

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 APPROPRIÉES"	6
A. PRINCIPAUX ARGUMENTS DES PARTIES	6
B. APPROCHE ADOPTÉE PAR L'ARBITRE.....	7
C. LA NOTION DE "CONTRE-MESURES APPROPRIÉES" AU SENS DE L'ARTICLE 4.10 DE L'ACCORD SMC	8
D. ÉVALUATION DU NIVEAU DES CONTRE-MESURES PROPOSÉES PAR LE BRÉSIL	11
1. Introduction.....	11
2. Méthode du Brésil fondée sur la perte de ventes/le tort sur le plan de la concurrence	11
a) Arguments des parties.....	11
b) Analyse de l'arbitre	12
3. Le caractère approprié des contre-mesures proposées par le Brésil.....	14
a) Arguments du Canada.....	14
b) Arguments du Brésil	15
c) Analyse de l'arbitre	16
i) <i>Remarques liminaires</i>	16
ii) <i>Caractère approprié des contre-mesures proposées</i>	17
a. Les contre-mesures examinées par aéronet.....	17
b. Les contre-mesures examinées eu égard à la valeur des marchandises importées du Canada au Brésil	18
c. Les contre-mesures examinées eu égard à la gravité de l'infraction.....	19
d. Les contre-mesures examinées eu égard à la nécessité d'inciter à la mise en conformité.....	20
e. Les contre-mesures proposées sont-elles manifestement excessives?	21
4. Conclusion	21

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>	<i>25</i>
ii)	<i>Nombre d'aéronefs subventionnés non livrés au 20 mai 2002.....</i>	<i>25</i>
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>	<i>30</i>
ii)	<i>Imputation au nombre total de ventes subventionnées avec livraison après le 20 mai 2002</i>	<i>30</i>
iii)	<i>Valeur actuelle nette du montant total de la subvention.....</i>	<i>30</i>
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>	<i>33</i>
ii)	<i>Risque d'autres "coups de force" (argument de la dissuasion).....</i>	<i>35</i>
iii)	<i>Incidence disproportionnée potentielle de la subvention sur le marché.....</i>	<i>36</i>
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.
<i>Canada – Aéronefs (article 21:5 – Canada)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS70/RW, adopté le 4 août 1999, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS70/AB/RW.
<i>Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux</i> , WT/DS222/R, adopté le 19 février 2002.
<i>CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)</i>	Décision des arbitres <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – 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/DS27/ARB, 9 avril 1999, DSR 1999:II, 725.
<i>CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)</i>	Décision des arbitres <i>Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés – Plainte initiale du Canada – 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/DS48/ARB, 12 juillet 1999, DSR 1999:III, 1105.

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.
<i>Norvège – Matériel pour les péages de Trondheim</i>	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.

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 Mémoire 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 Mémoire 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:

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 laquelle les parties ont fait part de leurs vues au sujet des projets de calendrier et de procédures de travail établis par l'arbitre. Tenant compte des observations additionnelles présentées ultérieurement par les parties, l'arbitre a adopté son calendrier et ses procédures de travail le 25 juillet 2002.⁶ Conformément au calendrier, le Brésil a présenté un exposé de sa méthode pour établir des contre-mesures appropriées le 3 septembre 2002. Le Canada a présenté des observations le 10 septembre. Les deux parties ont déposé des communications écrites initiales le 20 septembre et des communications à titre de réfutation le 8 octobre. L'arbitre a tenu une réunion de fond avec les parties le 24 octobre 2002 et a présenté des questions écrites aux parties le 25 octobre. Les parties ont répondu par écrit le 1^{er} novembre 2002 et ont eu jusqu'au 7 novembre pour formuler des observations au sujet de leurs réponses respectives. Les deux parties ont ensuite demandé à l'arbitre de ne pas distribuer son rapport entre le 6 décembre et le 19 décembre 2002. Une version confidentielle du rapport de l'arbitre a été remise aux parties le 23 décembre 2002. Il a été demandé aux parties d'identifier, pour le 6 janvier 2003, les parties du rapport qui, à leur avis, devraient rester confidentielles. Après avoir reçu des observations des parties, l'arbitre a distribué la version non confidentielle du rapport aux Membres le 17 février 2003.

II. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

A. MANDAT DE L'ARBITRE

2.1 Le Canada a engagé la présente procédure conformément à l'article 22:6 du Mémoire d'accord et à l'article 4.11 de l'Accord SMC. La partie pertinente de l'article 22:6 du Mémoire d'accord dispose ce qui suit:

"Lorsque la situation décrite au paragraphe 2 se produira, l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il ne

⁴ WT/DS222/8.

⁵ WT/DS222/9.

⁶ Les procédures de travail de l'arbitre figurent à l'Appendice 3 du Mémoire d'accord et à l'annexe 2 du présent rapport.

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 4.11 de l'Accord SMC pour ce qui est de la violation de l'article 3 de cet accord consiste donc uniquement à déterminer si le *niveau* des contre-mesures proposées est approprié.

B. CHARGE DE LA PREUVE

2.5 Les deux parties conviennent qu'il incombe au Canada, en tant que requérant en l'espèce, de prouver ses affirmations selon lesquelles le niveau de la suspension de concessions demandée n'est pas une contre-mesure appropriée au sens de l'article 4.10 de l'Accord SMC.⁷

2.6 Nous rappelons que selon les principes généraux applicables à la charge de la preuve, tels qu'ils ont été énoncés par l'Organe d'appel, une partie alléguant qu'il y a eu violation d'une disposition de l'Accord sur l'OMC par un autre Membre doit soutenir et prouver son allégation.⁸ Nous jugeons ces principes également pertinents pour les procédures d'arbitrage au titre de l'article 4.11 de l'Accord SMC.⁹ Dans la présente procédure, nous convenons donc qu'il incombe au Canada, qui a contesté le niveau des contre-mesures proposées par le Brésil au titre de l'article 4.10 de l'Accord SMC, de prouver que le montant proposé n'est pas compatible avec cette disposition. Il incombe par conséquent au Canada de fournir des éléments de preuve suffisants pour établir *prima facie*, ou établir une "présomption", que les mesures que le Brésil propose de prendre ne sont pas "appropriées". Une fois que le Canada l'a fait, il appartient au Brésil de fournir des éléments de preuve suffisants pour réfuter cette "présomption". Si les éléments de preuve devaient rester en équilibre pour une allégation particulière, l'arbitre en conclurait que le bien-fondé de l'allégation n'a pas été établi.

2.7 Nous notons, toutefois, qu'il appartient généralement à chaque partie affirmant un fait, que ce soit le demandeur ou le défendeur, d'en apporter la preuve.¹⁰ À cet égard, il appartient donc également au Brésil de fournir des éléments de preuve pour les faits qu'il affirme.

⁷ Première communication du Brésil, paragraphes 22 à 24; communication présentée à titre de réfutation par le Canada, paragraphes 12 à 15.

⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, DSR 1997:I, 323, page 337.

⁹ Pour une application antérieure de ces règles dans les procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, voir la décision des arbitres *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, paragraphes 8 et suivants. Pour une application dans le contexte de l'article 4.11 de l'Accord SMC, voir la décision des arbitres *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, paragraphes 2.8 et suivants, et la décision de l'arbitre *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphes 2.8 à 2.11.

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 335.

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 possibilités de faire des observations sur tout élément de preuve présenté au cours de la procédure. Le paragraphe d) indique clairement les circonstances dans lesquelles des éléments de preuve peuvent être présentés après la première communication écrite. Premièrement, des éléments de preuve additionnels peuvent être présentés pour faire des réfutations ou répondre à des questions. Deuxièmement, l'arbitre peut permettre que de nouveaux éléments de preuve soient présentés à un

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 190.

