

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS222/ARB
17 février 2003

(03-0931)

Original: anglais

**CANADA – CRÉDITS À L'EXPORTATION ET GARANTIES DE
PRÊTS ACCORDÉS POUR LES AÉRONEFS RÉGIONAUX**

**Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du
Mémorandum d'accord sur le règlement des différends
et de l'article 4.11 de l'Accord SMC**

DÉCISION DE L'ARBITRE

La décision de l'arbitre sur l'affaire *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux* est distribuée à tous les Membres conformément au *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*. Elle est mise en distribution non restreinte le 17 février 2003 en application des Procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/452).

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1
A. PROCÉDURE INITIALE	1
B. DEMANDE D'ARBITRAGE ET CHOIX DE L'ARBITRE	1
II. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES	2
A. MANDAT DE L'ARBITRE.....	2
B. CHARGE DE LA PREUVE.....	3
C. TRAITEMENT DES ÉLÉMENTS DE PREUVE PRÉSENTÉS PAR LE BRÉSIL DANS SA DÉCLARATION FINALE À L'AUDIENCE.....	4
D. RECEVABILITÉ DES NOUVEAUX ARGUMENTS.....	5
E. CONFIDENTIALITÉ.....	6
III. DÉTERMINATION DES "CONTRE-MESURES A62	

E.	CALCUL DU MONTANT DES "CONTRE-MESURES APPROPRIÉES "	22
1.	Détermination du montant de la subvention.....	22
2.	Calcul du montant de la subvention par aéronef.....	25
a)	Remarques introductives.....	25
b)	Modèle des aéronefs et nombre d'aéronefs subventionnés non livrés au 20 mai 2002.....	25
i)	<i>Modèle des aéronefs.....</i>	25
ii)	<i>Nombre d'aéronefs subventionnés non livrés au 20 mai 2002</i>	25
c)	Prix des aéronefs.....	27
d)	Taux applicable de financement aux conditions du marché.....	28
e)	Montant financé et durée du financement.....	29
f)	Méthode appliquée par l'arbitre	29
g)	Calcul.....	30
i)	<i>Valeur actuelle nette de la subvention par aéronef</i>	30
ii)	<i>Imputation au nombre total de ventes subventionnées avec livraison après le 20 mai 2002.....</i>	30
iii)	<i>Valeur actuelle nette du montant total de la subvention</i>	30
3.	Ajustements à apporter au montant de la subvention pour établir un niveau approprié des contre-mesures	31
a)	Remarques préliminaires.....	31
b)	Argument du Canada selon lequel les " contre-mesures appropriées" devraient être inférieures au montant de la subvention.....	31
c)	Arguments du Brésil selon lesquels les "contre-mesures appropriées" devraient être supérieures au montant de la subvention.....	33
i)	<i>Refus du Canada de retirer la subvention et "incitation à la mise en conformité"</i>	33
ii)	<i>Risque d'autres "coups de force" (argument de la dissuasion).....</i>	35
iii)	<i>Incidence disproportionnée potentielle de la subvention sur le marché.....</i>	36
d)	Conclusion concernant les ajustements	37
IV.	DÉCISION DE L'ARBITRE.....	37

LISTE DES ANNEXES

- Annexe 1** Valeur actuelle nette de la subvention (Transactions Air Wisconsin)
- Annexe 2** Procédures de travail de l'arbitre

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

TITRE ABRÉGÉ	TITRE COMPLET
<i>Argentine – Chaussures (CE)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures</i> , WT/DS121/R, adopté le 12 janvier 2000, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS121/AB/R, DSR 2000:II, 575.
<i>Argentine – Chaussures (CE)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures</i> , WT/DS121/AB/R, adopté le 12 janvier 2000, DSR 2000:I, 515.
<i>Argentine – Chaussures, textiles et vêtements</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles</i> , WT/DS56/R, adopté le 22 avril 1998, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS56/AB/R et Corr.1, DSR 1998:III, 1033.
<i>Argentine – Chaussures, textiles et vêtements</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles</i> , WT/DS56/AB/R et Corr.1, adopté le 22 avril 1998, DSR 1998:III, 1003.
<i>Australie – Cuir pour automobiles II (article 21:5 – États-Unis)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS126/RW et Corr.1, adopté le 11 février 2000, DSR 2000:III, 1189.
<i>Brésil – Aéronefs (article 22:6 - Brésil)</i>	Décision des arbitres <i>Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Brésil à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC</i> , WT/DS46/ARB, 28 août 2000.
<i>Canada – Aéronefs</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils</i> , WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999, DSR 1999:III, 1377.

Canada – Aéronefs (article 21:5 – Canada)

Rapport du Groupe spécial *Cdnabr – Tc Tc -0. Tc 1.6713 Tw (du Mémoire.0321*

TITRE ABRÉGÉ	TITRE COMPLET
<i>CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)</i>	Décision des arbitres <i>Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés – Plainte initiale des États-Unis – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS26/ARB, 12 juillet 1999, DSR 1999:III, 1135.
<i>États-Unis – Chemises et blouses de laine</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde</i> , WT/DS33/AB/R et Corr.1, adopté le 23 mai 1997, DSR 1997:I, 323.
<i>États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC</i> , WT/DS108/ARB, 30 août 2002.

Norvège – Matériel pour les péages de Trondheim

Rapport du Groupe spécial du marché norvégien concernant le matériel pour la perception des péages destiné à la ville de Trondheim, adopté le 13 mai 1992, IBDD, S40/372.(article

I. INTRODUCTION

A. PROCÉDURE INITIALE

1.1 Le 19 février 2002, l'Organe de règlement des différends (ORD) a adopté le rapport du Groupe spécial concernant le présent différend.¹ L'ORD a recommandé, en particulier, que le Canada retire les subventions jugées incompatibles avec ses obligations au titre de l'article 3.1 a) de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) dans un délai de 90 jours.² Le délai de 90 jours est arrivé à expiration le 20 mai 2002.

1.2 Le 24 mai 2002, le Brésil a affirmé que le Canada n'avait pas suivi la recommandation de l'ORD dans le délai spécifié par le Groupe spécial et, conformément à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord), le Brésil demandait que l'ORD l'autorise à prendre des contre-mesures appropriées portant sur un montant de 3,36 milliards de dollars EU.³

1.3 Dans sa communication, le Brésil indiquait, entre autres choses, qu'il entendait mettre en œuvre cette autorisation pour prendre des contre-mesures appropriées sous les formes suivantes ou certaines de ces formes:

- a) suspension de l'application de l'obligation énoncée au paragraphe 6 a) de l'article VI du GATT de 1994 de déterminer que le subventionnement au titre des programmes Compte du Canada et Compte de la Société de la SEE a pour effet de causer ou menacer de causer un dommage important à une branche de production nationale établie, ou de retarder de façon importante la création d'une branche de production nationale;
- b) suspension de l'application des obligations énoncées dans l'Accord sur les procédures de licences d'importation pour ce qui est des prescriptions en matière de licences concernant les importations en provenance du Canada; et
- c) suspension de concessions tarifaires et d'obligations connexes au titre du GATT de 1994 pour une liste de produits tirés de la liste jointe à sa demande.

B. DEMANDE D'ARBITRAGE ET CHOIX DE L'ARBITRE

1.4 Le 21 juin, le Canada a adressé à l'ORD une communication dans laquelle il faisait objection au recours du Brésil à l'article 22:2 du Mémoire d'accord et à l'article 4.10 de l'Accord SMC. Le Canada affirmait que les contre-mesures proposées par le Brésil n'étaient pas appropriées.

1.5 Par ailleurs, le Canada estimait que, s'agissant de la partie de la demande du Brésil concernant l'allégation selon laquelle le Canada n'avait pas retiré les subventions pour certaines options concernant les aéronefs dans une transaction examinée par le Groupe spécial:

- a) la situation décrite à l'article 22:2 du Mémoire d'accord ne s'était pas produite puisque le Canada n'avait pas de subvention à retirer;

¹ Rapport du Groupe spécial *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux*, ci-après dénommés le "Groupe spécial" et le "rapport du Groupe spécial".

² Ainsi qu'il était recommandé dans le rapport du Groupe spécial *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs*, paragraphe 8.4.

³ WT/DS222/7.

- b) par conséquent, une condition préalable et nécessaire au fonctionnement de l'article 22:6 n'avait pas été remplie; et
- c) l'ORD n'avait pas le pouvoir d'examiner l'autorisation demandée par le Brésil.

Le Canada demandait que le point soit retiré de l'ordre du jour de l'ORD. Sinon, le Canada demandait que la question soit soumise à arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord et de l'article 4.11 de l'Accord SMC.⁴

1.6 À la réunion de l'ORD du 24 juin 2002, il a été convenu que la question soulevée par le Canada dans le document WT/DS222/8 serait soumise à arbitrage, conformément à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord et à l'article 4.11 de l'Accord SMC.⁵

1.7 L'arbitrage a été assuré par le Groupe spécial initial, à savoir:

517 in

3

a

Président: M. William J. Davey

Membres: M^{me} Usha Dwarka-Canabady
M. Seung Wha Chang.

1.8 L'arbitre a tenu une réunion d'organisation avec les parties le 17 juillet 2002, au cours de

décide par consensus de rejeter la demande. Toutefois, si le Membre concerné conteste le niveau de la suspension proposée, (...) la question sera soumise à arbitrage (...)"

2.2 Toutefois, en ce qui concerne les contre-mesures prises en réponse à des violations de l'article 3.1 de l'Accord SMC relatif aux subventions prohibées, l'article 4.11 de cet accord prévoit le mandat suivant pour les arbitres:

"Dans le cas où une partie au différend demandera un arbitrage conformément au paragraphe 6 de l'article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends ("Mémorandum d'accord"), l'arbitre déterminera si les contre-mesures sont appropriées."

2.3 Le Canada fait valoir que le montant de la suspension de concessions demandée par le Brésil est incompatible avec l'article 4.10 de l'Accord SMC en ce sens que les contre-mesures proposées ne sont pas "appropriées" au sens de cette disposition.

