nous supposons que le Manuel de 1975 est une mesure gouvernementale, il reste à déterminer s'il est toujours en vigueur. Bien que l'on puisse se demander si les recommandations particulières qui y figurent présentent encore de l'intérêt sur le marché japonais 22 ans après avoir été publiées, il n'y a pas d'éléments de preuve donnant à penser que le plan ait jamais été supprimé. A supposer que le Manuel de 1975 soit une mesure, il se peut qu'il soit toujours en vigueur.

10.196 Avantages. Nous rappelons que les Etats-Unis font valoir que les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et

¹³¹³Ibid., note d'accompagnement.

¹³¹⁴Ibid.

papiers qui résultent du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, et qu'ils n'auraient pas pu prévoir le Manuel de 1975 - qui fait partie de "la série de mesures informelles opaques prises par le gouvernement japonais" - avant la conclusion du Kennedy Round. Les Etats-Unis font valoir également qu'ils ne pouvaient pas raisonnablement prévoir l'incidence du Manuel de 1975 sur le marché japonais des pellicules et papiers même au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. A cela, le Japon répond que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir en juin 1967 le Manuel de 1975 parce que les politiques examinées dans ce manuel étaient le prolongement logique des politiques de modernisation de la distribution suivies par le MITI en vue de rationaliser les conditions générales de vente et de systématiser les pratiques de distribution. Le Japon fait valoir en outre que, même à supposer que les politiques de modernisation de la distribution suivies par le MITI au cours des années 60 et 70 encourageaient la distribution d'une seule marque de pellicules et papiers dans le but d'exclure les marques étrangères des circuits de distribution traditionnels, ces tendances ont été observées bien avant la conclusion du Kennedy Round. Le Japon soutient que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir la mesure a fortiori au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.197 Lorsque nous examinons la question de savoir ce que les Etats-Unis auraient dû prévoir à la fin du Kennedy Round en ce qui concerne le Manuel de 1975, même si nous ne sommes pas convaincus par la description du manuel faite par les Etats-Unis - "une mesure informelle opaque" - nous ne sommes pas convaincus non plus par l'argument du Japon selon lequel le manuel et les recommandations relativement détaillées y figurant auraient dû être prévus dans le contexte du "prolongement logique des politiques de modernisation de la distribution suivies par le MITI". Nous rappelons notre conclusion selon laquelle normalement un Membre ne devrait pas être considéré comme ayant prévu une mesure adoptée après la conclusion d'une série de négociations tarifaires. Ainsi, même si les Etats-Unis auraient dû savoir en 1967 qu'il y avait une tendance à l'intégration verticale dans le secteur des pellicules et papiers, et que le MITI cherchait à encourager la modernisation du secteur de la distribution, y compris la systématisation des pratiques de distribution, nous ne pensons pas que les Etats-Unis auraient dû savoir à cette époque que le MITI ou un organisme comme le centre allait énoncer une série de recommandations détaillées concernant la systématisation des pratiques de distribution au Japon. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis ne devraient pas être considérés comme ayant raisonnablement prévu l'existence du Manuel de 1975 avant la conclusion du Kennedy Round. Toutefois, dans la mesure où des attentes légitimes existent, nous constatons à nouveau qu'elles concernent uniquement les pellicules et papiers noir et blanc.

10.198 S'agissant des concessions accordées par le Japon à l'issue du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, il est difficile de conclure que les Etats-Unis ne pouvaient pas raisonnablement prévoir en 1979 et 1993 le Manuel de 1975 et son application (dans la mesure où il a été appliqué). Bien que nous puissions concevoir qu'il y ait des circonstances dans lesquelles le Membre de l'OMC exportateur ne peut raisonnablement être au courant de l'importance d'une mesure pour les produits importés, ou de l'incidence fondamentalement différente que celle-ci peut avoir sur ces produits, que quelque temps après la publication de ladite mesure, les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence de circonstances de ce genre en ce qui concerne ce manuel qui, notons-nous, s'applique expressément aux pellicules. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que, pour ce qui est du Manuel de 1975, ils avaient des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché qui résultaient du Tokyo Round ou du Cycle d'Uruguay.

10.199 Réduction d'avantages et causalité. Les Etats-Unis font valoir que le Manuel de 1975 soulignait que les principaux problèmes auxquels se heurtait le secteur japonais des pellicules étaient notamment "la libéralisation des mouvements de capitaux et des échanges" et qu'il fallait d'urgence "améliorer la structure des fabricants pour qu'ils aient la capacité de résister aux filiales à capitaux étrangers", et recommandait plusieurs actions à entreprendre pour encourager la systématisation, y compris

l'uniformisation des conditions générales de vente.¹³¹⁵ Les Etats-Unis font valoir également que, dans le contexte du Manuel de 1975, le MITI considérait que l'établissement de liens en matière d'information faisait partie intégrante de ses efforts de systématisation de la distribution et encourageait vivement l'amélioration des liaisons informatiques pour cimenter le système de distribution vertical fermé et en assurer le maintien.¹³¹⁶ Selon le Japon, aucune des politiques examinées dans le Manuel de 1975 n'était intrinsèquement défavorable aux importations. En outre, selon le Japon, rien ne permet de supposer que les politiques de systématisation du MITI, par exemple la création de liens en matière d'information, ont eu un quelconque effet d'exclusion. Le Japon relève à cet égard que Kuwada, filiale de Nagase et grossiste primaire monomarque de Kodak, était membre de l'Association professionnelle des grossistes au moment de l'établissement du Manuel de 1975. S'agissant de l'argument des Etats-Unis selon lequel les fabricants japonais ont établi des liaisons informatiques en ligne avec leurs grossistes primaires suivant les "directives" énoncées dans le Manuel de 1975, le Japon répond que Fuji n'a établi sa première connexion en ligne avec un grossiste primaire qu'en 1989. Ainsi, soutient le Japon, les "directives" en matière de systématisation, dont les Etats-Unis prétendent qu'elles ont si efficacement contribué à une structure de marché exclusive, ont en réalité été ignorées pendant 14 ans au moins.

10.200 Notre évaluation de l'incidence du Manuel de 1975 est similaire à celle que nous avons faite du Plan de base de 1971: les recommandations de politique générale concernant la systématisation et la modernisation du secteur de la distribution japonais n'ont rien à voir avec la provenance des produits considérés. En outre, même si l'une des préoccupations exprimées dans le manuel concernait les "filiales à capitaux étrangers", cette préoccupation ne paraît pas être reflétée dans l'analyse ou les recommandations figurant dans le manuel. Par exemple, le manuel indique que, au cours des dernières années, l'accent a été mis sur la systématisation de la distribution pour les cinq raisons suivantes: i) équilibrer l'offre et la demande; ii) maîtriser les augmentations de prix; iii) faire face à la pénurie de main-d'oeuvre et aux hausses de salaires; iv) traiter rapidement les flux croissants de produits distribués; et v) créer un système de gestion pour l'ère de l'information.¹³¹⁷ En outre, les recommandations semblent avoir pour objet d'encourager l'uniformisation et la modernisation des pratiques commerciales et des techniques de gestion, y compris l'informatisation. De fait, comme l'indique le Septième Rapport intérimaire, les produits importés devaient tirer profit de la systématisation de la distribution. Bien qu'il soit possible qu'une mesure formellement neutre quant à l'origine des produits puisse tout de même être appliquée de manière à bouleverser le rapport de concurrence entre les produits d'origine nationale et les produits importés au détriment des importations, les Etats-Unis n'ont pas été en mesure d'indiquer un seul cas où cette systématisation du secteur de la distribution des pellicules japonais a réduit les conditions d'accès au marché pour les pellicules et papiers originaires des Etats-Unis.

10.201 Même à supposer que le Plan de base de 1971 constitue une "directive administrative" invitant le secteur des pellicules japonais à s'intégrer verticalement et à faire appel aux grossistes primaires distributeurs d'une seule marque, la plainte des Etats-Unis pose un important problème de chronologie puisque les deux fabricants de pellicules dominants au Japon (Fuji et Konica) avaient pratiquement réalisé l'intégration verticale de leurs distributeurs de gros monomarque bien avant la parution du Manuel de 1975.

¹³¹⁵Ibid., page 122.

¹³¹⁶Ibid., pages 123 et 124.

¹³¹⁷Ibid., pages 117 et 118.

10.202 Compte tenu des éléments de preuve qui nous ont été présentés, nous ne sommes donc pas persuadés que le Manuel de 1975 et son application au Japon (pour autant qu'il a été appliqué) ont eu pour effet de bouleverser le rapport de concurrence entre les pellicules et papiers d'origine nationale et originaires des Etats-Unis sur le marché japonais. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que le Manuel de 1975 annulait ou compromettait, des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b).

10.203 Ainsi, les Etats-Unis ont démontré qu'ils ne devraient pas être considérés comme ayant prévu le Manuel de 1975 pour ce qui est des attentes résultant pour eux du Kennedy Round concernant les pellicules et papiers noir et blanc, mais ils n'ont pas démontré que le Manuel de 1975 était une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b) ou qu'il annulait ou compromettait des avantages qui leur revenaient pour les pellicules et papiers noir et blanc. Dans le cas des pellicules et papiers couleur, ils n'ont démontré l'existence d'aucun des éléments prescrits pour présenter une allégation au titre de l'article XXIII:1 b).

j) Observations récapitulatives concernant les "mesures" en matière de distribution

10.204 L'allégation des Etats-Unis concernant les "contre-mesures" en matière de distribution repose essentiellement sur le fait que le Japon a réalisé l'intégration verticale et la distribution d'une seule marque sur son marché des pellicules et papiers. De l'avis des Etats-Unis, pour ce faire, le Japon a uniformisé les conditions générales de vente, systématisé et limité les primes aux entreprises. Comme nous l'avons constaté plus haut, les Etats-Unis n'ont pas pu démontrer que les diverses "mesures" qu'ils citent ont bouleversé les rapports de concurrence entre les pellicules et papiers d'origine nationale et originaires des Etats-Unis au Japon, principalement parce que la distribution d'une seule marque paraît avoir été opérée avant ces "mesures" et indépendamment d'elles, mais aussi parce que les Etats-Unis n'ont pas démontré que lesdites "mesures" visaient à encourager l'intégration verticale ou la distribution d'une seule marque. S'agissant du problème de chronologie, les Etats-Unis n'ont pas présenté d'éléments de preuve ou arguments convaincants montrant que les "mesures" citées ont bien eu pour effet de renforcer la distribution d'une seule marque. De même, les Etats-Unis n'ont pas expliqué pourquoi la structure du secteur japonais des pellicules, caractérisée par l'intégration verticale et la distribution d'une seule marque - une situation qui, d'après ce que l'on sait, est similaire à celle qui existe ailleurs dans le monde (y compris aux Etats-Unis) - se serait effondrée si le gouvernement n'avait pas continué d'intervenir.

10.205 En ce qui concerne un certain nombre de "mesures" en matière de distribution, les Etats-Unis font valoir qu'elles sont restées en vigueur même si elles sont anciennes ou ont été formellement supprimées. A notre avis, les Etats-Unis n'ont pas démontré que la Décision de 1967 du Cabinet, les Sixième et Septième Rapports intérimaires, le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969, les Lignes directrices de 1970, le Plan de base de 1971 et le Manuel de 1975 bouleversaient aujourd'hui les rapports de concurrence entre les pellicules et papiers d'origine nationale et originaires des Etats-Unis au Japon.

10.206 Nous notons que les Sixième et Septième Rapports intérimaires, le Rapport faisant suite à l'enquête de 1969, le Plan de base de 1971 et le Manuel de 1975 mentionnent les "capitaux étrangers" et la nécessité de se préparer pour faire face à leur apparence imminente au Japon. Dans chaque cas, cependant, ces "mesures" mettent l'accent non pas sur les capitaux étrangers mais sur la réforme générale du secteur de la distribution japonais pour des raisons qui n'ont rien à voir avec les capitaux étrangers (par exemple, pénurie de main-d'oeuvre). Nous ne voulons pas dire que l'intention d'annuler ou de compromettre des avantages doit être prouvée au regard de l'article XXIII:1 b). Nous notons simplement que, lorsque nous avons examiné ces "mesures", nous n'étions pas convaincus que les capitaux étrangers étaient un élément majeur de leur adoption ou de leur mise en oeuvre.

10.207 Dans la mesure où les "mesures" alléguées existent et ne devraient pas avoir été raisonnablement prévues par les Etats-Unis, des attentes légitimes concernant ces "mesures" n'existent que pour les pellicules et papiers noir et blanc. Nous notons à cet égard qu'aujourd'hui la part de marché des pellicules

noir et blanc au Japon est insignifiante par rapport à celle des pellicules couleur. Les parties s'accordent à penser qu'elle est de l'ordre de 3 pour cent.¹³¹⁸ En outre, la preuve de l'existence d'une causalité pour les pellicules noir et blanc ne tient pas si l'on considère l'augmentation apparente de la part de marché qui, selon le Japon, serait passée d'environ 6,6 pour cent en 1965 au niveau record de 41,4 pour cent en 1985, malgré la prétendue incidence des "mesures" pendant la période allant de 1965 à 1975.¹³¹⁹ Les Etats-Unis ont présenté en ce qui concerne les parts de marché des fournitures photographiques d'autres statistiques qui ne distinguent pas les pellicules noir et blanc des pellicules couleur.¹³²⁰

10.208 Enfin, nous notons que les Etats-Unis ne disent pas grand-chose de l'incidence des "mesures" en question sur les papiers importés. Comme le fait valoir le Japon, les seuls éléments de preuve présentés par les Etats-Unis pour ce qui est des papiers importés concernent une mesure (l'aide financière de la SMEA aux laboratoires de développement) dont nous avons constaté qu'elle ne relevait pas de notre mandat.

4. RESTRICTIONS TOUCHANT LES GRANDES SURFACES DE VENTE AU DETAIL

10.209 Les Etats-Unis allèguent que l'application, par le Japon, 1) de la Loi du 1er mars 1974 sur les grandes surfaces de vente au détail (la "Loi sur les grandes surfaces")¹³²¹ et des règlements et "mesures administratives" connexes, y compris les "mesures" locales connexes, et 2) d'une modification de la Loi sur les grandes surfaces, ayant pris effet le 14 mai 1979¹³²², a limité l'expansion d'un autre circuit de distribution pour les pellicules importées, ce qui a annulé ou compromis des avantages revenant aux Etats-Unis, au sens de l'article XXIII:1 b) du GATT. Compte tenu de leur lien évident, nous examinerons ces deux mesures ensemble dans la présente section.

10.210 La Loi sur les grandes surfaces a été adoptée par la Diète japonaise le 1er octobre 1973 et elle est entrée en vigueur le 1er mars 1974. Elle établissait des procédures de notification pour réglementer l'ouverture des grands complexes commerciaux (pouvant accueillir plusieurs détaillants) et l'ouverture et l'exploitation des magasins de détail installés dans ces complexes. Lorsqu'elle a été promulguée à l'origine, elle s'appliquait aux magasins d'une superficie de plus de 1 500 mètres carrés. La modification de 1979 a entraîné deux grands changements: 1) le seuil pour les magasins visés par la loi a été ramené de 1 500 à 500 mètres carrés; et 2) les grandes surfaces ont été divisées en deux catégories - les magasins de la catégorie I (1 500 mètres carrés et plus) relevant du MITI et les magasins de la catégorie II (de 500 à 1 500 mètres carrés) relevant des préfets. La loi permet de réglementer la taille, la date d'ouverture, les heures d'ouverture et les jours de fermeture d'un magasin.

10.211 Au titre de l'article 3 de la loi, une partie ayant l'intention de construire ou d'ouvrir une grande surface de vente au détail doit présenter, au MITI ou à la préfecture compétente, au moins 12 mois à l'avance, une notification initiale indiquant la superficie envisagée et la date d'ouverture projetée. Si le magasin est considéré comme soumis à la procédure prévue par la loi, les projets doivent être exposés à l'autorité compétente, aux détaillants locaux et aux consommateurs. L'autorité peut ensuite recommander

¹³¹⁸Voir les paragraphes 2.2, 5.26, 6.279 et 6.339.

¹³¹⁹Voir le paragraphe 2.4.

¹³²⁰Les statistiques des Etats-Unis mettent plutôt l'accent sur le pourcentage de grossistes primaires ou secondaires qui distribuaient ou distribuent encore des pellicules étrangères.

¹³²¹Pièce n° 74-4 des Etats-Unis; pièce n° C-1 du Japon.

¹³²²Law Concerning the Adjustment of Business Activities of the Retail Industry for Large Retail Stores, 1978, pièce n° 78-1 des Etats-Unis.

de réduire la taille du magasin et/ou de reporter la date d'ouverture et/ou de modifier les heures d'ouverture et les jours de fermeture. En 1982, le MITI a imposé, par la Directive n° 36, une prescription d'"explication préalable" à laquelle le constructeur devait satisfaire avant de présenter sa notification initiale au titre de l'article 3.¹³²³ Cette directive a été abrogée en 1992. Cette même année, la superficie minimale exigée pour les magasins de la catégorie I a été portée de 1 500 à 3 000 mètres carrés (et à 6 000 mètres carrés dans des villes désignées par ordonnance).

10.212 Les Etats-Unis allèguent que les grandes surfaces de vente au détail continuent de représenter un autre circuit de distribution au Japon qui pourrait être important pour les fabricants étrangers de pellicules malgré la réorganisation des opérations de gros dans le secteur des fournitures photographiques que le gouvernement japonais aurait opérée. Selon les Etats-Unis, les grands détaillants permettaient aux fabricants étrangers, qui n'avaient pas accès au réseau de distribution primaire, d'éviter en partie de passer par les grossistes. Les Etats-Unis font également valoir que les grandes surfaces vendaient plus souvent des produits importés, y compris des pellicules, que les petits magasins et étaient moins sensibles aux pressions exercées par les fabricants nationaux. De l'avis des Etats-Unis, si les grandes surfaces étaient autorisées à se multiplier au Japon, les grossistes perdraient de leur importance et les fabricants étrangers pourraient contourner le système de distribution étranglé. Selon les Etats-Unis, c'était pour réagir à cette menace qu'en 1967 et 1968 le Japon avait commencé à freiner l'expansion des grandes surfaces avant d'adopter finalement la Loi sur les grandes surfaces en 1973. Les Etats-Unis estiment que cette loi impose un processus lourd pour l'ouverture et l'agrandissement des grandes surfaces de vente au détail.

10.213 Le Japon répond que la Loi sur les grandes surfaces correspond à une politique de longue date qui remonte à l'adoption de la Loi sur les grands magasins en 1956¹³²⁴ et qui consiste à réglementer les grandes surfaces pour préserver la diversité des petits, moyens et grands détaillants, politique qui est également appliquée par d'autres pays. Il soutient que la loi ne vise pas les produits de manière générale ni les pellicules en particulier. La loi ne prescrit pas les produits que les grands détaillants peuvent proposer et ne fait pas entrer en ligne de compte les produits qu'un détaillant vend lorsqu'il s'agit de déterminer si des ajustements sont nécessaires et quels sont ces ajustements. En conséquence, de l'avis du Japon, la Loi sur les grandes surfaces ne peut pas avoir d'effets défavorables sur les conditions de concurrence pour les produits importés, quels qu'ils soient, y compris les pellicules. Le Japon affirme qu'il n'y a pas de corrélation entre la taille des magasins et la probabilité que ceux-ci vendent des marques de pellicules étrangères. Il fait également valoir que la Loi a été considérablement assouplie ces dernières années et qu'elle est maintenant plus favorable aux importations qu'au moment où l'une quelconque des concessions tarifaires pertinentes a été accordée.

10.214 Application d'une mesure. Les deux parties conviennent - et nous n'avons pas de raison de douter - que la Loi de 1974 sur les grandes surfaces et la modification de 1979 sont des mesures gouvernementales au sens de l'article XXIII:1 b). Les parties conviennent également - et nous n'avons pas non plus de raison de douter - que la Loi sur les grandes surfaces, telle qu'elle a été modifiée, est actuellement en vigueur.

10.215 Avantages. Les Etats-Unis allèguent que les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché qui résultent des concessions tarifaires accordées par le Japon pour les pellicules à l'issue du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. Ils allèguent qu'ils n'auraient pas pu raisonnablement prévoir la teneur de la Loi sur les grandes surfaces ou de sa modification de 1979 pendant les négociations du Kennedy Round parce qu'à l'époque (1967) aucune de ces mesures n'avait été proposée et parce que les deux directives essentielles du MITI

¹³²³Pièce n° 82-2 des Etats-Unis; pièce n° C-16 du Japon.

¹³²⁴Pièce n° 56-2 des Etats-Unis; pièce n° C-3 du Japon.

qui, à leur avis, ont jeté les bases de la loi en élargissant la portée de la Loi sur les grands magasins, n'ont pas été publiées avant juin 1968 et septembre 1970, respectivement.

10.216 Le Japon fait valoir que les Etats-Unis ne sont pas fondés à alléguer qu'ils ont des attentes légitimes concernant cette amélioration de l'accès au marché parce que la promulgation de la Loi sur les grandes surfaces en 1973 et les modifications adoptées en 1978 et au-delà, tout en étant postérieures au Kennedy Round, étaient le prolongement d'une politique de longue date visant à préserver la diversité du commerce de détail par la réglementation des grandes surfaces. La Loi sur les grands magasins, qui a été promulguée en 1956, soumettait à une autorisation préalable l'ouverture de nouveaux magasins. Selon le Japon, la Loi sur les grandes surfaces ne faisait qu'étendre cette politique de réglementation préexistante à de nouveaux types de magasins qui commençaient à apparaître comme les supermarchés et les grandes surfaces de vente au rabais et a été adoptée en vue d'empêcher le contournement délibéré de la loi antérieure. En outre, de l'avis du Japon, même les différentes versions de la Loi sur les grandes surfaces ont toujours été plus libérales que la Loi sur les grands magasins: le système d'autorisation a été remplacé par un système de notification; les règlements concernant les jours et les heures de fermeture sont maintenant moins stricts, et environ 96 pour cent des projets notifiés sont actuellement mis en oeuvre alors que 84 pour cent seulement des demandes étaient acceptées au titre de la Loi sur les grands magasins. Le Japon fait donc valoir que même si l'on admet, pour les besoins de l'argumentation, que les restrictions touchant les grandes surfaces 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.

10.217 Lorsque nous analysons la question de la prévision raisonnable à l'issue du Kennedy Round, nous prenons note de l'argument du Japon selon lequel la politique japonaise consistant à fixer le dosage de grands et petits magasins remonte à la Loi sur les grands magasins de 1956 de sorte que les Etats-Unis auraient dû prévoir que cette politique serait poursuivie et évoluerait en fonction des modifications des types de magasins. Toutefois, comme nous l'avons conclu précédemment, en ce qui concerne les mesures dont les Etats-Unis ont démontré qu'elles avaient été introduites après la conclusion des négociations tarifaires en question, nous sommes d'avis que les Etats-Unis ne devraient pas être considérés comme ayant prévu ces mesures à moins que le Japon ne puisse prouver le contraire. Nous estimons que cette vaste notion de prévision raisonnable, telle que le Japon l'a admise, pourrait avoir pour effet de priver de son sens cet élément d'une affaire en situation de non-violation. A notre avis, il ne suffit pas d'alléguer qu'une mesure spécifique aurait dû être prévue parce qu'elle est le prolongement d'une politique générale antérieure du gouvernement. Nous notons à cet égard que le Groupe spécial chargé de l'affaire CEE - Oléagineux a rejeté un argument semblable selon lequel l'existence de certaines mesures au moment de l'octroi des concessions tarifaires signifiait que la partie plaignante (les Etats-Unis) aurait dû raisonnablement prévoir que ces mesures seraient sensiblement modifiées ou renforcées.¹³²⁵ Nous estimons donc que les Etats-Unis ne devraient pas être considérés comme ayant raisonnablement prévu la Loi sur les grandes surfaces et ses modifications ultérieures, au moment de la conclusion du Kennedy Round. Leurs attentes raisonnables concernant les concessions accordées par le Japon dans le cadre du Kennedy Round visent uniquement les pellicules et papiers noir et blanc.

10.218 S'agissant des attentes relatives aux concessions tarifaires accordées dans le cadre du Tokyo Round pour les pellicules et papiers, les Etats-Unis admettent qu'ils avaient alors connaissance de la Loi sur les grandes surfaces; toutefois, ils font valoir que ce que à cette époque les négociateurs n'auraient pas pu savoir, et ne savaient pas, jusqu'à quel point le système de distribution fermé du Japon pour les pellicules et papiers photographiques était le résultat des "contre-mesures" en matière de distribution adoptées par le gouvernement, et 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.

¹³²⁵ CEE - Oléagineux, IBDD, S37/91, 138, paragraphe 149.

Les Etats-Unis soulignent que pendant le Tokyo Round, aucune partie contractante autre que le Japon n'aurait pu prévoir les dispositions que le Japon prendrait pour élargir de manière spectaculaire la portée et l'impact de la Loi sur les grandes surfaces après la conclusion des négociations. En particulier, selon les Etats-Unis, l'imposition en 1982 de la prescription d'"explication préalable", selon laquelle les constructeurs étaient tenus de rencontrer les détaillants locaux et d'obtenir leur consentement avant de présenter une notification au titre de l'article 3, a sensiblement renforcé le caractère astreignant de la loi. Le Japon répond que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir les mesures en vigueur au moment de l'octroi de la concession tarifaire, y compris la Loi sur les grandes surfaces et sa modification de 1979. Selon le Japon, aucune mesure ou modification de politique gouvernementale importante n'est intervenue après 1979 (la Directive n° 36 de 1982 n'étant pas une modification importante) et il n'y avait donc aucune mesure, non prévue au moment de l'octroi des concessions tarifaires de 1979, qui était susceptible de bouleverser la position concurrentielle des pellicules ou papiers importés.

10.219 Nous estimons que les Etats-Unis devraient être considérés comme ayant connaissance de la Loi de 1974 sur les grandes surfaces avant la conclusion du Tokyo Round. S'agissant de la modification de 1979, elle a été adoptée par la Diète le 15 novembre 1978. Même si un accord sur les droits de douane applicables aux pellicules et papiers a pu être conclu entre le Japon et les Etats-Unis en août 1978, il semble que de manière générale les négociations bilatérales entre les deux pays ne se soient achevées qu'en décembre 1978¹³²⁶, après l'adoption de la modification. En outre, les négociations du Tokyo Round ne se sont terminées que le 12 avril 1979, le protocole étant daté du 30 juin 1979. Compte tenu de ces faits, nous considérons que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir la modification de 1979. A cet égard, nous rappelons notre conclusion selon laquelle connaître l'existence d'une mesure n'équivaut pas à comprendre l'incidence potentielle de cette mesure sur un marché de produit déterminé. Toutefois, les Etats-Unis n'ont pas démontré pourquoi à l'origine ils n'auraient pas pu raisonnablement prévoir l'effet de la Loi sur les grandes surfaces, telle qu'elle a été modifiée, sur le marché des pellicules ou papiers. A notre avis, il ne suffit pas de dire simplement que les mesures japonaises étaient si opaques et informelles que leur incidence ne pouvait pas être évaluée. S'agissant de la Directive de 1982 sur l'"explication préalable", nous reconnaissons que cette prescription particulière n'a pas été raisonnablement prévue par les Etats-Unis au moment du Tokyo Round.

10.220 Les Etats-Unis admettent qu'ils avaient connaissance de la Loi sur les grandes surfaces, telle qu'elle a été modifiée, au moment de la conclusion du Cycle d'Uruguay, mais allèguent que, pendant les négociations tarifaires du Cycle d'Uruguay, ils ne savaient pas, et n'auraient pas pu savoir, que le Japon s'était servi de la Loi sur les grandes surfaces comme d'un instrument essentiel pour préserver et soutenir l'intégration verticale de la distribution dans le secteur des fournitures photographiques destinées aux consommateurs. Le Japon répond que la loi et les règlements pertinents ont été publiés et que leurs prescriptions sont depuis longtemps des faits notoires. En outre, il soutient que les Etats-Unis formulent ces allégations concernant la Loi sur les grandes surfaces depuis des années à propos des importations en général, aussi bien dans le "National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers", publié annuellement par le Bureau du Représentant des Etats-Unis pour les questions commerciales internationales, que lors des entretiens bilatéraux qu'ils ont avec le gouvernement japonais dans le cadre de l'Initiative visant à supprimer les entraves structurelles.

10.221 Etant donné que la Loi sur les grandes surfaces, ses modifications et les principaux éléments de la politique sur laquelle reposent la loi et ses modifications sont tous antérieurs à la conclusion du Cycle d'Uruguay, et semblent effectivement avoir fait l'objet de publications officielles des Etats-Unis et de discussions bilatérales et de rapports conjoints entre les Etats-Unis et le Japon, nous constatons que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir les éléments essentiels de la loi et de ses

¹³²⁶Voir Gilbert R. Winham, *International Trade and the Tokyo Round Negotiation* 268 (1986), pièce n° E-6 du Japon.

modifications, ainsi que leur incidence potentielle sur le secteur des fournitures photographiques au Japon, au moment de la conclusion du Cycle d'Uruguay.

10.222 Réduction d'avantages et causalité. Les Etats-Unis soutiennent que la suppression de grandes surfaces au titre de la Loi sur les grandes surfaces affecte la distribution des pellicules étrangères au Japon à deux égards. Premièrement, la restriction du nombre des grandes surfaces favorise indirectement la domination des structures de distribution oligopolistiques par les fabricants. Cette structure dépend de la domination des grossistes par les fabricants et de la domination des détaillants par les grossistes. Des détaillants ayant un plus grand pouvoir d'achat et des pratiques commerciales plus sophistiquées pourraient effectivement profiter de la présence des divers grossistes et fabricants pour obtenir des conditions plus favorables et résister aux tentatives visant à les maintenir sous le contrôle d'une seule chaîne de fabricants-grossistes. Deuxièmement, les grandes surfaces constituent un autre circuit de commercialisation des pellicules pour les fabricants étrangers exclus du système de distribution en gros. Avec un réseau suffisamment développé de grandes surfaces, un fabricant pourrait toucher une grande partie du marché japonais avec un nombre limité de comptes. En conséquence, les Etats-Unis allèguent que le Japon a bouleversé le rapport de concurrence entre les pellicules et papiers photographiques importés et ceux d'origine nationale en entravant l'expansion d'un autre circuit viable pour la distribution et la vente de pellicules et papiers importés.