¹² Cette approche est similaire à celles qui ont été suivies dans tous les autres arbitrages au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord et au titre de l'article 4.11 de l'Accord SMC.

¹³ "Observations du Canada sur les nouveaux arguments et éléments de preuve présentés par le Brésil dans sa déclaration finale", 1^{er} novembre 2002, paragraphes 1 à 3.

¹⁴ Annexe 2 du présent rapport.

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-Unis à la condition que l'Argentine dispose d'un délai pour présenter d'autres observations sur les éléments de preuve additionnels. L'Organe d'appel a confirmé le raisonnement du Groupe spécial, assurant que le Groupe spécial avait un certain pouvoir discrétionnaire pour traiter les éléments de preuve et indiquant que l'Argentine n'avait pas demandé plus de temps pour présenter des observations.¹⁷

2.14 En l'espèce, le Canada demande que l'arbitre rejette les éléments de preuve, puisque le Brésil n'a pas exposé de raisons valables pour présenter tardivement un élément d'information dont il disposait depuis un certain temps.¹⁸ Le Brésil répond que ses pièces n° 76 et 77 ont été présentées dans le cadre de sa réponse à la question n° 2 posée par l'arbitre aux deux parties. Or, nous ne trouvons aucune mention de ces pièces dans la réponse du Brésil du 1^{er} novembre 2002. À supposer que les éléments de preuve aient été présentés à des fins de réfutation, nous ne voyons aucune raison particulière pour laquelle ils n'auraient pas pu être présentés en même temps que la déclaration orale faite par le Brésil à notre réunion plutôt qu'avec sa déclaration finale. En attendant sa déclaration finale pour présenter ces éléments de preuve, sa position de défendeur a donné au Brésil un avantage sur le plan de la procédure puisqu'il a pris la parole en dernier et qu'il n'était pas prévu dans les procédures de travail que le Canada pouvait répondre à ce stade. Cela rend cette présentation tardive d'éléments de preuve encore moins acceptable. Présenter délibérément des éléments de preuve à un moment où l'autre partie n'est normalement plus en mesure de formuler des observations – comme dans le cas d'espèce – nuit aux intérêts de cette partie, mais influe aussi sur la régularité de la procédure en général et peut provoquer des retards dans les travaux des groupes spéciaux et des arbitres, ceux-ci ayant ainsi plus de mal à respecter les délais prévus dans l'Accord sur l'OMC. Par conséquent, nous avons jugé plus approprié d'exclure ces éléments de preuve plutôt que de permettre au Canada de répondre, d'autant que le Canada avait expressément demandé à l'arbitre de rejeter ces éléments de preuve. Ainsi, nous avons décidé de ne pas tenir compte des éléments de preuve présentés par le Brésil dans ses pièces n° 76 et 77.

D. RECEVABILITÉ DES NOUVEAUX ARGUMENTS

2.15 Puisque nous rejetons les éléments de preuve figurant dans les pièces n° 76 et 77 du Brésil, nous ne voyons aucune raison d'examiner les arguments du Canada qui traitent de ces pièces.

2.16 Il nous reste à examiner la communication additionnelle du Canada dans la mesure où elle traite des remarques finales faites par le Brésil à la réunion, séparément des pièces n° 76 et 77 du Brésil. Cette communication ne devrait pas être considérée comme une réponse à de nouveaux éléments de preuve, mais comme une nouvelle présentation d'arguments, ce qui n'est pas prévu dans les procédures de travail. Une interprétation stricte de nos procédures de travail devrait nous amener à ne pas tenir compte de la communication additionnelle du Canada. Cependant, nous notons que le Brésil a présenté une argumentation assez nouvelle dans ses remarques finales. Pour assurer la

¹⁵ Rapport du Groupe spécial *Argentine – Chaussures, textiles et vêtements*, paragraphe 6.55.