2.4 Nous notons que le Canada n'a soulevé aucune question concernant le *type* de contre-mesure proposée en l'espèce. Notre mandat au titre de l'article

2.8 Enfin, les deux parties ont allégué que, pour ce qui est de certaines questions, l'autre partie est la seule à détenir les renseignements nécessaires pour établir le caractère approprié du niveau de la suspension de concessions ou d'autres d'obligations proposée. À cet égard, nous rappelons que les deux parties ont généralement le devoir de coopérer à la présente procédure d'arbitrage afin de nous aider à nous acquitter de notre mandat, par la fourniture de renseignements pertinents.¹¹ C'est pourquoi, même si la charge de la preuve incombe initialement au Canada, nous avons aussi demandé au Brésil de présenter un "exposé méthodologique" décrivant comment il est arrivé au niveau des contre-mesures qu'il propose.¹² Plus tard, nous lui avons demandé de fournir des éléments de preuve à l'appui de diverses affirmations factuelles faites dans son "exposé méthodologique".

C. TRAITEMENT DES ÉLÉMENTS DE PREUVE PRÉSENTÉS PAR LE BRÉSIL DANS SA DÉCLARATION FINALE À L'AUDIENCE

2.9 Le Canada allègue que le Brésil a présenté de nouveaux arguments et de nouveaux éléments de preuve dans ses remarques finales à la fin de notre réunion de fond avec les parties, qui a eu lieu le 24 octobre 2002.¹³ Les éléments de preuve en question étaient constitués de deux articles de journal figurant dans les pièces n° 76 et 77 du Brésil. Le Canada fait valoir que la présentation de ces pièces par le Brésil constituait une atteinte aux garanties d'une procédure régulière et était contraire aux dispositions du paragraphe d) des procédures de travail de l'arbitre¹⁴, parce que le Brésil n'a donné aucune raison expliquant pourquoi il n'aurait pas pu présenter ses éléments de preuve en temps voulu. Pour ce motif, le Canada demande à l'arbitre d'exclure les pièces susmentionnées.

2.10 Le Brésil répond que sa déclaration finale n'était qu'un résumé de sa cause, auquel étaient jointes quelques remarques générales. S'agissant de ses pièces n° 76 et 77, le Brésil soutient qu'elles figurent bien au dossier, faisant partie de la réponse du Brésil à la question n° 2 posée par l'arbitre aux deux parties.

2.11 Nous rappelons que le paragraphe d) de nos procédures de travail dispose ce qui suit:

"d) Les parties présenteront aux arbitres tous les éléments de preuve factuels au plus tard au moment où elles leur présenteront les premières communications écrites, sauf en ce qui concerne les éléments de preuve nécessaires pour présenter des réfutations ou répondre à des questions. Les exceptions à cette procédure seront accordées sur exposé de raisons valables. En pareil cas, l'autre partie se verra accorder un délai pour faire des observations, selon qu'il conviendra;"

2.12 L'objet du paragraphe d), que l'on retrouve, *mutatis mutandis*, dans les procédures de travail de la plupart des groupes spéciaux et groupes spéciaux de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, est de faire en sorte que les parties aient suffisamment de

stade ultérieur, sur exposé de raisons valables. En tout état de cause, le paragraphe d) exige que l'autre partie se voie accorder un délai pour faire des observations, selon qu'il convient.

2.13 Nous rappelons que, dans l'affaire *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*¹⁵, le Groupe spécial a été confronté à des éléments de preuve présentés à un stade avancé de la procédure.¹⁶ Le Groupe spécial a considéré que, pour garantir la régularité de la procédure, il devait accepter les éléments de preuve fournis par les États

régularité de la procédure et informer l'arbitre, il était intéressant d'entendre ce que le Canada avait à dire à ce sujet, s'il souhaitait le faire. Nous notons aussi que, même si le Canada décidait de répondre aux arguments du Brésil, le droit du Brésil – en tant que défendeur – de prendre la parole en dernier était préservé du fait de la possibilité donnée aux parties de faire des observations sur leurs réponses respectives aux questions de l'arbitre. Nous n'avons vu aucune raison d'intervenir formellement dans ce processus dès lors que la régularité de la procédure était finalement respectée. En outre, nous ne pensons pas que notre passivité à cet égard pouvait donner lieu à un échange infini d'arguments puisque les observations concernant les réponses aux questions constituaient la dernière possibilité pour les parties d'exprimer leurs vues, comme prévu par l'arbitre lors de son audience avec les parties.

2.17 Pour ces raisons, nous décidons d'admettre les observations du Canada sur la déclaration finale du Brésil et les remarques du Brésil sur ces observations.

E. CONFIDENTIALITÉ

2.18 Les deux parties ont insisté au cours de la procédure sur la confidentialité de certains documents communiqués à l'arbitre.¹⁹ Nous étions conscients des graves problèmes que risquait de causer la divulgation de certains renseignements commerciaux ou financiers. Comme l'arbitre dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, nous étions aussi sensibles au fait que la pleine coopération des Membres et des particuliers au mécanisme de règlement des différends de l'OMC, essentielle pour une évaluation objective des faits, était souvent tributaire d'une protection appropriée des renseignements confidentiels.

2.19 C'est la raison pour laquelle nous avons décidé d'établir deux versions du présent rapport. La première version, contenant les détails de nos calculs et tous les renseignements pris en compte, a été remise exclusivement aux parties à titre confidentiel. Nous avons également demandé aux parties d'identifier les renseignements sensibles d'un point de vue commercial qui, selon eux, devaient être retirés du texte de la version non confidentielle devant être distribuée aux Membres.²⁰ La présente version ne contient pas certaines données, mais elle est suffisamment détaillée pour permettre à tous les Membres de comprendre le raisonnement de l'arbitre et la méthode appliquée pour déterminer si les contre-mesures proposées par le Brésil sont appropriées. Ce faisant, l'arbitre est d'avis qu'il a respecté ses obligations au titre du Mémorandum d'accord tout en protégeant comme il convient le caractère confidentiel de certains renseignements, pour lesquels les parties avaient demandé ce statut.

III. DÉTERMINATION DES "CONTRE-MESURES APPROPRIÉES"

A. PRINCIPAUX ARGUMENTS DES PARTIES

3.1 Le Brésil fait valoir que, vu les circonstances de la présente affaire, le niveau approprié des contre-mesures devrait être fixé compte tenu des ventes que le Brésil (c'est-à-dire Embraer) a perdues au profit de Bombardier lors des transactions pour lesquelles le Groupe spécial a constaté que le Canada avait accordé des subventions à l'exportation prohibées. Pour calculer ce montant, le Brésil fait d'abord la somme de la valeur de tous les contrats obtenus par Bombardier à la suite des subventions accordées par les pouvoirs publics canadiens, c'est-à-dire les contrats avec Comair,

¹⁹ À notre demande, les parties ont accepté que nous ayons accès au dossier de l'arbitre sur l'affaire *Brésil – Aéronefs*, à condition que nous respections le caractère confidentiel des renseignements qui y figuraient. Nous avons fait cette demande compte tenu des abondantes références des parties au dossier de cet arbitrage.

²⁰ Le Canada a présenté des propositions de suppression le 6 janvier 2003. Le 13 janvier 2003, le Brésil s'est élevé contre un certain nombre de suppressions proposées par le Canada. Dans une réponse datée du 22 janvier 2003, le Canada a reconnu que les suppressions contre lesquelles s'élevaient le Brésil n'étaient pas nécessaires. Ainsi, le texte de la version distribuée aux Membres est identique à celui de la version confidentielle remise aux parties, à l'exception des renseignements que l'arbitre, eu égard aux observations des parties, a considérés comme étant confidentiels. Ces renseignements ont été remplacés par "xxx".

Air Nostrum et Air Wisconsin. Il calcule une valeur estimative pour chaque aéronef relevant de ces contrats sur la base de la valeur totale du contrat Air Wisconsin mentionné dans le communiqué de presse de Bombardier le 16 avril 2001. Il ajoute à ce montant le tort causé à Embraer sous la forme de possibilités commerciales perdues directement liées aux transactions dont le Groupe spécial a établi qu'elles étaient incompatibles avec l'Accord SMC, c'est-à-dire la fourniture de parties et pièces et de services à Air Nostrum, Air Wisconsin et Comair, et les ventes à d'autres filiales de Delta Airlines perdues en raison de facteurs "d'uniformisation" de la flotte.²¹ Le Brésil considère que le total représente un niveau possible de contre-mesures "appropriées". Toutefois, il juge ce montant inutilement élevé, vu l'ampleur des échanges entre les deux pays. Par conséquent, il limite le niveau des contre-mesures qu'il propose à 3,36 milliards de dollars EU, ce qui représente son estimation de la valeur des contrats pour les aéronefs non livrés à la date à laquelle la subvention aurait dû être retirée, c'est-à-dire le 20 mai 2002.

3.2 Le Canada considère que cette affaire est semblable à l'arbitrage dans l'affaire *Brésil - Aéronefs*

*(note de bas de page de l'original)*⁹ Cette expression ne doit pas être interprétée comme autorisant des contre-mesures qui soient disproportionnées eu égard au fait que les subventions visées par ces dispositions sont prohibées.

3.4 En outre, l'article 4.11 de l'Accord SMC définit notre mandat comme suit:

"Dans le cas où une partie au différend demandera un arbitrage conformément au paragraphe 6 de l'article 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, l'arbitre déterminera si les contre-mesures sont appropriées."¹⁰

*(note de bas de page de l'original)*¹⁰ Cette expression ne doit pas être interprétée comme autorisant des contre-mesures qui soient disproportionnées eu égard au fait que les subventions visées par ces dispositions sont prohibées.

3.5 Ces deux dispositions sont complémentaires: l'expression "contre-mesures appropriées" définit les mesures qui peuvent être autorisées en cas de non-mise en conformité, et notre mandat nous impose d'examiner si, en proposant certaines mesures à prendre en application de cette disposition, le Membre ayant eu gain de cause s'est conformé aux paramètres de ce qui est admissible en vertu de l'article 4.10 de l'Accord SMC. Ce faisant, nous devons nous attacher à déterminer si, dans ce cas particulier, les contre-mesures proposées par le Brésil sont "appropriées".