10.223 Le Japon répond qu'en l'espèce il incombe aux Etats-Unis de démontrer précisément en quoi l'application de la Loi sur les grandes surfaces aux produits spécifiques en cause, c'est-à-dire les pellicules et papiers noir et blanc et les pellicules et papiers couleur, annule ou compromet des avantages. Il soutient que la loi et ses règlements d'exécution ne s'appliquent ni directement aux pellicules ou papiers ni à aucun autre produit en général. La loi ne fait pas de distinction entre les pellicules nationales et importées et elle ne comporte donc pas de désavantage explicite pour les importations. En outre, la réglementation des grandes surfaces au titre de cette loi ne comporte pas non plus de désavantage inhérent pour les importations et il n'y a rien d'intrinsèque dans la nature des importations qui les rende moins aptes à soutenir la concurrence sur un marché où la diversité des formes de commerce de détail est encouragée. De plus, le Japon fait observer que la Loi sur les grandes surfaces ne confère pas au gouvernement le pouvoir de recommander ou d'imposer à un magasin de vendre certains produits ou des produits d'une certaine origine. En fait, la seule distinction que la loi établit en ce qui concerne les produits consiste à appliquer des règles plus libérales aux magasins de détail qui vendent des produits importés. Par ailleurs, les règlements que la loi impose pour les grandes surfaces ne diffèrent pas en fonction de l'origine des produits vendus par les grandes surfaces ou les petits détaillants du voisinage. La loi ne crée donc pas d'incitation artificielle pour amener les détaillants à acheter des pellicules d'origine nationale et elle ne décourage pas non plus les détaillants d'acheter des pellicules importées. Pour le Japon, il n'y a donc aucune raison de penser que l'existence d'un espace plus important consacré à la vente au détail favorise par définition les pellicules importées, parce que les détaillants choisissent les produits de manière à maximiser les bénéfices et que la taille de l'espace consacré à la vente au détail ne modifie pas la rentabilité des pellicules au profit des marques nationales. La loi ne peut donc pas modifier même indirectement les conditions de concurrence entre les produits d'origine nationale et les produits importés. Le Japon en conclut qu'il n'est pas possible que cette loi compromette une prévision raisonnable concernant des produits spécifiques faite par les Etats-Unis au moment de l'octroi de l'une quelconque des concessions tarifaires pertinentes. Pour le Japon, selon la conception trop large que les Etats-Unis se font de l'article XXIII:1 b), presque toutes les formes de politique gouvernementale pourraient donner lieu à une action en tant que mesures se rapportant éventuellement à des produits spécifiques. Le Japon estime toutefois qu'il doit y avoir un lien manifeste entre des produits spécifiques et la mesure gouvernementale contestée, et que les allégations des Etats-Unis relatives à la Loi sur les grandes surfaces ne satisfont pas à ce critère.

10.224 Pour évaluer l'allégation des Etats-Unis selon laquelle la Loi sur les grandes surfaces bouleverse le rapport de concurrence entre les pellicules et papiers d'origine nationale et les pellicules et papiers

importés, nous examinerons i) le rapport des grandes surfaces aux pellicules et papiers importés et ii) l'évolution de la réglementation japonaise concernant les grandes surfaces.

10.225 Premièrement, s'agissant du rapport des grandes surfaces aux pellicules et papiers importés, nous notons que nous sommes saisis de mesures réglementant les grandes surfaces qui sont manifestement neutres du point de vue des produits et de l'origine des produits. De surcroît, il n'y a pas d'éléments de preuve concernant une mise en oeuvre de ces mesures en fonction des produits ou de l'origine des produits. En fait, il semble évident que l'opposition à l'expansion des grandes surfaces au Japon, comme dans de nombreux autres pays, est motivée par l'inquiétude des magasins de petite et moyenne dimension face à l'incidence que de tels établissements pourraient avoir pour eux et non par un désir d'entraver les importations de pellicules et papiers étrangers. La raison d'être de la Loi sur les grandes surfaces est donc de protéger les petits magasins.

10.226 Il est possible, toutefois, de démontrer qu'une mesure qui est formellement neutre quant à l'origine des produits est appliquée d'une manière qui entraîne un bouleversement du rapport de concurrence entre les produits d'origine nationale et les produits importés au détriment des importations. A cet égard, nous notons que les Etats-Unis affirment que l'application de la Loi sur les grandes surfaces a compromis la position concurrentielle relative des pellicules importées sur le marché japonais parce qu'elle limite le développement des grandes surfaces qui, estiment les Etats-Unis en s'appuyant sur des éléments de preuve résultant d'enquêtes, ont davantage tendance à vendre des pellicules importées. Le Japon soutient, par contre, que les éléments de preuve fournis par les Etats-Unis montrent uniquement que les magasins écoulant de grandes quantités de pellicules, qu'ils soient gros ou petits, ont davantage tendance à vendre des pellicules importées. Les Etats-Unis rétorquent que les données qu'ils ont obtenues après enquête, même si l'on fait abstraction du volume des ventes, montrent toujours que les grandes surfaces ont davantage tendance à vendre des pellicules importées. Il nous semble que même si les grandes surfaces ont davantage tendance à vendre des pellicules importées, l'accès aux grandes surfaces est moins important pour les pellicules que pour les autres produits importés parce que les pellicules prennent très peu de place sur les rayons, même compte tenu du fait qu'il faut beaucoup de rouleaux de pellicules pour présenter tous les types de films. Cela semblerait confirmé par les éléments de preuve présentés par le Japon qui indiquent que les établissements qui écoulent de grandes quantités de pellicules, qu'il s'agisse de grands ou de petits magasins, ont davantage tendance à vendre des pellicules importées. Cependant, en définitive, nous nous retrouvons avec des éléments de preuve contradictoires sans aucun moyen de résoudre cette contradiction. Compte tenu des constatations que nous formulons dans les paragraphes suivants, nous estimons qu'il n'est pas nécessaire de faire une constatation sur cette question.

10.227 Nous notons cependant que nous avons du mal à nous en remettre au type d'élément de preuve fourni par les Etats-Unis pour justifier leur allégation en l'espèce. Pour l'essentiel, les Etats-Unis font valoir qu'étant donné qu'un certain type de magasin vend plus de produits importés que d'autres magasins, toute réglementation de ce type de magasin peut donner lieu à des allégations légitimes au titre de l'article XXIII:1 b). Cet argument est semblable à celui qui est utilisé pour contester les lois imposant la fermeture dominicale dans la Communauté européenne, à savoir que, puisque les magasins pour l'aménagement de la maison vendent des produits importés et vendent davantage de produits le dimanche, les limitations concernant leur ouverture ce jour-là peuvent être assimilées à des restrictions à l'importation. La Cour de justice européenne a refusé de constater une violation du Traité instituant la CE.¹³²⁷

¹³²⁷Torfaen Borough Council/B & Q PLC, affaire C-145/88, [1989] Rec. page 385. Pour une analyse ultérieure de la législation communautaire pertinente sur l'application de l'article 30 du Traité instituant la CE (interdisant les restrictions quantitatives à l'importation et les mesures d'effet équivalent) de manière générale, voir: Keck & Mithouard, affaires C-267 & 268/91, [1993] Rec. page I-6097, Punta Casa SpA Sindaco del Comune di Capena affaires C-69 & 258/93, [1994] Rec. page I-2355.

10.228 Deuxièmement, lorsque nous examinons si la Loi sur les grandes surfaces bouleverse le rapport de concurrence entre les pellicules et papiers d'origine nationale et les pellicules et papiers importés, nous devons analyser l'évolution de la réglementation japonaise concernant les grandes surfaces. Nous étudierons les différences entre ce que la situation était en 1967, 1979 et 1993, et ce qu'elle est aujourd'hui. En particulier, nous considérerons les facteurs suivants: les dispositions détaillées des règlements (autorisation/notification; taux d'acceptation et conditions requises, heures d'ouverture, jours de fermeture, taille des magasins) et la position commerciale relative des grandes surfaces dans l'économie japonaise.

10.229 Par rapport à 1967, la réglementation des grandes surfaces est devenue plus rigoureuse en ce sens que la Loi sur les grandes surfaces vise davantage d'établissements de vente au détail que ne le faisait la Loi sur les grands magasins et que les magasins de 1 000 mètres carrés sont assujettis à la loi alors que la Loi sur les grands magasins ne s'appliquait qu'à partir de 1 500 mètres carrés.¹³²⁸ Pour évaluer l'incidence de ce changement, il est toutefois nécessaire d'examiner les dispositions détaillées de la réglementation instaurée par les deux lois, en 1967 et aujourd'hui. Le Japon note que la Loi sur les grandes surfaces exige uniquement des notifications et non des demandes d'autorisation (comme l'exigeait la Loi sur les grands magasins), mais étant donné que les magasins notifiés peuvent en réalité faire l'objet d'une réglementation concernant différents éléments (taille, heures d'ouverture), cet aspect de la Loi sur les grands magasins ne semble pas beaucoup plus contraignant que les dispositions de la Loi sur les grandes surfaces, qui vise également des magasins plus petits. Les Etats-Unis citent des statistiques sur les refus et les réductions de superficie obligatoires découlant de la Loi sur les grandes surfaces, mais ils ne montrent pas en quoi la situation diffère de celle qui existait dans le cadre de la Loi sur les grands magasins telle qu'elle était appliquée au moment de la conclusion du Kennedy Round en 1967. On peut toutefois arriver à quelques conclusions sûres. En ce qui concerne ce qui est normalement autorisé, les politiques relatives aux heures d'ouverture et aux jours de fermeture sont maintenant plus libérales qu'elles ne l'étaient en 1967. L'heure de fermeture "normale" a été reportée de 18 à 20 heures et le nombre de jours de fermeture obligatoires a été ramené de 48 à 24. Ces changements sont importants parce qu'ils affectent l'activité quotidienne concrète des grandes surfaces. S'agissant de la position commerciale relative des grandes surfaces dans l'économie japonaise, nous notons dans un premier temps qu'aucune des parties n'a présenté d'éléments de preuve pour les années comprises entre 1967 et 1982. Par contre, à partir de 1982, les deux parties conviennent que la part de marché des grandes surfaces dans les ventes au détail a augmenté, ne serait-ce que dans une faible proportion. Nous notons que cette augmentation est intervenue malgré l'existence de 1982 à 1992 de la prescription d'"explication préalable".

¹³²⁸La Loi sur les grandes surfaces s'applique aux magasins de 500 mètres carrés, mais depuis 1994, les magasins de moins de 1 000 mètres carrés sont généralement dispensés de procéder à des ajustements car on considère en principe qu'ils ne risquent pas de faire du tort aux petits et moyens détaillants du voisinage. Standards for Evaluating Probability Under Article 7 (1,4) Large Stores Law, No. 96, MITI, 1er avril 1994, pièce n° C-7 du Japon.

10.230 Si l'on compare la situation actuelle pour ce qui est de l'application de la Loi sur les grandes surfaces à celle qui existait au moment de la conclusion du Tokyo Round en 1979 et du Cycle d'Uruguay en 1993, on aboutit au même résultat. A la fin du Tokyo Round, la Loi sur les grandes surfaces était en vigueur et s'appliquait aux magasins de plus de 500 mètres carrés. Depuis lors, le seuil a été porté à 1 000 mètres carrés, l'heure de fermeture "normale" a été reportée de 18 à 20 heures et le nombre de jours de fermeture obligatoires a été ramené de 48 à 24. Depuis 1982, les deux parties conviennent que la part de marché des grandes surfaces dans les ventes au détail a augmenté, ne serait-ce que dans une faible proportion. Par rapport à la situation qui existait à la fin du Cycle d'Uruguay en 1993, le seuil a été porté de 500 à 1 000 mètres carrés, l'heure de fermeture "normale" a été reportée de 19 à 20 heures et le nombre de jours de fermeture obligatoires a été ramené de 44 à 24.

10.231 Au total, nous ne sommes pas persuadés que la réglementation des grandes surfaces soit actuellement plus stricte qu'elle ne l'était en 1967, 1979 ou 1993. Les éléments de preuve relatifs à l'évolution récente des prescriptions de procédure et des conditions d'exploitation des magasins établies par la loi donnent à penser qu'il y a eu une libéralisation sensible de l'application de la loi depuis le début des années 90, ce qui fait que la loi est actuellement plus favorable à l'ouverture de grandes surfaces qu'elle ne l'était au moment de la conclusion de l'une quelconque des trois séries de négociations commerciales multilatérales.

10.232 Enfin, nous examinons la suite logique, pour l'allégation formulée par les Etats-Unis au titre de l'article XXIII:1 b), de nos conclusions sur l'évolution de la réglementation japonaise concernant les grandes surfaces. Nous notons que les allégations des Etats-Unis concernant les grandes surfaces diffèrent, en substance, de leur allégation relative aux mesures en matière de distribution et de promotion. Pour ce qui est de ces mesures, les Etats-Unis allèguent que le gouvernement japonais est intervenu pour entraver l'accès des importations au marché en engageant des actions qui ont rendu la vente de pellicules importées plus difficile qu'à l'époque où la concession tarifaire a été accordée. L'allégation relative à la Loi sur les grandes surfaces est différente. Les Etats-Unis reconnaissent qu'il y a actuellement au Japon un nombre total de grandes surfaces plus élevé qu'en 1982 et que la part de ces dernières dans les ventes au détail est supérieure à ce qu'elle était en 1982. En conséquence, dans la mesure où la présence de davantage de grandes surfaces signifie des conditions plus favorables à la pénétration du marché par les importations, la situation aujourd'hui est meilleure qu'elle ne l'était en 1982. (Il n'y a pas d'éléments de preuve concernant les parts de marché des grandes surfaces avant 1982.) Dans ces circonstances, l'argument semblerait être que la situation serait encore meilleure si le Japon n'était pas intervenu dans cette évolution favorable du marché en la ralentissant. Il s'agit alors de savoir si les Etats-Unis peuvent faire valoir des attentes légitimes concernant l'évolution escomptée du marché, au lieu d'alléguer qu'ils étaient en droit de s'attendre que la situation du marché au moment de l'octroi d'une concession tarifaire ne serait pas bouleversée, par exemple par l'octroi de subventions ou la mise en oeuvre de mesures modifiant le rapport de concurrence existant ou par la mise en place de restrictions à l'utilisation de techniques de vente auparavant autorisées. Normalement, pour que le rapport de concurrence soit bouleversé, il devrait y avoir une évolution défavorable de la situation qui existait au moment où les concessions tarifaires ont été accordées. Dans le cas de subventions, par exemple, un Membre s'attend raisonnablement que les subventions ne seront pas majorées, non qu'elles seront diminuées. Dans la mesure où l'allégation des Etats-Unis est considérée comme étant fondée sur des attentes relatives à l'évolution du marché, il s'agit alors de savoir jusqu'à quel point ils doivent établir qu'ils avaient des raisons de s'attendre en 1967 (ou 1979 ou 1993) qu'il y aurait une expansion relative du secteur des grandes surfaces dans l'économie japonaise, compte tenu de la réglementation applicable au titre de la Loi sur les grands magasins ou de la Loi sur les grandes surfaces. Même si l'on suppose que ces attentes seraient protégées par l'article XXIII:1 b), les Etats-Unis n'ont pas établi qu'ils avaient de telles attentes en 1967, 1979 ou 1993.

10.233 Sur la base du dossier qui nous est présenté, nous constatons donc que les Etats-Unis n'ont pas démontré que la Loi de 1974 sur les grandes surfaces, sa modification de 1979 ou tout règlement d'exécution ou mesure administrative, annulaient ou compromettaient des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b).

5. "MESURES" EN MATIERE DE PROMOTION

10.234 Les Etats-Unis allèguent que l'application par le Japon des huit "contres-mesures" en matière de promotion indiquées ci-après pénaliserait les importations en restreignant les activités de promotion des ventes, annulant ou compromettant ainsi des avantages qui leur reviennent, au sens de l'article XXIII:1 b):

- 1) Décision de 1967 du Cabinet concernant la libéralisation de l'investissement étranger direct;
- 2) Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC concernant les primes aux entreprises;
- 3) Circulaire n° 5 de 1977 de la JFTC concernant les primes offertes aux consommateurs;
- 4) "Directives" de 1981 de la JFTC concernant le détachement de personnel;
- 5) Mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires;
- 6) Création en 1982 du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales;
- 7) Normes d'autoréglementation de 1982 concernant les déclarations relatives aux frais de développement; et
- 8) Approbation par la JFTC en 1987 du Code de concurrence loyale des détaillants et du Conseil des détaillants pour la promotion de pratiques commerciales loyales.

La description de ces "mesures" et des renseignements de base les concernant figurent dans la partie II.

10.235 De manière générale, les Etats-Unis allèguent que le Japon a renforcé les "contre-mesures" en matière de promotion non seulement par le biais de restrictions imposées par la loi aux grandes surfaces, mais aussi au moyen d'un ensemble de mesures limitant la façon dont les fabricants, les grossistes et les détaillants de fournitures photographiques peuvent promouvoir leurs produits en vue d'accroître leurs ventes de pellicules et papiers photographiques sur le marché japonais en recourant à des incitations économiques et à une publicité agressive. Les Etats-Unis allèguent que les "contre-mesures" en matière de promotion ont pénalisé les fabricants étrangers de pellicules et papiers en limitant l'utilisation qu'ils peuvent faire de certains rabais, cadeaux, bons et autres incitations, ou en limitant la possibilité de mener des campagnes de publicité novatrices, en particulier lorsqu'elles portent sur le prix ou des comparaisons de prix. Les Etats-Unis font valoir que le Japon a mis en oeuvre ces "contre-mesures" en matière de promotion dans le cadre de la Loi sur les primes et de certains règlements pris par la JFTC au titre de la Loi antimonopole. Bien que ces mesures s'appliquent également aux producteurs nationaux de pellicules et papiers, les Etats-Unis soutiennent que le Japon les a imposées en vue de lutter contre la concurrence internationale exercée par les produits importés par suite de la libéralisation des échanges, c'est-à-dire la capacité des fabricants étrangers de profiter de leur forte capitalisation et de leur grande compétitivité au niveau des coûts pour adopter des stratégies de vente musclées et se lancer dans des campagnes de promotion agressives.

10.236 Le Japon répond que la Loi sur les primes ne restreint que les primes excessives et ne réglemente que les déclarations mensongères. Au nom de la protection des consommateurs, la Loi sur les primes vise à lutter efficacement contre les pratiques commerciales déloyales et à encourager les fabricants à se faire une concurrence fondée principalement sur le prix et la qualité, non sur des incitations déloyales ou des déclarations trompeuses et mensongères. Le Japon souligne que la loi ne fait pas de distinction entre les produits importés et les produits nationaux. Il fait valoir en outre que la Loi sur les primes n'empêche pas qu'il y ait une vive concurrence reposant sur les prix et la promotion des ventes. Les offres de prix bas sont non seulement autorisées, mais, de l'avis du Japon, facilitées par la loi et un large éventail

de techniques de promotion sont compatibles avec la loi. Toutes les entreprises, aussi bien nationales qu'étrangères, ont été et restent libres de consacrer autant d'argent qu'elles veulent à la publicité. Elles peuvent utiliser toutes les expressions qu'elles souhaitent, à condition de ne pas tromper ou induire en erreur les consommateurs. Le Japon indique également qu'il n'a jamais été interdit à aucune entreprise d'offrir des cadeaux promotionnels ou des prix dans le cadre de loteries et de concours, aussi longtemps que ces activités étaient conformes aux règles fixées par la législation sur la protection des consommateurs. De l'avis du Japon, ces règles ne sont pas plus strictes que celles qui sont fixées par des lois similaires dans de nombreux autres pays. Le Japon soutient en outre qu'à certains égards, les règles sont en fait moins strictes qu'elles ne le sont aux Etats-Unis, parce que certains types de loteries publicitaires et de concours interdits aux Etats-Unis sont autorisés au Japon.

10.237 Les Etats-Unis font observer également que les procédures d'exécution au titre de la Loi sur les primes peuvent être engagées par la JFTC et les 47 préfets. En outre, la JFTC a officiellement approuvé les "codes de concurrence loyale" adoptés par les "conseils des pratiques commerciales loyales" du secteur privé. Les Etats-Unis font valoir également que les "conseils des pratiques commerciales loyales" sont habilités à sanctionner les membres qui enfreignent les codes, en recourant souvent à des moyens de coercition et à des amendes, et que les règles établies par les conseils dans leurs codes sont généralement adoptées par la JFTC qui les applique ensuite aux "étrangers" étant donné que la Loi sur les primes soustrait expressément les pratiques cartellaires des conseils à l'application de la législation antitrust. Le Japon répond que les "codes de concurrence loyale" du secteur privé et les "conseils des pratiques commerciales loyales" ne présentent pas d'intérêt en l'espèce parce qu'aucun "code" ou "conseil" ne vise les pellicules ou papiers photographiques.

10.238 Compte tenu de ces arguments généraux des parties, nous allons maintenant examiner chacune des huit "mesures" en matière de promotion à la lumière des trois éléments d'une plainte en situation de non-violation évoqués plus haut.

a) Décision de 1967 du Cabinet

10.239 La première "mesure" en matière de promotion dont les Etats-Unis allèguent qu'elle annule ou compromet des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b), est la Décision du 6 juin 1967 du Cabinet concernant la libéralisation de l'investissement étranger direct ("Décision de 1967 du Cabinet")¹³²⁹ que nous avons déjà évoquée lors de notre examen des "mesures" en matière de distribution. Nous rappelons que les Etats-Unis affirment que cette Décision de 1967 du Cabinet a marqué un "tournant" dans les efforts faits par le Japon pour restructurer son industrie afin de résister à la concurrence étrangère imminente après la libéralisation des mouvements de capitaux pendant les années 60. Nous rappelons en outre la réponse du Japon selon laquelle la Décision de 1967 du Cabinet, qui mettait en oeuvre la première étape de la libéralisation des mouvements de capitaux, visait de manière générale la modernisation et une efficacité accrue du secteur de la distribution japonais de manière à permettre aux industries nationales de rivaliser avec les concurrents étrangers dans le nouvel environnement économique moins réglementé.

10.240 Nous notons qu'en juin 1967, le gouvernement lui ayant demandé une étude sur l'investissement étranger direct, le Comité d'experts du Conseil de l'investissement étranger ("FIC"), comité consultatif du Ministère des finances, a présenté un rapport dans lequel il était dit, entre autres choses, ce qui suit:

¹³²⁹Pièce n° 67-6 des Etats-Unis.

"[e]n ce qui concerne les primes qui sont offertes sur une grande échelle, nous estimons que l'établissement de codes de concurrence loyale conformément à la [Loi sur les primes] et avec l'aide du secteur qui pourrait être touché constituerait une contre-mesure efficace".¹³³⁰

S'agissant de la réglementation des pratiques commerciales déloyales, on pouvait lire également ce qui suit dans le Rapport du Comité d'experts du FIC:

"1) Avec l'arrivée des investissements étrangers au Japon, une société mère pourra mobiliser d'énormes quantités de capitaux pour pratiquer le dumping, offrir des primes, mener une grande campagne publicitaire, etc. On peut penser que ce risque augmentera à l'avenir à mesure que s'effectuera la libéralisation de l'investissement direct sur le marché intérieur. Par conséquent, dans ce genre de situation, il est nécessaire d'étudier à fond la question de savoir si ces actions peuvent être considérées comme des pratiques commerciales déloyales au sens de l'article 2 de la Loi antimonopole et réglementées conformément aux dispositions de l'article 19 de ladite loi ou de la Loi contre les primes injustifiables et les déclarations mensongères.

2) S'agissant de l'application de la Loi antimonopole, il n'est peut-être pas possible de réserver un traitement différencié aux filiales à capitaux étrangers. Néanmoins, celles-ci peuvent compter sur les capitaux importants et le savoir-faire technique de leur société mère et leur situation économique est habituellement solide. Par conséquent, nous estimons qu'elles seront souvent l'objet de la réglementation de la Loi antimonopole. A cet égard, nous devons être en mesure d'appliquer des règles pour lutter contre les activités perturbatrices qui seraient le fait du capital étranger parce que les règles existantes en ce qui concerne la réglementation des pratiques commerciales déloyales ne sont pas nécessairement claires. Nous pourrions les préciser en ayant recours à une désignation spéciale ou à une autre méthode, par exemple."¹³³¹

10.241 La Décision de 1967 du Cabinet définit les grandes lignes suivantes en ce qui concerne les "contre-mesures" qui doivent être prises dans le cadre de la libéralisation:

"Par conséquent, si les entreprises japonaises doivent livrer concurrence au capital étranger à armes égales, il faudrait faire ce qui suit: les sociétés doivent améliorer la qualité de leurs produits, poursuivre la rationalisation du système industriel, renforcer méthodiquement leurs capacités de développement technologique, rationaliser le système financier parallèlement à la rationalisation du système industriel et faire diminuer les taux d'intérêt à long terme.

Par ailleurs, il faudra 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.

L'établissement de ces contre-mesures en vue de renforcer la capacité de nos entreprises face à la concurrence internationale et d'empêcher les entreprises étrangères de désorganiser nos branches de production et notre marché est une nécessité fondamentale

¹³³⁰Pièce n° 67-5 B) des Etats-Unis, page 3.

¹³³¹Ibid.

si nous voulons promouvoir la libéralisation et faire en sorte que le peuple japonais en profite économiquement.

...

Les contre-mesures que le gouvernement devrait adopter reposeraient sur les trois points suivants:

- 1) empêcher les désordres qui pourraient être causés par la progression du capital étranger;
- 2) créer les conditions qui permettront aux entreprises japonaises de livrer concurrence aux entreprises étrangères à armes égales;
- 3) améliorer activement la qualité des entreprises [japonaises] et rationaliser le système industriel de manière à ce qu'elles puissent concurrencer pleinement le capital étranger."¹³³²

10.242 Nous rappelons que les Etats-Unis allèguent qu'en juillet 1967 le Cabinet a adopté les recommandations du FIC et de son Comité d'experts selon lesquelles la Loi sur les primes devrait être utilisée comme "contre-mesure" en matière de libéralisation au moyen de l'établissement de codes de concurrence loyale. Selon les Etats-Unis, le gouvernement a décidé que les codes seraient établis par des représentants du secteur et des associations professionnelles, comme prévu à l'article 10 de la Loi sur les primes, et que lui-même assurerait un "encadrement actif".¹³³³ Le Japon répond qu'il n'est pas nécessaire, à son avis, de prendre en considération les codes de concurrence loyale ou les conseils des pratiques commerciales loyales étant donné qu'aucun d'eux ne vise les pellicules ou papiers photographiques. Toutefois, il fait valoir qu'il a été jugé souhaitable pour la bonne application de la Loi sur les primes d'obtenir une autodiscipline des entités commerciales à l'égard des primes excessives et des déclarations mensongères, et de prévenir les infractions à la Loi sur les primes. Selon le Japon, c'est dans ce contexte que la Loi sur les primes autorise les entités commerciales à adopter, sous réserve de l'approbation de la JFTC, des codes de concurrence loyale concernant les primes et les déclarations. Le Japon soutient aussi que, contrairement à ce qu'allèguent les Etats-Unis, le Cabinet n'a pas adopté le rapport du Comité d'experts du FIC. Par conséquent, le gouvernement japonais n'a pas fourni un "encadrement actif".

10.243 Application d'une mesure. Même s'il ne fait guère de doute que la Décision de 1967 du Cabinet dans son ensemble constitue une mesure gouvernementale, au sens de l'article XXIII:1 b), les parties sont divisées sur la question de savoir si cette mesure est ou non toujours en vigueur. Le Japon soutient, et les Etats-Unis reconnaissent, que la Décision de 1967 du Cabinet a été abrogée le 26 décembre 1980, mais les Etats-Unis font valoir que l'abrogation ne concerne que la partie de la Décision de 1967 du Cabinet concernant la réglementation de l'investissement international au Japon, non les politiques de distribution et les "contre-mesures" en matière de libéralisation prescrites par la Décision de 1967 du Cabinet. En réponse, le Japon indique qu'il est impossible de réagir de manière satisfaisante à cette affirmation parce que les Etats-Unis ne précisent pas les mesures qui, à leur avis, ont découlé de la Décision de 1967 du Cabinet mais que, en tout état de cause, ce n'est pas à bon droit que les "mesures" qui ne sont pas expressément mentionnées sont soumises au Groupe spécial.

10.244 Bien que les Etats-Unis mettent ici l'accent sur une partie de la Décision de 1967 du Cabinet différente de celle qu'ils ont invoquée dans leurs arguments concernant les "mesures" en matière de distribution, la même analyse que nous avons suivie dans la section relative à la distribution au sujet

¹³³²MITI History, Vol. 17, pages 379-388 (traduction officieuse), pièce n° 67-6 des Etats-Unis, page 4.

¹³³³Pièce n° 67-5, A et B des Etats-Unis.

de l'applicabilité de la Décision de 1967 du Cabinet vaut également dans ce cas. Sur la base de cette analyse, nous constatons que les politiques de 1967 ont pu être maintenues, conformément à la Décision de 1980. Dans la mesure où ces politiques n'ont pas été abandonnées, nous considérons qu'elles continuent de constituer une mesure au sens de l'article XXIII:1 b).

10.245 Avantages. Nous rappelons l'allégation des Etats-Unis selon laquelle les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché qui résultent pour eux des concessions tarifaires accordées par le Japon pour les pellicules et papiers à la fin du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. Les Etats-Unis estiment qu'ils n'auraient pas pu raisonnablement prévoir l'incidence de la Décision de 1967 du Cabinet lors des négociations du Kennedy Round. Plus précisément, selon les Etats-Unis, au moment des négociations du Kennedy Round, il n'existait pas de faits pertinents concernant les actions que le Japon s'apprêtait à mener pour mettre en oeuvre son "programme de contre-mesures en matière de libéralisation" et, le 30 juin 1967, la Décision du Cabinet n'avait pas encore été promulguée ni mise en oeuvre. En outre, les Etats-Unis font valoir qu'ils n'étaient pas au courant de l'incidence de cette Décision du Cabinet sur le secteur des pellicules au Japon même au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.246 Le Japon fait valoir que les Etats-Unis ne sont pas fondés à alléguer qu'ils ont des attentes légitimes concernant cette amélioration de l'accès au marché parce que les premières concessions tarifaires pour les pellicules et papiers - visant uniquement les pellicules et papiers noir et blanc - n'ont été accordées par le Japon qu'à la fin du Kennedy Round le 30 juin 1967, plusieurs semaines après l'adoption de la Décision du 6 juin 1967 du Cabinet. En outre, selon le Japon, la Décision du Cabinet a été précédée d'un débat public de haut niveau sur la libéralisation des mouvements de capitaux, débat dont les Etats-Unis auraient eu connaissance. Le Japon fait valoir également que la Loi sur les primes a été adoptée en 1962 et qu'elle visait des comportements que la JFTC avait assimilés à des pratiques commerciales déloyales dès 1953. En conséquence, de l'avis du Japon, les Etats-Unis n'étaient pas en droit de s'attendre que les codes de concurrence loyale ne seraient pas approuvés ou que les primes excessives et la publicité mensongère ne feraient pas l'objet d'une réglementation, ou que cette réglementation ne serait pas fermement appliquée. Le Japon fait valoir que la mesure aurait dû être prévue par les Etats-Unis a fortiori au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.247 Nous notons que cette Décision du 6 juin 1967 du Cabinet a été publiée au Kampo (Journal officiel du Japon) le 21 juin 1967¹³³⁴, soit neuf jours avant la conclusion formelle du Kennedy Round (30 juin 1967). Nous rappelons le critère élaboré dans notre discussion générale sur la prévision raisonnable, selon lequel un Membre est présumé avoir connaissance d'une mesure à la date de publication de cette dernière, cette présomption pouvant toutefois être réfutée lorsque le Membre fait état de circonstances exceptionnelles. En raison du peu de temps qui s'est écoulé entre la publication de cette mesure particulière et la conclusion formelle du Kennedy Round, nous jugeons difficile de conclure que les Etats-Unis devraient être considérés comme ayant prévu la Décision de 1967 du Cabinet car il serait irréaliste de penser qu'ils auraient eu la possibilité de rouvrir les négociations tarifaires sur divers produits dans les tous derniers jours d'une série de négociations multilatérales. En conséquence, nous estimons que les Etats-Unis, pour ce qui est de la Décision de 1967 du Cabinet, ont des attentes légitimes concernant l'amélioration de l'accès au marché qui résultent du Kennedy Round. Toutefois, en appliquant le critère élaboré précédemment, nous constatons que les Etats-Unis ne peuvent pas alléguer l'existence d'attentes légitimes découlant des concessions accordées lors du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.248 Réduction d'avantages et causalité. Les Etats-Unis font valoir que l'amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et papiers résultant des concessions accordées par le Japon dans le cadre du Kennedy Round pour les pellicules et papiers noir et blanc est annulée ou compromise du fait de la

¹³³⁴ Tableau U de la première communication du Japon, page 188.