¹⁶ Dans cette affaire, des éléments de preuve ont été présentés par les États-Unis quelques jours avant la deuxième audience du Groupe spécial.

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Chaussures, textiles et vêtements*, paragraphes 80 et 81.

¹⁸ Les pièces n° 76 et 77 du Brésil sont datées, respectivement, du 10 juillet 2001 et du 19 octobre 2002.

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*. De ce fait, il admet qu'il serait approprié d'autoriser le Brésil à prendre des contre-mesures fondées, comme dans cet arbitrage, sur le montant de la subvention. Ce montant correspondrait à la différence entre la valeur actuelle des versements dus dans le cadre du financement subventionné pour les aéronefs livrés ou à livrer après la date de mise en conformité et la valeur des versements qui auraient été dus si ces aéronefs étaient financés au taux du marché.²² Le Canada fait valoir que l'utilisation de la valeur des ventes plutôt que du montant de la subvention aboutirait à des contre-mesures inappropriées, alléguant qu'il n'y a aucune raison de ne pas suivre l'approche utilisée par les autres arbitres au titre de l'article 4.11. En outre, selon le Canada, le Brésil n'a pas démontré que la valeur des ventes correspond au "tort" résultant prétendument de la transaction Air Wisconsin. Le Canada fait valoir que le Brésil part simplement de l'idée que, s'il n'y avait pas eu la subvention du Canada, Embraer aurait obtenu l'intégralité des ventes et options obtenues par Bombardier avec Air Wisconsin.²³ Il considère qu'une approche plus appropriée consisterait à utiliser un scénario hypothétique suivant lequel le Canada aurait retiré la subvention au 20 mai 2002. Le Canada considère que, si on laisse de côté les conditions de financement, il y avait une marge de préférence pour Bombardier, qui doit être ajoutée au coût que représente pour Air Wisconsin le fait de transférer ses commandes restantes à Embraer. Le Canada pense que le coût global du changement aurait été plus élevé que tous avantages financiers potentiels. En outre, tout scénario hypothétique réaliste doit prendre en compte l'intérêt manifeste qu'a le fournisseur de répondre en reprenant certaines des clauses du contrat. Cela étant, le Canada est d'avis que la seule conclusion raisonnable est que la compagnie aérienne ne changerait pas de fournisseurs. Ainsi, le niveau de tort dans une telle hypothèse serait nul.

B. APPROCHE ADOPTÉE PAR L'ARBITRE

3.3 Nous rappelons que l'article 4.10 de l'Accord SMC dispose ce qui suit:

"Dans le cas où il ne sera pas donné suite à la recommandation de l'ORD dans le délai spécifié par le groupe spécial, qui courra à compter de la date à laquelle le rapport du groupe spécial ou le rapport de l'Organe d'appel aura été adopté, l'ORD accordera au Membre plaignant l'autorisation de prendre des contre-mesures appropriées⁹, à moins que l'ORD ne décide par consensus de rejeter la demande."

²¹ Le Brésil ajoute qu'il n'a pas inclus dans ces calculs les pertes de recette fiscale dues à la perte de ventes et à d'autres pertes matérielles, comme les pertes résultant du chômage direct et indirect et les pertes de fournisseur de parties et pièces et de services, entre autres (exposé méthodologique du Brésil, troisième page).

²² Observations du Canada sur l'exposé méthodologique du Brésil, paragraphes 3 et 4.

²³ Communication présentée à titre de réfutation par le Canada, paragraphes 42 à 48.