C. LA NOTION DE "CONTRE-MESURES APPROPRIÉES" AU SENS DE L'ARTICLE 5.0 TDeNn applpj 25.54 11.25 048925 07e5

l'équilibre des droits et des obligations entre les Membres. C'est dans cette perspective qu'il faut apprécier si les contre-mesures sont disproportionnées.³⁶

En particulier, l'arbitre a rappelé que la proportion relative qui devait exister entre l'acte illicite et les contre-mesures impliquait qu'il n'y ait "pas de déséquilibre ou d'inadéquation manifeste".³⁷

3.10 Considérant l'Accord SMC dans le contexte de l'article 4.10, l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC* a relevé que le concept d'"effet sur le commerce", d'"effet défavorable" ou d'"incidence sur le commerce" ne figurait pas dans l'article 4, alors qu'il apparaissait clairement dans le contexte des voies de recours prévues à l'article 7 de l'Accord SMC.³⁸ Il a conclu que la terminologie différente reflétait la nature juridique et le traitement distincts de divers types de subventions.³⁹ L'arbitre a également noté la différence entre l'article 22:4 du Mémoire d'accord et l'article 4.10 de l'Accord SMC, observant que l'article 4.10 ne contenait pas le point de repère quantitatif explicite figurant à l'article 22:4, qui dispose que "le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages".⁴⁰

3.11 Enfin, considérant l'objet et le but de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC, l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC* a estimé que l'objectif de l'Accord SMC s'agissant de l'article 4.10 était d'obtenir le respect de la recommandation de l'ORD de retirer la subvention sans retard.⁴¹

3.12 L'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC* a conclu ce qui suit:

"5.61 Ainsi, selon notre interprétation de l'article 4.10 de l'Accord SMC, un Membre a le droit d'agir en prenant des contre-mesures qui tiennent dûment compte de la gravité de l'infraction et de la nature de la perturbation de l'équilibre des droits et des obligations en question. Cela ne peut pas se réduire à une disposition circonscrivant les contre-mesures aux effets sur le commerce, pour les raisons que nous avons exposées ci-dessus.

5.62 En même temps, l'article 4.10 de l'Accord SMC ne constitue pas un chèque en blanc. Rien dans le texte ou dans son contexte ne laisse entendre qu'il existe un droit de prendre des mesures ayant manifestement un caractère punitif. Au contraire, la note de bas de page 9 nous met spécifiquement en garde contre une interprétation ainsi dénuée de limites en précisant que le mot "appropriées" ne peut être interprété comme autorisant des contre-mesures "disproportionnées". (...) Les contre-mesures au titre de l'article 4.10 de l'Accord SMC n'ont même pas, à strictement parler, à être "proportionnées", mais à ne pas être "disproportionnées". Non seulement un Membre a le droit de prendre des contre-mesures conçues de façon à compenser l'acte illicite initial et la perturbation de l'équilibre des droits et des obligations que cet acte illicite entraîne mais, en évaluant "le caractère approprié" de ces contre-mesures - eu égard à la gravité de l'infraction - une marge d'appréciation doit être accordée, en raison de la gravité de cette infraction."

3.13 Eu égard au raisonnement de l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC*, nous considérons que les termes de l'article 4.10, pris dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC, n'excluent pas le recours *a priori* à l'une ou l'autre des méthodes suggérées

³⁶ Décision de l'arbitre *États-Unis – FSC* (article 22:6 - *États-Unis*), paragraphe 5.24.

³⁷ *Ibid.*, paragraphe 5.18.

³⁸ *Ibid.*, paragraphes 5.32 et 5.33.

³⁹ *Ibid.*, paragraphes 5.36 et 5.37.

⁴⁰ *Ibid.*, paragraphes 5.47 et 5.48.

⁴¹ *Ibid.*, paragraphes 5.52 et 5.53.

par les parties en l'espèce. Nous jugeons particulièrement important l'élément rappelé par l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC*, à savoir que "les contre-mesures doivent être indiquées ou

fournisseurs en milieu de contrat. Même si ces considérations n'étaient pas suffisantes pour qu'Air Wisconsin reste avec Bombardier, le Canada fait valoir que Bombardier aurait été fortement incitée à essayer de conserver Air Wisconsin parmi sa clientèle.

3.19 En réponse, le Brésil fait valoir que l'hypothèse du Canada est dénuée de pertinence parce que, dans une affaire de subvention à l'exportation prohibée, il est présumé y avoir un préjudice grave et des effets défavorables.⁴⁷ En outre, le Brésil fait valoir que la position du Canada selon laquelle Air Wisconsin avait une certaine préférence pour Bombardier est incompatible avec la décision du Canada d'accorder une subvention au titre du Compte du Canada pour permettre à Bombardier d'obtenir le contrat d'entrée de jeu.⁴⁸ À cet égard, le Brésil rappelle que le Compte du Canada est réservé aux transactions servant l'intérêt national, et il cite aussi des fonctionnaires canadiens selon lesquels la subvention était nécessaire pour permettre à Bombardier d'obtenir le contrat.

b) Analyse de l'arbitre

3.20 Pour commencer, nous notons que, en principe, les contre-mesures fondées sur les effets sur le commerce ou le tort sur le plan de la concurrence peuvent être compatibles avec l'article 4.10. Cependant, indépendamment du point de savoir si des effets défavorables sont présumés exister dans une affaire de subvention à l'exportation prohibée, comme le fait valoir le Brésil, il reste à établir si la méthode du Brésil se traduit par un niveau de contre-mesures qui est approprié. Comme le Brésil fonde les contre-mesures qu'il propose sur les effets sur le commerce ou sur le tort sur le plan de la concurrence, nous devons d'abord déterminer la nature des effets sur le commerce ou du tort sur le plan de la concurrence.

3.21 Dans les affaires antérieures où une méthode fondée sur la perte de ventes ou les effets sur le commerce a été proposée, comme les affaires *CE – Bananes* et *CE – Hormones*, les arbitres ont fixé le "niveau de la suspension de concessions" (l'équivalent dans l'article 22 du Mémoire d'accord des "contre-mesures" dans l'article 4.10 de l'Accord SMC) à autoriser en déterminant le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages à la date à laquelle le délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations de l'ORD était arrivé à expiration.⁴⁹ Le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages a été évalué eu égard aux mesures ou marchés pertinents à l'expiration du délai raisonnable. Ainsi, dans les affaires *CE – Bananes*, les arbitres ont considéré le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages résultant de la mesure communautaire révisée⁵⁰, tandis que dans les affaires *CE – Hormones* les arbitres ont considéré le marché des produits à base de viande bovine existant à la date de mise en œuvre, qui, en raison de diverses préoccupations sanitaires, s'était rétréci par rapport au marché existant au début de l'affaire.⁵¹ Dans toutes ces affaires, les arbitres ont utilisé une approche hypothétique, comparant la situation existante avec celle qui aurait existé si la mise en œuvre avait eu lieu à l'expiration du délai raisonnable.

3.22 Suivant cette approche traditionnelle, la question fondamentale en l'espèce est de savoir si le retrait de subventions futures par le Canada au 20 mai 2002 – c'est-à-dire la date d'expiration du délai raisonnable dans la présente affaire – aurait eu pour effet de modifier les achats futurs d'Air Wisconsin. Lorsque nous étudions les arguments du Canada selon lesquels il n'y aurait pas de

⁴⁷ Réponses du Brésil aux questions posées aux parties, paragraphe 47.

⁴⁸ Réponses du Brésil aux questions posées aux parties, paragraphe 50.

⁴⁹ Décision des arbitres *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 4.9; *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 37; *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 38.

⁵⁰ Décision des arbitres *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphes 4.8 et 4.9; *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 168.

⁵¹ Décision des arbitres *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 37; *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 38.

changement, nous examinons d'abord son affirmation selon laquelle Air Wisconsin avait une marge

3.26 À notre avis, l'analyse qui précède montre que les contre-mesures proposées par le Brésil sur la base de sa méthode fondée sur les effets sur le commerce/le tort sur le plan de la concurrence ne sont pas appropriées. Nous notons, cependant, que les parties ont présenté des arguments détaillés sur la question de savoir si le *niveau* de ces contre-mesures était "approprié", compte tenu en particulier des contre-mesures autorisées dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*. Nous allons maintenant examiner ce point.

3. Le caractère approprié des contre-mesures proposées par le Brésil

a) Arguments du Canada

3.27 Le Canada considère que la méthode du Brésil est incompatible avec les méthodes utilisées dans les deux arbitrages précédents concernant des subventions à l'exportation, qui étaient fondées sur le montant de la subvention.⁵⁶ Le montant proposé par le Brésil manque totalement de proportionnalité et n'est donc pas approprié. À cet égard, le Canada note que la présente affaire et l'affaire *Brésil – Aéronefs* concernent les mêmes parties, les mêmes dispositions juridiques, les aéronefs régionaux et les subventions à l'exportation qui réduisent le coût du financement de ces aéronefs. Deux différences notables mises en évidence par le Canada est que l'affaire *Brésil - Aéronefs* concernait beaucoup plus d'aéronefs (1 118) et que dans cette affaire le Brésil offrait ses subventions simplement pour avoir un avantage commercial illicite sur les aéronefs concurrents d'autres pays alors que, dans la présente affaire, le Canada a accordé des subventions uniquement pour neutraliser ce que le Groupe spécial a constaté être une offre inférieure au marché faite par Embraer. Malgré cela, le Canada note que le niveau des contre-mesures proposées par le Brésil, considéré par aéronef, représente 43 fois le niveau autorisé dans l'affaire *Brésil - Aéronefs*.⁵⁷

3.28 Le Canada allègue également que les contre-mesures, comme l'a reconnu l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC*, devraient être adaptées à l'affaire particulière à l'étude. Le concept de "caractère approprié" implique un examen des circonstances spécifiques qui, dans cette affaire, semblent indiquer une violation moins considérable par le Canada, ce qui justifie un niveau de contre-mesures approprié plus bas. Le Canada n'a fait que venir en aide à sa propre industrie aéronautique en réponse à une menace imminente de subventionnement de certaines ventes par le Brésil. Comme l'a admis l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC*, les contre-mesures devraient tenir compte de la gravité de l'infraction et de la nature de la perturbation de l'équilibre des droits et des obligations en question. Dans ce contexte, le Canada considère qu'il serait approprié de ramener les contre-mesures à la moitié du montant de la subvention.⁵⁸

3.29 Le Canada conteste l'argument du Brésil selon lequel le Canada a délibérément violé ses obligations et que cela mérite des contre-mesures particulièrement sévères.

conformité sur une échelle beaucoup plus large. Compte tenu de la disparité des infractions et des circonstances particulières de la présente affaire, il serait manifestement injuste d'accéder à la demande du Brésil concernant des contre-mesures d'un niveau beaucoup plus élevé que celui qui a été accordé pour la non-mise en conformité par le Brésil lui-même dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*. Au contraire, des contre-mesures proportionnellement inférieures à celles qui ont été accordées au Canada dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* seraient parfaitement appropriées.⁶⁰

b) Arguments du Brésil

3.30 S'agissant de savoir si les contre-mesures qu'il propose sont appropriées, le Brésil rappelle que les arbitrages *Brésil – Aéronefs* et *États-Unis – FSC* permettent au Membre autorisé à prendre des mesures de rétorsion de choisir de fonder le niveau des contre-mesures soit sur le niveau de la subvention soit sur l'effet de la subvention.⁶¹ Pour le Brésil, le fait que le Canada et les CE ont choisi de fonder les contre-mesures qu'ils proposaient sur le niveau de la subvention dans ces deux affaires est sans intérêt. Le Brésil fait valoir également que l'arbitrage dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* n'est pas déterminant en tant que point de droit, et que les deux affaires ne sont pas semblables.⁶²

3.31 Pour ce qui est du niveau approprié des contre-mesures, le Brésil note que, dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, l'arbitre a déterminé qu'une contre-mesure était appropriée, entre autres choses, si les arbitragTw (-me Tc 1.30249sP4rdé poe.1149 utres choses, s539Tj -237 5 0 TTf 1.2708 rappeinci

Embraer après avoir perdu le contrat Air Wisconsin.⁶⁸ Le Brésil note que, dans l'affaire *Brésil - Aéronefs*, le Canada considérait que les contre-mesures pouvaient être fondées de manière appropriée sur le niveau de tort sur le plan de la concurrence.