Décision de 1967 du Cabinet et des "contre-mesures" en matière de promotion prises ultérieurement par le gouvernement japonais. Selon les Etats-Unis, la Décision de 1967 du Cabinet entérinait l'utilisation de "contre-mesures" pour "empêcher les entreprises étrangères de désorganiser nos branches de production".¹³³⁵ Les Etats-Unis font valoir en outre que les attentes additionnelles résultant pour eux du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, y compris celles qui concernent l'amélioration de l'accès au marché des pellicules et papiers couleur, sont elles aussi annulées ou compromises.

10.249 Le Japon soutient que la Décision de 1967 du Cabinet ne contient que des déclarations de politique générale très vagues concernant le type d'action que le gouvernement jugeait souhaitable pour moderniser l'ensemble du secteur de la distribution au Japon après la libéralisation des mouvements de capitaux; elle ne déclenche pas de mesures spécifiques qui pourraient être considérées comme établissant une discrimination de jure ou de facto à l'égard de l'accès des importations au marché japonais. Le Japon fait valoir que les Etats-Unis n'ont pas fourni au Groupe spécial d'éléments de preuve établissant une "réduction d'avantages" résultant de la Décision de 1967 du Cabinet.

10.250 Notre analyse de l'allégation selon laquelle la Décision de 1967 du Cabinet compromet les avantages en matière d'accès au marché revenant aux Etats-Unis est rendue particulièrement difficile par le fait que, comme le Japon l'affirme, les parties de la Décision du Cabinet portant sur la nécessité de moderniser le système de distribution japonais revêtent le caractère de déclarations de politique générale très vagues. Le thème global des déclarations de politique générale figurant dans la Décision de 1967 du Cabinet est que le gouvernement japonais devrait trouver les moyens de favoriser la modernisation du secteur de la distribution de manière à réagir à la concurrence accrue qui était censée résulter de la libéralisation des mouvements de capitaux. En outre, les Etats-Unis n'ont pas été en mesure de mettre en évidence des dispositions spécifiques régissant des activités de production défavorables aux importations ou conséquences de ces activités, découlant de la Décision de 1967 du Cabinet (même s'ils font valoir que, de manière générale, la plupart des "mesures" en matière de promotion ultérieures qu'ils citent sont fondées sur la Décision de 1967 du Cabinet). En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que les déclarations de politique générale figurant dans la Décision de 1967 du Cabinet annulaient ou compromettaient des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b). Tout au plus, à notre avis, la Décision de 1967 du Cabinet fait partie du contexte dans lequel s'inscrivent des actions ultérieures du Japon.

10.251 En conséquence, alors que la Décision de 1967 du Cabinet peut toujours être envisagée comme une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b) et que les Etats-Unis ne sont pas considérés comme ayant prévu la mesure avant la conclusion du Kennedy Round, les Etats-Unis auraient dû prévoir la Décision au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. En outre, les Etats-Unis n'ont pas démontré que la mesure annulait ou compromettait des avantages résultant pour eux du Kennedy Round pour les pellicules et papiers noir et blanc, ni du Tokyo Round ou du Cycle d'Uruguay pour les pellicules et papiers noir et blanc, et couleur.

b) Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC concernant les primes aux entreprises

10.252 La deuxième "mesure" en matière de promotion citée par les Etats-Unis est la Circulaire n° 17 du 10 mai 1967 de la JFTC concernant les primes aux entreprises ("Circulaire n° 17 de la JFTC")¹³³⁶ déjà examinée dans la section relative aux "mesures" en matière de distribution. Cette circulaire a été publiée conformément à l'article 3 de la Loi sur les primes (autorisation donnée à la JFTC de restreindre les primes) et dispose, entre autres choses, ce qui suit:

¹³³⁵Pièce n° 67-6 des Etats-Unis, page 4.

¹³³⁶Pièce n° 67-4 des Etats-Unis; pièce n° D-42 du Japon.

"Les entreprises ... qui fabriquent (ou qui transforment) des produits énumérés dans le tableau ci-annexé ou qui vendent ces produits ne doivent pas offrir de primes aux entreprises qui vendent et achètent ces produits ou qui utilisent ces produits pour fournir des services aux consommateurs (ci-après dénommées "autre partenaire commercial") dans le but d'inciter l'autre partenaire commercial à se lancer dans la négociation de ces produits ou en fixant comme condition le montant de l'opération de l'autre partenaire commercial ou en exigeant que d'autres conditions générales de vente soient remplies. Cependant, la disposition qui précède ne s'applique pas aux primes qui ne dépassent pas la limite annuelle de 100 000 yen par partenaire commercial et qui sont jugées raisonnables, compte tenu des pratiques commerciales normales."¹³³⁷

10.253 La Circulaire n° 17 de la JFTC limite à 100 000 yen par an le montant des primes en espèces ou autres que les fabricants de certaines marchandises, y compris les fabricants de fournitures photosensibles, ont le droit d'offrir aux grossistes ou aux détaillants pour inciter le grossiste ou le détaillant à commencer à vendre les produits du fabricant ou à satisfaire à d'autres conditions fixées par le fabricant (par exemple, tickets d'achat). Une exception à cette interdiction des primes supérieures à 100 000 yen (point 2-4) permet à un fabricant d'offrir des primes aux employés des distributeurs et des détaillants qui ont une relation spéciale avec le fabricant (par exemple, par le biais de prises de participation, de directions imbriquées, etc.). La Circulaire n° 17 de la JFTC a été abrogée en avril 1996 dans le cadre de la révision de la Loi sur les primes.

10.254 Application d'une mesure. Les Etats-Unis soutiennent que la Circulaire n° 17 de la JFTC est une mesure gouvernementale. Tout en reconnaissant que la mesure a été abrogée en avril 1996, ils font valoir qu'il y a d'autres dispositions de la loi japonaise qui privent cette abrogation de sens. Plus précisément, les primes offertes par les fabricants aux grossistes sont encore assujetties à la Désignation n° 9 au titre de la Circulaire n° 15 de 1982 de la JFTC¹³³⁸, c'est-à-dire la disposition régissant l'utilisation d'"incitations indues" au titre de la Loi antimonopole. Cette désignation interdit les offres de primes au-delà de la "pratique commerciale normale". En conséquence, selon les Etats-Unis, étant donné que la Circulaire n° 17 de la JFTC a fixé la pratique du secteur pendant 19 ans, on ne sait pas, en mettant les choses au mieux, si les restrictions actuelles au titre de la Désignation n° 9 diffèrent en quoi que ce soit de la situation qui prévalait en application de la Circulaire n° 17.

10.255 Le Japon soutient que, si la Circulaire n° 17 de la JFTC a été pendant un temps une mesure gouvernementale, elle a été formellement abrogée en avril 1996. En conséquence, pour le Japon, il n'y a pas de mesure gouvernementale en cause. Quant au maintien de la politique sous-tendant la Circulaire n° 17 de la JFTC qui serait assuré par la Désignation n° 9 au titre de la Circulaire n° 15 de la JFTC (1982), le Japon répond que les Etats-Unis incriminent de manière tardive une "mesure" ou politique qu'ils n'ont pas expressément indiquée dans leur demande d'établissement du Groupe spécial et qui ne relève donc pas du mandat du Groupe spécial. Le Japon précise en outre que, conformément à la Désignation n° 9 au titre de la Circulaire n° 15 de la JFTC, le seuil automatique de 100 000 yen n'existe plus et que la charge de la preuve incombe à la JFTC.

10.256 Nous notons que les deux parties conviennent qu'entre 1967 et 1996, la Circulaire n° 17 de la JFTC était une mesure gouvernementale. Nous notons également qu'elles conviennent que la mesure a été abrogée en avril 1996. La question à laquelle nous devons répondre est donc de savoir si nous devrions ou non connaître de ce que les Etats-unis décrivent comme le maintien de la politique sous-tendant la Circulaire n° 17 de la JFTC au moyen de la Désignation n° 9 au titre de la Circulaire n° 15 de la

¹³³⁷Ibid., page 1.

¹³³⁸Designation 9 of Notification 15 (1982): "Inducing customers of a competitor to deal with oneself by offering unjust benefits in the light of normal business practice", pièce n° 82-6 des Etats-Unis.

JFTC (1982), étant donné que cette dernière n'a pas été expressément indiquée dans la demande d'établissement du Groupe spécial présentée par les Etats-Unis. A ce sujet, nous rappelons que la Circulaire n° 17 de la JFTC elle-même n'était pas non plus expressément indiquée dans la demande d'établissement du Groupe spécial, mais que nous avons décidé qu'elle pouvait être incluse dans notre mandat, car il s'agissait d'une mesure prise conformément à la Loi sur les primes qui était expressément indiquée dans la demande. La Circulaire n° 15 de 1982 de la JFTC, par contre, est une "mesure" prise conformément à l'article 2.9 de la Loi antimonopole de 1947. La Loi antimonopole était citée dans la demande d'établissement du Groupe spécial, mais uniquement au sujet d'une "mesure" concernant le détachement de personnel. En conséquence, nous avons constaté que les "mesures" sans rapport avec le détachement de personnel (c'est-à-dire une "mesure" concernant la notification des marchés internationaux et les "directives" relatives à la publicité d'appel et au dumping) ne relevaient pas de notre mandat. Conformément à cette constatation, nous ne considérons pas non plus la Désignation n° 9 au titre de la Circulaire n° 15 de la JFTC comme relevant de notre mandat. En outre, même si nous considérons qu'il convient de prendre en compte l'argument des Etats-Unis selon lequel la politique sous-tendant la Circulaire n° 17 de la JFTC (1967) a continué d'être appliquée dans le cadre de la Désignation n° 9 au titre de la Circulaire n° 15 de la JFTC (1982), nous notons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que la politique sous-tendant la Circulaire n° 17 de la JFTC avait été maintenue par le biais de "directives administratives" toujours en vigueur dans le cadre de la désignation.

10.257 Avantages. Les Etats-Unis font valoir que les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et papiers qui résultent des concessions tarifaires accordées par le Japon lors du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, et qu'ils n'auraient pas pu prévoir l'incidence de la Circulaire n° 17 de la JFTC au moment des négociations du Kennedy Round parce qu'il n'existait pas alors de faits pertinents concernant les actions que le Japon s'appropriait à mener pour mettre en oeuvre son programme de "contre-mesures" en matière de libéralisation. De même, les Etats-Unis font valoir qu'ils n'auraient pas pu prévoir l'incidence de cette mesure au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. Nous rappelons également la position japonaise selon laquelle les Etats-Unis ne sont pas fondés à alléguer qu'ils ont des attentes légitimes concernant cette amélioration de l'accès au marché parce que les premières concessions tarifaires japonaises pour les pellicules et papiers - visant uniquement les pellicules et papiers noir et blanc - n'ont été accordées qu'à l'issue du Kennedy Round le 30 juin 1967, plus d'un mois et demi après la publication de la Circulaire n° 17 du 10 mai 1967 de la JFTC. Le Japon fait valoir en outre que la mesure aurait dû être prévue a fortiori au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.258 A notre avis, étant donné que la Circulaire n° 17 de la JFTC a été publiée avant la fin du Kennedy Round, il est difficile de conclure que les Etats-Unis ne devraient pas être considérés comme ayant prévu la Circulaire n° 17 de la JFTC avant l'octroi, par le Japon, des premières concessions tarifaires pour les pellicules et papiers. Comme nous l'avons indiqué précédemment, les Etats-Unis sont considérés comme ayant connaissance des règlements japonais à la date de publication de ces derniers. Bien que nous puissions concevoir qu'il y ait des circonstances dans lesquelles le Membre de l'OMC exportateur ne peut raisonnablement être au courant de l'importance d'une mesure pour les produits importés ou de l'incidence fondamentalement différente que celle-ci peut avoir sur ces produits, que quelque temps après la publication de ladite mesure, les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence de circonstances de ce genre en l'espèce. Cela est d'autant plus vrai qu'en 1967 la structure actuelle du marché japonais des pellicules était largement en place, autrement dit il n'y avait que quelques grossistes primaires de pellicules et la distribution d'une seule marque de pellicules était une pratique courante, et il semblerait que les Etats-Unis auraient dû pouvoir évaluer l'incidence éventuelle de cette mesure sur le marché japonais des pellicules au moment où celle-ci a été introduite. Nous ne sommes donc pas persuadés que les Etats-Unis aient, comme il leur incombe, établi que, pour ce qui est de la Circulaire n° 17 de la JFTC, ils ont des attentes légitimes concernant l'amélioration de l'accès au marché qui résultent du Kennedy Round. Nous considérons que ce raisonnement s'applique a fortiori aux attentes légitimes qui résulteraient des concessions accordées dans le cadre du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.259 Réduction d'avantages et causalité. Les Etats-Unis soutiennent que même si la Circulaire n° 17 de la JFTC, qui limitait à 100 000 yen (278 dollars en 1967) par an le montant de la prime qu'un fabricant pouvait offrir à un grossiste ou un détaillant (ou un grossiste primaire à un grossiste secondaire ou un détaillant) pour tous les produits échangés entre eux, s'appliquait aux entreprises aussi bien nationales qu'étrangères, elle bouleversait le rapport de concurrence entre les unes et les autres. Selon les Etats-Unis, les entreprises étrangères pénétrant sur le marché japonais ou essayant d'accroître leur part de marché après les réductions tarifaires et la libéralisation des importations, n'ont pas pu investir dans leurs propres réseaux de distribution avant les années 70 au cours desquelles les restrictions à l'investissement ont été progressivement levées. En conséquence, estiment les Etats-Unis, les entreprises étrangères devaient concurrencer les fabricants japonais pour obtenir que les grossistes et distributeurs existants vendent leurs produits. La Circulaire n° 17 de la JFTC limitait la capacité des entreprises étrangères d'offrir aux distributeurs japonais des conditions plus avantageuses que celles que leur proposaient les entreprises japonaises, en fixant de manière arbitraire un plafond peu élevé pour le montant des primes qu'un fabricant pouvait offrir à un grossiste ou à un détaillant au cours d'une année. En outre, les Etats-Unis font valoir que les fabricants étrangers, qui n'avaient pas de relations directes avec les grossistes japonais puisque au Japon ils devaient traiter avec un seul agent d'importation, ne pouvaient pas se prévaloir de l'exception prévue au point 2-4 de la Circulaire n° 17 de la JFTC qui permettait d'offrir des primes illimitées aux employés des entreprises qui étaient engagées dans des relations d'intégration verticale exclusives avec le fabricant.

10.260 Le Japon répond que la Circulaire n° 17 de la JFTC ne visait pas expressément le secteur des fournitures photographiques: elle s'appliquait à plus de 100 branches de production. En tout état de cause, la réglementation ne restreignait que les offres de primes excessives aux distributeurs, non les autres activités de promotion. La raison d'être de la restriction était que des offres excessives pouvaient empêcher une concurrence loyale et libre au niveau des prix dans le secteur de la distribution et accroître le coût de la distribution au détriment des intérêts des consommateurs. Les offres de prix bas, les ristournes et les offres de marchandises pour appuyer les activités de promotion d'autres parties n'étaient pas réglementées par cette circulaire de la JFTC. Le Japon fait valoir également que les Etats-Unis se méprennent sur la nature de l'exception prévue au point 2-4. Les primes offertes aux employés des sociétés qui avaient une relation spéciale, par le biais de prises de participation ou de directions imbriquées, avec le fabricant n'étaient pas visées par la réglementation, parce qu'elles n'étaient pas différentes des primes que celui-ci offrait à ses propres employés. L'exception ne s'appliquait qu'aux transactions qui étaient virtuellement identiques aux opérations à l'intérieur d'une entité unique. Fuji et ses grossistes primaires ne pouvaient pas en bénéficier parce qu'ils n'avaient pas une relation spéciale. Enfin, s'agissant des arguments des Etats-Unis concernant les restrictions à l'investissement, le Japon répond que pendant la période qui a précédé la libéralisation des mouvements de capitaux, si Kodak avait voulu recourir à l'investissement pour établir et consolider des relations avec n'importe quel grossiste primaire monomarque, elle aurait pu le faire. Selon le Japon, l'importateur exclusif de Kodak, Nagase, pouvait investir et a effectivement investi dans la distribution en acquérant deux grossistes primaires; il aurait pu légalement prendre des participations au capital des grossistes primaires de Fuji, s'il avait souhaité le faire. Pour le Japon, les arguments des Etats-Unis selon lesquels les restrictions aux mouvements de capitaux ont entravé les projets commerciaux de Kodak sont dénués de sens parce que Kodak n'a pour ainsi dire fait usage d'aucune des options prévues par la loi pendant la période d'application des restrictions à l'investissement ni même après que ces restrictions ont été levées.

10.261 Lorsque nous examinons la question de la réduction d'avantages et de la causalité, nous notons que la Circulaire n° 17 de la JFTC semble s'appliquer de la même façon aux activités de promotion concernant aussi bien les produits nationaux que les produits étrangers. Elle ne vise pas expressément les importations, et n'est pas non plus ciblée sur les pellicules et papiers, même si les "fournitures photographiques" sont citées parmi les nombreux biens de consommation auxquels elle s'applique. Même s'il est fait référence dans un article de presse à la nécessité de contrer l'influence des capitaux

américains¹³³⁹, l'historique de la rédaction du texte par la JFTC fait état d'excès dans l'industrie japonaise aboutissant à des distorsions de la concurrence intrinsèque au niveau des prix, de la qualité et des services offerts, et de "pratiques de vente barbares encouragées par une énorme puissance financière", pour justifier la mesure.¹³⁴⁰

10.262 Au total, à notre avis, les éléments de preuve donnent à penser que cette mesure est destinée à contrer les excès éventuels dans le secteur de la distribution en général. Elle vise les primes excessives offertes par les fabricants aux grossistes et par les grossistes aux détaillants. Elle ne tend pas, par contre, à réglementer les autres formes d'activité de promotion, comme les offres de prix bas et les ristournes. En outre, si nous n'excluons pas qu'il soit possible de démontrer que des mesures apparemment neutres sont appliquées d'une manière qui bouleverse le rapport de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés au détriment des importations, les Etats-Unis n'ont pas été à même de citer un seul cas où la mise en oeuvre de la Circulaire n° 17 de la JFTC avait abouti à un tel résultat pour les pellicules et papiers des Etats-Unis. A cet égard, nous notons que jusqu'en 1975 Kodak était en relation avec un grossiste primaire - Asanuma. Il a été ensuite mis fin à cette relation, apparemment à cause du refus de Kodak de traiter directement avec Asanuma.¹³⁴¹ Les Etats-Unis n'ont pas démontré que l'incapacité de Kodak d'offrir des primes à Asanuma était en rapport avec la cessation de cette relation. En outre, les arguments liés au contexte présentés par les Etats-Unis au sujet de l'incidence des restrictions japonaises à l'investissement, dans la mesure où ils sont fondés¹³⁴², ne démontrent rien en ce qui concerne l'application de la Circulaire n° 17 de la JFTC. Enfin, s'agissant de l'exception prévue au point 2-4 de la Circulaire n° 17 de la JFTC, les éléments de preuve donnent à penser que cette disposition, ni en elle-même, ni par son application, n'établit de discrimination à l'égard des pellicules ou papiers importés. Il semble que Kodak n'ait pas été en mesure de se prévaloir de cette exception, en raison de la structure de ses relations de distribution, mais il en a été de même pour Fuji.

10.263 Sur la base des éléments de preuve qui nous ont été présentés, nous ne sommes donc pas persuadés que la Circulaire n° 17 de la JFTC et sa mise en oeuvre dans le secteur des fournitures photographiques japonais (dans la mesure où elle a été mise en oeuvre), ont eu pour effet de bouleverser le rapport de concurrence entre les pellicules et papiers nationaux et les pellicules et papiers des Etats-Unis sur le marché japonais en empêchant Kodak d'établir des relations de distribution sur ce marché. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que la Circulaire n° 17 de la JFTC annulait ou compromettrait des avantages leur revenant au sens de l'article XXIII:1 b).

¹³³⁹Severe Restrictions Placed on Businesses for Premium Offers: Shatokuren Hears JFTC Explanations at Jyosui Kaikan on the 12th, Nihon Shashin Kogyo Tsushin, 20 juin 1967, page 25, pièce n° 67-8 des Etats-Unis, page 1. Dans cet article de presse, la JFTC expliquait ce qui suit: "[l]'objectif primordial de la [Circulaire n° 17] est a) la rationalisation de l'étape de la distribution ... et b) [la suppression] d'une concurrence au niveau des ventes où s'exerce la loi du plus fort sur la base de la puissance financière ... Si les capitaux des Etats-Unis devaient servir à [offrir des primes] au secteur de la distribution japonais, le [Japon] ne pourrait pas faire de même, de sorte que les restrictions devraient être appliquées comme un garde-fou avant la libéralisation". Ibid.

¹³⁴⁰Restriction on Premium Offers to Businesses, JFTC, Premiums and Representations Inspection Division, Kosei Torihiki, juillet 1967, page 30, pièce n° 67-10 des Etats-Unis, page 2.

¹³⁴¹Affidavit of Takenosuke Katsuoka, pièce n° A-11 du Japon, pages 2 à 4.

¹³⁴²Nous notons à cet égard que le Japon fait référence à la déclaration suivante faite par le Président de Kodak Japan, M. Albert Sieg, dans une interview de 1988: "La grande erreur a été d'attendre si longtemps avant d'adopter une attitude offensive sur ce marché. Nous aurions dû avoir cette attitude il y a dix ans. Manifestement, le dynamisme de nos concurrents locaux leur a assuré une solide avancée et notre tâche sera beaucoup plus difficile". A Century of Sales, in Taking on Japon (1988), pages 35 à 39, pièce n° B-45 du Japon. Le Japon indique également que Kodak aurait pu établir une coentreprise à parts égales (50/50), comme Kodak Nagase (créée en 1986), dès 1971.

10.264 Ainsi, les Etats-Unis ont démontré que la Circulaire n° 17 de la JFTC était une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b), mais cette circulaire n'est plus en vigueur. En outre, ils n'ont pas démontré qu'ils ne devraient pas être considérés comme ayant prévu la Circulaire n° 17 pour ce qui est des attentes résultant pour eux du Kennedy Round concernant les pellicules et papiers noir et blanc et n'ont pas démontré que la Circulaire n° 17 annulait ou compromettait des avantages leur revenant pour les pellicules et papiers noir et blanc. Dans le cas des pellicules et papiers couleur, ils n'ont démontré la présence d'aucun des éléments prescrits pour présenter une allégation au titre de l'article XXIII:1 b) - si ce n'est qu'il s'agit d'une mesure au sens de l'article XXIII:1 b).

c) Circulaire n° 5 de 1977 de la JFTC concernant les primes offertes aux consommateurs

10.265 La troisième "mesure" en matière de promotion citée par les Etats-Unis est la Circulaire n° 5 du 1er mars 1977 de la JFTC intitulée "Restrictions concernant les primes offertes aux consommateurs" ("Circulaire n° 5 de la JFTC").¹³⁴³ Cette circulaire a été publiée conformément à l'article 3 de la Loi sur les primes. Elle a été modifiée par la Circulaire n° 2 du 16 février 1996 de la JFTC (qui a supprimé le plafond de 50 000 yen pour les primes offertes à tous les acheteurs). Sous réserve de certaines exceptions concernant, entre autres choses, les échantillons, les coupons de rabais, les articles offerts à l'occasion de l'ouverture de magasins (la condition étant que les offres doivent être raisonnables "compte tenu des pratiques commerciales normales"), la partie pertinente de la Circulaire n° 5 de la JFTC dispose ce qui suit:

"1. La valeur d'une prime offerte aux consommateurs, exception faite des loteries ou des concours ..., ne dépasse pas 10 pour cent du montant de l'opération (étant entendu que la limite est de 100 yen lorsque ce montant est inférieur à 100 yen) et doit être raisonnable, compte tenu des pratiques commerciales normales."¹³⁴⁴

10.266 Nous rappelons l'allégation des Etats-Unis selon laquelle la Circulaire n° 5 de la JFTC a pour effet de restreindre fortement l'offre de primes aux consommateurs pour les pellicules et papiers photographiques. Selon les Etats-Unis, en raison du prix relativement peu élevé des pellicules et papiers, la valeur des primes soumises aux restrictions de la JFTC serait négligeable.

10.267 Application d'une mesure. La Circulaire n° 5 de la JFTC est sans conteste une mesure gouvernementale qui est toujours en vigueur, même si, comme il est indiqué ci-dessus, elle a été modifiée en février 1996 avec la suppression du plafond de 50 000 yen pour les primes offertes à tous les acheteurs. Nous constatons par conséquent que cette circulaire est une mesure au sens de l'article XXIII:1 b).

10.268 Avantages. Nous rappelons l'allégation des Etats-Unis selon laquelle les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et papiers qui résultent pour eux des concessions tarifaires accordées par le Japon lors du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay. En particulier, les Etats-Unis font valoir qu'ils n'auraient pas pu prévoir la Circulaire n° 5 de la JFTC à la fin des négociations du Kennedy Round puisqu'elle n'a été publiée qu'en 1977. Selon les Etats-Unis, rien ne justifiait qu'ils auraient pu ou auraient dû savoir que le Japon agirait de la sorte. Les Etats-Unis soutiennent également qu'ils n'auraient pas pu prévoir l'incidence de cette mesure au moment de la conclusion du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay (bien que la conclusion de ces séries de négociations soit postérieure à la mesure).

10.269 Le Japon répond que la Loi sur les primes a été adoptée en 1962 et que la Circulaire n° 5 de la JFTC ne faisait que préciser les règles générales énoncées dans cette loi. Selon le Japon, cette précision

¹³⁴³Pièce n° D-32 du Japon.

¹³⁴⁴Ibid., page 1.

des règles générales énoncées dans la Loi sur les primes aurait dû être raisonnablement prévue par les Etats-Unis, car ceux-ci ne pouvaient légitimement s'attendre à ce que les primes excessives ne seraient pas réglementées, ou que la Loi sur les primes ne serait pas strictement appliquée. Le Japon fait valoir en outre que la mesure aurait dû être raisonnablement prévue a fortiori avant l'octroi de concessions par le Japon à la fin du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay.

10.270 S'agissant de déterminer si les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir cette mesure, nous rappelons que nous avons conclu que, normalement, un Membre ne devrait pas être considéré comme ayant prévu une mesure adoptée après la fin d'une série de négociations, à moins qu'il n'y ait une raison de penser le contraire. En l'espèce, nous ne sommes pas persuadés que l'existence de la Loi sur les primes signifie que les Etats-Unis devraient être considérés comme ayant prévu les conditions précises dans lesquelles les primes sont réglementées dans la Circulaire n° 5. Toutefois, dans la mesure où des attentes légitimes existent, elles ne concernent que les pellicules et papiers noir et blanc.

10.271 En ce qui concerne les concessions résultant du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, dont l'octroi est postérieur à la mesure, il est difficile de ne pas conclure que les Etats-Unis auraient dû prévoir cette mesure déjà existante. Là encore, bien que nous puissions concevoir qu'il y ait des circonstances dans lesquelles le Membre de l'OMC exportateur ne peut raisonnablement être au courant de l'importance d'une mesure ou de l'incidence différenciée que celle-ci peut avoir, que quelque temps après qu'elle a été initialement publiée, les Etats-Unis n'ont pas démontré en l'espèce l'existence de telles circonstances. Par conséquent, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que, pour ce qui est de la Circulaire n° 5 de la JFTC, ils avaient des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché des pellicules et papiers photographiques qui résultaient des concessions accordées lors du Tokyo Round ou du Cycle d'Uruguay.

10.272 Réduction d'avantages et causalité. Les Etats-Unis allèguent que l'imposition par la JFTC de nouvelles restrictions à l'utilisation des primes a bouleversé les conditions de concurrence entre les produits importés et les produits d'origine nationale après le Kennedy Round en limitant fortement les incitations que les entreprises pouvaient utiliser pour intéresser les grossistes, les détaillants et les consommateurs à leurs produits. S'agissant en particulier de la Circulaire n° 5 de la JFTC, les Etats-Unis font valoir que l'imposition de plafonds pour les primes offertes a fortement limité l'offre de primes pour les pellicules et papiers destinés aux consommateurs et que, compte tenu du prix relativement peu élevé de ces produits, la valeur des primes soumises aux restrictions de la JFTC serait négligeable. Tout en admettant que la Circulaire n° 5 de la JFTC est apparemment neutre, les Etats-Unis font valoir que son application est censée avoir et a une incidence fondamentalement différente sur les pellicules et papiers importés. En particulier, les Etats-Unis font valoir que cette mesure contribue à préserver la position dominante des fabricants japonais de pellicules et papiers en les protégeant contre toutes les formes importantes de concurrence en matière de promotion. En résumé, les Etats-Unis allèguent que la Circulaire n° 5 de la JFTC, de même que les autres circulaires de la JFTC, a eu un "effet de paralysie" sur la possibilité pour les producteurs étrangers de se lancer dans des activités de promotion suffisantes pour soutenir efficacement la concurrence des marques nationales dominantes.

10.273 Le Japon répond ce qui suit: premièrement, la Loi sur les primes et les circulaires de la JFTC sont neutres du point de vue du commerce, la réglementation des primes et déclarations au titre de la Loi sur les primes et des circulaires de la JFTC s'appliquant de la même façon aux produits importés et aux produits d'origine nationale; deuxièmement, il n'y a dans les restrictions concernant les primes excessives ou les déclarations mensongères rien qui soit intrinsèquement défavorable aux importations, et il n'y a intrinsèquement rien dans les importations qui les rende particulièrement susceptibles de déclarations mensongères ou de primes excessives; troisièmement, il n'y a pas d'"effet de paralysie", car la réglementation n'est pas moins favorable pour les produits importés ou pour les produits représentant une part de marché plus faible que pour les produits d'origine nationale; quatrièmement, les fabricants étrangers de pellicules ne sont soumis à aucune contrainte en ce qui concerne la promotion de leurs produits

- ils peuvent dépenser autant qu'ils le veulent pour la publicité, ou entrer en concurrence sur la base du prix et de la qualité, de primes licites et de déclarations non mensongères¹³⁴⁵; et cinquièmement, même si la réglementation était assouplie, cela désavantagerait nécessairement les marques concurrentes car les marques dominantes réagiraient probablement en se lançant dans d'autres activités de promotion agressives. Quoi qu'il en soit, affirme le Japon, lorsqu'elle a examiné la réglementation au titre de la Loi sur les primes en 1996, la JFTC a réaménagé la règle générale concernant les primes excessives, supprimé les restrictions concernant les primes offertes aux entreprises et relevé le plafond concernant les prix offerts.