(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 4.10 DE L'ACCORD SMC

3.6 Notre première tâche est d'examiner le sens de l'article 4.10 dans la mesure nécessaire aux fins du présent arbitrage. À ce propos, nous notons que les parties ont fréquemment fait référence aux deux autres arbitrages effectués jusqu'ici au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord et de l'article 4.11 de l'Accord SMC: *Brésil – Aéronefs* et *États-Unis – FSC*. Nous notons que dans les deux affaires (et, en particulier, dans l'affaire *États-Unis – FSC*) les arbitres ont dû examiner les dispositions de l'article 4.10 et, en particulier, l'expression "contre-mesures appropriées". Nous rappelons que les deux arbitres ont appliqué à cet effet les principes généraux d'interprétation énoncés essentiellement dans les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969).²⁴

3.7 Nous notons que l'arbitre, dans l'affaire *États-Unis – FSC*, a d'abord examiné le sens du terme "contre-mesures":

"5.4 Les définitions de "countermeasure" (contre-mesure) données par le dictionnaire laissent entendre qu'une contre-mesure est essentiellement définie par référence à l'action illicite à laquelle elle est censée répondre. Le New Oxford Dictionary définit "countermeasure" (contre-mesure) comme signifiant "an action taken to counteract a danger, threat, etc."²⁵ (une action menée pour contrer un danger, une menace, etc.). Le sens de "counteract" (contrer/contrebalancer) est "hinder or defeat by contrary action; neutralize the action or effect of"²⁶ (empêcher ou déjouer par une action contraire; neutraliser l'action ou l'effet de). De même, le terme "counter" (contre) utilisé comme préfixe est défini, entre autres choses, comme signifiant: "opposing, retaliatory"²⁷ (exprimant l'opposition, la rétorsion). Le sens

²⁴ Voir la décision des arbitres *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – *Brésil*), paragraphes 3.42 et suivants, et la décision de l'arbitre *États-Unis – FSC* (article 22:6), paragraphe 4.7, pour ce qui est de l'application de l'article 3:2 du Mémoire d'accord et de la Convention de Vienne sur le droit des traités aux arbitrages dans le cadre du Mémoire d'accord.

²⁵ (note de bas de page de l'original) *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

²⁶ (note de bas de page de l'original) *Ibid.*

²⁷ (note de bas de page de l'original) *Webster's New Encyclopaedic Dictionary* (1994).

ordinaire du terme laisse donc entendre qu'une contre-mesure a une relation avec l'action qui doit être contrée, ou avec ses effets (cf. "empêcher ou déjouer par une action contraire; neutraliser l'action ou l'effet de"²⁸).

Considérant ces définitions dans le contexte de l'article 4 de l'Accord SMC, l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC* a constaté que le sens ordinaire du terme "contre-mesures" englobait les actions destinées soit à contrer la mesure en cause (neutraliser effectivement la subvention à l'exportation), soit à contrebalancer ses effets sur la partie concernée, soit les deux.²⁹

3.8 Ensuite, examinant le sens du terme "appropriées", l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC* a noté ce qui suit:

"5.9 Selon le dictionnaire, le sens ordinaire du terme "appropriate" (approprié) désigne quelque chose qui est "especially suitable or fitting"³⁰ (particulièrement indiqué ou convenable). Le terme "suitable" (indiqué), à son tour, peut être défini comme signifiant "fitted for or appropriate to a purpose, occasion ..." ³¹ (convenant à ou approprié à un but, une occasion ...) ou "adapted to a use or purpose"³² (adapté à un usage ou un but). Le terme "fitting" (convenable) peut être défini comme signifiant "of a kind appropriate to the situation"³³ (d'un genre approprié à la situation)."