3.33 Le Brésil ajoute que, dans l'affaire *États-Unis – FSC*, l'arbitre a constaté qu'un "niveau approprié de contre-mesures" devait être adapté à l'affaire particulière, c'est-à-dire être indiqué et convenable à titre de réponse et a conclu qu'un niveau proposé de contre-mesures n'était pas "disproportionné" sauf s'il était "manifestement excessif".⁶⁹ Le Brésil fait valoir qu'il aurait pu proposer un niveau de contre-mesures nettement plus élevé qui n'aurait pas été disproportionné puisqu'il était calculé sur la base des effets dommageables directs pour le Brésil et Embraer de la mesure illégale canadienne.⁷⁰ Par exemple, le Brésil aurait pu ajouter à la valeur du contrat Air

pour proposer des contre-mesures. Celles-ci doivent être appropriées; elles ne doivent pas être disproportionnées.

ii) *Caractère approprié des contre-mesures proposées*

3.37 S'agissant de cette question, nous souscrivons aux constatations de l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC* selon lesquelles "les contre-mesures devraient être adaptées à l'affaire particulière à l'étude".⁷² Par conséquent, nous sommes autorisés à examiner les facteurs pertinents constituant la totalité des circonstances à l'étude pour déterminer si les contre-mesures proposées par le Brésil – à un niveau de 3,36 milliards de dollars EU – sont appropriées dans ce cas particulier.

3.38 Dans les arguments des parties, nous avons discerné cinq facteurs qui peuvent être pertinents pour évaluer le caractère approprié du niveau des contre-mesures proposées par le Brésil: i) le niveau des contre-mesures proposées eu égard à celles qui ont été autorisées dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*; ii) le niveau des contre-mesures proposées eu égard à la valeur des marchandises importées du Canada au Brésil; iii) le niveau des contre-mesures proposées eu égard à la gravité de l'infraction; iv) le niveau des contre-mesures proposées eu égard à la nécessité d'inciter le Canada à se conformer à ses obligations dans le cadre de l'OMC; et v) la pertinence du point de savoir si les contre-mesures ne sont pas manifestement excessives. Dans la présente section, nous allons d'abord examiner si ces cinq facteurs sont pertinents en l'espèce. S'ils sont pertinents, nous examinerons alors chaque facteur pour évaluer le caractère approprié des contre-mesures proposées.

a. Les contre-mesures examinées par aéronef

3.39 Premièrement, comme l'a noté le Canada, le niveau des contre-mesures proposées par le Brésil, par aéronef, représente 43 fois celui qui a été autorisé dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*; et cela en dépit du fait que le niveau de la subvention par aéronef n'est pas très dissemblable. La subvention par aéronef dans la présente affaire, comme nous la calculons plus loin, représente approximativement 2,5 fois la subvention par aéronef calculée dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*.⁷³ Même si on l'ajuste pour tenir compte des différents niveaux des subventions, la différence dans le niveau des contre-mesures par aéronef est frappante – de l'ordre de 20 à 1.

3.40 Si nous avons conclu que le Brésil n'est pas juridiquement contraint de proposer dans la présente affaire la même méthode que celle que le Canada a acceptée dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, nous pensons qu'il peut être utile de comparer le résultat produit par la méthode brésilienne avec le résultat dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* pour décider si le résultat de l'application de la méthode brésilienne est approprié. Après tout, le présent différend concerne dans une large mesure le même marché et les mêmes produits, les mêmes parties et des violations semblables de l'Accord SMC, c'est-à-dire l'utilisation de subventions à l'exportation prohibées.

3.41 À première vue, il y a de bonnes raisons de penser que l'importante différence dans les niveaux des contre-mesures par aéronef doit amener à conclure que le niveau des contre-mesures proposées par le Brésil n'est pas approprié en l'espèce. Peut-on dire que les contre-mesures proposées par le Brésil sont "convenables à titre de réponse dans l'affaire à l'étude"⁷⁴ si le Canada est soumis à des contre-mesures beaucoup plus lourdes par subvention/par aéronef que le Brésil ne l'a été dans une

⁷² Décision de l'arbitre *États-Unis – FSC (article 22:6 - États-Unis)*, paragraphe 5.12.

⁷³ On peut calculer un montant moyen de subvention par aéronef dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* en divisant les subventions totales de 1,4 milliard de dollars EU par les 1 118 aéronefs impliqués. Voir l'affaire *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, paragraphes 3.76 et 3.93. Il convient de noter que les aéronefs Embraer en cause étaient en partie plus petits et moins coûteux que les aéronefs Bombardier impliqués dans la transaction Air Wisconsin.

⁷⁴ Voir la décision de l'arbitre *États-Unis – FSC (article 22:6 - États-Unis)*, paragraphe 5.12.

affaire semblable opposant les deux mêmes parties? Au bout du compte, toutefois, nous jugeons difficile de conclure sur la base de ce seul facteur que les contre-mesures proposées ne sont pas appropriées. Après tout, le Canada a spécifiquement choisi d'accepter le plus bas des deux niveaux de contre-mesures qu'il proposait dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*. L'autre niveau proposé par le Canada, mais qui n'avait pas sa préférence, était fondé sur les effets sur le commerce et était nettement plus important (4,7 milliards de dollars canadiens). Néanmoins, l'importante différence dans les niveaux des contre-mesures par aéronef donne à penser que le niveau des contre-mesures proposées par le Brésil peut ne pas être approprié.

b. Les contre-mesures examinées eu égard à la valeur des marchandises importées du Canada au Brésil

3.42 Une deuxième manière de mesurer le caractère approprié est d'examiner les contre-mesures proposées eu égard au niveau global des échanges de marchandises entre les deux parties.⁷⁵ Cela semble particulièrement pertinent puisque la raison d'être des contre-mesures est de restreindre les échanges et que le Brésil a demandé à suspendre des concessions en rapport avec des importations de marchandises en provenance du Canada.⁷⁶ À cet égard, le Canada estime que ses exportations de marchandises vers le Brésil se sont élevées à 591 millions de dollars EU en 2001.⁷⁷ Le Brésil estime le montant à 927 millions de dollars EU.⁷⁸ Ainsi, le niveau des contre-mesures proposées représenterait de trois à six fois les importations annuelles du Brésil en provenance du Canada. Cette disparité entre le niveau des contre-mesures proposées et la valeur totale des marchandises importées par le Brésil du Canada est tellement importante que, à notre avis, cela n'est pas "convenable à titre de réponse dans l'affaire à l'étude".⁷⁹ Nous considérons que pour évaluer la proportionnalité au titre de l'article 4.10 de l'Accord SMC l'arbitre doit normalement examiner s'il existe une adéquation entre les contre-mesures et les mesures initiales constitutives d'une violation.⁸⁰ Il est également vrai, cependant, que le sens courant du terme "appropriées" figurant à l'article 4.10 donne à penser que les "contre-mesures devraient être adaptées à l'affaire particulière à l'étude".⁸¹ Bien que nous ne voulions minimiser d'une manière quelconque la gravité de la violation initiale résultant de la mesure en cause, notre examen de ce fait particulier qu'autoriser des contre-mesures aurait pour effet, si elles étaient appliquées, de faire cesser une proportion très importante des échanges de marchandises entre les deux parties pendant plusieurs années nous amène à constater que le niveau des contre-mesures proposées par le Brésil peut ne pas être approprié dans les circonstances à l'étude.⁸²

⁷⁵ Le Brésil donne à penser implicitement que des contre-mesures peuvent ne pas être appropriées à la lumière de la valeur des échanges entre les parties, lorsqu'il dit que son calcul initial des contre-mesures - 10,2 milliards de dollars EU - "est inutilement élevé, vu l'ampleur des échanges entre les deux pays". (Exposé méthodologique du Brésil, "étape 3")

⁷⁶ Voir le document WT/DS222/7, point 3), page 2. Nous notons que la demande du Brésil comprend également la suspension d'autres obligations (voir le paragraphe 1.3 ci-dessus).

⁷⁷ Réponse du Canada à la question n° 1 posée aux deux parties.

⁷⁸ La différence peut s'expliquer par le fait que certaines marchandises passent par les États-Unis (voir la réponse du Brésil à la question n° 1 posée par l'arbitre aux deux parties, paragraphe 3).

⁷⁹ Décision de l'arbitre *États-Unis – FSC (article 22:6 - États-Unis)*, paragraphe 5.12.

⁸⁰ Voir aussi le paragraphe 3.49 ci-après.

⁸¹ Décision de l'arbitre *États-Unis – FSC (article 22:6 - États-Unis)*, paragraphe 5.12.

⁸²

c. Les contre-mesures examinées eu égard à la gravité de l'infraction

3.43 Le Brésil invoque en l'espèce la gravité de l'infraction comme étant un facteur aggravant justifiant l'utilisation d'une méthode conduisant à un niveau élevé de contre-mesures. Le Canada, en revanche, allègue que son infraction est moins grave que la violation du Brésil dans l'affaire *Brésil - Aéronefs*.