10.274 S'agissant en particulier de la concurrence par les prix, nous rappelons que le Japon allègue que les pellicules Kodak (la principale marque étrangère) sont souvent vendues au détail avec des rabais substantiels par rapport au prix de détail recommandé par le fabricant et que, bien que Kodak ne fasse pas autant de publicité que ses concurrents japonais, elle organise de vastes campagnes de publicité ciblées, "avec des résultats prévisibles". Le Japon relève que la très importante campagne de publicité et de promotion organisée par Kodak à Nagano, site des Jeux olympiques d'hiver 1998 (dont Kodak était l'un des partenaires officiels) a permis à la société de doubler sa part de marché dans cette région. Les Etats-Unis répondent que la possibilité pour les fabricants étrangers d'utiliser les rabais pour accroître leur présence au Japon a été plutôt limitée, car les réductions de prix opérées par les fabricants étrangers de fournitures photographiques, dont Kodak et Agfa, n'ont souvent pas été répercutées sur les consommateurs au niveau de la vente au détail. Par exemple, selon les Etats-Unis, Kodak a réduit ses prix de 56 pour cent depuis 1986, cassant ainsi ses prix par rapport à ceux de ses concurrents japonais, mais ces rabais n'ont eu pratiquement aucun effet sur les prix à la consommation. Les Etats-Unis indiquent en outre que cette absence de concurrence par les prix transparaît dans le fait que l'indice japonais des prix à la consommation pour les pellicules n'a pratiquement pas varié entre 1989 et 1996, soit pendant sept ans.

10.275 Lorsque nous examinons les questions de la réduction d'avantages et de la causalité, nous notons que le texte de la Circulaire n° 5 de la JFTC semble s'appliquer de la même façon aux pratiques des fabricants, des distributeurs et détaillants nationaux et étrangers, ainsi qu'aux entreprises en place et aux entreprises nouvelles venues sur le marché. Il ne vise pas expressément les importations, et ne mentionne pas ni ne cible autrement les pellicules et papiers. Les éléments de preuve donnent à penser que cette mesure limite un type particulier d'activités de promotion, c'est-à-dire la valeur des primes (en pourcentage de la valeur des diverses transactions) qui peuvent être offertes aux consommateurs par les fabricants, les distributeurs et les détaillants. La mesure ne régleme cependant pas les autres formes d'activités de promotion, comme les offres de prix bas, les ristournes ou la publicité en général. Nous comprenons que les concurrents détenant une petite part d'un marché oligopolistique doivent pouvoir se lancer dans des activités de promotion en général, mais nous jugeons significatif que la Circulaire n° 5 de la JFTC et les autres "mesures" spécifiques citées par les Etats-Unis ne limitent pas les dépenses pour la publicité générale ou la concurrence par les prix en général.

10.276 Nous allons examiner d'abord la question de savoir à quel point il est important pour un vendeur de pellicules et papiers importés au Japon de pouvoir offrir des primes à la clientèle des magasins de détail; nous notons que les Etats-Unis estiment qu'il est essentiel de pouvoir offrir des primes à la clientèle des magasins de détail car les détaillants et les grossistes ne répercutent pas les prix de gros moins élevés sur les consommateurs. Toutefois, s'il est manifeste que la publicité générale faite par Kodak est aussi importante que celle des entreprises nationales, il y a des éléments qui montrent que lorsque Kodak a

¹³⁴⁵Selon le Japon, les Etats-Unis insistent souvent sur le désavantage d'une marque concurrente par rapport à une marque dominante, et non sur la concurrence qui s'exerce sur le marché entre les marques importées et les marques nationales.

fait beaucoup de publicité (dans la région de Nagano) sa part de marché a augmenté.¹³⁴⁶ Cela donne à penser que le fait d'offrir des primes aux clients n'est pas essentiel pour réussir sur le marché japonais. En outre, même si les activités de type cartellaire des détaillants au Japon peuvent entraîner la suppression de la concurrence par les prix et empêcher de répercuter sur les consommateurs les réductions de prix accordées par les fabricants aux distributeurs ou détaillants, et même si ces activités peuvent avoir une incidence disproportionnée sur les importations des fabricants étrangers, les Etats-Unis n'ont pas démontré - ni même prétendu - que les activités anticoncurrentielles en question, pour autant qu'elles existent - sont imputables à des mesures gouvernementales, et nous nous abstenons donc en l'espèce d'examiner de telles hypothèses.

10.277 Comme il est dit plus haut, la Circulaire n° 5 de la JFTC s'applique de la même façon aux produits d'origine nationale et aux produits importés. Néanmoins, nous n'excluons pas qu'il peut être démontré qu'une mesure qui paraît être formellement neutre quant à l'origine des produits est appliquée d'une manière qui bouleverse le rapport de concurrence entre les produits d'origine nationale et les produits étrangers au détriment des importations. A cet égard, les Etats-Unis citent deux exemples dans leurs allégations relatives au Code des détaillants qui concernent les primes offertes à la clientèle des magasins de détail. Comme nous l'expliquons plus loin au sujet du Code des détaillants, nous ne considérons pas que ces exemples établissent que les limitations appliquées par le Japon aux primes offertes à la clientèle des magasins de détail ont eu pour effet de bouleverser le rapport de concurrence entre les pellicules et papiers d'origine nationale et originaires des Etats-Unis sur le marché japonais. Par conséquent, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que la Circulaire n° 5 de la JFTC annulait ou compromettait des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b).

10.278 En conséquence, si la Circulaire n° 5 de la JFTC peut être envisagée comme une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b), les Etats-Unis n'ont pas démontré qu'ils ne devraient pas être considérés comme ayant prévu la mesure, ni que la mesure annulait ou compromettait des avantages leur revenant pour les pellicules et papiers noir et blanc. Dans le cas des pellicules et papiers couleur, ils n'ont démontré la présence que d'un seul des éléments prescrits pour présenter une allégation au titre de l'article XXIII:1 b) - l'existence d'une mesure.

d) "Directives" de 1981 de la JFTC concernant le détachement de personnel

10.279 La quatrième "mesure" en matière de promotion citée par les Etats-Unis est constituée par les "directives" de décembre 1981 de la JFTC recommandant l'adoption de règles concernant le détachement de personnel ("Directives de la JFTC concernant le détachement de personnel").¹³⁴⁷ En octobre 1979, le Cabinet a approuvé, sur proposition de la JFTC, la création du Bureau du secteur de la distribution ("DSO") chargé "d'exercer les fonctions relatives aux désignations de pratiques commerciales déloyales concernant la distribution".¹³⁴⁸ Depuis sa création, le DSO a enquêté sur 16 secteurs d'activité; il a publié ses constatations concernant le secteur des appareils photo et fournitures photographiques en décembre 1981, dans lesquelles il recommandait "aux fabricants d'appareils photo, aux fabricants d'accessoires photographiques, aux laboratoires de développement couleur et aux entreprises de ce secteur" d'examiner les "problèmes" dus au détachement par les fabricants de personnel auprès des grandes surfaces de vente au détail. Les "directives administratives" en cause revêtent la forme d'une déclaration d'un

¹³⁴⁶L'affirmation du Japon selon laquelle la publicité et la promotion importantes faites par Kodak à Nagano ont permis à la société de doubler sa part de marché dans la région n'est pas contestée par les Etats-Unis.

¹³⁴⁷Kosugi Misao, Trade Practices Department, Distribution Sector Office JFTC, Status of Distribution of Cameras Kosei Torihiki, No. 377, mars 1982, pages 45 à 49, pièce n° 82-3 des Etats-Unis, page 8.

¹³⁴⁸Cabinet Order No. 43 of 1979, pièce n° 79-1 des Etats-Unis.

fonctionnaire du DSO de la JFTC, publiée dans un article intitulé "Régime de distribution des appareils photo". La partie pertinente de cet article est ainsi libellée:

"La JFTC publie des directives à l'intention des fabricants d'appareils photo, des fabricants d'accessoires photographiques, des laboratoires de développement couleur et des entreprises de ce secteur pour qu'ils examinent la possibilité d'adopter des mesures d'autoréglementation concernant le détachement permanent de personnel technico-commercial, de manière à ne pas dépasser les limites en ce qui concerne les méthodes utilisées par les fabricants pour promouvoir leurs ventes ou les actes qui reposent sur le pouvoir d'achat des magasins ayant un gros chiffre d'affaires."¹³⁴⁹

10.280 Selon les Etats-Unis, le détachement de personnel est une forme irremplaçable d'incitation économique entre entreprises: en réduisant les coûts pour les grossistes et les détaillants, le détachement de personnel permet d'accroître les ventes grâce à des réductions de coûts et de prix répercutées sur la chaîne de distribution. Nous rappelons que le Japon a répondu que le secteur de la photographie s'était employé à élaborer des normes concernant le détachement de personnel avant même que la JFTC ait rendu publics les résultats de l'"enquête sur la distribution dans le secteur de la photo" en décembre 1981.

10.281 Application d'une mesure. Les Etats-Unis allèguent que les "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel constituent une mesure appartenant à la forme traditionnelle de "directives administratives" japonaises et qu'elles sont toujours en vigueur. Le Japon fait valoir que la déclaration d'un fonctionnaire de la JFTC constituait peut-être une forme de "directives administratives" au sens le plus large, mais elle ne représentait pas le type de "directives administratives" pouvant être considérées comme équivalant quant au fond à une mesure formellement contraignante, car elle ne contenait pas suffisamment de dispositions encourageant les parties privées à agir ou les dissuadant de le faire, et aucune action gouvernementale n'était requise pour en assurer le respect. De plus, selon le Japon, même s'il s'agissait d'une mesure, elle n'est plus en vigueur.

10.282 Notre analyse des "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel porte, en premier lieu, sur la question de savoir si ces "directives" particulières doivent ou non être considérées comme étant le type de "directives administratives" satisfaisant aux conditions prescrites pour être une mesure au sens de l'article XXIII:1 b). Nous notons qu'aucune des parties ne s'est beaucoup étendue sur cette question. Nous relevons néanmoins que, dans sa déclaration à ce sujet, le fonctionnaire de la JFTC mentionne expressément des "directives" et recommande au secteur des fournitures photographiques (ou à une grande partie de celui-ci) d'examiner "la possibilité d'adopter des mesures d'autoréglementation concernant le détachement permanent de personnel technico-commercial ...". Vu ces "directives" expressément publiées à l'intention du secteur des fournitures photographiques par l'organisme gouvernemental chargé de la mise en oeuvre de la Loi antimonopole et de la Loi sur les primes, nous jugeons raisonnable de penser, en l'absence d'arguments de poids allant dans le sens contraire, que les "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel satisfont aux critères requis pour être des mesures gouvernementales que nous avons exposés dans l'analyse générale de l'article XXIII:1 b). Ce résultat est étayé par le fait qu'il a été donné suite aux "directives". Par conséquent, nous constatons que les "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel constituent une mesure au sens de l'article XXIII:1 b). En outre, en l'absence d'éléments indiquant que cette mesure a été retirée, nous constatons qu'elle est toujours en vigueur; nous notons cependant que son importance peut être minime étant donné que la question relève maintenant des mesures d'autoréglementation, décrites dans la section suivante.

¹³⁴⁹Pièce n° 82-3 des Etats-Unis, page 8.

10.283 Avantages. Nous rappelons que les Etats-Unis allèguent que les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et papiers qui résultent des concessions tarifaires accordées par le Japon lors du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, et que, en particulier, ils n'auraient pas pu prévoir la mesure à la fin du Kennedy Round ni le fait que, dans les deux années suivant l'achèvement du Tokyo Round, la JFTC publierait ses "directives" concernant le détachement de personnel. Les Etats-Unis font valoir en outre qu'ils ont des attentes légitimes qui résultent des concessions tarifaires accordées par le Japon lors du Cycle d'Uruguay car, même en 1994, ils n'étaient pas au courant de l'incidence que ces "directives" avaient sur le marché japonais des pellicules.

10.284 Le Japon répond que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir les "directives" en question étant donné que le gouvernement maintenait en application la Loi sur les primes. Il fait valoir que les Etats-Unis auraient dû raisonnablement prévoir la mesure a fortiori au moment de la conclusion du Cycle d'Uruguay.

10.285 Les "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel ont été publiées en janvier 1981, soit après la conclusion du Kennedy Round et du Tokyo Round. Conformément à ce que nous avons déjà dit au sujet de diverses mesures, nous ne pensons pas que les Etats-Unis devraient être considérés comme ayant raisonnablement prévu l'application particulière de la Loi sur les primes dans le cadre des "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel au moment de la conclusion du Kennedy Round ou du Tokyo Round. Nous constatons par conséquent que, pour ce qui est des "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel, les Etats-Unis ont démontré l'existence d'attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché qui résultent des concessions tarifaires accordées par le Japon lors du Kennedy Round et du Tokyo Round. Ces attentes visent uniquement les pellicules et papiers noir et blanc dans le cas du Kennedy Round, mais portent sur l'ensemble des produits en cause dans le cas du Tokyo Round.

10.286 S'agissant des concessions accordées par le Japon lors du Cycle d'Uruguay, qui sont postérieures à la mesure, il est difficile de conclure que les Etats-Unis ne devraient pas être considérés comme ayant prévu cette mesure déjà existante. Bien que nous puissions à nouveau concevoir qu'il y ait des circonstances dans lesquelles le Membre de l'OMC exportateur ne peut raisonnablement être au courant de l'importance d'une mesure pour les produits importés ou de l'incidence différenciée que celle-ci peut avoir sur ces produits, que quelque temps après la publication initiale de ladite mesure, les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence de circonstances de ce genre en l'espèce. Par conséquent, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que, pour ce qui est des "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel, ils avaient des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché qui résultaient des concessions accordées lors du Cycle d'Uruguay.

10.287 Réduction d'avantages et causalité. Les Etats-Unis font valoir que les "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel ont pour effet de limiter une forme irremplaçable d'incitation économique entre entreprises. Selon eux, la possibilité pour les fabricants et les grossistes de détacher du personnel auprès des détaillants réduit les coûts pour ces détaillants, ce qui permet d'accroître les ventes grâce à des réductions de coûts et de prix répercutées sur la chaîne de distribution. Le Japon répond que le secteur de la photographie s'employait déjà à élaborer des normes concernant le détachement de personnel avant que la JFTC ait rendu publics les résultats de l'"enquête sur la distribution dans le secteur de la photo" en décembre 1981 (paragraphe 5.249). En outre, selon le Japon, les "directives" particulières en cause ne visent pas les secteurs des pellicules et papiers de l'industrie des fournitures photographiques.

10.288 Les "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel auraient conduit aux mesures d'autoréglementation, qui sont examinées dans la section suivante. Ces mesures prévoient des limitations concernant le détachement de personnel et donnent donc effet aux "directives". Toutefois, nous allons examiner dans la présente section l'effet des mesures limitant le détachement de personnel, car les

Etats-Unis soulèvent la question dans ce contexte et non dans celui des mesures d'autoréglementation. Pour commencer, nous notons qu'il y a divergence de vues entre les parties sur le point de savoir si ces "directives" s'appliquent ou non aux secteurs des pellicules et papiers. Les "directives" ont été établies à l'intention "des fabricants d'appareils photo, des fabricants d'accessoires photographiques, des laboratoires de développement couleur et des entreprises de ce secteur".¹³⁵⁰ Les secteurs des pellicules et papiers ne sont pas expressément mentionnés dans les "directives". Il est possible que ces secteurs se soient sentis liés par les "directives" compte tenu de l'expression "entreprises de ce secteur"; nous rappelons cependant que les Lignes directrices de 1970 indiquaient ce qui suit: "Il est rare que des employés soient détachés chez des détaillants de fournitures photographiques d'usage courant." Aussi avons-nous des doutes quant à la question de savoir si ces "directives" visaient les secteurs des pellicules et papiers.

10.289 Dans la mesure où les "directives" s'appliquent bien aux secteurs des pellicules et papiers, nous notons que, en préconisant d'examiner la possibilité d'adopter des mesures d'autoréglementation concernant le détachement permanent de personnel technico-commercial, les "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel peuvent limiter une forme d'activité de promotion. Toutefois, les Etats-Unis n'ont présenté au Groupe spécial aucun élément de preuve montrant comment cette mesure particulière a eu un effet préjudiciable sur les efforts déployés par les fabricants de pellicules et papiers étrangers pour commercialiser leurs produits au Japon. Comme il est dit plus haut, il existe des éléments de preuve qui montrent que le recours au détachement de personnel dans le secteur des pellicules et papiers n'est pas notable.

10.290 Comme il est aussi dit plus haut, cette mesure affecte apparemment de la même façon les produits d'origine nationale et les produits importés. Néanmoins, nous n'excluons pas qu'il soit possible de démontrer qu'une mesure qui paraît être formellement neutre quant à l'origine des produits est appliquée d'une manière qui pourrait bouleverser le rapport de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés au détriment des importations. Nous ne disposons d'aucun élément de preuve montrant que c'est ce qui s'est produit dans le cas de la mesure en question.

10.291 L'absence d'éléments de preuve concernant l'incidence, associée à la déclaration du Japon - qui n'a pas été réfutée par les Etats-Unis - selon laquelle le secteur de la photographie s'employait déjà à élaborer des normes dans ce domaine avant la publication des "directives" de la JFTC, nous amène à constater que les Etats-Unis n'ont pas démontré que l'application des "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel annulait ou compromettrait des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b).

10.292 Ainsi, les "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel peuvent être envisagées comme une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b) et les Etats-Unis ont démontré qu'ils ne devraient pas être considérés comme ayant prévu la mesure pour ce qui est des attentes résultant pour eux du Kennedy Round pour les pellicules et papiers noir et blanc et résultant du Tokyo Round pour l'ensemble des produits en cause. Les Etats-Unis n'ont pas démontré, cependant, que la mesure annulait ou compromettrait des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b). Pour ce qui est du Cycle d'Uruguay, ils n'ont démontré la présence que d'un seul des éléments prescrits pour présenter une allégation au titre de l'article XXIII:1 b) - l'existence d'une mesure.

e) Mesures d'autoréglementation de 1982 concernant la loyauté dans les relations d'affaires et création du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales

¹³⁵⁰Pièce n° 82-3 des Etats-Unis, page 8.

10.293 Les cinquième et sixième "mesures" en matière de promotion citées par les Etats-Unis sont les mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires, publiées en juin 1982¹³⁵¹, et la création du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales, le 23 décembre 1982.¹³⁵² Puisque ces deux "mesures" sont étroitement liées, nous allons les examiner ensemble dans la présente section.

10.294 Les mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires, qui sont décrites dans la partie II, visent i) le détachement de personnel auprès des détaillants par les fabricants ou les grossistes pour promouvoir les ventes ou pour d'autres activités de vente et ii) les normes concernant la contribution financière aux activités de promotion.

10.295 Le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales a été créé par le secteur japonais de la photographie le 23 décembre 1982. Selon ses statuts, il est chargé, entre autres choses, d'instaurer un ordre garantissant la loyauté des transactions dans le secteur de la photographie et de faire respecter les mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires.¹³⁵³ Il est composé de six groupes: Zenren (association des détaillants), Shashoren (association des distributeurs de fournitures photosensibles), Zenraboren, Association des fabricants de fournitures photosensibles, Association des fabricants d'appareils photo et Association des fabricants de fournitures. L'article 17 dispose ce qui suit: "L'adoption ou l'abrogation de dispositions des présents statuts ainsi que les fonctions du présent Conseil sont soumises à l'approbation préalable de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales".¹³⁵⁴

10.296 Application de mesures. Il s'agit de déterminer en l'espèce si la création du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales et la publication et l'application des mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires peuvent être attribuées au gouvernement japonais (la JFTC). Nous rappelons que les Etats-Unis allèguent que la JFTC a publié à l'intention du secteur japonais de la photographie des "directives administratives" préconisant l'adoption de mesures d'autoréglementation concernant le détachement de personnel (la mesure dont il est question plus haut) et que la JFTC a ensuite créé le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales par voie de "directives administratives". En ce qui concerne la deuxième allégation, une directive de 1992 du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales indique ce qui suit:

"Le présent Conseil a été mis en place en décembre 1982 suivant les "directives" de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales aux fins d'assurer un système de commerce loyal dans le secteur de la photographie, d'approfondir l'échange d'idées et la compréhension entre entreprises et de contribuer au développement du secteur."¹³⁵⁵

¹³⁵¹Camera Times, "Self-Regulating Measures Regarding Making Business Dealings with Trading Partners Fair" ("Self-Regulating Rules on Fairness in Trade"), 22 juin 1982, pièce n° 82-8 des Etats-Unis, pages 1 à 3.

¹³⁵²Statuts du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales dans le secteur national de la photographie, 23 décembre 1982; voir: Fair Trade Promotion Council Established: "An Attempt to Improve the Structure of the Industry" Fujimori Masao (Misuzu) Appointed Chairman of the Council, in: Zenren Tsuhō janvier 1983, pages 46 et 47, pièce n° 83-3 des Etats-Unis, page 2 et suivantes.

¹³⁵³Le Conseil a aussi adopté les normes d'autoréglementation de 1984 concernant les déclarations relatives aux frais de développement des films négatifs couleur (15 mai 1984), pièce n° 84-4 des Etats-Unis (voir plus loin).

¹³⁵⁴Pièce n° 83-3 des Etats-Unis.

¹³⁵⁵National Photographic Industry Fair Trade Promotions Council, Notice No. 1, 29 août 1992, pièce n° 92-7 des Etats-Unis.

Les Etats-Unis font valoir également que l'article 17 des statuts du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales montre que la JFTC supervise les activités du Conseil. L'article 17 dispose ce qui suit: "L'adoption ou l'abrogation de dispositions des présents statuts ainsi que les fonctions du présent Conseil sont soumises à l'approbation préalable de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales."¹³⁵⁶ En outre, de l'avis des Etats-Unis, la délégation de pouvoir de la JFTC au Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales est explicitée à l'article 4 des statuts, qui confère au Conseil un certain nombre de pouvoirs d'exécution:

"En vue de réaliser les objectifs exposés ci-dessus à l'article 3, le Conseil créera un comité qui sera chargé des fonctions suivantes: ... assurer un ordre garantissant la loyauté des transactions entre tous les éléments du système de distribution, fabricants, grossistes et détaillants ... Prendre les décisions nécessaires à l'encontre de ceux qui enfreignent les mesures d'autoréglementation ... Assurer la liaison avec les autorités compétentes ... S'acquitter de toutes autres fonctions nécessaires à la réalisation des objectifs du Conseil."¹³⁵⁷

Les Etats-Unis font valoir en outre que le gouvernement japonais devrait assumer la responsabilité des effets des codes de concurrence loyale et des activités des conseils des pratiques commerciales loyales, y compris les associations professionnelles agissant sous l'égide d'un code ou d'un conseil, car les codes et les conseils sont soumis à l'approbation de la JFTC. En particulier, l'article 10 1) de la Loi sur les primes dispose ce qui suit:

"Des entreprises ou une association professionnelle peuvent, sur autorisation accordée par la Commission des pratiques commerciales loyales conformément à son règlement, conclure ou établir, sur des questions ayant trait aux primes ou aux déclarations, un accord ou un code visant à prévenir la sollicitation induite de la clientèle et à préserver la loyauté de la concurrence. Les mêmes dispositions s'appliquent également aux modifications qui pourraient être apportées à ces instruments."¹³⁵⁸

Les Etats-Unis signalent que l'article 10 3) indique que l'application des codes et le fonctionnement des conseils sont supervisés par la JFTC et que l'article 10 5) exempte leurs activités de l'application de la législation antitrust. L'article 10 5) de la Loi sur les primes prévoit que les dispositions de la Loi antimonopole "ne s'appliquent pas au code de concurrence loyale qui a été autorisé ... ni aux actes que des entrepreneurs ou une association professionnelle ont accomplis conformément aux dispositions dudit code".¹³⁵⁹

10.297 Le Japon répond que l'autoréglementation de l'industrie est une initiative du secteur privé, et non une mesure gouvernementale. Selon lui, le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales est une organisation du secteur privé, qui a été créée par l'industrie des appareils photo pour mettre en oeuvre des normes d'application facultative concernant le détachement de personnel, et n'a pas de pouvoir gouvernemental. Le Japon indique que la composition du Conseil n'est pas discriminatoire et que les entités nationales et étrangères peuvent en faire partie; Kodak en est membre en raison de son affiliation à l'Association des fabricants d'appareils photo. Le Japon fait valoir également que, bien que les documents du Conseil contiennent les termes "approbation" et "directives" et que le Conseil peut

¹³⁵⁶Pièce n° 83-3 des Etats-Unis.

¹³⁵⁷Ibid., page 2.

¹³⁵⁸Premiums Law, pièce n° 62-6 des Etats-Unis.

¹³⁵⁹Ibid.

déclarer qu'il va demander l'approbation de la JFTC ou suivre ses "directives", il n'en résulte aucune délégation d'autorité par la JFTC. Le Japon fait valoir en outre que la JFTC n'a pas le pouvoir légal d'approuver des accords dépendant du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales; l'action de la JFTC en rapport avec l'application par le Conseil des mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires, en particulier dans le cas du détachement de personnel, était une expression non contraignante de l'opinion de la JFTC selon laquelle l'accord n'était pas directement contraire à la Loi antimonopole. Par ailleurs, fait valoir le Japon, les actions du Conseil dans le cadre d'un code approuvé ne sont pas exemptées de l'application des dispositions de fond de la Loi antimonopole, par exemple celles qui concernent l'interdiction des pratiques commerciales déloyales. La seule conséquence juridique de l'approbation de la JFTC est que celle-ci doit révoquer l'approbation avant de faire appliquer la Loi antimonopole à un code approuvé ou à sa mise en oeuvre.

10.298 Lorsque nous examinons la question de savoir si la création du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales et la publication et l'application des mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires devraient ou non être considérées comme des mesures imputables au gouvernement japonais, nous notons tout d'abord que les documents relatifs aux mesures d'autoréglementation et à la création du Conseil indiquent que ces mesures d'autoréglementation et le Conseil sont largement le produit de décisions d'associations professionnelles privées. Dans le même temps, cependant, nous notons qu'il existe un certain nombre de références dans la Loi sur les primes, les "directives" de la JFTC concernant le détachement de personnel, les statuts du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales (ainsi qu'une directive ultérieure du Conseil) et aux mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires, qui donnent à penser qu'il y a bien un lien entre la JFTC et les deux "mesures" en cause. Nous rappelons à cet égard ce qu'un fonctionnaire de la JFTC a dit en 1981:

"la JFTC publie des directives à l'intention des fabricants d'appareils photo, des fabricants d'accessoires photographiques, des laboratoires de développement couleur et des entreprises de ce secteur pour qu'ils examinent la possibilité d'adopter des mesures d'autoréglementation concernant le détachement permanent de personnel technico-commercial, de manière à ne pas dépasser les limites en ce qui concerne les méthodes utilisées par les fabricants pour promouvoir leurs ventes ou les actes qui reposent sur le pouvoir d'achat des magasins ayant un gros chiffre d'affaires" (non souligné dans l'original).¹³⁶⁰

¹³⁶⁰Pièce n° 82-3 des Etats-Unis, page 8.

Nous rappelons également la directive de 1992 du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales, qui indique ce qui suit:

"Le présent Conseil a été mis en place en décembre 1982 suivant les "directives" de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales aux fins d'assurer un système de commerce loyal dans le secteur de la photographie, d'approfondir l'échange d'idées et la compréhension entre entreprises, et de contribuer au développement du secteur" (non souligné dans l'original).¹³⁶¹

En outre, l'article 17 des statuts du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales dispose ce qui suit: "L'adoption ou l'abrogation de dispositions des présents statuts ainsi que les fonctions du présent Conseil sont soumises à l'approbation préalable de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales" (non souligné dans l'original).¹³⁶² De plus, l'article 4 des statuts dispose que le Conseil, en vue de la réalisation de ses objectifs (y compris l'instauration d'un ordre garantissant la loyauté des transactions dans le secteur de la photographie), doit "assurer la liaison avec les autorités compétentes" (non souligné dans l'original).¹³⁶³ Dans l'"addendum" aux mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires, il est en outre dit ce qui suit:

"Toutes les sociétés membres du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales feront preuve d'autodiscipline conformément aux présentes normes, et le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales, sous l'égide de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales, leur adressera des "directives" selon qu'il conviendra et sera nécessaire" (non souligné dans l'original).¹³⁶⁴

10.299 Compte tenu des déclarations ci-dessus de la JFTC et du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales, nous considérons que les mesures d'autoréglementation sont suffisamment liées aux "directives administratives" du gouvernement japonais pour que l'on puisse constater qu'elles sont imputables au gouvernement au sens de l'article XXIII:1 b). Indépendamment de la question de savoir si les statuts du Conseil de la promotion ou les mesures d'autoréglementation de 1982 ont été en fait formellement approuvés par la JFTC, il y a une probabilité suffisante que les parties privées agiront en conformité avec les mesures d'autoréglementation pour que l'on puisse considérer qu'elles constituent des "directives administratives" au sens de l'article XXIII:1 b).¹³⁶⁵ Selon nous, cette constatation est compatible avec la pratique antérieure du GATT. A cet égard, nous notons que les codes de concurrence loyale ("codes de déontologie") analogues approuvés par la JFTC ont été qualifiés d'"instruments juridiques" dans l'affaire Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques en 1987.¹³⁶⁶ De même, en l'absence d'arguments ou d'éléments de preuve contraires, nous constatons que ces deux mesures sont toujours en vigueur.

¹³⁶¹National Photographic Industry Fair Trade Promotions Council, Notice No. 1, 29 août 1992, pièce n° 92-7 des Etats-Unis.

¹³⁶²Pièce n° 83-3 des Etats-Unis.

¹³⁶³Ibid.

¹³⁶⁴Pièce n° 82-8 des Etats-Unis, page 3.

¹³⁶⁵Voir Japon - Produits agricoles, IBDD, S35/180, 272-273. Voir aussi les paragraphes 10.46, 5.495 et 5.501 à 5.505 ci-dessus.

¹³⁶⁶Rapport du Groupe spécial Japon - Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés ("Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques"), adopté le 10 novembre 1987, IBDD, S34/92, 96, paragraphe 2.7.