Sur la base de ces considérations, il a conclu ce qui suit:

"Sur la base du sens courant du mot, cela signifie que les contre-mesures devraient être adaptées à l'affaire particulière à l'étude. Le terme est compatible avec une intention de ne pas préjuger ce que les circonstances pourraient être dans le contexte spécifique du règlement du différend dans une affaire donnée. Dans cette mesure, il y a un élément de flexibilité, au sens où est ainsi évitée toute formule quantitative *a priori* rigide. Mais il est clair également qu'il y a, néanmoins, une relation objective qui doit être absolument respectée: les contre-mesures doivent être indiquées ou convenables à titre de réponse dans l'affaire à l'étude."³⁴

3.9 Passant à l'analyse du sens du terme "appropriées" eu égard aux termes de la note de bas de page 9 jointe, l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC* a conclu que la flexibilité assurée par l'utilisation du terme "appropriées" était limitée par l'obligation d'éviter une disproportion entre les contre-mesures proposées et soit la mesure effective constitutive d'une violation elle-même, soit ses effets sur le Membre concerné, soit les deux.³⁵ La note de bas de page et le fait que la subvention doit être retirée indiquent aussi clairement que le texte de l'article 4.10 ne peut pas être interprété pour restreindre le critère du caractère approprié à l'élément consistant à contrer les effets dommageables sur une partie. De l'avis de l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC*:

"le droit à des contre-mesures doit être évalué compte tenu du statut juridique de l'acte illicite et de la façon dont le manquement à l'obligation en question a perturbé

²⁸ (note de bas de page de l'original) *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

²⁹ Décision de l'arbitre *États-Unis – FSC* (article 22:6 - *États-Unis*), paragraphe 5.6.

³⁰ (note de bas de page de l'original) *Webster's New Encyclopaedic Dictionary* (1994).

³¹ (note de bas de page de l'original) *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993).

³² (note de bas de page de l'original) *Webster's New Encyclopaedic Dictionary* (1994).

³³ (note de bas de page de l'original) *Webster's New Encyclopaedic Dictionary* (1994).

³⁴ Décision de l'arbitre *États-Unis – FSC* (article 22:6 - *États-Unis*), paragraphe 5.12.

³⁵ *Ibid.*, paragraphe 5.19.

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 Mémorandum 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 convenables à titre de réponse dans l'affaire à l'étude".⁴²

3.14 Compte tenu de ce qui précède, nous devons déterminer en l'espèce si les contre-mesures proposées sont appropriées au sens de l'article 4.10 de l'Accord SMC. Ce faisant, nous devons faire en sorte qu'elles ne soient pas disproportionnées.

D. ÉVALUATION DU NIVEAU DES CONTRE-MESURES PROPOSÉES PAR LE BRÉSIL

1. Introduction

3.15 Ainsi qu'il est noté plus haut, le Brésil a demandé à l'ORD l'autorisation d'imposer des contre-mesures portant sur un montant de 3,36 milliards de dollars EU, qu'il estime être la valeur des contrats pour les aéronefs non livrés à la date à laquelle les subventions en cause auraient dû être retirées, c'est-à-dire le 20 mai 2002. En fait, ce montant inclut tous les aéronefs relevant du contrat Air Wisconsin, puisque le Brésil n'a aucun renseignement sur les livraisons effectives dans le cadre de ce contrat.

3.16 Quand bien même le Canada admet que des contre-mesures fondées sur le montant de la subvention accordée par lui, sous réserve de certains ajustements, seraient appropriées en l'espèce, il fait valoir que le niveau des contre-mesures proposé par le Brésil est inapproprié. Premièrement, le Canada fait valoir que le présent différend est très semblable au différend *Brésil - Aéronefs*⁴³ et que, par comparaison avec cette affaire, le niveau des contre-mesures proposées par le Brésil est disproportionné. Deuxièmement, il fait valoir qu'une analyse correcte de la proposition du Brésil, dans la mesure où elle est fondée sur la perte de ventes ou le tort sur le plan de la concurrence, amènerait à conclure qu'aucune contre-mesure n'est appropriée.

3.17 Ainsi qu'il est indiqué plus haut⁴⁴, étant donné que le Canada a contesté le caractère approprié des contre-mesures proposées par le Brésil, la charge de la preuve lui incombe en premier lieu. Par conséquent, nous commençons par l'argument du Canada selon lequel une analyse correcte de la méthode du Brésil fondée sur la perte de ventes/le tort sur le plan de la concurrence établit qu'aucune contre-mesure n'est appropriée.