3.44 Nous rappelons que l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC* a considéré que, pour évaluer le "caractère approprié" des contre-mesures, il fallait accorder une marge d'appréciation eu égard à la gravité de l'infraction en question.⁸³ Toutefois, nous pensons que l'arbitre dans l'affaire *États-Unis - FSC* a utilisé l'expression "la gravité de l'infraction" dans le contexte de l'examen du caractère prohibé des subventions à l'exportation en général.⁸⁴ Par comparaison, il nous apparaît que ce que les parties entendent en l'espèce par "gravité de l'infraction" concerne les *caractéristiques* de la subvention prohibée spécifique en cause, c'est-à-dire la question de savoir si elle a trait à une

examiné par l'arbitre dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*. Le fait que le Canada visait les offres d'Embraer a aussi une importance limitée. Étant donné que le Brésil et le Canada sont les principaux concurrents dans le secteur des aéronefs régionaux, toute offre de l'un vise *ipso facto* l'autre.

3.46 En conclusion, même si les caractéristiques d'une subvention particulière peuvent quelquefois justifier l'application d'un niveau particulièrement élevé de contre-mesures, nous ne voyons aucune raison de considérer que les caractéristiques de la subvention du Canada en l'espèce le font. Ainsi, ce facteur n'est pas utile pour évaluer le caractère approprié du niveau de contre-mesures proposé par le Brésil en l'espèce.

d. Les contre-mesures examinées eu égard à la nécessité d'inciter à la mise en conformité

3.47 L'un des buts reconnus des contre-mesures est d'inciter la partie en défaut à se conformer aux recommandations de l'ORD. En l'espèce, le Brésil fait valoir que l'application de sa méthode est nécessaire pour fixer un niveau de contre-mesures qui sera suffisamment élevé pour inciter à la mise en conformité. Nous notons qu'inciter à la mise en conformité était une préoccupation expressément mentionnée par les arbitres dans les affaires *Brésil - Aéronefs*⁸⁵ et *États-Unis – FSC*.⁸⁶ Par exemple, dans le rapport *États-Unis – FSC*, il est indiqué ce qui suit:

"5.57 À notre avis (...) pour évaluer la portée de ce qui peut être considéré comme des contre-mesures "appropriées", nous devrions tenir compte du fait que la subvention en cause doit être retirée et qu'une contre-mesure devrait contribuer à l'objectif ultime qui est le retrait sans retard de la subvention prohibée."

3.48 Nous nous accordons à penser que la nécessité d'inciter à la mise en conformité est un facteur qui devrait être pris en compte pour évaluer le caractère approprié du niveau des contre-mesures proposées. S'agissant de la présente affaire et à la lumière de notre analyse jusqu'ici, la question est de savoir si la nécessité d'inciter le Canada à se mettre en conformité devrait nous amener à constater que le niveau des contre-mesures proposé par le Brésil est approprié, nonobstant la constatation que nous avons faite plus haut selon laquelle le niveau de contre-mesures proposé n'est pas approprié au regard de l'article 4.10 de l'Accord SMC. Nous ne sommes pas convaincus que nous devrions modifier notre constatation en raison de l'incertitude quant au niveau de contre-mesures qui entraînerait la mise en conformité. Cette incertitude existe parce que, outre le niveau des contre-mesures, la nature des contre-mesures et les secteurs soumis aux contre-mesures jouent un rôle pour déterminer la probabilité de la mise en conformité. De plus, d'autres facteurs propres au Membre soumis aux contre-mesures peuvent avoir une incidence. Si la logique qui sous-tend les contre-mesures est que des contre-mesures de niveau plus élevé sont plus susceptibles d'inciter à la mise en conformité que des contre-mesures de niveau plus bas, la prescription voulant que les contre-mesures soient "appropriées" empêche de se fonder sur cette seule logique. Ainsi, nous concluons que la nécessité d'inciter à la mise en conformité ne justifie pas que nous modifions notre constatation selon laquelle le niveau des contre-mesures proposées par le Brésil n'est pas approprié à la lumière de notre constatation figurant au paragraphe 3.23 et des autres facteurs pertinents examinés plus haut.⁸⁷

⁸⁵ Décision de l'arbitre *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – *Brésil*), paragraphes 3.44, 3.54, 3.57 et 3.58.

⁸⁶ Décision de l'arbitre *États-Unis – FSC* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphes 5.51 à 5.60. Nous rappelons que, dans les affaires *Brésil – Aéronefs* et *États-Unis – FSC*, les arbitres ont choisi d'utiliser le montant intégral de la subvention, sans aucun ajustement.

⁸⁷ À notre avis, cette conclusion n'empêche pas d'envisager d'ajuster le niveau des contre-mesures obtenu par une méthode différente dans des circonstances différentes.

E. CALCUL DU MONTANT DES "CONTRE-MESURES APPROPRIÉES "

1. Détermination du montant de la subvention

3.52 Pour les raisons mentionnées ci-dessus, nous estimons qu'il convient, pour commencer, d'utiliser une méthode fondée sur le montant de la subvention pour calculer le montant des "contre-mesures appropriées" en l'espèce. Nous rappelons que le Canada, dans sa première communication écrite, a suggéré que la subvention soit calculée comme étant "la valeur actuelle, après réduction, de la différence entre les flux de paiement relevant du financement subventionné et ceux qui relèvent d'un financement estimatif aux conditions du marché, la valeur actuelle étant calculée à la date de livraison de l'aéronef considéré".⁹¹

3.53 Le Brésil conteste la méthode de calcul proposée par le Canada, alléguant que le montant de la subvention correspond en fait à la valeur totale du prêt – le financement fourni au titre du Compte du Canada de la SEE – et pas seulement à une partie de cette valeur.⁹² Contrairement à ce qui s'est passé dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, où la "contribution financière", au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC, était le versement direct de péréquation des taux d'intérêt au titre du PROEX, et non le prêt, le Brésil estime que la contribution financière, en l'espèce, est le prêt lui-même accordé par les pouvoirs publics canadiens.⁹³ En outre, le Brésil soutient que, contrairement à ce qu'allègue le Canada, le montant de la subvention ne devrait pas être fondé sur l'avantage pour le bénéficiaire mais sur la définition de ce qui constitue une subvention, figurant à l'article premier de l'Accord SMC.

3.54 Nous relevons que le Groupe spécial, en l'espèce, a constaté que "le financement offert au titre du Compte du Canada de la SEE à Air Wisconsin constitu[ait] une subvention à l'exportation prohibée contraire à l'article 3.1 a) de l'Accord SMC".⁹⁴ Nous faisons toutefois observer que les constatations demandées à un groupe spécial sont différentes de celles qui sont demandées à un arbitre en vertu de l'article 22:7 du Mémoire d'accord et de l'article 4.11 de l'Accord SMC. Il est demandé à un groupe spécial d'établir l'existence d'une violation conduisant à une présomption d'annulation ou de réduction d'avantages. Il est demandé pour l'essentiel à un arbitre de déterminer si le niveau proposé des contre-mesures est approprié.

3.55 En tout état de cause, nous rappelons que le Groupe spécial, en l'espèce, a déterminé l'existence d'une subvention sur la base de la définition figurant à l'article premier de l'Accord SMC. Cet article dispose qu'"une subvention sera réputée exister" dans les cas où, entre autres choses, il y a une contribution financière des pouvoirs publics *et* un avantage est ainsi conféré. Ces prescriptions sont cumulatives, c'est-à-dire qu'elles doivent toutes deux être remplies pour qu'il existe une subvention. En l'espèce, le Groupe spécial a identifié une contribution financière sous la forme d'un transfert direct de fonds.⁹⁵ Il a ensuite conclu qu'un avantage était conféré et qu'il existait donc une subvention parce que ladite contribution financière (en l'espèce, un prêt) n'était pas fournie aux conditions du marché.

dollars EU autorisés; *Brésil – Aéronefs*: 700 millions de dollars canadiens demandés, 344,2 millions de dollars canadiens autorisés).

⁹¹ Première communication du Canada, paragraphe 19.

⁹² Communication présentée à titre de réfutation par le Brésil, paragraphes 41 à 51; réponses du Brésil aux questions de l'arbitre, paragraphe 67; observations du Brésil sur les réponses du Canada aux questions de l'arbitre, paragraphes 26 à 29.

⁹³ Communication présentée à titre de réfutation par le Brésil, paragraphe 43.

⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1 e).

⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.142.

3.56

la subvention dans le cas où des contre-mesures doivent être évaluées conformément à l'article 4.11 de l'Accord SMC, ainsi que l'a rappelé l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada - Aéronefs*⁹⁷:

"(...) L'article 14 énonce des principes directeurs pour calculer le montant d'une subvention en termes d'"avantage conféré au bénéficiaire". Bien qu'il soit indiqué au début de cet article que les principes directeurs qu'il établit s'appliquent "[a]ux fins de la Partie V" de l'Accord SMC, laquelle se rapporte aux "mesures compensatoires", nous pensons que l'article 14 constitue, néanmoins, le contexte pertinent pour interpréter le terme "avantage" figurant à l'article 1.1 b). Les principes directeurs énoncés à l'article 14 s'appliquent aux calculs de l'"avantage conféré *au bénéficiaire conformément au paragraphe 1 de l'article premier*". (pas d'italique dans l'original) Cette référence textuelle expresse de l'article 14 à l'article 1.1 nous montre que le terme "avantage" est utilisé à l'article 14 dans le même sens qu'à l'article 1.1. Par conséquent, la référence à l'"avantage ... conféré au bénéficiaire" à l'article 14 signifie également que le terme "avantage", *tel qu'il est utilisé à l'article 1.1*, concerne l'"avantage ... au bénéficiaire" et non le "coût pour les pouvoirs publics", comme l'affirme le Canada."

3.60 Compte tenu de ce qui précède, nous concluons qu'en l'espèce, il est approprié de calculer le montant de la subvention sur la base de l'avantage conféré par le prêt. Nous convenons aussi avec le Canada que, en pareil cas, le montant de la subvention devrait correspondre à la différence entre le montant que paye Air Wisconsin au titre du prêt de la SEE et le montant que paierait Air Wisconsin au titre d'un prêt commercial comparable que la société pourrait effectivement obtenir sur le marché.