10.300 Avantages. Nous rappelons que les Etats-Unis allèguent que les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et papiers qui résultent des concessions tarifaires accordées par le Japon lors du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, et que, en particulier, ils n'auraient pas pu prévoir les mesures à la fin du Kennedy Round ni le fait qu'en juin 1982, quelques années après la conclusion du Tokyo Round, le secteur japonais de la photographie donnerait suite aux "directives" de la JFTC en promulguant les mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires, ou que six mois après le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales serait formellement créé. Les Etats-Unis font valoir également qu'ils n'étaient pas au courant de l'incidence de ces mesures sur le secteur des pellicules japonais même au moment de la conclusion du Cycle d'Uruguay.

10.301 Nous rappelons également que le Japon répond que les mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires et la création du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales n'ont rien à voir avec les attentes raisonnables des Etats-Unis parce que ces deux actions représentent des initiatives privées.

10.302 Lorsque nous examinons la question de savoir ce que les Etats-Unis auraient dû prévoir à la fin du Kennedy Round et du Tokyo Round, nous rappelons notre conclusion selon laquelle un Membre ne devrait normalement pas être considéré comme ayant prévu des mesures prises après la fin d'une série de négociations, à moins qu'il n'y ait une raison de penser le contraire. S'agissant de ces deux mesures spécifiques, nous ne voyons aucune raison pour laquelle les Etats-Unis auraient dû les prévoir. L'existence de codes et de conseils dans le système commercial japonais ne signifie pas que les Etats-Unis pouvaient ou devaient prévoir les règles particulières contenues dans une action spécifique d'un conseil. Ainsi, nous constatons que les Etats-Unis ont des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché qui résultent pour eux du Kennedy Round et du Tokyo Round pour ce qui est de ces mesures.

10.303 Toutefois, pour ce qui est des concessions accordées par le Japon lors du Cycle d'Uruguay, qui sont postérieures aux mesures, il est difficile de conclure que les Etats-Unis ne pouvaient pas raisonnablement prévoir ces mesures déjà existantes. Là encore, bien que nous puissions concevoir qu'il y ait des circonstances dans lesquelles le Membre de l'OMC exportateur ne peut raisonnablement être au courant de l'importance d'une mesure ou de l'incidence différenciée que celle-ci peut avoir, que quelque temps après la publication initiale de ladite mesure, les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence de circonstances de ce genre en l'espèce. L'absence d'éléments de preuve à cet égard semblerait particulièrement significative compte tenu du fait que le code réglemente le secteur de la photographie et que le conseil regroupe les membres de ce secteur, c'est-à-dire qu'il traite de produits spécifiques. En conséquence nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que, pour ce qui est des mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires et la création du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales, ils avaient des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché qui résultaient des concessions accordées lors du Cycle d'Uruguay.

10.304 Réduction d'avantages et causalité. Les Etats-Unis font valoir que, en réglementant le détachement de personnel, les contributions financières aux activités de promotion et les déclarations relatives aux prix, le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales contribue à empêcher la concurrence pour les pellicules, les papiers et autres produits photographiques. A cet égard, ils font valoir que l'examen de ce que le Conseil a fait pour assurer l'application des dispositions fait apparaître l'ampleur extraordinaire de ses activités et l'efficacité de ses pouvoirs d'exécution. A titre d'exemple, ils indiquent que 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".¹³⁶⁷ Selon les Etats-Unis, le Conseil, à la demande de la Zenren (l'association

¹³⁶⁷Les Etats-Unis expliquent que le "pack d'essai VR" a été mis au point en 1983 par Nagase Sangyo, le principal importateur de Kodak au Japon, dans le cadre d'une stratégie de promotion pour le lancement d'une édition limitée spéciale de la gamme des pellicules VR de Kodak. Le "pack d'essai" comprenait un rouleau de 12 poses de chaque

des détaillants) et en collaboration avec la JFTC, a déterminé avant même le lancement de la campagne (en juin 1983) que l'annonce publicitaire d'un prix réduit prévue par Kodak était une déclaration mensongère; de ce fait, la campagne de promotion a été freinée et les annonces publicitaires ont été fortement réduites. En outre, les Etats-Unis allèguent que le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales continue de faire pression sur les fabricants de fournitures photographiques pour qu'ils réduisent le nombre d'employés qu'ils détachent auprès des détaillants. Les Etats-Unis signalent qu'en juillet 1996 encore, le Conseil a adressé une directive à Kodak dans laquelle il était dit qu'il avait "décidé en juillet 1995 de demander votre coopération [de Kodak] pour continuer de réduire le détachement de personnel" et que Kodak était invitée à "faire part immédiatement au Conseil de la situation de la société".¹³⁶⁸

10.305 Le Japon répond que, puisque la création du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales et la publication des mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires sont des actions du secteur privé, il ne saurait y avoir réduction des conditions d'accès au marché pour les Etats-Unis "du fait" de ces actions. Bien que le Conseil ait été établi après consultation de la JFTC, le Japon fait valoir que ces consultations n'ont entraîné aucune délégation de pouvoir au Conseil. Le Japon indique que le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales est un organisme du secteur privé qui a été établi par les fabricants d'appareils photo pour mettre en oeuvre des normes d'application facultative concernant le détachement de personnel dans ce secteur; il n'a aucun pouvoir gouvernemental et n'a rien à voir avec les pellicules ou papiers. En outre, soutient le Japon, le détachement de personnel dans le secteur des pellicules et papiers photographiques n'a jamais posé de problème, probablement parce que, dans le cas des pellicules, la plupart des consommateurs choisissent eux-mêmes leurs produits plutôt que d'écouter les conseils du personnel de vente et que, dans le cas des papiers, les produits sont généralement vendus à des professionnels qui normalement ne s'en remettent pas au personnel détaché. Ainsi, selon le Japon, même à supposer que la création du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales et la publication des mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires puissent être assimilées à des mesures gouvernementales, rien ne permet d'alléguer que des avantages s'en trouvent compromis. Le Japon fait valoir également que le seul cas de réduction d'avantages évoqué par les Etats-Unis dans le contexte de ces deux mesures est l'initiative visant prétendument à arrêter la campagne VR de Kodak en 1983, une action qui n'a rien à voir avec le détachement de personnel technico-commercial; de toute façon, la campagne n'a pas été un "échec" mais s'est déroulée essentiellement comme prévu, la JFTC a joué un rôle très mineur dans les discussions avec les représentants de Kodak concernant cette campagne et l'allégation des Etats-Unis selon laquelle la Zenren, le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales et la JFTC ont agi de concert pour empêcher la campagne VR est tout simplement fausse.

10.306 Nous considérons que les éléments de preuve présentés semblent bien indiquer que les mesures d'autoréglementation ont été adoptées et que le Conseil a été créé par le biais d'actions émanant largement du secteur des appareils photo de l'industrie japonaise des fournitures photographiques, mais nous considérons aussi que ces mêmes éléments de preuve donnent à penser que de nombreux niveaux différents de l'industrie des fournitures photographiques participent aux actions du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales et peuvent s'en trouver affectés. Ainsi, il ne nous apparaît pas, malgré les arguments du Japon, que ces mesures n'ont forcément rien à voir avec les secteurs japonais des pellicules et papiers. Dans le même temps, cependant, nous pensons comme le Japon que le seul exemple concret donné par les Etats-Unis quant à une prétendue réduction d'avantages résultant de ces mesures est l'échec fait à la campagne VR de Kodak en juin 1983.

type d'indice de sensibilité (100, 200, 400 et 1000 ASA). La publicité a été faite dans la presse et à la télévision et le produit était vendu avec un rabais de 38 pour cent sur le prix de détail normal.

¹³⁶⁸Promotion Council, Issue No. 8-1, 22 juillet 1996, pièce n° 96-7 des Etats-Unis.

10.307 S'agissant de la campagne VR, nous notons d'abord que cette campagne de promotion de Kodak n'avait rien à voir avec le détachement de personnel ou les contributions financières aux activités de promotion, les deux activités générales régies par les mesures d'autoréglementation. De fait, les éléments de preuve présentés donnent à penser, comme le fait valoir le Japon, que la question du détachement de personnel technico-commercial avait peu d'importance pour le marché des pellicules et papiers photographiques. Même avant l'adoption du code, les Lignes directrices de 1970 du MITI elles-mêmes indiquaient que le détachement de personnel n'était pas une pratique courante sur le marché japonais des pellicules¹³⁶⁹ et les Lignes directrices de 1990 du MITI recommandent pour l'essentiel de ne recourir au détachement de personnel que pour "les ventes de nouveaux produits exigeant des connaissances et des compétences spéciales ...".¹³⁷⁰ Et, de fait, les Etats-Unis n'ont pas dit au Groupe spécial comment, ni même si, le détachement de personnel a été ou est pratiqué sur le marché japonais des pellicules et papiers, pas plus qu'ils n'ont cité des exemples concernant la façon dont les contributions financières aux activités de promotion ont été limitées.

10.308 Deuxièmement, nous ne sommes pas convaincus par l'argument du Japon selon lequel les problèmes mentionnés par les Etats-Unis en rapport avec la campagne VR de Kodak concernaient uniquement une action du secteur privé émanant du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales. Les éléments de preuve présentés par les deux parties montrent que l'action contre le pack d'essai VR a commencé lorsque la Zenren, l'association des détaillants de matériel photo, a fait pression sur le distributeur de Kodak (Nagase) pour qu'il limite la promotion, et en particulier les rabais pour ce nouveau type de pellicules. De fait, les éléments de preuve donnent à penser que la Zenren a réussi à persuader Kodak de réduire l'ampleur et la durée de sa campagne de promotion. Outre cette initiative privée de la Zenren, cependant, les éléments de preuve donnent aussi à penser que les fonctionnaires de la JFTC, à la demande du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales, ont adressé des "directives" à Kodak concernant les problèmes qui pouvaient se poser au titre de la Loi antimonopole dans le cadre de la campagne VR. Selon les Etats-Unis, les "directives" avaient pour objet de révéler le caractère limité de l'offre, le nombre de packs d'essai considérés, les magasins qui les vendaient et les conditions de l'offre. En outre, les fonctionnaires de la JFTC ont demandé à Kodak d'ajuster sa deuxième expédition et de faire savoir dans les magasins lorsque tous les produits avaient été vendus.¹³⁷¹ Il ne nous paraît pas évident que le respect de la plupart de ces conditions entraverait sérieusement la campagne VR. Quoi qu'il en soit, le Japon conteste qu'il y ait eu de telles "directives". A cet égard, nous notons que les autres éléments de preuve présentés par les Etats-Unis donnent à penser que la campagne VR était limitée par les promesses faites à la Zenren.¹³⁷² Si l'on examine tous les éléments de preuve ensemble, il apparaît que la pression exercée sur la filiale de Kodak par la Zenren était de loin le principal facteur influant sur la campagne VR. Il n'a pas été démontré que la pression exercée par la Zenren émanait d'une quelconque manière de la JFTC. Ainsi, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré de façon suffisante comment les déclarations faites aux représentants de Kodak par les fonctionnaires de la JFTC et du Conseil en ce qui concerne la campagne VR pouvaient être considérées comme ayant entravé les conditions d'accès au marché concurrentielles revenant aux Etats-Unis. Au

¹³⁶⁹Cover note to the 1970 Guidelines, pièce n° 70-3 des Etats-Unis; 1970 Guidelines, pièce n° 70-4 des Etats-Unis; pièce n° B-24 du Japon. En particulier, les lignes directrices du MITI indiquent ce qui suit: "Il est rare que des employés soient détachés chez des détaillants de fournitures photographiques d'usage courant. Certains employés sont envoyés dans les laboratoires des grands détaillants; cependant, peu de pratiques sont systématisées et des employés ne sont détachés que dans des circonstances particulières". Ibid. Voir le paragraphe 2.19.

¹³⁷⁰MITI, Guidelines for Improving Business Practices, 25 juin 1990, pièce n° 90-5 des Etats-Unis, page 6.

¹³⁷¹Affidavit of Ishikawa Sumio, Nagase official, pièce n° 97-10 des Etats-Unis.

¹³⁷²"Trial Pack Acclaimed in America, but in Japan ...?". Shukan Shashin Sokuho, 29 juillet 1983, page 2, citant Nagase Kodak Deputy Yokoyama, pièce n° 83-19 des Etats-Unis, page 2.

vu des éléments de preuve qui ont été présentés, il apparaît que Kodak a mené une campagne VR réussie, même si elle a été quelque peu abrégée. Enfin, nous notons que cet incident qui remonte à 14 ans est le seul cité par les Etats-Unis.

10.309 Ainsi, vu l'absence d'éléments de preuve quant à la façon dont les mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires ont annulé ou compromis les attentes légitimes des Etats-Unis en matière d'accès au marché, nous ne constatons pas que les Etats-Unis ont fait ce qu'il leur incombait de faire à cet égard.

10.310 Par conséquent, les mesures d'autoréglementation concernant la loyauté dans les relations d'affaires et la création du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales peuvent être envisagées comme des mesures aux fins de l'article XXIII:1 b) et les Etats-Unis ont démontré qu'ils ne devraient pas être considérés comme ayant prévu ces mesures pour ce qui est des attentes résultant pour eux du Kennedy Round concernant les pellicules et papiers noir et blanc et des attentes résultant pour eux du Tokyo Round concernant tous les produits en cause. Les Etats-Unis n'ont pas démontré, cependant, que ces mesures annulaient ou compromettaient des avantages, au sens de l'article XXIII:1 b). Dans le cas du Cycle d'Uruguay, ils n'ont démontré la présence que d'un seul des éléments prescrits pour présenter une allégation au titre de l'article XXIII:1 b) - l'existence d'une mesure.

f) Normes d'autoréglementation de 1984

10.311 La septième "mesure" en matière de promotion citée par les Etats-Unis est l'adoption par le Conseil de la promotion, en mai 1984, des "Normes d'autoréglementation concernant les déclarations relatives aux frais de développement des films négatifs couleur" ("Normes d'autoréglementation de 1984").¹³⁷³ Ces normes prescrivent la façon dont les prix pour le développement et le tirage des pellicules peuvent être indiqués. En particulier, elles définissent les renseignements que les laboratoires de développement ("ceux qui reçoivent les pellicules couleur directement des consommateurs pour développement") devraient utiliser en ce qui concerne les déclarations de prix pour le développement et le tirage des pellicules couleur, y compris les frais de tirage, les frais de développement, le délai de traitement et le fabricant du papier. Les normes énoncent les "dispositions concernant la déclaration des frais de développement des films négatifs couleur ... et des frais de tirage des formats standard pour les commandes directes des consommateurs en attendant que soit établi le Code de concurrence loyale".¹³⁷⁴ Selon les normes,

"les entreprises devraient indiquer convenablement les frais liés, par exemple, au développement des films couleur et ne pas faire de déclaration qui pourrait induire les consommateurs en erreur ou les amener éventuellement à avoir des attentes démesurées.
... Cette règle ne devrait pas être invoquée pour limiter la faculté qu'ont les entreprises de fixer leurs tarifs".¹³⁷⁵

Les normes disposent aussi que le "Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales mène des enquêtes et donne des indications sur l'application de ces normes, s'il y a lieu".¹³⁷⁶

¹³⁷³National Photography Industry Fair Trade Promotion Council, 15 mai 1984, "The Self-Regulating Standards Regarding Representation of Developing Fees for Colour Negative Film", pièce n° 84-4 des Etats-Unis; Kosei Torihiki Joho, No. 993, 28 mai 1984, "Photo Industry to Establish Self-Regulating Standards Regarding Representations of Development and Printing Price, etc.", pièce n° 84-3 des Etats-Unis.

¹³⁷⁴Pièce n° 84-4 des Etats-Unis.

¹³⁷⁵Ibid.

¹³⁷⁶Ibid.

10.312 Les Etats-Unis affirment que, puisque les Normes d'autoréglementation de 1984 visent "la présentation des frais de développement des films négatifs couleur", il existe un lien entre cette "mesure" et les fournitures photographiques. Le Japon fait valoir que ces normes ont été adoptées pour traiter les cas où les magasins de photo affichaient des frais de tirage peu élevés mais facturaient aux clients des frais de développement élevés. Les lignes directrices avaient pour objet de donner aux consommateurs des renseignements corrects sur les frais de développement et de tirage. A ce titre, dit le Japon, elles ne concernaient pas les ventes de pellicules et le rôle de la JFTC était limité.

10.313 Application d'une mesure. Les Etats-Unis allèguent que les normes d'autoréglementation de 1984 constituent bien une mesure gouvernementale parce que le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales "est la création de la législation japonaise" et parce que ces normes ont été élaborées sur instruction de la JFTC et en collaboration étroite avec elle. Les Etats-Unis font valoir en outre que la "mesure" est toujours en vigueur. Le Japon répond que, puisque i) le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales, qui a publié les Normes d'autoréglementation de 1984, est un organisme du secteur privé, et ii) la JFTC n'a joué qu'un rôle limité dans l'élaboration de ces normes, celles-ci ne constituent pas une mesure gouvernementale.

10.314 Lorsque nous examinons la question de savoir si les normes d'autoréglementation de 1984 devraient ou non être assimilées à une action gouvernementale, nous rappelons que, si le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales est manifestement un groupement d'associations professionnelles du secteur privé, il a cependant des liens bien définis avec la JFTC. Nous notons en outre que, dans un article paru dans une publication spécialisée deux semaines à peine après l'adoption des Normes d'autoréglementation de 1984, on peut lire que "le Conseil a établi les "normes d'autoréglementation concernant les déclarations relatives aux frais de développement et de tirage" le 15 mai, et en a avisé la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales" (non souligné dans l'original).¹³⁷⁷ L'article dit aussi que "les normes d'autoréglementation ne sont qu'une mesure temporaire en attendant que soit établi un code de concurrence loyale", et qu'"il a fallu beaucoup de temps au Conseil et des instructions émanant de la JFTC pour établir ces normes d'autoréglementation" (non souligné dans l'original).¹³⁷⁸ Même si les Normes d'autoréglementation de 1984 n'ont apparemment pas été formellement approuvées par la JFTC, étant donné qu'il est expressément dit que le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales devait faire appel à la JFTC pour l'établissement de ces normes, nous considérons qu'il y a une probabilité suffisante que les parties privées se conformeront aux normes d'autoréglementation de 1984 pour pouvoir les considérer comme des "directives administratives" imputables au gouvernement japonais. Ainsi, les normes d'autoréglementation de 1984 en tant que telles ont un lien suffisant avec le gouvernement japonais pour que l'on puisse constater qu'elles constituent une mesure au sens de l'article XXIII:1 b).¹³⁷⁹ Cette constatation est conforme à la pratique antérieure du GATT. A cet égard, nous notons que les codes de concurrence loyale ("codes de déontologie") approuvés par la JFTC ont été qualifiés d'"instruments juridiques" en 1987 dans l'affaire Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques.¹³⁸⁰ Quant à la question de savoir si cette mesure est ou non toujours en vigueur, étant donné que le libellé de la mesure elle-même indique que celle-ci n'est que temporaire "en attendant que soit établi le code de concurrence loyale", nous ne sommes pas persuadés, mais allons supposer aux fins de l'analyse qui suit, qu'elle est toujours en vigueur.

¹³⁷⁷Pièce n° 84-3 des Etats-Unis.

¹³⁷⁸Ibid.

¹³⁷⁹Voir Japon - Produits agricoles, IBDD, S35/180, 272-273.

¹³⁸⁰Rapport du Groupe spécial Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques, IBDD, S34/92, 96; voir aussi les paragraphes 2.7 et 5.509 à 5.510.

10.315 Avantages. Nous rappelons que les Etats-Unis allèguent que les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et papiers qui résultent des concessions tarifaires accordées par le Japon lors du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay et que, en particulier, ils n'auraient pas pu prévoir qu'en mai 1984, après le Kennedy Round et le Tokyo Round, le secteur japonais de la photographie, par l'intermédiaire du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales, donnerait suite aux "directives" de la JFTC en promulguant une deuxième série de mesures d'autoréglementation, les Normes d'autoréglementation de 1984. Les Etats-Unis font valoir également que, même à la fin du Cycle d'Uruguay, ils n'étaient pas au courant de l'incidence de cette mesure sur le marché des pellicules et papiers. Nous rappelons en outre que le Japon répond que les Normes d'autoréglementation de 1984 n'ont rien à voir avec les attentes raisonnables des Etats-Unis, car cette action du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales constitue une initiative privée et était le "prolongement" de politiques appliquées antérieurement.

10.316 Lorsque nous examinons la question de savoir ce que les Etats-Unis auraient dû prévoir à la fin du Kennedy Round et du Tokyo Round, nous notons que cette mesure s'applique uniquement aux pellicules couleur. Aussi le Kennedy Round n'entre-t-il pas en ligne de compte. En outre, nous rappelons notre conclusion selon laquelle un Membre ne devrait normalement pas être considéré comme ayant prévu une mesure prise après la conclusion d'une série de négociations, à moins qu'il n'y ait une raison de penser le contraire. Ici, nous ne voyons aucune raison pour laquelle les Etats-Unis auraient dû prévoir cette mesure particulière de protection des consommateurs simplement parce que les codes de concurrence loyale et les conseils de pratiques commerciales loyales existaient déjà au Japon avant le Tokyo Round. Ainsi, nous constatons que, pour ce qui est des Normes d'autoréglementation de 1984, les Etats-Unis ont des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché résultant du Tokyo Round.

10.317 S'agissant des concessions accordées par le Japon lors du Cycle d'Uruguay, qui sont postérieures à 1984, il est difficile de conclure que les Etats-Unis ne pouvaient pas raisonnablement prévoir cette mesure déjà existante. Là encore, bien que nous puissions concevoir qu'il y ait des circonstances dans lesquelles le Membre de l'OMC exportateur ne peut raisonnablement être au courant de l'importance d'une mesure pour les importations ou de l'incidence différenciée que celle-ci peut avoir sur les importations, que quelque temps après la publication initiale de ladite mesure, les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence de circonstances de ce genre en l'espèce. Cette absence d'éléments de preuve est particulièrement significative vu que les normes d'autoréglementation concernent spécifiquement les pellicules couleur. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que, pour ce qui est des Normes d'autoréglementation de 1984, ils avaient des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché qui résultaient des concessions accordées lors du Cycle d'Uruguay.

10.318 Réduction d'avantages et causalité. Les Etats-Unis font valoir qu'en réglementant l'utilisation des déclarations relatives aux prix par le biais des Normes d'autoréglementation de 1984 le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales réduit la concurrence pour les pellicules et papiers, et que l'examen de ce que le Conseil a fait pour assurer l'application des dispositions fait apparaître l'ampleur extraordinaire de ses activités et l'efficacité de ses pouvoirs d'exécution. Le Japon répond que les Normes d'autoréglementation de 1984 sont une réglementation du secteur privé destinée à assurer la loyauté dans la déclaration des frais de développement et de tirage pour les pellicules couleur, et que les Etats-Unis n'ont pas démontré en quoi cette "mesure" alléguée bouleversait les conditions d'accès concurrentielles au marché japonais pour les pellicules couleur importées. Le Japon fait valoir en outre que l'objet des normes d'autoréglementation est de protéger les consommateurs, quelle que soit l'origine des produits.

10.319 Lorsque nous examinons la question de la réduction d'avantages et de la causalité, nous notons que les Normes d'autoréglementation de 1984 réglementent le type de renseignements que les laboratoires de développement sont tenus de donner lorsqu'ils font de la publicité pour le développement et le tirage de pellicules couleur. En substance, cette mesure semble destinée à protéger les consommateurs et, en particulier, à empêcher les déclarations de prix mensongères dans le secteur du développement des pellicules. Nous notons par ailleurs que les Etats-Unis n'ont pas dit au Groupe spécial, ni démontré dans quels cas ou comment l'application des Normes d'autoréglementation de 1984 du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales, qui semblent neutres quant à l'origine des pellicules couleur, a eu une incidence sur Kodak ou autrement bouleversé le rapport de concurrence entre les pellicules couleur d'origine nationale et importées sur le marché japonais. En conséquence, nous constatons que les éléments de preuve présentés ne démontrent pas que l'application des Normes d'autoréglementation de 1984 - pour autant qu'elles ont été appliquées - annule ou compromet des avantages revenant aux Etats-Unis.

10.320 Ainsi, les Normes d'autoréglementation de 1984 peuvent être envisagées comme une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b) et les Etats-Unis ont démontré qu'ils ne devraient pas être considérés comme ayant prévu les normes pour ce qui est des attentes résultant pour eux du Tokyo Round concernant les pellicules et (indirectement) les papiers couleur. Les Etats-Unis n'ont pas démontré, cependant, qu'elles annulaient ou compromettaient des avantages, au sens de l'article XXIII:1 b). Pour ce qui est du Cycle d'Uruguay, ils n'ont démontré la présence que d'un seul des éléments prescrits pour présenter une allégation au titre de l'article XXIII:1 b) - l'existence d'une mesure.

g) Code de concurrence loyale des détaillants et Conseil des détaillants de 1987

10.321 La huitième et dernière "mesure" en matière de promotion citée par les Etats-Unis est l'approbation par la JFTC, en mars 1987, du Code de concurrence loyale des détaillants ("Code de concurrence loyale") ainsi que de la création de l'organisme chargé de son application, le Conseil des pratiques commerciales loyales des détaillants ("Conseil des détaillants").¹³⁸¹ Le 31 mars 1987, agissant conformément à l'article 10 1) de la Loi sur les primes, la JFTC a approuvé le Code de concurrence loyale ainsi que la création de l'organisme chargé de son application, le Conseil des détaillants. Les objectifs du Code de concurrence loyale sont les suivants: "garantir aux consommateurs un choix de produits convenable, empêcher que les consommateurs ne soient indûment sollicités et préserver ainsi la loyauté de la concurrence".¹³⁸² Selon son libellé, le code s'applique à "la catégorie des appareils photo" (selon la

¹³⁸¹Fair Competition Code Regarding Representations in the Camera and Related Products Retailers Industry, Kampo (Journal officiel), 11 avril 1987, pièce n° 87-4 des Etats-Unis; Fair Competition Code Regarding Representations in the Camera and Related Products Retailers Industry, Kampo, 11 avril 1987, pages 1 à 3 pièce n° D-66 du Japon.

¹³⁸²Ibid., page 1.

traduction du Japon) ou aux "appareils photo et produits connexes" (selon la traduction des Etats-Unis)¹³⁸³, ne comprenant pas expressément les pellicules ou papiers, et énonce des règles relatives aux déclarations faites par les détaillants de ces produits, notamment en ce qui concerne l'affichage aux devantures des magasins, les dépliants publicitaires, les comparaisons de prix ("présentation de doubles prix"), les ventes à tempérament, l'utilisation d'expressions telles que "ce qu'il y a de mieux", "le meilleur marché" et "nouvelle gamme", les déclarations comparant la qualité, les résultats et les conditions générales de vente, et l'interdiction des déclarations mensongères et de la publicité d'appel. Ces objectifs, définitions et normes sont visés par les articles 1 à 12 du code. L'article 13 établit le Conseil des détaillants "pour atteindre les objectifs du présent code" et l'article 14 énumère les activités du Conseil des détaillants, consistant notamment à apporter des ajustements aux modalités d'application du code, à enquêter sur les violations présumées du code, à prendre les dispositions nécessaires à l'encontre de ceux qui ont enfreint le code, à instruire les plaintes émanant des consommateurs, à faire en sorte que la Loi sur les primes et les "autres lois et ordonnances concernant les pratiques commerciales loyales soient bien comprises et à prévenir les infractions à ces instruments" et à "assurer la liaison avec les autorités compétentes". Les articles 15 à 17 traitent des enquêtes et des décisions concernant les infractions. Enfin, l'article 18 dispose que le Conseil des détaillants peut adopter des règlements d'application du code et que "avant d'établir ou de modifier les règlements ... [le Conseil des détaillants] doit obtenir l'autorisation de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales".¹³⁸⁴

10.322 Le point de vue des Etats-Unis est que le gouvernement japonais, en approuvant le Code de concurrence loyale et le Conseil des détaillants, a délégué au Conseil des détaillants le pouvoir d'engager des actions au titre tant du code que de la Loi sur les primes. Les Etats-Unis font valoir aussi que les normes établies par le Code de concurrence loyale s'appliquent aux activités de toutes les entreprises qui vendent des produits photographiques et que, bien que le code ne vise pas expressément les pellicules, il a été appliqué aux campagnes de promotion des pellicules et papiers. Selon les Etats-Unis, cette application élargie découle de l'article 2.2, lequel dispose que: "Pour atteindre les objectifs énoncés dans l'article ci-dessus, les entreprises doivent respecter l'esprit du présent code même lorsque les produits considérés ne correspondent pas exactement à la définition des appareils photo et produits connexes". Les Etats-Unis ajoutent que l'application du code aux pellicules ainsi qu'au développement et au tirage était essentielle pour obtenir l'appui de la Zenren (l'association des détaillants) au code et au Conseil des détaillants.

10.323 Le Japon répond que le Code de concurrence loyale, selon son libellé, ne s'applique pas, et n'a jamais été appliqué aux pellicules ou papiers. En réalité, selon le Japon, le code (et le Conseil des détaillants établi par ledit code) est l'oeuvre de 47 associations préfectorales de détaillants, représentant 6 600 entités commerciales, et traite uniquement des déclarations relatives à la vente au détail d'appareils photo et de produits connexes; les primes n'entrent pas du tout dans le champ d'application du code. Le Japon soutient que la JFTC n'a jamais autorisé et n'a pas l'intention d'autoriser l'application du code aux pellicules ou papiers.

10.324 Application d'une mesure. La question dont il s'agit ici n'est pas de savoir si l'approbation par la JFTC du Code de concurrence loyale des détaillants et de l'organisme chargé de son application, le Conseil des détaillants, devrait être considérée en soi comme une mesure gouvernementale. Il est manifeste que l'acte d'approbation par un organisme gouvernemental - la JFTC - est une mesure gouvernementale. La question est plutôt de savoir si cette approbation par la JFTC signifie que les actions engagées par

¹³⁸³Nous notons que les experts en traduction du Groupe spécial souscrivent à la traduction par le Japon de l'expression japonaise "kamera-rui" par "catégorie des appareils photo". Voir l'Annexe sur les problèmes de traduction, point 17, dans la partie XI.

¹³⁸⁴Pièce n° 87-4 des Etats-Unis; pièce n° D-66 du Japon, page 9.

le Conseil des détaillants au titre du code et les dispositions figurant dans le code peuvent être assimilées à des mesures gouvernementales.

10.325 Sur ce point, les Etats-Unis allèguent que, tout comme il l'avait fait dans le cas du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales, le Japon a délégué au Conseil des détaillants les pouvoirs d'exécution de la JFTC au titre de la Loi sur les primes. Ils font valoir que le Conseil des détaillants illustre particulièrement bien la relation existant entre une association professionnelle et un conseil des pratiques commerciales loyales et témoigne des pouvoirs effectivement délégués à une association professionnelle par le gouvernement japonais. Les Etats-Unis font valoir en outre que le gouvernement japonais devrait avoir à répondre des effets des codes de concurrence loyale et des activités des conseils des pratiques commerciales loyales, y compris celles des associations professionnelles agissant sous l'égide d'un code ou d'un conseil, parce que les codes et conseils ont été créés par la loi japonaise, en particulier par l'article 10 de la Loi sur les primes dont le paragraphe 1) dispose ce qui suit:

"Des entreprises ou une association professionnelle peuvent, sur autorisation accordée par la Commission des pratiques commerciales loyales conformément à son règlement, conclure ou établir, sur des questions ayant trait aux primes ou aux déclarations, un accord ou un code visant à prévenir la sollicitation induite de la clientèle et à préserver la loyauté de la concurrence. Les mêmes dispositions s'appliquant également aux modifications qui pourraient être apportées à ces instruments (non souligné dans l'original).¹³⁸⁵

La position des Etats-Unis est qu'il ressort clairement de l'article 10 1) que l'établissement d'un code est subordonné à l'autorisation de la JFTC. De même, l'article 10 3) de la Loi sur les primes dispose que le fonctionnement des codes et des conseils est soumis à la surveillance de la JFTC. Les Etats-Unis soulignent en outre que le pouvoir du Conseil des détaillants et de la Zenren est d'autant plus grand que l'article 10 5) de la Loi sur les primes stipule que les dispositions de la Loi antimonopole "ne s'appliquent pas au code de concurrence loyale qui a été autorisé ... ni aux actes que les entrepreneurs ou une association professionnelle ont accomplis conformément aux dispositions dudit code". Les Etats-Unis font valoir également que dans une affaire précédente, l'affaire Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques, le Japon a affirmé que les codes de concurrence loyale promulgués par les conseils des pratiques commerciales loyales au Japon étaient des "instruments juridiques" du gouvernement japonais.¹³⁸⁶

10.326 Le Japon répond que le Code de concurrence loyale du Conseil des détaillants est un instrument d'autoréglementation des entreprises approuvé par la JFTC conformément à la Loi sur les primes, et que le Conseil des détaillants est un organe de caractère volontaire établi par le code pour mettre en oeuvre cette autoréglementation. Le Japon affirme que le Conseil des détaillants est simplement chargé de faire respecter le code pour ce qui est des déclarations mensongères et n'est pas habilité à faire appliquer la Loi sur les primes, et qu'il ne peut pas non plus limiter les offres de prix bas. Selon le Japon, si le Conseil des détaillants peut engager une action privée contre des adhérents au code, il ne peut pas appliquer le code aux non-adhérents: le Conseil ne peut engager aucune action contre un non-adhérent pour inobservation du code. Le Japon affirme en outre que les actions engagées par le Conseil au titre d'un code approuvé ne sont pas exemptées de l'application des dispositions de fond, y compris les dispositions interdisant les pratiques commerciales déloyales, de la Loi antimonopole; de la même façon que les activités d'autres associations sont assujetties à la Loi antimonopole, tout ce que fait un conseil peut donner lieu à une action. La seule conséquence juridique de l'approbation par la JFTC, selon le Japon, est que la JFTC doit d'abord révoquer son approbation avant de prendre des dispositions au titre de la Loi antimonopole contre un code approuvé ou sa mise en oeuvre.

¹³⁸⁵Premiums Law, pièce n° 62-6 des Etats-Unis; pièce n° D-1 du Japon.

¹³⁸⁶IBDD, S34/92, 96, paragraphe 2.7.

10.327 Lorsque nous analysons la question de savoir si les actions engagées par le Conseil des détaillants au titre du Code de concurrence loyale peuvent être assimilées à des mesures gouvernementales au sens de l'article XXIII:1 b), nous considérons qu'il peut être utile d'examiner plus particulièrement le statut que ces actions ont aux yeux du gouvernement japonais et du secteur photographique. Sur ce point, nous notons que les Etats-Unis se réfèrent à l'article 10 de la Loi sur les primes, en particulier à l'article 10 1) qui dispose que les associations professionnelles peuvent obtenir l'autorisation de la JFTC d'établir des codes de concurrence loyale, à l'article 10 3) qui dispose que le fonctionnement des codes et des conseils est soumis à la surveillance de la JFTC et à l'article 10 5) qui dispose que la Loi antimonopole ne s'applique pas aux codes de concurrence loyale qui ont été autorisés ni aux actes des entreprises ou des associations professionnelles accomplis conformément aux dispositions desdits codes.¹³⁸⁷ Si l'on considère que la JFTC a approuvé le Code de concurrence loyale et le Conseil des détaillants, et que l'article 10 5) paraît accorder une exemption gouvernementale de l'application de certaines dispositions de la Loi antimonopole aux actes accomplis par le Conseil des détaillants et les adhérents au code conformément au code, il est difficile de conclure que les actions engagées par le Conseil des détaillants au titre du code aux fins d'enquêter, de faire respecter le code et d'assurer la liaison avec le gouvernement sont des actions purement privées d'une association professionnelle privée. La probabilité que ces actions aient un caractère gouvernemental ou quasi gouvernemental est renforcée par la mention dans le Code de concurrence loyale, à l'article premier, de l'"objectif" qui consiste "à établir des règles concernant les déclarations faites dans les transactions de détail portant sur les appareils photo et les produits connexes sur la base de l'[article 10 1) de la Loi sur les primes]" et de la mention à l'article 18 2) de la prescription selon laquelle "avant d'établir ou de modifier les règlements conformément au paragraphe 1 ci-dessus, [le Conseil des détaillants] doit obtenir l'autorisation de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales".¹³⁸⁸

10.328 En conséquence, nous constatons qu'étant donné l'approbation par la JFTC du Code de concurrence loyale et du Conseil des détaillants ainsi que des actions engagées par le Conseil des détaillants au titre du Code de concurrence loyale, ces actions ont un lien suffisant avec les "directives administratives" et l'approbation du gouvernement japonais pour que l'on puisse constater qu'il s'agit de mesures imputables au gouvernement au sens de l'article XXIII:1 b). Eu égard au rôle susmentionné de la JFTC, nous considérons qu'il y a une probabilité suffisante que les parties privées se conforment au Code de concurrence loyale comme si ce dernier était une mesure juridiquement contraignante.¹³⁸⁹ Cette constatation est conforme à la pratique antérieure du GATT. A cet égard, nous rappelons que dans l'affaire Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques (1987) les codes de concurrence loyale ("codes de déontologie") approuvés par la JFTC sont désignés comme étant des "instruments juridiques".¹³⁹⁰ Enfin, nous notons qu'une constatation contraire créerait le risque qu'un Membre puisse se soustraire à ses obligations contractées dans le cadre de l'OMC en déléguant un pouvoir quasi gouvernemental à des organismes privés. En ce qui concerne les obligations relatives au commerce d'Etat, les dispositions du GATT reconnaissent expressément cette possibilité. A cet égard, une note interprétative relative aux articles XI, XII, XIII, XIV et XVIII dispose que: "Dans les articles XI, XII, XIII, XIV et XVIII, les expressions "restrictions à l'importation" ou "restrictions à l'exportation" visent également les restrictions appliquées par le moyen de transactions relevant du commerce d'Etat." L'existence de cette note montre bien que les rédacteurs de l'Accord général ont reconnu la nécessité de traiter explicitement un aspect du problème de la délégation de pouvoirs par le gouvernement. A notre avis, elle étaye notre constatation selon laquelle une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b) devrait être interprétée de manière

¹³⁸⁷Pièce n° 62-6 des Etats-Unis; pièce n° D-1 du Japon.

¹³⁸⁸Retailers Fair Competition Code, pièce n° 87-4 des Etats-Unis; pièce n° D-66 du Japon.

¹³⁸⁹Voir Japon - Produits agricoles, IBDD, S35/180, 272-273.

¹³⁹⁰IBDD, S34/92, 96, paragraphe 2.7.

à empêcher que des actions d'entités ayant des pouvoirs de type gouvernemental n'annulent ou ne compromettent des avantages escomptés.

10.329 Avantages. Nous rappelons que les Etats-Unis allèguent que les avantages qui leur reviennent sont les attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché japonais des pellicules et papiers qui résultent des concessions tarifaires accordées par le Japon lors du Kennedy Round et du Tokyo Round, et que, en particulier, ils n'auraient pas pu prévoir qu'en mars 1987, bien après le Kennedy Round et le Tokyo Round, la JFTC créerait le Code de concurrence loyale et le Conseil des détaillants pour établir et faire appliquer des normes concernant les déclarations mensongères dans la publicité relative aux prix et aux conditions promotionnelles. En outre, les Etats-Unis affirment qu'ils n'étaient toujours pas au courant de l'ampleur de l'incidence de cette mesure sur le marché japonais des pellicules au moment de la conclusion du Cycle d'Uruguay. Le Japon répond que l'approbation par la JFTC en 1987 du Code de concurrence loyale et du Conseil des détaillants n'a rien à voir avec les attentes raisonnables des Etats-Unis parce que cette action concerne uniquement les appareils photo et le matériel photo connexe. En outre, de l'avis du Japon, l'approbation du Code par la JFTC en 1987 a été faite en application de la Loi sur les primes qui existait déjà et elle n'a rien changé à la mise en oeuvre de la politique générale au titre de ladite loi.

10.330 Lorsque nous examinons la question de savoir ce que les Etats-Unis auraient dû prévoir à la fin du Kennedy Round et du Tokyo Round, nous rappelons notre conclusion selon laquelle normalement un Membre ne devrait pas être considéré comme ayant prévu une mesure adoptée après la conclusion d'une série de négociations, à moins qu'il n'y ait une raison de penser le contraire. En l'espèce, nous ne voyons pas de raison pour laquelle les Etats-Unis auraient dû prévoir ces mesures particulières. Le fait que les codes de concurrence loyale et les conseils des pratiques commerciales loyales existaient au Japon avant le Cycle d'Uruguay, et étaient autorisés par l'article 10 de la Loi sur les primes, n'implique pas que des applications particulières des codes et des conseils devaient être prévisibles. Ainsi, nous constatons que, pour ce qui est du Code de concurrence loyale et du Conseil des détaillants, les Etats-Unis ont des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché qui résultent du Kennedy Round et du Tokyo Round.

10.331 Toutefois, en ce qui concerne les concessions accordées par le Japon dans le cadre du Cycle d'Uruguay, qui sont postérieures à 1987, il est difficile de conclure que les Etats-Unis ne pouvaient pas raisonnablement prévoir cette mesure qui existait déjà. Là encore, bien que nous puissions concevoir qu'il y ait des circonstances dans lesquelles le Membre de l'OMC exportateur ne peut raisonnablement être au courant de l'importance d'une mesure ou de l'incidence différenciée que celle-ci peut avoir, que quelque temps après la publication initiale de ladite mesure, les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence de circonstances de ce genre en l'espèce. En conséquence, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que, pour ce qui est du Code de concurrence loyale et du Conseil des détaillants, ils avaient des attentes légitimes concernant une amélioration de l'accès au marché qui résultaient des concessions accordées dans le cadre du Cycle d'Uruguay.

10.332 Réduction d'avantages et causalité. En ce qui concerne la causalité, nous aborderons trois questions. Premièrement, la question de savoir si le Code de concurrence loyale s'applique aux pellicules et papiers. Deuxièmement, la question de savoir si les articles 3 et 4 du code concernant l'origine annulent ou compromettent des avantages. Troisièmement, la question de savoir si l'application du code compromet des avantages.

10.333 S'agissant de la première question, la position des Etats-Unis est que le code s'applique, à la fois de jure et de facto, aux pellicules et papiers. Les Etats-Unis soulignent que l'article 2.2 du code dispose que "[p]our atteindre les objectifs énoncés dans l'article ci-dessus, les entreprises doivent respecter l'esprit du présent code même lorsque les produits considérés ne correspondent pas exactement à la définition des appareils photo et produits connexes".¹³⁹¹ Les Etats-Unis font état ensuite d'un avis exprimé dans le secteur photographique selon lequel "il aurait été vraiment impossible de persuader les membres de la Zenren dont la principale branche d'activité est le développement et le tirage de contribuer si [les règlements] [s'appliquaient] uniquement au matériel photo".¹³⁹² De l'avis des Etats-Unis, le Japon a invité son industrie photographique à élaborer et à faire appliquer des règles dans son propre intérêt, et les réalités du marché liées à cette coopération avec l'industrie ne devraient pas être passées sous silence.

10.334 Le Japon, en revanche, fait valoir que le code, dans son libellé et dans son application, ne vise pas les pellicules ou papiers, et que le respect de "l'esprit du code", tel qu'il est prévu à l'article 2.2 dudit code, ne peut pas s'étendre aux articles qui ne sont pas compris dans la "catégorie des appareils photo". Selon le Japon, même si le secteur de la photographie décidait d'élargir le champ d'application du code pour englober ces produits, cette décision n'aurait pas d'incidence sur l'application de la Loi sur les primes ou de la Loi antimonopole, à moins d'être approuvée par la JFTC. Le Japon fait valoir que la JFTC n'a jamais autorisé et n'a pas l'intention d'autoriser l'application du code aux pellicules ou papiers.

10.335 Notre analyse de cette première question est que le code vise manifestement les appareils photo, mais que les éléments de preuve fournis ne permettent pas de voir clairement si les dispositions du code s'étendent et ont été appliquées aux pellicules et papiers. Toutefois, aux fins du reste de notre analyse, nous supposons que le code s'étend effectivement à ces produits.

10.336 En ce qui concerne les articles 3 et 4 du code, les Etats-Unis font valoir que ces articles, tels qu'ils sont énoncés, établissent une discrimination à l'égard des importations pour ce qui est des déclarations concernant le pays d'origine des produits. L'article 3, relatif aux annonces publicitaires aux devantures des magasins, et l'article 4, concernant les dépliants publicitaires, prescrivent que les annonces publicitaires doivent indiquer le pays d'origine pour les marchandises importées; cette indication n'est pas exigée pour les produits d'origine japonaise, sauf si ces marchandises nationales paraissent similaires à des produits importés (c'est-à-dire peuvent être confondues avec eux).

10.337 Le Japon répond que l'obligation d'indiquer le pays d'origine pour les produits importés vise simplement à fournir des informations suffisantes aux consommateurs. En outre, de l'avis du Japon, les Etats-Unis n'ont pas démontré en quoi l'application de cette disposition a bouleversé les conditions de concurrence pour les pellicules ou papiers importés.

10.338 Sur ce point, tout en étant sensibles à l'éventualité qu'une prescription discriminatoire concernant l'indication du pays d'origine puisse avoir pour résultat de porter atteinte aux rapports de concurrence nous notons tout d'abord que l'article IX du GATT autorise expressément les règlements relatifs au marquage de l'origine. Ainsi, nous hésitons à condamner automatiquement les prescriptions du code, bien qu'elles aillent au-delà du marquage. En outre, nous notons que le code exige l'indication de l'origine

¹³⁹¹Voir la traduction par le Japon de "kamera-ruï" par "catégorie des appareils photo", au lieu de "appareils photo et produits connexes". Pièce n° D-68 du Japon. Nous notons que les experts du Groupe spécial souscrivent à la traduction du Japon. Voir l'Annexe sur les problèmes de traduction, point 17, partie XI.

¹³⁹²Discussion on Progress of Fair Trade Council Focuses on Making Competition Codes Fully Known, Zenren Tsuho, août 1987, pages 16 à 20, pièce n° 87-7 des Etats-Unis, pièce n° D-70 du Japon. Voir la traduction différente de ce membre de phrase faite par le Japon. Nous notons que les experts en traduction du Groupe spécial semblent convenir que la traduction par les Etats-Unis est la plus exacte. Voir l'Annexe sur les problèmes de traduction, point 18, partie XI.

pour certains produits nationaux, comme pour les produits importés, et que le Japon a fourni une explication du traitement différent des produits nationaux et des produits importés en ce qui concerne l'indication du pays d'origine. Qui plus est, les Etats-Unis n'ont pas démontré en quoi cette prescription d'indication du pays d'origine figurant dans le code a bouleversé les rapports de concurrence entre les pellicules ou papiers nationaux et importés.

10.339 En ce qui concerne la troisième question - l'application du code - les Etats-Unis font valoir que le Code de concurrence loyale donne au Conseil des détaillants le pouvoir d'engager des actions pour déclarations mensongères dans des campagnes de promotion non seulement au titre du code lui-même, mais aussi au titre de la Loi sur les primes et des lois connexes en matière de concurrence. En particulier, l'article 14.7 du code stipule que le Conseil des détaillants exerce notamment "[d]es activités en vue de faire largement connaître la [Loi sur les primes] et d'autres lois et ordonnances concernant la promotion de pratiques commerciales loyales et de prévenir les infractions auxdites lois". De l'avis des Etats-Unis, le Conseil des détaillants fait fonction d'organe d'exécution suppléant de la JFTC. Les Etats-Unis font valoir en outre que le Conseil des détaillants applique le code aux activités de promotion des non-adhérents, et non pas seulement aux entreprises qui ont accepté d'adhérer au code. Cette pratique, selon les Etats-Unis, s'accorde avec ce que les Etats-Unis affirment être la position du gouvernement japonais, à savoir que les codes de concurrence loyale doivent s'appliquer à l'échelle de la branche de production pour avoir les effets voulus. Les Etats-Unis ajoutent que la JFTC a confirmé qu'elle se fondait sur les codes de concurrence loyale lorsqu'elle appliquait la Loi sur les primes aux non-adhérents.¹³⁹³ En outre, les Etats-Unis font valoir que la JFTC, en approuvant le code, non seulement confère à des parties privées de larges pouvoirs d'exécution par subrogation, mais les exempte aussi de poursuites pour leurs activités. Sur ce point, les Etats-Unis font état d'une déclaration du Secrétaire général de la JFTC selon laquelle "même si la teneur des codes ou les actions fondées sur les codes contreviennent à la Loi antimonopole, aucune procédure visant à les restreindre ne sera engagée sur la base de la Loi antimonopole".¹³⁹⁴ Les Etats-Unis citent aussi une déclaration du directeur de la Division des primes et des déclarations selon laquelle "[l]'approbation du Code signifie que notre rôle qui consiste à engager des procédures d'exécution¹³⁹⁵ en cas de violations sera dévolu au Conseil des pratiques commerciales loyales. S'il n'est pas répondu à cette attente, [l'approbation] n'aurait aucun sens".¹³⁹⁶

10.340 Le Japon répond que le Conseil des détaillants peut prendre des mesures d'autoréglementation au titre du Code de concurrence loyale contre des adhérents, mais qu'il ne peut pas appliquer le code

¹³⁹³Sur ce point, les Etats-Unis citent une circulaire de la Zenren de février 1998 intitulée "Don't Give Up Exposing and Forwarding Materials [Regarding Violations] - Japan Fair Trade Commission Probing Non-Members' Representations Violations", Zenren Tsuho, pièce n° 88-2 des Etats-Unis; pièce n° D-83 du Japon. Cette circulaire dit que "[p]resque tous ceux qui ont reçu des mises en garde ou des avertissements répétés étaient des non-adhérents, autrement dit, si, dans le cas d'un adhérent la mesure corrective est une mise en garde verbale, dans le cas des non-adhérents un avertissement plus sévère est adressé par écrit". La circulaire fait état aussi de "quelques exemples révélateurs récents où des non-adhérents pour lesquels des infractions avaient été mises au jour à maintes reprises, en particulier, ont été réduits au silence ou pour lesquels la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales a déjà entamé une enquête". Ibid.

¹³⁹⁴Competition Policy Law, Itoga Shogo, JTFC Secretary General, Jirei Dokusen Kinshi Ho, 15 décembre 1995, pièce n° 95-20 des Etats-Unis, page 5.

¹³⁹⁵Le Japon traduit "teki-hatsu" par "divulgation" au lieu de "procédures d'exécution", pièce n° D-82 du Japon. Les experts en traduction du Groupe spécial ne sont pas d'accord sur la traduction appropriée dans le contexte, mais ils penchent en faveur d'une traduction indiquant une action plus énergique que la "divulgation". Voir l'Annexe sur les problèmes de traduction, point 20, partie XI.

¹³⁹⁶Fair Trade Council Established, Operated by Zenren, Will Respect "Fair Competition Code" - Urgent Need to Have Code Known by October Start, Zenren Tsuho, juillet 1987, page 3, pièce n° 87-5 des Etats-Unis.

aux non-adhérents. Selon le Japon, le Conseil ne peut engager aucune procédure contre des non-adhérents pour inobservation du code. La JFTC, par ailleurs, établit sa propre appréciation du comportement des non-adhérents, mais elle n'agit que s'il est établi que le comportement est contraire à la Loi sur les primes. Le Japon fait valoir en outre qu'étant donné que les règles concernant les déclarations mensongères des codes sont fondées sur la Loi sur les primes, il n'y a pas de différence fondamentale entre le concept de déclaration mensongère au titre de la Loi sur les primes et au titre des codes. Toutefois, souligne le Japon, le pouvoir d'exécution de la JFTC au titre de la Loi sur les primes ne peut pas être délégué à un organisme privé.

10.341 Nous notons tout d'abord que les éléments de preuve fournis sur ce point, en particulier la circulaire de la Zenren de février 1988, indiquent que bien que les dispositions du Code de concurrence loyale ne s'appliquent pas expressément aux non-adhérents, le Conseil des détaillants a en fait encouragé les adhérents à signaler les "violations" présumées par des non-adhérents et a réussi à faire pression sur les non-adhérents pour qu'ils se conforment au code, en misant sur le fait que les non-adhérents qui ne se conforment pas au code peuvent faire l'objet de poursuites au titre de la Loi antimonopole. Les éléments de preuve donnent à penser également que la JFTC connaît parfaitement - et approuve au moins tacitement - cette action du Conseil des détaillants.

10.342 Nous rappelons ensuite l'allégation du Japon selon laquelle les Etats-Unis n'ont pas indiqué quelles dispositions particulières du code ou quelles activités particulières du Conseil des détaillants ont bouleversé les conditions de concurrence pour les pellicules et papiers photographiques importés. Pour le Japon, la raison de cette omission de la part des Etats-Unis est qu'aucun "code" ou "conseil" n'a jamais affecté l'importation de pellicules ou papiers.

10.343 Sur ce point fondamental de la preuve d'une réduction d'avantages et de la causalité, nous rappelons l'affirmation des Etats-Unis selon laquelle la multiplicité des mécanismes d'exécution du Japon - la JFTC, le Conseil de la promotion, le Conseil des détaillants et d'autres "conseils des pratiques commerciales loyales" et associations professionnelles - et des dispositions juridiques qui peuvent bloquer une campagne de promotion a eu "un effet de paralysie" certain sur les importateurs comme Kodak. Les Etats-Unis font valoir que Kodak a trouvé beaucoup d'idées pour les primes et les concours dotés de prix, mais que, selon un directeur général de Kodak, "elles ont été abandonnées lorsqu'elles risquaient d'être incompatibles avec la réglementation du gouvernement ou l'autoréglementation du secteur photographique ... nous nous sommes efforcés de nous autoréglementer avant de faire l'objet de pareilles mesures [de la part de la JFTC ou du Conseil des pratiques commerciales loyales]".¹³⁹⁷

10.344 Les Etats-Unis mentionnent aussi plusieurs exemples de primes liées au développement de pellicules, de concours dotés de prix et d'autres campagnes de promotion que, selon les Etats-Unis, Kodak a essayé de lancer mais qu'elle a dû annuler. En particulier, selon les Etats-Unis:

- En 1979, c'est-à-dire avant l'adoption de la mesure, Kodak a organisé un concours en offrant comme prix des magnétoscopes d'une valeur d'environ 100 000 yen. La JFTC aurait informé Kodak que le concours était inapproprié.¹³⁹⁸
- En 1987, Kodak a essayé de mettre au point une campagne de promotion conjointe avec McDonald's, mais elle s'est heurtée à la limitation de 10 pour cent pour les primes qui peuvent être offertes aux consommateurs. Kodak voulait offrir gratuitement des appareils photo panoramiques jetables avec les repas de McDonald's. En raison de la règle des 10 pour cent, Kodak aurait été obligée de se contenter d'une campagne de promotion où les acheteurs d'un

¹³⁹⁷Affidavit of Sumi Hiromichi, 27 novembre 1996, pièce n° 96-10 des Etats-Unis, paragraphes 24 et suivants.

¹³⁹⁸Affidavit of Yasuyuki Suzuki, 13 février 1997, pièce n° 97-6 des Etats-Unis.

repas McDonald's obtenaient un billet de tombola leur donnant une chance de gagner un appareil photo panoramique par un tirage au sort.¹³⁹⁹

- En 1987 également, Kodak avait négocié un arrangement avec le Ministère des postes et télécommunications selon lequel Kodak vendrait des cartes postales photographiques dans les bureaux de poste dans tout le Japon à des prix inférieurs au prix de détail courant. Les consommateurs pourraient déduire le coût des cartes postales de leurs comptes d'épargne dans les bureaux de poste. Toutefois, le Ministère a renoncé à l'arrangement en raison de la pression qu'aurait exercée la Zenren et il aurait adressé une "directive administrative" à Kodak lui demandant de renoncer à ce projet. Kodak aurait été obligée de s'incliner en raison des risques commerciaux encourus si elle ne se conformait pas à la "directive" du Ministère.¹⁴⁰⁰
- En 1990, la JFTC serait intervenue dans une campagne de promotion lancée par un laboratoire de développement affilié à Kodak, Nakamurabashi Photo Station. Nakamurabashi offrait en prime un album photo d'une valeur d'environ 200 yen pour le développement de pellicules. La JFTC aurait jugé que cette campagne de promotion allait trop loin et vivement conseillé à l'intéressé de prendre des précautions suffisantes pour les activités de promotion futures.¹⁴⁰¹

10.345 A cela, le Japon répond que dans les cas dont il a connaissance, les actions engagées l'ont été parce que les primes en cause excédaient le plafond légal. Il fait valoir que l'origine du produit n'avait rien à voir avec les actions de la JFTC et que des campagnes similaires pour des produits nationaux auraient été également considérées comme illicites. De plus, selon le Japon, les réglementations en matière de primes ont été encore assouplies, en particulier depuis 1994, et elles sont réexaminées en permanence par la JFTC. La "nouvelle règle générale concernant les primes" est appliquée à tous les secteurs depuis avril 1996 et depuis lors la JFTC réexamine les réglementations sur les primes applicables à divers secteurs, y compris les circulaires qu'elle a édictées pour chaque secteur et les "codes de concurrence loyale" particuliers, afin d'assurer leur compatibilité avec la nouvelle règle générale concernant les primes. C'est ainsi que sur 29 circulaires portant chacune sur un secteur particulier, dix ont été abrogées ou modifiées à compter de mars 1997.¹⁴⁰² La Circulaire n° 17 concernant les primes aux entreprises a été abrogée le 16 février 1996. Selon le Japon, personne dans l'administration japonaise concernée ne se souvient de l'incident allégué de 1987, décrit par les Etats-Unis, concernant la campagne de "cartes postales" que Kodak aurait essayé de lancer. Le Japon fait valoir qu'en tout état de cause les actions susmentionnées qu'auraient prises la JFTC et le Ministère des postes et télécommunications n'ont rien à voir avec l'approbation en 1987 par la JFTC du Code de concurrence loyale et du Conseil des détaillants. Enfin, le Japon soutient qu'étant donné que les pellicules et papiers n'entrent dans le champ d'application d'aucun code de concurrence loyale et ne peuvent faire l'objet d'aucune action d'un conseil des pratiques commerciales loyales, les arguments des Etats-Unis concernant "l'effet de paralysie" de ces codes et conseils ne pourraient avoir de sens qu'en ce qui concerne les appareils photo Kodak, et non les pellicules sur lesquelles les Etats-Unis fondent leur plainte dans la présente procédure.

10.346 Lorsque nous examinons les arguments et éléments de preuve concernant les exemples concrets de réduction d'avantages alléguée présentés par les Etats-Unis, nous notons qu'aucun d'eux ne semble avoir un lien manifeste avec l'approbation par la JFTC en 1987 du Code de concurrence loyale et du Conseil des détaillants, ni avec les actions engagées par le Conseil des détaillants au titre du code. En

¹³⁹⁹Affidavit of William Jack, 13 février 1997, pièce n° 97-2 des Etats-Unis, pages 7 et 8.

¹⁴⁰⁰Affidavit of Mikio Suzuki, 13 février 1997, pièce n° 97-3 des Etats-Unis, pages 1 à 4.

¹⁴⁰¹Affidavit of Isshi Norito, 13 février 1997, pièce n° 97-5 des Etats-Unis, pages 1 à 3.

¹⁴⁰²Kampo, 16 février 1996, pièce n° D-30 du Japon; Kampo, 10 décembre 1996, pièce n° D-31 du Japon.

particulier, l'offre de magnétoscopes comme prix en 1979 précède d'environ huit ans l'adoption de la mesure et aurait donné lieu à une intervention directe de la JFTC, non du Conseil des détaillants; le projet de Kodak de 1987 d'offrir gratuitement des appareils photo panoramiques Kodak avec les repas McDonald's s'est heurté à la règle des 10 pour cent de la JFTC concernant les primes, et non à une action quelconque du Conseil des détaillants; le projet de Kodak de 1987 de vendre des cartes postales photographiques par l'entremise des bureaux de poste japonais aurait échoué en raison de la pression exercée par la Zenren et d'une "directive" du Ministère des postes et des télécommunications, non d'une action quelconque du Conseil des détaillants; et la campagne de promotion lancée en 1990 par un laboratoire de développement affilié à Kodak, Nakamura Photo Station, aurait pris fin en raison d'une intervention directe de la JFTC, non là encore d'une action quelconque du Conseil des détaillants. En outre, nous ne sommes pas convaincus que l'une ou l'autre de ces actions de la JFTC ou du Ministère des postes et télécommunications ait bouleversé le rapport de concurrence entre les pellicules ou papiers nationaux et les pellicules ou papiers importés. Enfin, nous considérons que l'allégation des Etats-Unis concernant un "effet de paralysie" est présentée comme un argument très général et n'est pas étayée par des éléments de preuve suffisants.

10.347 Pour les raisons susmentionnées, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que l'approbation par la JFTC du Code de concurrence loyale et du Conseil des détaillants en mars 1987, ou toute action ultérieure du Conseil des détaillants, annulait ou compromettrait des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b).

10.348 Ainsi, l'approbation par la JFTC du Code de concurrence loyale et du Conseil des détaillants peut être envisagée comme une mesure aux fins de l'article XXIII:1 b) et les Etats-Unis ont démontré qu'ils ne devraient pas être considérés comme l'ayant prévue pour ce qui est des attentes résultant pour eux du Kennedy Round concernant les pellicules et papiers noir et blanc et du Tokyo Round pour l'ensemble des produits en cause. Les Etats-Unis n'ont pas démontré, toutefois, que la mesure annulait ou compromettrait des avantages au sens de l'article XXIII:1 b). S'agissant du Cycle d'Uruguay, ils n'ont démontré la présence que d'un seul des éléments prescrits pour présenter une allégation au titre de l'article XXIII:1 b) - l'existence d'une mesure.

h) Observations récapitulatives concernant les "mesures" en matière de promotion

10.349 Nous notons que parmi les "contre-mesures" en matière de promotion citées par les Etats-Unis, les éléments de preuve ne font apparaître que des cas isolés de procédures d'exécution engagées par la JFTC et le Conseil des détaillants au titre des circulaires de la JFTC et du Code de concurrence loyale. Les éléments de preuve confirment aussi que ni les circulaires de la JFTC ni le Code de concurrence loyale ne limitent d'une manière significative la publicité ou la concurrence par les prix. En conséquence, nous avons constaté que les Etats-Unis n'avaient pas démontré que l'une ou l'autre des mesures en matière de promotion bouleverserait le rapport de concurrence entre les pellicules et papiers importés et les pellicules et papiers nationaux sur le marché japonais.