3.61 Cette conclusion n'est pas incompatible avec l'approche suivie dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* pour le calcul du montant d'une subvention. Dans ladite affaire, les arbitres avaient utilisé, comme base du calcul du montant de la subvention, le montant net du don reçu par les compagnies aériennes achetant l'aéronef subventionné, déduction faite de la commission prélevée par la banque servant d'intermédiaire. Dans le cas d'un don, la contribution financière nette reçue et le montant de l'avantage conféré au sens de l'article premier sont les mêmes. Cela n'est naturellement pas vrai dans le cas d'un prêt, où l'élément subvention peut être nettement inférieur à la valeur nominale du prêt.

3.62 Le Brésil fait valoir que, dans un secteur où le commerce international est fortement concurrentiel, "quelques points de base seulement" en dessous des conditions du marché pourraient suffire pour permettre d'obtenir un contrat. En pareil cas, si l'on devait appliquer la méthode suggérée par le Canada, la "partie prohibée" de l'opération de financement à l'exportation serait très petite et le niveau des contre-mesures serait aussi très faible, par rapport à la valeur de la transaction ou au montant total du financement fourni.

3.63 Nous convenons avec le Brésil que, sur un marché aussi concurrentiel que celui des avions à réaction régionaux, une différence même limitée entre les taux d'intérêt, si elle permet à un constructeur d'obtenir un contrat, pourrait avoir une incidence disproportionnée par rapport au montant de la subvention octroyée, calculée sur la base de l'avantage conféré. D'un côté, nous n'estimons pas que cela soit une raison suffisante pour que nous nous écartions de ce qui, à notre sens, est l'approche prescrite par l'article premier et l'article 14 de l'Accord SMC dans une affaire portant, comme celle-ci, sur un prêt subventionné.⁹⁸ D'un autre côté, nous rappelons que le terme "approprié" figurant à l'article 4.10 de l'Accord SMC nous permet une certaine souplesse pour traiter des situations de ce type et, à cette fin, nous examinons ci-dessous le caractère approprié de différents ajustements

⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs*, paragraphe 155.

⁹⁸ Nous n'ignorons pas la teneur de l'Annexe IV de l'Accord SMC sur le calcul du subventionnement *ad valorem* total au sens de l'article 6.1 a). Toutefois, l'article 6.1 a) n'est plus applicable.

du niveau des contre-mesures que nous calculons sur la base de la méthode du montant de la subvention.

3.64 Pour ces raisons, nous décidons de calculer le montant de la subvention comme étant la valeur actuelle, après réduction, de la différence entre les flux de paiement relevant du financement subventionné et ceux qui relèvent d'un financement estimatif aux conditions du marché.

2. Calcul du montant de la subvention par aéronef

a) Remarques introductives

3.65 Nous traitons dans la présente section du calcul du montant de la subvention par aéronef. Toutefois, ce montant est uniquement la base sur laquelle les contre-mesures devraient être déterminées. Les ajustements visant à prendre en compte les circonstances spécifiques de la présente affaire sont examinés dans la section suivante.

b) Modèle des aéronefs et nombre d'aéronefs subventionnés non livrés au 20 mai 2002

i) *Modèle des aéronefs*

3.66 Le communiqué de presse publié par Bombardier le 16 avril 2001 après la signature du contrat Air Wisconsin⁹⁹ fait mention de la vente d'appareils CRJ-200. Nous n'avons pas été informés de modifications qui auraient pu intervenir à cet égard au stade de la livraison. Nous supposons donc que le contrat Air Wisconsin portait sur la vente d'un seul modèle d'aéronef.

ii) *Nombre d'aéronefs subventionnés non livrés au 20 mai 2002*

3.67 Le Canada fait valoir que, d'après la méthode fondée sur le montant de la subvention, la valeur de la subvention par aéronef doit être multipliée par le nombre d'aéronefs qui ont été livrés ou qui le seront après la date de mise en conformité. Il allègue que toutes les transactions avec Air Nostrum et Comair ont été achevées avant le 20 mai 2002. En ce qui concerne Air Wisconsin, il s'appuie sur le communiqué de presse de Bombardier daté du 16 avril 2001 pour indiquer que les ventes consistaient en 51 commandes fermes et 24 commandes conditionnelles, plus 75 options pour lesquelles, selon lui, aucun financement ne serait accordé si elles étaient exercées.¹⁰⁰ Sur les 51 commandes fermes, 12 ont été honorées avant la date de mise en conformité et il en reste donc 39 à honorer.¹⁰¹ En ce qui concerne les commandes conditionnelles, le Canada allègue que, dans les circonstances actuelles, environ 20 sur ces 24 commandes conditionnelles deviendraient des commandes fermes. Pour ce qui est des options, le Canada allègue que, même si elles sont exercées, aucune subvention ne sera accordée pour ces transactions.

3.68 Le Brésil a contesté tout d'abord le nombre de commandes fermes restant à honorer après le 20 mai 2002, alléguant qu'il appartenait au Canada de démontrer que des livraisons avaient eu lieu avant cette date.¹⁰² Il maintient que la tendance actuelle dans le secteur de l'aéronautique en faveur d'une utilisation plus intensive d'aéronefs régionaux donne à penser que toutes les commandes conditionnelles seront confirmées et que, contrairement à ce que le Canada allègue, les difficultés

⁹⁹ Pièce n° 3 du Canada.

¹⁰⁰ Première communication du Canada, paragraphe 27.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Au cours de la réunion de l'arbitre avec les parties, le Canada a présenté des éléments de preuve sous forme de certificats de réception d'aéronefs, de factures de ventes enregistrées auprès de l'Administration fédérale de l'aviation des États-Unis et d'une lettre de la SEE datée du 23 octobre 2002, à l'appui de sa déclaration concernant le nombre de transactions achevées (pièces n° 14, 15 et 16 du Canada).

rencontrées actuellement pour obtenir un financement sur le marché commercial conduiront la SEE à financer les options pour garantir les ventes de Bombardier.¹⁰³ Le Brésil fait aussi valoir que, dans un tel contexte, le taux de conversion des options devrait être de 100 pour cent.¹⁰⁴

3.69 Nous relevons tout d'abord que le Canada allègue et le Brésil ne conteste pas que le moment approprié pour évaluer l'octroi de la subvention est celui de la livraison. Par conséquent, pour déterminer s'il restait encore une subvention à accorder le 20 mai 2002, il suffit de vérifier la date de livraison. Nous avons reçu confirmation, de la part du Canada, du nombre d'aéronefs livrés et avons conclu que les transactions non achevées au 20 mai 2002 concernaient uniquement le contrat avec Air Wisconsin.

3.70 Nous abordons maintenant la question des options et des commandes conditionnelles. Nous relevons que le Canada a dit à de nombreuses reprises, devant l'ORD¹⁰⁵ et au cours de la présente procédure, que le Groupe spécial n'avait formulé aucune constatation concernant le subventionnement du financement d'options et que les options ne faisaient l'objet d'aucun financement au titre du Compte du Canada. Nous connaissons l'argument du Brésil selon lequel du fait des difficultés rencontrées pour obtenir le financement d'aéronefs visés par des options, le Canada pourrait être tenté, à un moment donné, d'offrir des subventions afin que les options soient exercées. Nous avons aussi noté l'argument selon lequel la diminution du nombre de passagers après le 11 septembre 2001 pourrait entraîner un accroissement des ventes d'avions à réaction régionaux en remplacement d'aéronefs plus gros. Nous notons toutefois que, contrairement à ce qui s'était passé dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, le Groupe spécial en l'espèce n'a formulé aucune constatation concernant le financement d'options. Les arguments du Brésil ne sont que des conjectures. En l'absence de quelque chose de plus concret, nous ne voyons aucune raison de tenir compte des options actuellement non subventionnées dans notre évaluation du niveau approprié des contre-mesures.

3.71 En ce qui concerne les commandes conditionnelles, nous rappelons que si elles sont confirmées, la subvention sera versée. Nous notons cependant que nous n'avons aucune certitude quant au moment de la confirmation de ces commandes, que les commandes sont confirmées. A r1lat0.5 -12.75 TD -0.1499 Tc 1.5647

3.72 Les éléments de preuve fournis par les parties ne nous permettent pas de déterminer catégoriquement si toutes les commandes conditionnelles seront confirmées. Les renseignements

raisonnable de ce que serait la pratique de la branche de production dans des circonstances analogues. Ce n'est pas une description de ce que Bombardier a effectivement fait s'agissant du contrat Air Wisconsin. Nous relevons que la lettre de xxx xx xx xxxxxxxxxxxxxxxx de Bombardier indique simplement que la "valeur contractuelle" peut ne pas correspondre au prix effectif des aéronefs. Toutefois, elle ne précise pas de quel montant cette valeur devrait être ajustée pour correspondre au prix unitaire effectif. En conséquence, si elle confirme que la valeur contractuelle peut ne pas correspondre au prix effectif payé pour les aéronefs, elle est d'un intérêt limité quand il s'agit de déterminer de quel montant la valeur contractuelle devrait être ajustée. Nous convenons que Bombardier n'a très probablement pas divulgué le prix effectif des aéronefs dans son communiqué de presse du 16 avril 2001. Toutefois, nous n'avons aucune base précise à partir de laquelle ajuster le prix mentionné dans le communiqué de presse. Le Canada et Bombardier savent le montant de la réduction accordée dans ce contrat sur le prix de catalogue du CRJ-200. Or, bien qu'ils demandent à l'arbitre d'ajuster le prix des aéronefs en question, ils ne sont pas disposés à nous fournir les renseignements exacts.¹¹² Dans ces conditions, et compte tenu du fait que c'est le Canada, la partie qui possède les renseignements exacts, qui demande un ajustement du prix des aéronefs, nous décidons de n'apporter aucun ajustement en ce sens au prix calculé sur la base du communiqué de presse du 16 avril 2001.

d) Taux applicable de financement aux conditions du marché

3.77 Les parties n'ont pas discuté de la suggestion du Canada d'utiliser xxxx¹¹³ xxxxxxxxxxxx xx xxx xxx xx xxx xxxxxx xx xxxxx xx xxx xxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxx xx xxx xxxxxxxxxxx xxxxx. Ils ont centré leurs arguments sur le taux estimatif de financement aux conditions du marché à appliquer dans la comparaison. Dans son calcul, le Canada utilise un taux estimatif de financement aux conditions du marché à la date de la lettre d'offre, soit xxxx pour cent, fondé sur ce qu'il estime être un taux d'actualisation comparable utilisé pour évaluer le flux de paiements.¹¹⁴ En l'absence de créances d'Air Wisconsin notées par des organismes extérieurs et faisant l'objet d'échanges actifs, le Canada a utilisé un point de repère du marché correspondant d'aussi près que possible au risque de crédit associé à Air Wisconsin à la date de la lettre d'offre.¹¹⁵ Ce point de repère du marché était un prix fixé en mai 2001 pour les EETC xxxx xx xxxxxxxx.