6. EFFETS CONJUGUES

10.350 Nous rappelons l'allégation des Etats-Unis selon laquelle les "contre-mesures" en matière de distribution, la Loi sur les grandes surfaces et les "mesures" connexes, et les "contre-mesures" en matière de promotion conjointement annulent ou compromettent des avantages revenant aux Etats-Unis, au sens de l'article XXIII:1 b). Plus précisément, les Etats-Unis allèguent que: les "contre-mesures" en matière de distribution, dans leur ensemble, annulent ou compromettent des avantages au sens de l'article XXIII:1 b); la Loi sur les grandes surfaces et les "mesures" connexes annulent ou compromettent également des avantages au sens de l'article XXIII:1 b), dans le contexte de la structure de distribution restrictive au Japon; et les "contre-mesures" en matière de promotion, dans leur ensemble, annulent

ou compromettent des avantages au sens de l'article XXIII:1 b), dans le contexte de la structure de distribution restrictive au Japon.

10.351 Les Etats-Unis font valoir que les "mesures" en matière de distribution agissent conjointement comme un "tout organique". A leur avis, les différents rapports, études, enquêtes, lignes directrices ou autres "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. Les Etats-Unis allèguent que 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. Selon les Etats-Unis, 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.

10.352 Nous rappelons que le Japon répond que, étant donné qu'individuellement aucune des "mesures" en matière de distribution en cause n'a d'effet préjudiciable sur les produits importés ou ne modifie les conditions de concurrence pour les produits importés, considérer ces mesures comme un "ensemble de mesures" ne change rien au fait qu'elles ne bouleversent pas les conditions concurrentielles d'accès au marché pour les pellicules ou papiers importés. Le Japon fait valoir, en bref, que "rien conjugué à rien, c'est toujours rien".

10.353 A notre avis, il n'est pas invraisemblable que des mesures individuelles qui ne compromettent pas des avantages lorsqu'elles sont considérées isolément puissent néanmoins avoir une incidence négative sur les conditions de concurrence lorsqu'elles sont considérées collectivement. Toutefois, pour démontrer qu'une telle théorie juridique peut présenter un intérêt sur le plan factuel dans l'affaire à l'étude, les Etats-Unis doivent fournir des éléments de preuve spécifiques pertinents et donner une justification détaillée indiquant en quoi ces éléments de preuve étayaient la théorie. Lorsque nous examinons les allégations des Etats-Unis relatives aux "effets conjugués", nous rappelons notre analyse des faits suivants: i) les diverses "mesures" citées par les Etats-Unis - "mesures" en matière de distribution et de promotion et restrictions touchant les grandes surfaces - ont été mises en place pendant une période s'étendant sur plusieurs décennies, et ii) un certain nombre de ces "mesures" ne sont plus en vigueur. Nous rappelons également notre analyse des problèmes de chronologie, à savoir la succession dans le temps de la parution des textes annonçant les "mesures" et de l'apparition de conditions générales de vente uniformisées et de la distribution d'une seule marque sur le marché japonais. Cela étant, comme les Etats-Unis allèguent que diverses "mesures" concernant la distribution, la promotion et les grandes surfaces déclenchent des politiques qui sont considérées comme ayant un effet complémentaire et cumulatif sur les pellicules et papiers importés, nous estimons qu'il leur appartient de fournir au Groupe spécial une démonstration détaillée de la façon dont ces "mesures", par leur interaction au niveau de la mise en oeuvre, ont des effets différents et complémentaires de ceux que chaque "mesure" agissant individuellement est présumée avoir.

10.354 Nous rappelons nos constatations relatives aux "mesures" en matière de distribution en cause, en particulier nos constatations selon lesquelles les Etats-Unis n'ont pas démontré que l'une quelconque des "mesures" en matière de distribution en cause - considérée individuellement - avait bouleversé les conditions concurrentielles d'accès au marché pour les pellicules ou papiers importés. En particulier, nous rappelons que nous avons constaté au sujet de chacune des "mesures" en matière de distribution individuelles citées par les Etats-Unis qu'il y avait un problème de "chronologie", à savoir que l'intégration verticale et la distribution d'une seule marque incriminées par les Etats-Unis étaient en grande partie intervenues avant l'adoption des diverses "mesures". Il va sans dire que ce problème de chronologie se pose pour les "mesures" en matière de distribution dans leur ensemble. A la lumière de ces constatations antérieures et compte tenu du fait que les Etats-Unis n'ont pas présenté d'arguments additionnels ou fourni

d'éléments de preuve additionnels au sujet de la façon dont ces mêmes "mesures", "fonctionnant comme un tout", ont eu une incidence négative sur la distribution des pellicules et papiers importés au Japon, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que les effets conjugués des "mesures" en matière de distribution compromettraient les attentes concernant l'accès au marché dans des conditions concurrentielles pour les pellicules ou papiers des Etats-Unis importés au Japon.

10.355 Les Etats-Unis font valoir en outre que la Loi sur les grandes surfaces et les "mesures" connexes, dans le contexte de la structure de distribution restrictive au Japon, annulent ou compromettent les conditions concurrentielles d'accès au marché pour les pellicules ou papiers importés. En particulier, ils 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. Ils font état d'une enquête de 1969 du MITI concernant les conditions générales de vente qui, selon eux, démontre que le MITI considérait les grandes surfaces comme une menace pour les systèmes de distribution oligopolistiques de Fuji et de Konica. Selon les Etats-Unis, cette enquête met en évidence 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" indiqueraient 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 suffisante 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.

10.356 A cela, le Japon répond que les Etats-Unis prennent une déclaration sortie de son contexte pour étayer leur argument selon lequel la Loi sur les grandes surfaces a "servi à soutenir" le système de distribution que le gouvernement aurait encouragé dans le secteur des pellicules et papiers photographiques. Plus 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 faisant suite à une enquête du MITI sur les conditions générales de vente.¹⁴⁰³ Le Japon fait valoir qu'en faisant des commentaires dans le rapport 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 que le rapport du MITI faisait état de la "libre concurrence" comme d'une chose positive. A cet égard, il note 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). Il prétend également avoir fait par inadvertance une erreur de traduction en oubliant le membre de phrase "ce qui est un effet souhaitable" à la fin de cette citation.¹⁴⁰⁴ Enfin, le Japon fait valoir que 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

¹⁴⁰³MITI's 1969 Survey Report on Transaction Terms, pièce n° B-1 du Japon, page 309; pièce n° 15 des Etats-Unis.

¹⁴⁰⁴Ibid. Le Japon fait valoir que 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" était considérée comme "souhaitable". Ibid.

des pratiques commerciales irrationnelles telles que des délais de règlement anormalement longs, des renvois de produits et des pratiques de détachement de personnel.¹⁴⁰⁵

10.357 Là encore, pour être considérée comme présentant un intérêt factuel en l'espèce, la théorie des Etats-Unis concernant les "mesures" agissant conjointement doit être fondée sur une justification détaillée et des éléments de preuve convaincants. Sur la base des éléments de preuve et des arguments présentés par les deux parties et compte tenu de la partie additionnelle du rapport faisant suite à l'enquête du MITI mentionnée par le Japon, nous considérons que le rapport du MITI cité par les Etats-Unis, lorsqu'il est correctement traduit et lu dans son contexte, n'étaye pas suffisamment le point de vue des Etats-Unis au sujet du rôle que la Loi sur les grandes surfaces (et les "mesures" connexes) jouerait dans le soutien de ce qui, au dire des Etats-Unis, est un système de distribution oligopolistique des pellicules et papiers au Japon. Les éléments de preuve donneraient plutôt à penser que le MITI était extrêmement soucieux d'éviter la réapparition de ce qu'il considérait comme des conditions commerciales irrationnelles. Dans la mesure où les Etats-Unis allèguent que la Loi sur les grandes surfaces "a créé" au Japon une distribution à intégration verticale, dominée par les fabricants, cette allégation perd de son poids en raison du problème de chronologie évoqué plus haut, à savoir que cette structure de distribution existait avant l'adoption de la Loi sur les grandes surfaces en 1973. Les Etats-Unis offrent des éléments de preuve insuffisants concernant la manière dont la Loi sur les grandes surfaces a joué un rôle dans le maintien de cette structure préexistante à intégration verticale. En l'absence d'autres éléments de preuve et arguments à l'appui de l'allégation des Etats-Unis, et compte tenu de nos constatations antérieures selon lesquelles les Etats-Unis n'ont pas démontré que la Loi sur les grandes surfaces et les "mesures" connexes avaient bouleversé les conditions concurrentielles d'accès au marché pour les pellicules ou papiers importés, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que la Loi sur les grandes surfaces et les "mesures" connexes avaient servi à soutenir au Japon un système de distribution à intégration verticale pour les pellicules et papiers.

10.358 Les Etats-Unis allèguent en outre qu'indépendamment du rôle que la Loi sur les grandes surfaces joue dans le soutien du système de distribution oligopolistique sur le marché japonais des pellicules et papiers, les restrictions touchant les grandes surfaces ont limité l'accès au marché en réduisant un autre circuit possible pour commercialiser les produits étrangers. Les Etats-Unis font valoir que 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, selon les Etats-Unis, s'était avéré plus favorable aux importations au Japon. Les Etats-Unis citent l'exemple d'Agfa qui effectuerait 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, les Etats-Unis affirment que cette chaîne de magasins pourrait être encore plus importante aujourd'hui et achèterait davantage à Agfa. D'un autre côté, selon les Etats-Unis, 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. En conséquence, à l'allégation concernant la Loi sur les grandes surfaces agissant conjointement avec les "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 elle-même, dans le contexte d'un système de distribution fermé, annule ou compromet des avantages au sens de l'article XXIII:1 b).

10.359 Le Japon réfute les allégations de réduction d'avantages formulées par les Etats-Unis au sujet des effets de la Loi sur les grandes surfaces et des "mesures" connexes agissant conjointement dans le contexte du système de distribution "fermé" japonais, réaffirmant qu'à son avis aucune des "mesures" en question considérée individuellement n'a d'effet préjudiciable sur les produits importés ou ne modifie les conditions de concurrence pour les produits importés. Selon le Japon, les grandes surfaces n'ont pas

¹⁴⁰⁵Ibid.

davantage tendance à vendre des produits importés. Ce qui compte, c'est le volume des ventes, qu'il s'agisse de petits ou de gros magasins. Le Japon fait valoir en outre que le nombre de grandes surfaces a augmenté malgré l'existence de la Loi sur les grandes surfaces. Il réaffirme qu'il n'y a pas d'éléments de preuve indiquant un effet conjugué de la Loi sur les grandes surfaces et des "mesures" connexes, dans le contexte d'un système de distribution fermé, parce que rien conjugué à rien, c'est toujours rien.

10.360 Comme il est indiqué plus haut, pour que la notion d'effets conjugués soit considérée comme présentant un intérêt factuel en l'espèce, les Etats-Unis doivent clairement démontrer en quoi les éléments de preuve étayent cette allégation. Nous rappelons à cet égard nos constatations relatives à la Loi sur les grandes surfaces et aux "mesures" connexes, que nous avons examinées ensemble, en particulier nos constatations selon lesquelles les Etats-Unis n'ont pas démontré que l'une quelconque de ces "mesures" en cause avait bouleversé les conditions concurrentielles d'accès au marché pour les pellicules ou papiers importés. A la lumière de ces constatations antérieures et compte tenu du fait que les Etats-Unis n'ont pas présenté d'arguments additionnels ou fourni d'éléments de preuve additionnels au sujet de la façon dont ces mêmes "mesures", "fonctionnant comme un tout", ont eu une incidence négative sur la distribution des pellicules et papiers importés au Japon, si ce n'est une référence anecdotique à l'utilisation par Agfa de la chaîne de supermarchés Daiei comme principal canal de distribution des pellicules au Japon (argument qui, s'il est factuellement correct, pourrait être considéré comme témoignant de la disponibilité de cet autre moyen de distribution dans le contexte japonais), nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que les effets conjugués de la Loi sur les grandes surfaces et des "mesures" connexes, dans le contexte d'un système de distribution prétendument fermé, compromettaient les conditions concurrentielles d'accès au marché pour les pellicules ou papiers des Etats-Unis importés au Japon.

10.361 Nous rappelons ensuite l'allégation des Etats-Unis selon laquelle les "contre-mesures" en matière de promotion ont elles aussi soutenu le système de distribution fermé. Selon les Etats-Unis, la Circulaire n° 17 de la JFTC 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 de la JFTC, de l'avis des Etats-Unis, a essentiellement exclu toute forme de prime des fabricants aux grossistes, sauf celles de caractère symbolique qui pouvaient être considérées comme raisonnables au regard de la pratique commerciale normale. Les Etats-Unis affirment que 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. Et du fait que, de l'avis des Etats-Unis, 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, selon les Etats-Unis, 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 consommateurs japonais grâce à des primes et des activités de promotion intéressantes. Pour les Etats-Unis, 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, selon les Etats-Unis, 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 et conseils de concurrence loyale et des actions du Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales.

10.362 Le Japon rejette l'allégation des Etats-Unis selon laquelle les "mesures" en matière de promotion en cause, dans leur ensemble, ont compromis des avantages revenant aux Etats-Unis, 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 réaffirme

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.

10.363 Là encore, nous notons que pour être considérée comme ayant un intérêt factuel en l'espèce, la théorie des Etats-Unis concernant les effets conjugués doit être fondée sur une justification détaillée et des éléments de preuve convaincants versés au dossier. Nous rappelons à cet égard nos constatations relatives aux "mesures" en matière de promotion en cause, en particulier nos constatations selon lesquelles les Etats-Unis n'ont pas démontré que l'une quelconque de ces "mesures" en cause - considérée individuellement - avait bouleversé les conditions concurrentielles d'accès au marché pour les pellicules ou papiers importés. Quelques activités de promotion spécifiques (par exemple la publicité mensongère, certaines primes) sont réglementées sur une base non discriminatoire, mais des instruments tels que la publicité véridique et la concurrence par les prix sont autorisés. Au total, les Etats-Unis ne citent que quelques cas, répartis sur de nombreuses années, où les activités de promotion de Kodak ont été limitées d'une manière quelconque. Au vu de ces constatations antérieures et compte tenu du fait que les Etats-Unis n'ont pas présenté d'arguments additionnels ou fourni d'éléments de preuve additionnels au sujet de la façon dont ces mêmes "mesures", "fonctionnant comme un tout", ont eu une incidence négative sur la distribution des pellicules et papiers importés au Japon, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que les effets conjugués des "mesures" en matière de promotion, dans le contexte d'un système de distribution prétendument fermé, compromettaient les conditions concurrentielles d'accès au marché pour les pellicules ou papiers des Etats-Unis importés au Japon.

10.364 Enfin, les Etats-Unis allèguent 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 au sens de l'article XXIII:1 b).

10.365 Le Japon répond 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. 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 ou qu'elles ont effectivement 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 (paragraphe 4.27).

10.366 Là encore, nous rappelons nos constatations selon lesquelles les éléments de preuve présentés par les Etats-Unis n'établissent pas que l'une quelconque des "mesures" individuelles - "mesures" en matière de distribution, "mesures" imposant des restrictions aux grandes surfaces ou "mesures" en matière de promotion - annule ou compromet des avantages revenant aux Etats-Unis en ce qui concerne les attentes en matière d'accès au marché dans des conditions concurrentielles pour les pellicules ou papiers importés. A la lumière de ces constatations antérieures et compte tenu du fait que les Etats-Unis n'ont pas présenté d'arguments additionnels ou fourni d'éléments de preuve additionnels à l'appui de leur allégation selon laquelle toutes ces "mesures" ont agi de concert pour perturber les attentes des Etats-Unis en matière d'accès au marché, nous constatons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que les trois catégories de "mesures" conjointement annulaient ou compromettaient des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b).

10.367 En dernière analyse, il n'appartient pas au Groupe spécial d'effectuer, seul, son propre examen approfondi de l'applicabilité éventuelle en l'espèce de la théorie des Etats-Unis concernant les effets

conjugués. Il incombe aux Etats-Unis, en tant que partie plaignante, de faire une démonstration détaillée de la pertinence de cette théorie pour l'affaire à l'étude. Nous considérons que les Etats-Unis n'ont pas fait cette démonstration en l'espèce.

F. ARTICLE III:4 - TRAITEMENT NATIONAL EN MATIERE DE LOIS, REGLEMENTS ET PRESCRIPTIONS

10.368 Les Etats-Unis allèguent que les "mesures" en matière de distribution dont ils disent qu'elles annulent ou compromettent des avantages au sens de l'article XXIII:1 b) soumettent également les pellicules et papiers importés à un traitement moins favorable, en violation de l'article III:4. En particulier, ils font valoir que les huit "mesures" en matière de distribution ci-après appliquées par le Japon sont contraires à l'article III:4¹⁴⁰⁶:

- 1) Décision de 1967 du Cabinet concernant la libéralisation de l'investissement étranger direct;
- 2) Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC concernant les primes aux entreprises;
- 3) Sixième Rapport intérimaire de 1968 intitulé "Modernisation de la distribution - Perspectives et enjeux";
- 4) Septième Rapport intérimaire de 1969 intitulé "Systématisation des activités de distribution";
- 5) Rapport de 1969 faisant suite à l'enquête sur les conditions générales de vente;
- 6) Lignes directrices de 1970 concernant la rationalisation des conditions générales de vente des pellicules photographiques;
- 7) Plan de base de 1971 concernant la systématisation de la distribution; et
- 8) Manuel de 1975 concernant la systématisation de la distribution par secteur: appareils photo et pellicules.

Avant d'examiner ces huit mesures en matière de distribution à la lumière de l'article III:4¹⁴⁰⁷, nous souhaitons faire plusieurs observations générales concernant cette disposition du GATT et l'interprétation qu'il convient d'en donner en l'espèce.

10.369 La partie pertinente de l'article III:4 dispose ce qui suit:

"4. Les produits du territoire de tout Membre importés sur le territoire de tout autre Membre ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur."

Nous considérons que, conformément aux précédents établis dans le cadre du GATT/de l'OMC, cette disposition exige des Etats-Unis qu'ils démontrent l'existence: a) d'une loi, d'un règlement ou d'une prescription affectant la vente, la mise en vente ou la distribution des pellicules ou papiers importés sur

¹⁴⁰⁶Nous avons constaté au paragraphe 10.21 que trois "mesures" additionnelles en matière de distribution citées par les Etats-Unis - l'application des dispositions du Règlement n° 1 de la JFTC au titre de l'article 6 de la Loi antimonopole concernant la notification des marchés internationaux (avril 1971), l'aide financière accordée par la JDB aux grossistes de Konica (1976) et l'aide financière accordée par la SMEA aux laboratoires de développement (juillet 1977) - ne relevaient pas de notre mandat parce qu'elles n'ont pas été indiquées dans la demande d'établissement du Groupe spécial conformément à l'article 6:2 du Mémorandum d'accord. Nous n'allons donc pas les examiner plus avant.

¹⁴⁰⁷Comme les arguments des Communautés européennes au titre de l'article III:4 coïncident largement avec ceux des Etats-Unis, nous ne les examinerons pas séparément.

le marché intérieur; et b) d'un traitement accordé en ce qui concerne la loi, le règlement ou la prescription qui est moins favorable pour le produit importé que pour le produit similaire d'origine nationale.¹⁴⁰⁸ Nous notons qu'il n'y a pas de divergence de vues entre les parties sur ce point.

10.370 Lorsque nous examinons la pertinence de l'article III:4 dans le présent différend, nous considérons que nous devons également tenir compte du principe général énoncé à l'article III:1, à savoir:

"1. Les Membres reconnaissent que les taxes et autres impositions intérieures, ainsi que les lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits sur le marché intérieur et les réglementations quantitatives intérieures prescrivant le mélange, la transformation ou l'utilisation en quantités ou en proportions déterminées de certains produits ne devront pas être appliqués aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale."

Dans l'affaire Japon - Boissons alcooliques, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit:

"L'article III:1 énonce un principe général selon lequel des mesures intérieures ne devront pas être appliquées de manière à protéger la production nationale. Ce principe général commande le reste de l'article III. L'article III:1 a pour but de faire de ce principe un guide pour comprendre et interpréter les obligations spécifiques énoncées à l'article III:2 et aux autres paragraphes de l'article III tout en respectant, et non en affaiblissant de quelque manière, le sens des mots effectivement utilisés dans le texte de ces autres paragraphes."¹⁴⁰⁹

En substance, comme l'a rappelé l'Organe d'appel dans l'affaire Japon - Boissons alcooliques, l'article III "oblige les Membres de l'OMC à garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux".¹⁴¹⁰

10.371 Nous notons que, en ce qui concerne le traitement national, la question spécifique examinée par l'Organe d'appel dans l'affaire Japon - Boissons alcooliques était celle des taxes intérieures différentes au titre de l'article III:2; bien que l'Organe d'appel indique clairement que le principe général énoncé à l'article III:1 commande le reste de l'article III et devrait servir de guide pour comprendre et interpréter les autres paragraphes de l'article III, dans l'affaire Bananes III l'Organe d'appel a indiqué que "pour déterminer s'il y a eu violation de l'article III:4 il n'est pas nécessaire d'examiner séparément si une mesure "[protège] la production nationale"". ¹⁴¹¹ Par conséquent, suivant ce que l'Organe d'appel a établi récemment dans l'affaire Bananes III, nous allons utiliser le principe général énoncé à l'article III:1 comme guide

¹⁴⁰⁸Voir, par exemple, Etats-Unis - Essence, WT/DS2/9, page 37.

¹⁴⁰⁹WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, page 21.

¹⁴¹⁰Ibid., page 19, citant Etats-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation, IBDD, S34/154, paragraphe 5.1.9, et Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques, IBDD, S34/92, paragraphe 5.5 b). Voir Etats-Unis - L'article 337, dont il est question plus loin, qui est la première affaire dans laquelle un groupe spécial a indiqué ce qui suit: "Les mots "ne seront pas soumis à un traitement moins favorable" qui figurent au paragraphe 4 [de l'article III] exigent l'égalité effective des possibilités offertes aux produits importés en ce qui concerne l'application des lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits sur le marché intérieur" (non souligné dans l'original). Rapport adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386, 432-433, paragraphe 5.11. Voir aussi CEE - Pièces détachées et composants, IBDD, S37/142; Canada - Loi sur l'examen de l'investissement étranger, IBDD, S30/147.

¹⁴¹¹WT/DS27/AB/R, page 105 (souligné dans l'original).

pour interpréter l'article III:4 mais nous n'allons pas examiner séparément si les mesures citées par les Etats-Unis "[protègent] la production nationale".

10.372 S'agissant de la charge de la preuve, ainsi qu'il est indiqué plus haut (section D), nous notons qu'il incombe à la partie qui affirme un fait ou qui établit une allégation ou un moyen de défense d'en apporter la preuve. Une fois que cette partie a fourni des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, la charge de la preuve se déplace et il incombe à l'autre partie de réfuter la présomption.¹⁴¹² Ainsi, en l'espèce, compte tenu également des allégations au titre des articles III et X, il incombe aux Etats-Unis de prouver la véracité de leurs allégations. Une fois qu'ils ont établi une présomption que ce qu'ils allèguent est vrai, il appartient au Japon de fournir des éléments de preuve suffisants pour réfuter cette présomption.

a) Lois, règlements ou prescriptions

10.373 En ce qui concerne les huit "mesures" en matière de distribution citées par les Etats-Unis, nous devons d'abord déterminer si elles constituent des "lois ... règlements ... ou ... prescriptions" au sens de l'article III:4. A ce sujet, nous rappelons d'abord que, lorsque nous avons examiné l'interprétation du terme mesure dans le contexte de l'article XXIII:1 b), y compris en ce qui concerne les huit mêmes "mesures" en matière de distribution dont il est question ici, nous avons conclu que ce terme devait être interprété au sens large.¹⁴¹³

10.374 Nous rappelons également que, dans la même section, nous avons évoqué des affaires antérieures dans le cadre du GATT concernant ce qui peut constituer "toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions" au sens de l'article III:4. Nous avons relevé qu'il avait été établi dans ces affaires antérieures que la conclusion selon laquelle il existe une loi, un règlement ou une prescription qui est contraire aux règles du GATT donne lieu à une présomption que des avantages sont annulés ou compromis. Même dans ces affaires, les groupes spéciaux ont déterminé d'une manière générale quand une action gouvernementale est une loi, un règlement ou une prescription. Par exemple, en 1984, un groupe spécial a examiné les engagements écrits en matière d'achats et d'exportations au titre de la Loi canadienne sur l'examen de l'investissement étranger, pris par les investisseurs concernant la conduite de l'entreprise qu'ils se proposaient d'acquérir ou de créer, auxquels ils souscrivaient sous réserve que le gouvernement canadien approuve le projet d'acquisition ou de création. Ces engagements écrits étaient considérés comme juridiquement contraignants au titre de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger. Le Groupe spécial a déterminé que les engagements devaient être considérés comme étant des "lois, règlements ou prescriptions" au sens de l'article III:4, même si la Loi sur l'examen de l'investissement étranger ne les rendait pas obligatoires.¹⁴¹⁴ De même, le Groupe spécial CEE - Pièces détachées et composants a considéré que l'expression "lois, règlements ou prescriptions" englobait les prescriptions "qu'une entreprise accepte volontairement afin d'obtenir du gouvernement un avantage".¹⁴¹⁵

¹⁴¹²Voir Etats-Unis - Chemises, chemisiers et blouses de laine , WT/DS33/AB/R, pages 15 et 16.

¹⁴¹³Voir les paragraphes 10.47 à 10.50.

¹⁴¹⁴Canada - Loi sur l'examen de l'investissement étranger , IBDD, S30/147, 167-168, paragraphe 5.4.

¹⁴¹⁵CEE - Pièces détachées et composants , IBDD, S37/142, 211, paragraphe 5.21. Voir aussi Bananes III, WT/DS27/R, paragraphes 7.179 et 7.180. Nous notons également que la Liste exemplative de mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC indique que les MIC qui sont incompatibles avec les articles III:4 et XI:1 incluent celles "qui sont obligatoires ou qui ont force exécutoire en vertu de la législation nationale ou de décisions administratives, ou auxquelles il est nécessaire de se conformer pour obtenir un avantage " (non souligné dans l'original).

10.375 Nous notons que les vues des parties divergent quant à l'interprétation à donner de l'expression "toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions" figurant à l'article III:4. Les Etats-Unis font valoir que cette expression désigne les actions gouvernementales, c'est-à-dire les actions menées au nom d'un Membre de l'OMC par des agents du gouvernement ou des parties autorisées à agir pour le compte du gouvernement, en vue de l'application de la politique du gouvernement. Selon les Etats-Unis, les termes mêmes de l'article III:4 indiquent que celui-ci devrait viser "toutes" les actions gouvernementales, ce qui inclurait la formulation de la politique du gouvernement et sa mise en oeuvre. Les Etats-Unis soutiennent qu'un Membre devrait répondre des conséquences si l'action de son gouvernement soumet les produits importés à un traitement moins favorable que le traitement qui est accordé aux produits d'origine nationale, quelle que soit la méthode utilisée par le Membre pour arriver à ce résultat. A leur avis, un seul ou plusieurs critères ne devraient pas être déterminants, ce qui, affirment-ils, est conforme à ce que l'Organe d'appel a préconisé dans l'affaire Japon - Boissons alcooliques - procéder au cas par cas et éviter d'appliquer les règles de l'OMC d'une manière qui ne tienne pas compte "de faits réels concernant des affaires réelles dans le monde réel".¹⁴¹⁶ Le Japon répond que, pour qu'une partie soit soumise à une prescription gouvernementale, elle doit soit i) être juridiquement contrainte de respecter la prescription, soit ii) recevoir du gouvernement un avantage en échange du respect de la prescription. Autrement dit, il doit y avoir soit une sanction du gouvernement, soit le non-octroi d'un avantage par le gouvernement lié, du point de vue de la forme ou du fond, au non-respect.

10.376 Une lecture littérale de l'expression toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions figurant à l'article III:4 pourrait donner à penser que celle-ci a une portée plus limitée que le mot mesure figurant à l'article XXIII:1 b). Cependant, qu'il faille ou non interpréter cette expression d'une manière aussi large que le terme mesure, compte tenu de l'interprétation large qui en a été donnée dans les affaires susmentionnées, nous allons poser en principe aux fins de la présente analyse qu'elle devrait être interprétée comme englobant un éventail aussi large d'actions gouvernementales et d'actions de parties privées pouvant être assimilées à des actions gouvernementales. A cet égard, nous considérons que ce que nous avons déjà dit au sujet des affaires examinées dans le cadre du GATT qui traitaient de la question de savoir si les "directives administratives" pouvaient constituer une "mesure" au sens de l'article XXIII:1 b), en particulier les rapports des groupes spéciaux sur les affaires Japon - Semi-conducteurs et Japon - Produits agricoles, est tout aussi valable pour la portée de la définition de l'expression "toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions" figurant à l'article III:4.

10.377 S'agissant des huit "mesures" en matière de distribution en cause, nous rappelons que nous avons déjà constaté que seules quatre d'entre elles - la Décision de 1967 du Cabinet, la Circulaire n° 17 de 1967 de la JFTC, les Lignes directrices de 1970 et le Plan de base de 1971 - sont ou étaient des mesures au sens de l'article XXIII:1 b). Sur ces quatre mesures, nous avons constaté que la Circulaire n° 17 de la JFTC n'était plus en vigueur. Ainsi, des huit "mesures" en matière de distribution citées par les Etats-Unis, nous avons déjà constaté que seuls la Décision de 1967 du Cabinet, les Lignes directrices de 1970 et le Plan de base de 1971 devaient être considérés comme des mesures au sens de l'article XXIII:1 b). Reprenant le postulat ci-dessus concernant la similarité des lois, règlements ou prescriptions mentionnés à l'article III:4 et des mesures visées à l'article XXIII:1 b), nous allons poser en principe que ces trois mesures correspondent à la définition des lois, règlements ou prescriptions au sens de l'article III:4. En outre, afin que notre analyse soit complète, pour voir si un traitement moins favorable est accordé aux produits importés, nous allons poser en principe que les cinq autres "mesures" en matière de distribution citées par les Etats-Unis sont aussi des lois, règlements ou prescriptions au sens de l'article III:4.

b) Traitement non moins favorable

¹⁴¹⁶Citant Japon - Boissons alcooliques, page 36.