3.78 Le Brésil fait valoir que l'utilisation par le Canada du prix fixé en mai 2001 pour les EETC xxxx xx xxxxxxxx est un choix contestable. Le transporteur et les types d'équipement sont très différents. Même si l'on acceptait l'utilisation par le Canada des marges sur les EETC, ce que le Brésil juge contestable, il faudrait plutôt utiliser les marges de mai 2001 sur les EETC relatifs aux CRJ.¹¹⁶

3.79 En ce qui concerne la question spécifique du taux de financement applicable, nous sommes enclins à convenir avec le Brésil que certains des éléments du taux xx xxxxxxxx utilisé par le Canada peuvent ne pas sembler comparables avec la situation d'Air Wisconsin. Toutefois, nous faisons observer que le Canada a donné une explication détaillée de son calcul de la "valeur de substitution" du taux commercial, en reconnaissant les difficultés rencontrées. Nous estimons que, ce faisant, le Canada a établi *prima facie* que le taux de xxxx pour cent qu'il a calculé était une valeur de substitution raisonnable. Si nous reconnaissons que le Brésil fait valoir d'une manière générale qu'il

¹¹² Pendant l'audience, le Canada a proposé de divulguer le prix effectif des aéro689pTw (prima fa5r1r deur e1aif des aéro

n'est pas approprié en l'espèce de fonder des contre

le chiffre figurant dans le communiqué de presse de Bombardier daté du 16 avril 2001.

- b) L'étape suivante consiste à calculer la valeur actuelle nette de la subvention par modèle d'aéronef en utilisant le prix de vente du modèle considéré (CRJ-200), un taux de financement de la SEE de xxxx pour cent¹²⁰ pour un financement correspondant à xx pour cent du prix sur une période de xxxx années, et un taux estimatif de financement commercial de xxxx pour cent. Le financement est calculé pour les deux taux appliqués sur la même période.

La différence entre les deux montants est la valeur actuelle nette de la subvention pour chaque aéronef à la date du financement de la transaction.

- c) Enfin, nous multiplions le nombre total d'aéronefs qui restent encore à livrer à Air Wisconsin après le 20 mai 2002 (y compris toutes les commandes conditionnelles mais non les options) par la valeur actuelle nette de la subvention par modèle.

g) Calcul

i) *Valeur actuelle nette de la subvention par aéronef*

3.86 Le tableau figurant à l'annexe 1 du présent rapport contient le calcul du montant de la subvention par aéronef.

3.87 Comme il a été indiqué plus haut, nous avons utilisé comme prix des aéronefs le montant provenant du communiqué de presse publié par Bombardier le 16 avril 2001. Dans ce communiqué de presse, la valeur des 75 commandes fermes et conditionnelles était évaluée à 1,68 p o u r . 2 c 5 e

3.90 La valeur actuelle nette du montant total de la subvention est: 206 497 305 dollars EU.

3. Ajustements à apporter au montant de la subvention pour établir un niveau approprié des contre-mesures

a) Remarques préliminaires

3.91 Nous rappelons que le Brésil a proposé un niveau de contre-mesures fondé sur le tort causé par la subvention canadienne sur le plan de la concurrence mais n'a pas étayé suffisamment son allégation. Nous avons accepté la méthode du Canada fondée sur le montant de la subvention en tant que point de départ approprié. Le fait qu'il nous a semblé plus approprié de fonder notre détermination du niveau des contre-mesures en cause sur le montant de la subvention ne signifie pas que nous devons limiter le niveau des contre-mesures à ce montant. Le Canada reconnaît que nous avons le pouvoir discrétionnaire d'ajuster le montant calculé d'après sa méthode et a présenté des arguments en faveur d'un ajustement à la baisse du niveau des contre-mesures. De même, le Brésil accepte implicitement ce pouvoir discrétionnaire en faisant valoir que le montant calculé d'après la méthode de la subvention aboutit à un niveau des contre-mesures qui est trop bas.

3.92 Ici, nous rappelons à nouveau que nous approuvons les constatations formulées par l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC* selon lesquelles "les contre-mesures devraient être adaptées à l'affaire particulière à l'étude".¹²¹ En conséquence, nous sommes autorisés à examiner les facteurs pertinents qui constituent la totalité des circonstances à l'étude afin de déterminer si un niveau spécifique de contre-mesures est approprié dans cette affaire particulière. Par conséquent, nous examinons ci-dessous les arguments des parties qui, selon nous, se rapportent à des facteurs qui peuvent justifier que le niveau de contre-mesures soit ajusté pour tenir compte des caractéristiques spécifiques de la présente affaire. Nous commencerons par l'argument du Canada selon lequel les "contre-mesures appropriées" devraient être inférieures au montant de la subvention. Nous passerons ensuite à

estimait que l'"alignement" n'était pas une "disposition en matière de taux d'intérêt".¹²³ Toutefois, il estime que la partie du raisonnement du Groupe spécial traitant de cette question était un *obiter dictum*, formulé en l'absence d'une transaction effective contestée.¹²⁴

3.94 Le Brésil, s'appuyant sur le raisonnement de l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC*, insiste sur la gravité de l'acte illicite, indiquant que celui-ci était prémédité et reconnu comme visant Embraer.¹²⁵ Il conteste aussi l'allégation du Canada selon laquelle celui-ci pouvait croire de bonne foi que ses subventions relèveraient du point k) de la Liste exemplative figurant à l'Annexe I de l'Accord

type de contre-mesure sans invocation préalable du Mémorandum d'accord, même si le Brésil était à l'origine de la course aux subventions.¹³⁰

3.99 En ce qui concerne l'allégation du Canada selon laquelle il pouvait croire de bonne foi que sa tentative d'"alignement" sur l'offre du Brésil serait autorisée au titre de la "clause du refuge" figurant au point k) de la Liste exemplative de subventions à l'exportation, nous faisons observer tout d'abord que le Canada connaissait manifestement le raisonnement contenu dans le rapport du Groupe spécial *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)* lequel, même si le Canada a raison de dire qu'il s'agissait seulement de *dicta*, a rejeté cette opinion.¹³¹ Ce rapport, daté du 9 mai 2000, a été adopté par l'ORD le 4 août 2000. Il n'y a pas eu d'appel du Canada concernant la question du point k). Dans ce contexte, on peut se demander si le Canada pouvait croire de bonne foi, quand la subvention à Air Wisconsin a été accordée en 2001, que celle-ci pouvait être justifiée au titre du point k). En outre, même à supposer que le Canada l'ait cru de bonne foi en 2001, nous estimons néanmoins que cela ne peut justifier un ajustement à la baisse. Dans les affaires faisant l'objet d'une procédure de règlement des différends à l'OMC, il est probablement vrai que la plupart des parties défenderesses font valoir de bonne foi qu'elles croyaient que les mesures en cause étaient conformes aux dispositions pertinentes de l'Accord sur l'OMC. Une fois qu'il a été constaté que ces mesures constituaient un manquement à des obligations contractées dans le cadre de l'OMC, ces parties ne devraient pas avoir droit à un traitement spécial s'agissant des mesures correctives prises contre un tel manquement au motif que la violation a été commise de bonne foi. Si l'arbitre tenait compte de cette bonne foi alléguée de la partie défenderesse aux fins d'un ajustement à la baisse, un tel ajustement pourrait être nécessaire dans la quasi-totalité des affaires relevant de l'article 4.10 de l'Accord SMC, ce qui ne serait certainement pas acceptable.

3.100 Nous concluons donc, à propos de cet argument du Canada, qu'aucun ajustement du montant de la subvention n'est nécessaire.

c) Arguments du Brésil selon lesquels les "contre-mesures appropriées" devraient être supérieures au montant de la subvention

3.101 Puisque le Brésil n'a pas accepté la méthode du Canada fondée sur le montant de la subvention, il n'a pas fait valoir spécifiquement que le résultat obtenu avec cette méthode devrait être ajusté à la hausse. Toutefois, afin de justifier sa propre méthode et un niveau élevé de contre-mesures, il a présenté des arguments qui sont pertinents pour la question de savoir si le niveau des contre-mesures obtenu avec la méthode canadienne devrait être ajusté à la hausse. Nous avons déjà traité l'argument du Brésil concernant la gravité de la violation commise par le Canada. Dans la présente section, nous examinerons: i) le refus du Canada de retirer la subvention et l'"incitation à la mise en conformité"; ii) le risque allégué par le Brésil d'autres "coups de force" de la part du Canada si le niveau de contre-mesures n'est pas suffisamment élevé pour dissuader le recours à de telles mesures à l'avenir; et iii) l'incidence disproportionnée potentielle d'un montant même faible de la subvention sur un marché très concurrentiel.

i) *Refus du Canada de retirer la subvention et "incitation à la mise en conformité"*

3.102 Le Brésil fait valoir que les contre-mesures sont conçues pour inciter à la mise en conformité. Nous avons déjà dit que nous approuvions cette position.¹³² En conséquence, nous passons à la

¹³⁰ En l'espèce, le subventionnement canadien n'est pas présenté comme une réponse à un subventionnement préalable par le Brésil, mais comme une action simultanée visant à empêcher le Brésil d'obtenir un contrat grâce à son propre programme de financement.

¹³¹ Rapport du Groupe spécial *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 5.126.

¹³² dsus.

question de savoir si la fonction d'"incitation à la mise en conformité" des contre-mesures justifie un ajustement à la hausse du montant établi au paragraphe 3.90 ci-dessus.¹³³

3.103 Premièrement, nous faisons observer que la simple non-mise en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD et le fait que le Canada ne s'est pas encore mis en conformité ne sont pas des "facteurs aggravants" justifiant un niveau plus élevé de contre-mesures. Conformément à l'article 22:1 du Mémoire d'accord et à l'article 4.10 de l'Accord SMC, la non-mise en conformité est le fait même qui justifie l'adoption de contre-mesures.