10.378 Nous rappelons que les Etats-Unis allèguent que les huit "mesures" en matière de distribution en cause soumettent les pellicules et papiers importés à un traitement moins favorable que le traitement qui est accordé aux pellicules et papiers d'origine nationale sur le marché japonais. Le Japon fait valoir quant à lui que les Etats-Unis n'ont pas démontré que les "mesures" alléguées se traduisaient par un traitement moins favorable pour les pellicules ou papiers importés.¹⁴¹⁷

10.379 Rappelant que l'Organe d'appel a établi dans l'affaire Japon - Boissons alcooliques que l'article III "oblige les Membres de l'OMC à garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux"¹⁴¹⁸, nous considérons que cette règle de l'égalité effective des conditions de concurrence sur le marché intérieur est la règle du traitement national qui est exigée non seulement en ce qui concerne l'article III d'une manière générale, mais plus particulièrement en ce qui concerne la règle du "traitement non moins favorable" posée à l'article III:4. Nous notons à cet égard que l'interprétation de l'égalité de traitement dans le contexte de l'égalité effective des possibilités de concurrence, clairement énoncée pour la première fois par le Groupe spécial saisi de la question Etats-Unis - L'article 337¹⁴¹⁹, a toujours été respectée dans les rapports de groupes spéciaux ultérieurs établis dans le cadre du GATT et de l'OMC.¹⁴²⁰ Le rapport du Groupe spécial saisi de la question Etats-Unis - L'article 337 expose très clairement le critère:

"la règle du traitement "non moins favorable" posée à l'article III:4 ne fait l'objet d'aucune réserve. Ces mots se retrouvent tout au long de l'Accord général et dans les accords négociés ultérieurement dans le cadre du GATT, comme l'expression du principe fondamental de l'égalité de traitement entre, d'une part, les produits importés, et, d'autre part, les autres produits étrangers (clause de la nation la plus favorisée), et les produits nationaux (règle du traitement national de l'article III). Les mots "ne seront pas soumis à un traitement moins favorable" qui figurent au paragraphe 4 exigent l'égalité effective des possibilités offertes aux produits importés en ce qui concerne l'application des lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits sur le marché intérieur. Le principe du minimum admissible est ainsi nettement posé" (non souligné dans l'original).¹⁴²¹

10.380 Nous rappelons que nous avons déjà constaté qu'il avait été démontré qu'aucune des huit "mesures" en matière de distribution citées par les Etats-Unis n'établissait une discrimination à l'égard des produits importés, que ce soit sous la forme d'une discrimination de jure (une mesure qui établit à première vue une discrimination quant à l'origine des produits) ou sous la forme d'une discrimination de facto (une mesure dont l'application bouleverse la position concurrentielle relative des produits d'origine nationale

¹⁴¹⁷Aucune des parties ne conteste le fait que les pellicules et papiers importés sont des "produits similaires" aux pellicules et papiers d'origine nationale (c'est-à-dire japonais) et nous ne voyons aucune raison d'examiner cette prescription particulière concernant une affaire relevant de l'article III:4.

¹⁴¹⁸Japon - Boissons alcooliques, page 19, citant Etats-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation, IBDD, S34/154, paragraphe 5.1.9, et Japon - Fiscalité et étiquetage des boissons alcooliques, IBDD, S34/92, paragraphe 5.5 b).

¹⁴¹⁹Etats-Unis - L'article 337, IBDD, S36/386, 432-433, paragraphe 5.11.

¹⁴²⁰Voir, par exemple, Canada - Importation, distribution et vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation, rapport adopté le 18 février 1992, IBDD, S39/28, paragraphes 5.12 à 5.14 et 5.30 et 5.31; Etats-Unis - Boissons à base de malt, IBDD, S39/233, paragraphe 5.30; Etats-Unis - Essence, WT/DS2/R, paragraphe 6.10; Canada - Périodiques, WT/DS31/R, rapport adopté le 30 juillet 1997, page 88; Bananes III, WT/DS27/R, paragraphes 7.179 et 7.180.

¹⁴²¹Etats-Unis - L'article 337, IBDD, S36/386, 432-433, paragraphe 5.11.

et des produits importés, telle qu'elle existait au moment de l'octroi d'une concession tarifaire donnée). A cet égard, on pourrait faire valoir que la règle que nous avons énoncée et appliquée dans le contexte de l'article XXIII:1 b) - celle du "bouleversement du rapport de concurrence" - pourrait être différente de la règle du "bouleversement de l'égalité effective des possibilités de concurrence" applicable à l'article III:4. Toutefois, nous n'observons aucune distinction importante entre les deux règles en dehors du fait que la règle de l'article III:4 exige un traitement non moins favorable pour les produits importés en général, alors que la règle de l'article XXIII:1 b) exige une comparaison du rapport de concurrence entre les produits étrangers et les produits d'origine nationale à deux moments bien précis, le moment où la concession a été accordée et le moment présent.

10.381 Ici, comme lors de l'examen des mêmes mesures à la lumière de l'allégation des Etats-Unis concernant l'annulation ou la réduction d'avantages en situation de non-violation, les éléments de preuve présentés par les Etats-Unis indiquent que les mesures i) n'établissent pas à première vue une discrimination à l'égard des pellicules ou papiers importés (elles sont formellement neutres quant à l'origine des produits), et ii) leur application n'a pas une incidence fondamentalement différente sur les pellicules ou papiers importés. Comme nous l'avons déjà noté dans l'analyse des allégations en situation de non-violation, nous ne sommes pas convaincus que la Décision de 1967 du Cabinet ou les Lignes directrices de 1970 visent à promouvoir l'intégration verticale dans le secteur de la distribution des fournitures photographiques dans le but d'entraver l'accès au marché pour les produits étrangers. En outre, les arguments des Etats-Unis concernant la causalité posent de tels problèmes de chronologie que nous ne sommes pas persuadés qu'il y ait bien un lien entre la Décision de 1967 du Cabinet ou les Lignes directrices de 1970 et la structure du marché largement préexistante. Par ailleurs, les recommandations énoncées dans le Plan de base de 1971 paraissent neutres quant à la provenance des produits, encourageant la normalisation et la modernisation des pratiques commerciales et des techniques de gestion, y compris l'informatisation. De plus, comme nous l'avons déjà noté, la distribution en gros d'une seule marque est la structure du marché courante - et la norme - sur la plupart des grands marchés nationaux de pellicules, y compris celui des Etats-Unis. On ne voit pas bien pourquoi les forces économiques agissant pour promouvoir la distribution en gros d'une seule marque aux Etats-Unis n'existeraient pas aussi au Japon.

10.382 En conséquence, et essentiellement pour les raisons que nous avons déjà exposées dans les constatations concernant l'annulation et la réduction d'avantages en situation de non-violation, nous constatons que les Etats-Unis n'ont démontré dans aucun cas que les "mesures" en matière de distribution en cause soumettaient les pellicules et papiers importés à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux pellicules et papiers originaires du Japon. L'allégation des Etats-Unis au titre de l'article III:4 doit donc être rejetée.

G. ARTICLE X:1 - PUBLICATION DES DECISIONS ADMINISTRATIVES D'APPLICATION GENERALE

10.383 Les Etats-Unis allèguent que les deux mesures ci-après du gouvernement japonais sont incompatibles avec l'article X:1 du GATT.¹⁴²²

- 1) dans le contexte de la Loi sur les primes et des différents codes de concurrence loyale, le Japon n'aurait pas publié les procédures d'exécution de la JFTC et des conseils des pratiques commerciales loyales qui établissent de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir; et

¹⁴²²Nous notons que, dans leur demande d'établissement du Groupe spécial (WT/DS44/2), les Etats-Unis mentionnent des violations de l'article X:1 et X:3, mais ils ne formulent aucune allégation juridique au titre de l'article X:3 dans leurs communications au Groupe spécial. Par conséquent, nous limitons notre examen des allégations au titre de l'article X aux allégations formulées au titre du paragraphe 1 de cet article.

2) dans le contexte de la Loi sur les grandes surfaces et des différents règlements locaux, le Japon n'aurait pas publié les "directives" au moyen desquelles les bureaux régionaux du MITI, les préfectures et les autorités locales amènent ceux qui souhaitent construire de nouveaux magasins ou agrandir des magasins existants à se concerter avec leurs concurrents locaux avant de présenter une notification au gouvernement, et continuerait d'imposer une prescription d'"explication préalable".

1. CONSIDERATIONS GENERALES CONCERNANT LE CRITERE JURIDIQUE AU TITRE DE L'ARTICLE X:1

10.384 Avant d'examiner chacune de ces allégations, nous allons traiter quelques points généraux concernant le critère juridique au titre de l'article X:1. La partie pertinente de l'article X:1 dispose ce qui suit:

"Les lois, règlements, décisions judiciaires et administratives d'application générale rendus exécutoires par tout Membre qui visent la classification ou l'évaluation de produits à des fins douanières, les taux des droits de douane, taxes et autres impositions, ou les prescriptions, restrictions ou prohibitions relatives à l'importation ou à l'exportation, ou au transfert de paiements les concernant, ou qui touchent la vente, la distribution, le transport, l'assurance, l'entreposage, l'inspection, l'exposition, la transformation, le mélange ou toute autre utilisation de ces produits, seront publiés dans les moindres détails, de façon à permettre aux gouvernements et aux commerçants d'en prendre connaissance" (non souligné dans l'original).

Nous notons que les allégations des Etats-Unis concernent non pas des lois, règlements ou décisions judiciaires, mais des décisions administratives, et que la principale question soulevée à ce sujet est de savoir si les décisions administratives, dont les Etats-Unis soutiennent qu'elles n'ont pas été publiées par le Japon, sont des décisions administratives d'application générale. En particulier, les Etats-Unis soutiennent que le Japon assure l'application de la Loi sur les primes et du Code de concurrence loyale des détaillants ainsi que de la Loi sur les grandes surfaces essentiellement au moyen de procédures informelles non publiées, d'une manière incompatible avec l'article X:1.

10.385 Il est question du sens de l'expression "d'application générale" dans le récent rapport du Groupe spécial de l'OMC saisi de la question Etats-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles en provenance du Costa Rica.¹⁴²³ Ce groupe spécial a considéré que "[s]i, par exemple, la limitation visait une société précise ou s'appliquait à une expédition précise, elle n'aurait pas rempli les conditions d'une mesure d'application générale".¹⁴²⁴ Nous souscrivons à cette analyse et considérons que, au sens ordinaire de l'article X:1, la prescription de publication énoncée à l'article X:1 ne couvre pas les décisions administratives adressées à des personnes ou entités précises.

¹⁴²³Rapport du Groupe spécial Etats-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles en provenance du Costa Rica ("Etats-Unis - Restrictions concernant les vêtements de dessous"), WT/DS24/R, adopté le 25 février 1997, paragraphe 7.65.

¹⁴²⁴Ibid. Cette constatation a été confirmée par l'Organe d'appel. Rapport de l'Organe d'appel Etats-Unis - Restrictions concernant les vêtements de dessous, WT/DS24/AB/R, adopté le 25 février 1997.

10.386 Il n'existe cependant pas d'autres précédents établis dans le cadre du GATT ou de l'OMC qui traitent directement de ce point.¹⁴²⁵ En particulier, il n'y a pas de précédents concernant la question de savoir si la prescription de publication énoncée à l'article X:1 pour ce qui est des décisions administratives d'application générale englobe, comme le font valoir les Etats-Unis, le traitement de certaines questions par un organisme administratif qui établit de nouveaux critères ou principes ou modifie en profondeur les critères ou principes applicables à l'avenir. Cela dit, le Japon a semble-t-il avancé un argument très similaire devant le Groupe spécial CEE - Pièces détachées et composants lorsqu'il a contesté les pratiques de la CEE concernant l'acceptation d'engagements en vertu de la réglementation antidumping de la CEE et la détermination de l'origine des pièces utilisées dans les opérations d'assemblage.¹⁴²⁶ Vu que le Groupe spécial chargé de la question CEE - Pièces détachées et composants a statué sur la base d'autres motifs, il n'a pas examiné l'allégation au titre de l'article X.

10.387 Nous rappelons que le Japon réitère l'argument qu'il a formulé devant le Groupe spécial saisi de la question CEE - Pièces détachées et composants, mais affirme que cet argument n'est pas pertinent en l'espèce. En particulier, le Japon affirme qu'il a dûment publié toutes les lois, tous les règlements et toutes les décisions judiciaires et administratives d'application générale concernant la Loi sur les primes et la Loi sur les grandes surfaces de façon à permettre aux gouvernements et aux commerçants d'en prendre connaissance. Le Japon soutient que les Etats-Unis n'ont pas indiqué de procédures d'exécution ou autres actions non publiées particulières qui relèvent de la définition de l'expression "d'application générale" et qu'ils ne se sont donc pas acquittés de la charge de la preuve.

10.388 A notre avis, il est logique que, puisque la prescription énoncée à l'article X:1 s'applique à toutes les décisions administratives d'application générale, elle devrait aussi s'appliquer aux décisions administratives dans les cas particuliers où celles-ci établissent de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir. Dans le même temps, nous considérons qu'en l'espèce il incombe aux Etats-Unis de démontrer clairement l'existence de décisions administratives non publiées dans des cas particuliers qui établissent de nouveaux principes ou modifient les principes applicables à l'avenir. Nous allons maintenant examiner successivement les deux allégations formulées par les Etats-Unis.

2. "MESURES" PRISES DANS LE CONTEXTE DE LA LOI SUR LES PRIMES

10.389 Les Etats-Unis allèguent que, dans le contexte de la Loi sur les primes et des différents codes de concurrence loyale, en ne publiant pas les procédures d'exécution de la JFTC et des conseils des pratiques commerciales loyales qui établissent de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir, le Japon est contrevenu aux dispositions de l'article X:1. Nous allons d'abord examiner cette allégation dans le contexte des procédures d'exécution de la Loi sur les primes appliquées par la JFTC.

a) Actions dans le cadre de l'exécution de la Loi sur les primes

10.390 Les Etats-Unis font valoir que la façon dont le Japon applique les dispositions relatives aux primes et aux déclarations est "entourée de secret" du fait de l'utilisation de procédures d'exécution informelles non publiées. Selon eux, le problème est exacerbé par la nature multiforme du système d'exécution japonais, la JFTC, les préfectures et les conseils délégués du secteur privé ayant tous compétence pour

¹⁴²⁵Dans un certain nombre de cas où des groupes spéciaux chargés d'examiner des restrictions quantitatives ont constaté que ces restrictions étaient incompatibles avec l'article XI:1, ils ont décidé de ne pas se prononcer sur les "allégations subsidiaires" formulées au sujet de la compatibilité avec l'article X de l'administration des restrictions quantitatives, indiquant, par exemple, que l'article X concernait "l'administration de contingents qui peuvent être appliqués d'une façon compatible avec l'Accord général" (non souligné dans l'original). Japon - Produits agricoles, rapport adopté le 2 février 1988, IBDD, S35/180, 273, paragraphe 5.4.2.

¹⁴²⁶IBDD, S37/142, 166, paragraphe 3.53.

faire appliquer la Loi sur les primes. Pour les entreprises qui souhaitent opérer au Japon, la confusion tient principalement au fait que le Japon ne publie pas un pourcentage élevé de décisions administratives et procédures d'exécution ainsi qu'à la difficulté d'obtenir les renseignements existants. Les Etats-Unis indiquent que, depuis l'adoption de la Loi sur les primes en 1962, la JFTC a engagé relativement peu de procédures d'exécution formelles, mais a adressé de nombreuses "directives administratives" ou avertissements, dont la grande majorité n'ont pas été publiés. Ce manque de transparence est aggravé, selon les Etats-Unis, par le fait que les 47 préfectures japonaises appliquent des milliers de procédures informelles.

10.391 Le Japon répond que le système d'exécution de la Loi sur les primes est suffisamment transparent et compatible avec l'article X:1. Selon lui, la Loi sur les primes elle-même et les règlements d'exécution y afférents, ainsi que les nombreuses circulaires générales et spécifiques qui interprètent la loi, ont été publiés. Le Japon soutient qu'il y a de nombreux documents publics, auxquels les gouvernements et les commerçants ont facilement accès, qui permettent de savoir comment la Loi sur les primes sera appliquée. Il indique que les Etats-Unis eux-mêmes mentionnent expressément de nombreuses circulaires de la JFTC qui expliquent comment la Loi sur les primes est appliquée et y font référence. En outre, affirme-t-il, la JFTC a publié des circulaires détaillées chaque fois qu'elle a annoncé d'importantes restrictions ou modifications concernant sa politique d'application de la loi. Pour le Japon, la question n'est pas de savoir si des procédures d'exécution informelles sont appliquées, mais si de nouvelles politiques sont appliquées sans être dûment divulguées. Le Japon juge significatif que les Etats-Unis n'aient formulé aucune allégation spécifique concernant une quelconque procédure d'exécution de la JFTC qui ne serait pas conforme aux politiques déjà publiées.

10.392 Au sujet de cette allégation, nous notons que la principale divergence entre les parties concerne le point de savoir si les procédures d'exécution en question - procédures d'exécution non publiées qui établissent de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir - existent ou non. Alors que le Japon fait valoir qu'il a toujours publié toutes les décisions administratives d'application générale ainsi que de nombreuses injonctions de ne plus faire, des circulaires générales et spécifiques interprétant la Loi sur les primes et des descriptions des principaux cas dans lesquels des avertissements ont été adressés, les Etats-Unis font valoir qu'il est difficile de croire qu'aucune des procédures d'exécution non publiées - plus de 90 pour cent de toutes les procédures d'exécution, selon eux - ne concerne l'établissement de nouveaux critères ou la modification des critères applicables à l'avenir.

10.393 Nous pensons comme les Etats-Unis que la grande majorité des différentes procédures d'exécution n'ont pas été publiées. Toutefois, nous notons qu'il y a un manque de preuves manifeste en ce qui concerne la nature des procédures d'exécution non publiées qui auraient pour effet de modifier les critères en matière d'exécution appliqués par la JFTC. Nous pensons comme le Japon que les Etats-Unis n'ont versé au dossier aucune allégation spécifique concernant une quelconque procédure d'exécution de la JFTC qui ne serait pas conforme aux politiques déjà publiées. Nous reconnaissons que la nature de l'allégation des Etats-Unis fait qu'il est difficile de donner des exemples - si une décision n'est pas publiée, comment les Etats-Unis peuvent-ils savoir qu'elle entraîne des modifications? Les Etats-Unis affirment qu'ils ont à maintes reprises adressé au gouvernement japonais, aux différents conseils chargés de l'exécution et aux diverses associations professionnelles du secteur de la photographie des demandes de renseignements concernant les activités d'exécution, mais qu'il n'a presque jamais été répondu à ces demandes. Néanmoins, il semblerait que les Etats-Unis devraient pouvoir donner des exemples de politiques modifiées qui, selon eux, ont bien été d'abord mises en oeuvre en vertu de décisions non publiées. Sinon, rien ne nous permet de constater qu'il existe de telles décisions. Même si le ratio actions publiées/actions non publiées est faible, nous ne disposons de rien qui indique ce qu'il devrait être. Nous ne pouvons pas constater que le Japon devrait publier "davantage" de décisions en l'absence d'exemples concrets des types de décisions qui devraient être publiées, c'est-à-dire les décisions administratives établissant de nouveaux critères ou modifiant les critères applicables à l'avenir. Dans ces conditions, nous constatons que les Etats-Unis n'ont démontré l'existence d'aucune décision administrative établissant de nouveaux critères ou modifiant

les critères applicables à l'avenir, dont la non-publication pourrait être considérée comme contraire à l'article X:1.

b) Actions au titre des "Codes de concurrence loyale"

10.394 Les Etats-Unis font valoir également qu'aucun des quatre organismes d'exécution du secteur privé auxquels la JFTC déléguerait des pouvoirs, soit 1) le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales dans le secteur de la vente au détail ("RFTC"), 2) le Conseil de la promotion, 3) le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales dans le secteur de la fabrication, et 4) le Conseil pour la promotion de pratiques commerciales loyales dans le secteur de la vente en gros ne publie ses procédures d'exécution de façon à permettre aux commerçants et aux gouvernements d'en prendre connaissance. Les Etats-Unis soutiennent que ces "conseils des pratiques commerciales loyales" et "codes de concurrence loyale" sont des créations de la législation japonaise, en particulier l'article 10 de la Loi sur les primes, et qu'ils restent sous la supervision de la JFTC. Par conséquent, les Etats-Unis affirment que le Japon devrait assumer la responsabilité des procédures d'exécution appliquées par ces conseils en vertu des codes, y compris les procédures d'exécution non publiées établissant de nouveaux critères ou modifiant les critères applicables à l'avenir.

10.395 Le Japon répond qu'aucun code de concurrence loyale ne vise les pellicules ou papiers photographiques et qu'il n'y a pas eu d'actions au titre des codes concernant le secteur des pellicules et papiers. Il fait valoir également que ces conseils du secteur privé s'occupent de l'autoréglementation de l'industrie et n'ont aucun pouvoir en tant qu'organismes d'exécution au titre de la Loi sur les primes. En outre, le Japon indique que, bien que les codes de concurrence loyale soient publiés au Journal officiel une fois qu'ils ont été approuvés par la JFTC, en tant que codes d'autoréglementation de l'industrie ils ne relèvent pas de l'article X:1. Enfin, le Japon fait valoir que les Etats-Unis n'ont même pas allégué qu'une quelconque action d'un conseil est incompatible avec les principes fondamentaux énoncés dans les codes.

10.396 Nous notons que cette allégation des Etats-Unis n'est pas limitée aux pellicules ou papiers. Même à supposer que les procédures d'exécution des divers "conseils des pratiques commerciales loyales" au titre des divers "codes de concurrence loyale" soient assimilées à des "décisions administratives" du gouvernement japonais¹⁴²⁷ au sens de l'article X:1, nous devons déterminer si une quelconque de ces décisions administratives est du type de celles qui doivent être publiées au titre de l'article X:1. Sur ce point, nous manquons à nouveau d'éléments de preuve concernant la nature des procédures d'exécution non publiées qui auraient pour effet de modifier les critères en matière de mise en oeuvre appliqués par la JFTC ou prévus par les codes. Les Etats-Unis n'ont versé au dossier aucune allégation spécifique selon laquelle les actions d'un conseil ne seraient pas compatibles avec les principes fondamentaux énoncés dans les codes. Dans ces conditions, nous constatons que les Etats-Unis n'ont démontré l'existence d'aucune décision administrative d'un conseil établissant de nouveaux critères ou modifiant les critères applicables à l'avenir, dont la non-publication pourrait être considérée comme contraire à l'article X:1.

3. "MESURES" PRISES DANS LE CONTEXTE DE LA LOI SUR LES GRANDES SURFACES

10.397 Les Etats-Unis allèguent que, dans le contexte de la Loi sur les grandes surfaces et des différents règlements locaux, en ne publiant pas les "directives" au moyen desquelles les bureaux régionaux du MITI, les préfectures et les autorités locales amènent ceux qui souhaitent construire de nouveaux magasins ou agrandir des magasins existants au titre de la Loi sur les grandes surfaces à se concerter avec leurs concurrents locaux avant de présenter une notification au gouvernement, et en continuant d'imposer une prescription d'"explication préalable", le Japon contrevient aux dispositions de l'article X:1. Bien que

¹⁴²⁷Nous rappelons à cet égard que nous avons constaté que certaines actions du Conseil de la promotion et du Conseil des détaillants pouvaient être assimilées à des mesures gouvernementales au sens de l'article XXIII:1 b).

le MITI ait publié en janvier 1992 une directive administrative supprimant formellement la prescription d'"explication préalable" établie par la Loi sur les grandes surfaces, les Etats-Unis font valoir que le MITI l'a fait en distribuant une brochure, ce qui, à leur avis, ne constitue pas une publication "de façon à permettre aux gouvernements et aux commerçants [de] prendre connaissance [de la directive]", comme l'exige l'article X:1. En outre, font valoir les Etats-Unis, les bureaux régionaux du MITI, les préfectures et les administrations locales continuent dans de nombreux cas d'adresser des "directives administratives" obligeant ou invitant les propriétaires de grandes surfaces à se prêter à des consultations préalables et d'opérer effectivement des ajustements avec les détaillants locaux et les petites surfaces concurrents avant de présenter au gouvernement leur notification formelle au titre de l'article 3 de la Loi sur les grandes surfaces. Les Etats-Unis affirment que, dans de nombreux cas, les détaillants qui projettent d'ouvrir de nouvelles grandes surfaces ou d'agrandir des grandes surfaces existantes continuent de se sentir obligés de négocier avec les petits détaillants, car la loi et les "directives" du MITI donnent aux détaillants locaux d'amples possibilités d'imposer des ajustements stricts aux grands détaillants qui ne négocient pas avec eux au préalable.

10.398 Le Japon répond que, en janvier 1992, le MITI a adressé à ses bureaux et aux préfectures une directive supprimant formellement la prescription d'"explication préalable" établie par la Loi sur les grandes surfaces. Selon lui, les procédures applicables à la notification de l'ouverture de nouveaux magasins ont été publiées, par exemple dans les circulaires d'information du public de 1992 et de 1994.¹⁴²⁸ Le Japon indique que celles-ci décrivent en détail ce que la loi impose à ceux qui projettent d'ouvrir des grandes surfaces et reflètent la décision de 1992 de supprimer les procédures en matière d'"explication préalable" antérieurement en vigueur. A la suite de la suppression de cette disposition, affirme le Japon, aucun bureau du MITI, aucune préfecture ou autre administration locale ne peut ni exiger ni recommander que les propriétaires de grandes surfaces fournissent des explications préalables aux détaillants locaux ou se prêtent à des consultations préalables avec eux. Le Japon souligne qu'il est prêt à prendre des dispositions correctives à l'encontre de toute entité contrevenant à cette décision. Il indique en outre que, en vertu du pouvoir conféré par l'article 15 5) de la Loi sur les grandes surfaces, il a expressément interdit à toutes les préfectures et administrations locales d'exiger ou de recommander une explication préalable par le biais de règlements locaux additionnels en se fondant sur le pouvoir réglementaire que leur confère la Loi sur l'autonomie des collectivités locales. En résumé, le Japon fait valoir que i) les Etats-Unis n'ont indiqué aucune décision administrative d'application générale qui n'a pas été publiée, et ii) parce que le gouvernement central a remédié ou va remédier à toute politique locale susceptible de s'écarter de la politique publiée, ces écarts au niveau local ne constituent pas des règles générales "rendues exécutoires" par le gouvernement, comme le prescrit l'article X:1.

10.399 Compte tenu de ce qui précède, nous notons que nous avons affaire à des arguments et éléments de preuve contradictoires sur le point de savoir s'il existe ou non une "directive administrative" non publiée assurant le maintien, par des moyens informels, de la politique gouvernementale imposant une "explication préalable" aux grandes surfaces, qui a été formellement abolie. Cependant, la question à examiner au titre de l'article X:1 n'est pas de savoir si des décisions administratives non publiées sont prises ou non, mais plutôt si ces décisions administratives sont ou non des décisions d'"application générale". Comme nous l'avons indiqué dans notre analyse des allégations au titre de l'article X:1 concernant les procédures d'exécution établies par la Loi sur les primes, nous considérons que le concept de décisions administratives d'"application générale" peut en principe englober les décisions administratives dans des cas précis qui établissent de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir. Par conséquent, la question fondamentale à examiner en ce qui concerne le prétendu maintien des "directives" non publiées au titre de la Loi sur les grandes surfaces est de savoir si ces "directives", à supposer qu'elles existent, établissent

¹⁴²⁸Instructing Parties Filing Notifications of New Type-I Large Scale Retail Stores to Hold Public Briefing, Sankyoku, Nos. 25 and 26, MITI, 29 janvier 1982, pièce n° C-17 du Japon, Nos 93 and 94, MITI, 1er avril 1994, pièce n° C-18 du Japon.

de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir, ou constituent autrement une décision d'"application générale".

10.400 Sur ce point précis, les Etats-Unis font valoir que, d'après l'enquête effectuée en 1995 par l'Agence de gestion et de coordination (MCA) du Japon, plusieurs bureaux régionaux du MITI et préfectures ont continué d'exiger ou de recommander d'une manière générale une explication préalable.¹⁴²⁹ La MCA a étudié les pratiques en matière de consultation préalable de six bureaux régionaux du MITI et de six préfectures ou administrations locales. Selon les Etats-Unis, le rapport indique que neuf des 12 juridictions obligeaient ou engageaient régulièrement les grandes surfaces à procéder à des consultations préalables et ajustements. Les Etats-Unis ont recensé sept cas dans lesquels l'"explication préalable" a été imposée alors qu'elle avait prétendument été supprimée. Le Japon répond que rien dans l'enquête de la MCA n'indique qu'un bureau du MITI ou une préfecture demande d'une manière générale des explications ou consultations préalables. En outre, selon le Japon, l'enquête de la MCA indique qu'au moment où elle a été effectuée, en 1995, les bureaux du MITI et les administrations locales ne demandaient des "explications préalables" que dans des cas exceptionnels. Le Japon affirme qu'il a récemment pris des mesures correctives pour remédier à toutes les pratiques indues recensées dans le rapport de la MCA.

10.401 Après avoir examiné les éléments de preuve et les arguments présentés par les parties, nous considérons i) que le gouvernement japonais a publié, au niveau national, une directive supprimant formellement la prescription d'"explication préalable" établie par la Loi sur les grandes surfaces, mais ii) qu'il y a des éléments de preuve anecdotiques montrant un certain maintien, au niveau infranational au Japon, des "directives" demandant aux propriétaires de grandes surfaces de poursuivre la pratique des explications préalables et des ajustements. Toutefois, nous considérons également que les Etats-Unis n'ont pas démontré que ces "directives" équivalaient - ou devraient être assimilées - à des décisions établissant de nouveaux critères ou modifiant les critères applicables à l'avenir ou revêtaient d'une autre manière le caractère de décisions administratives d'"application générale". Nous constatons par conséquent que, en ce qui concerne l'administration par le Japon de la Loi sur les grandes surfaces et des différents règlements locaux, les Etats-Unis n'ont pas fourni des éléments de preuve suffisants de l'existence d'une violation de l'article X:1.

¹⁴²⁹Results of the Survey Regarding the Liberalization of Regulations, MCA (1995), pièce n° 95-15 des Etats-Unis, page 15.

H. CONCLUSIONS

10.402 A la lumière de nos constatations énoncées dans les sections E.3, E.4, E.5 et E.6, nous concluons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que les "mesures" japonaises citées par eux, individuellement ou collectivement, annulaient ou compromettaient des avantages leur revenant, au sens de l'article XXIII:1 b) du GATT.

10.403 A la lumière de nos constatations énoncées dans la section F, nous concluons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que les "mesures" japonaises en matière de distribution citées par eux soumettaient les pellicules et papiers photographiques importés à un traitement moins favorable, au sens de l'article III:4 du GATT.

10.404 A la lumière de nos constatations énoncées dans la section G, nous concluons que les Etats-Unis n'ont pas démontré que le Japon n'avait pas publié les décisions administratives d'application générale, en violation de l'article X:1 du GATT.