3.104 Toutefois, cela ne signifie pas que la non-mise en conformité ne puisse pas devenir un facteur aggravant quand il s'agit de déterminer un niveau approprié de contre-mesures compte tenu des faits propres à une affaire particulière. En fait, nous rappelons que, conformément au principe général du droit international *pacta sunt servanda*, tel qu'il est énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), les États ne sont pas seulement présumés s'acquitter de leurs obligations conventionnelles de bonne foi, on attend d'eux qu'ils le fassent et ils sont tenus de le faire. Nous relevons aussi que l'article 27 de la même Convention de Vienne précise que les obligations découlant du droit interne ne peuvent dispenser les États de respecter leurs obligations internationales. Nous n'oublions pas que la Convention de Vienne n'est pas censée l'emporter sur des dispositions spéciales contenues dans d'autres traités applicables entre les parties. Toutefois, nous ne voyons rien dans le Mémoire d'accord ni dans l'Accord SMC qui créerait le droit de ne pas se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD.

3.105 Au contraire, tout en indiquant que ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité, l'article 22:1 du Mémoire d'accord est particulièrement clair quant au fait que les suspensions de concessions ou d'autres obligations sont de nature temporaire, dans l'attente de la mise en conformité. À cet égard, dans l'affaire *CE – Bananes*, les arbitres, se référant à cette disposition, ont estimé que la suspension de concessions ou d'autres obligations visait à inciter à la mise en conformité parce qu'elle était temporaire.¹³⁴ En outre, nous rappelons que nous partageons l'avis de l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC* selon lequel l'objectif de l'Accord SMC s'agissant de l'article 4.10 est d'obtenir la mise en conformité avec la recommandation de l'ORD de retirer la subvention. En particulier, l'article 4.7 de l'Accord SMC exige que les subventions prohibées soient retirées sans retard.

3.106 En l'espèce, nous avons demandé au Canada de préciser s'il n'avait pas effectivement l'intention de se conformer aux recommandations de l'ORD. Le Canada a confirmé qu'il honorerait ses engagements contractuels pour ce qui est d'accorder le financement dont il avait été constaté qu'il s'agissait d'une subvention illégale pour les avions non livrés à la date de la mise en conformité.¹³⁵ Nous considérons que cette déclaration signifie que le Canada n'a pas maintenant l'intention de retirer les subventions en cause, comme il y est tenu aux termes de l'article 4.7 de l'Accord SMC. À cet égard, nous notons encore le paragraphe 5.57 du rapport *États-Unis – FSC*, où il est indiqué ce qui suit:

"À notre avis, (...) pour évaluer la portée de ce qui peut être considéré comme des contre-mesures "appropriées", nous devrions tenir compte du fait que la subvention

¹³³ Si nous avons constaté que l'objectif consistant à inciter à la mise en conformité ne pouvait pas justifier le niveau de contre-mesures de 3,36 milliards de dollars EU proposé par le Brésil compte tenu de notre constatation selon laquelle un tel niveau n'était pas approprié pour d'autres raisons, cette constatation n'empêche

en cause doit être retirée et qu'une contre-mesure devrait contribuer à l'objectif ultime qui est le retrait sans retard de la subvention prohibée."

3.107 En d'autres termes, nous estimons que les contre-mesures existent pour contribuer à mettre fin à une infraction. Nous pensons aussi que le niveau "approprié" des contre-mesures devrait refléter

3.112 Nous ne voyons aucune autre raison juridique pour laquelle le fait de dissuader l'application future du Compte du Canada et du Compte de la Société de la SEE pour le financement des ventes d'avions à réaction régionaux devrait faire partie des facteurs à prendre en considération pour déterminer le niveau approprié des contre-mesures en l'espèce. Nous relevons que le Groupe spécial a appliqué la distinction "classique" entre législation impérative et législation dispositive¹³⁹ et a constaté que ces programmes ne prescrivaient pas le subventionnement des exportations.¹⁴⁰ À ce stade, du point de vue du droit et de la pratique de l'OMC, il semble difficile d'incorporer dans notre évaluation des "contre-mesures appropriées" la simple possibilité d'une autre infraction résultant de l'existence de programmes établis dans une législation dispositive. En effet, cela équivaldrait à ne pas tenir compte des conséquences juridiques de la distinction entre législation impérative et législation dispositive.

3.113 Nous n'avons pas besoin de décider que, s'il se créait au fil du temps une situation de subventionnement illégal et de non-mise en conformité, de tels faits ne pourraient pas ou ne devraient pas être pris en considération. Selon nous, cette situation n'est pas la question dont nous sommes saisis et, par conséquent, aucun ajustement n'est approprié en l'espèce.

iii) Incidence disproportionnée potentielle de la subvention sur le marché

3.114 Dans le cadre de ses arguments sur la gravité de l'infraction commise par le Canada, le Brésil aborde une question spécifique. Il fait valoir que, dans un secteur où le commerce international est fortement concurrentiel, un taux d'intérêt inférieur de "quelques points de base seulement" au taux du marché pourrait suffire pour permettre d'obtenir un contrat.

3.115 Nous convenons en principe avec le Brésil que, sur un marché aussi concurrentiel que celui des avions à réaction régionaux, une différence même limitée entre les taux d'intérêt, si elle permet à un constructeur d'obtenir un contrat, peut avoir une incidence disproportionnée, calculée sur la base de l'incidence commerciale, par rapport au montant de la subvention accordée.

3.116 Nous notons que, dans certains cas de ce type, des contre-mesures égales au montant de la subvention pourraient être considérées comme insuffisantes pour inciter à la mise en conformité. Toutefois, nous avons déjà conclu qu'un ajustement était approprié étant donné la nécessité d'inciter à la mise en conformité. Ainsi, selon nous, la préoccupation exprimée ici par le Brésil a déjà été prise en compte dans l'évaluation du niveau approprié des contre-mesures et ne justifie donc aucun nouvel ajustement.

3.117 En tout état de cause, nous faisons observer que la situation dont nous sommes saisis diffère de celle qu'a mentionnée le Brésil. Les contre-mesures en l'espèce ne sont pas fondées sur une subvention égale à "quelques points de base" du taux d'intérêt. En l'espèce, la différence sur laquelle les contre-mesures sont fondées est la différence entre le taux d'intérêt que nous avons accepté comme étant le taux applicable pour le contrat Air Wisconsin (xxxx pour cent) et le taux d'intérêt que nous avons accepté comme étant représentatif du marché pour ce type de transaction (xxxx pour cent), c'est-à-dire davantage que "quelques points de base".

3.118 Dans ces conditions précises, nous concluons qu'aucun ajustement n'est nécessaire en l'espèce à cet égard.

¹³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.56 à 7.68.

¹⁴⁰ *Ibid.*, paragraphes 7.84 et 7.85 (la SEE, du fait qu'elle est un organisme de crédit à l'exportation); paragraphes 7.96 et 7.97 (le Compte du Canada de la SEE); paragraphes 7.112 et 7.113 (le Compte de la Société de la SEE); paragraphes 7.126 et 7.127 (Investissement Québec).

d) Conclusion concernant les ajustements

3.119

4.2 À cet égard, l'arbitre demande instamment au Brésil de faire en sorte que, s'il décide de procéder à la suspension de certaines de ses obligations à l'égard du Canada dont il est fait mention dans le document WT/DS222/7, cela se fasse d'une manière telle que le niveau maximal des contre-mesures indiqué au paragraphe précédent soit respecté.

4.3 Enfin, l'arbitre aimerait souligner que l'article 22:8 du Mémoire d'accord dispose ce qui suit:

"La suspension de concessions ou d'autres obligations sera temporaire et ne durera que jusqu'à ce que la mesure jugée incompatible avec un accord visé ait été éliminée, ou que le Membre devant mettre en œuvre les recommandations ou les décisions ait trouvé une solution à l'annulation ou à la réduction d'avantages, ou qu'une solution mutuellement satisfaisante soit intervenue. (...)"

4.4 L'arbitre croit savoir que les parties ont procédé à des consultations. Il estime que, vu les circonstances particulières de la présente affaire, un accord mutuellement satisfaisant entre les parties portant sur les questions traitées en l'espèce *dans leur contexte plus large* serait la solution la plus appropriée.

ANNEXE 2

CANADA – CRÉDITS À L'EXPORTATION ET GARANTIES DE PRÊTS ACCORDÉS POUR LES AÉRONEFS RÉGIONAUX (WT/DS222) Recours du Canada à l'article 22:6 de Mémoire d'accord et à l'article 4.11 de l'Accord SMC

Procédures de travail

Les arbitres suivront les procédures de travail normales établies dans le Mémoire d'accord lorsque cela est approprié et adapté aux circonstances de la présente procédure, conformément au calendrier qu'ils ont adopté. À cet égard,

- a) les arbitres se réuniront en séance privée;
- b) les délibérations des arbitres et les documents qui leur auront été soumis resteront confidentiels. Toutefois, cela est sans préjudice de la communication au public, par les parties, de leurs propres positions, conformément à l'article 18:2 du Mémoire d'accord;
- c) à toute réunion de fond avec les parties, les arbitres demanderont au Canada de présenter oralement ses vues en premier suivi du Brésil;
- d) les parties présenteront aux arbitres tous les éléments de preuve factuels au plus tard au moment où elles leur présenteront les premières communications écrites, sauf en ce qui concerne les éléments de preuve nécessaires pour présenter des réfutations ou répondre à des questions. Les exceptions à cette procédure seront accordées sur exposé de raisons valables. En pareil cas, l'autre partie se verra accorder un délai pour faire des observations, selon qu'il conviendra;
- e) les parties fourniront une version électronique (ayant un format compatible avec les programmes du Secrétariat) ainsi que la version imprimée (sept exemplaires) de leurs communications, y compris l'exposé méthodologique et les observations formulées à ce sujet, à la date fixée. Tous ces exemplaires doivent être déposés auprès du Greffier pour le règlement des différends, M. Ferdinand Ferranco (bureau 3154). Les versions électroniques peuvent être envoyées par courrier électronique à M.

- i) les parties communiqueront une liste des membres de leur délégation avant toute réunion avec les arbitres ou au commencement de celle-ci;
 - j) pour faciliter la tenue du dossier de l'arbitrage et pour assurer la plus grande clarté possible des communications et autres documents, en particulier des références aux pièces présentées par les parties, celles-ci numérotent leurs pièces par ordre chronologique tout au long de l'arbitrage.
-