2. Méthode du Brésil fondée sur la perte de ventes/le tort sur le plan de la concurrence

a) Arguments des parties

3.18 Le Canada fait valoir que le Brésil "est simplement parti de l'idée, dans son argument, que, s'il n'y avait pas la subvention du Canada, Embraer obtiendrait nécessairement l'intégralité des ventes et options d'Air Wisconsin obtenues par Bombardier".⁴⁵ Il indique que l'approche appropriée consiste à examiner la situation hypothétique dans laquelle le Canada aurait retiré la subvention pour les aéronefs non livrés au 20 mai 2002, comme le recommandait l'ORD. Il fait valoir qu'Air Wisconsin n'aurait pas transféré ses commandes à Embraer parce qu'elle a une "marge de préférence déclarée" pour les aéronefs Bombardier, comme le montre le fait qu'elle a choisi Bombardier d'emblée lorsqu'elle s'est trouvée en présence d'"offres équivalentes et concurrentes inférieures au marché".⁴⁶ Cette préférence devrait être ajoutée aux coûts qu'Air Wisconsin devrait supporter si elle changeait de

⁴² Décision de l'arbitre *États-Unis – FSC* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 5.12.

⁴³ Voir le paragraphe 3.2 ci-dessus.

⁴⁴ Voir le paragraphe 2.6 ci-dessus.

⁴⁵ Communication présentée à titre de réfutation par le Canada, paragraphe 42.

⁴⁶ Communication présentée à titre de réfutation par le Canada, paragraphe 44.

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 Mémorandum 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 de préférence déclarée pour Bombardier. Si une telle préférence peut avoir existé, le Canada ne l'a pas dûment quantifiée et nous doutons de son intérêt étant donné le fait, relevé par le Brésil, que le Canada s'est senti obligé d'accorder les subventions en cause pour assurer le contrat à Bombardier. Cependant, chose plus importante, le Canada fait valoir que Bombardier aurait été incitée à essayer de conserver le contrat Air Wisconsin, même à un certain coût.⁵² Le Brésil ne répond pas à cet argument.⁵³

3.23 Tout bien considéré, nous concluons que le Canada s'est acquitté de sa charge de démontrer que les hypothèses sous-tendant la méthode du Brésil ne sont pas valables. Après avoir examiné les éléments de preuve et les arguments des deux parties, nous sommes persuadés que le retrait de la subvention n'aurait pas permis à Embraer d'obtenir le reste du contrat Air Wisconsin. Ainsi, nous constatons que l'application de la méthode du Brésil fondée sur la perte de ventes/le tort sur le plan de la concurrence ne justifie pas le niveau de contre-mesures (3,36 milliards de dollars EU) proposées par le Brésil. Par conséquent, nous constatons que le niveau des contre-mesures proposé par le Brésil n'est pas approprié au regard de l'article 4 de l'Accord SMC.

3.24 Cette conclusion est étayée par notre conviction qu'il serait inapproprié de fonder le niveau des contre-mesures sur la perte de ventes subie par Embraer après avoir perdu le contrat Air Wisconsin dans une situation où nous avons précédemment constaté que l'offre initiale faite par Embraer à Air Wisconsin n'était elle-même pas une offre fondée sur le marché.⁵⁴

3.25 Toutefois, nous craignons encore quelque peu que l'approche que nous suivons ici – mettant l'accent sur ce qui serait arrivé s'il y avait eu mise en conformité par comparaison avec la situation de non-mise en conformité – peut dans certains cas avoir pour résultat que les contre-mesures ne sont pas efficaces pour assurer la mise en conformité. Il pourrait s'agir d'affaires concernant des violations de l'Accord sur les marchés publics ou de l'Accord SMC dans des circonstances *ne faisant pas intervenir*, comme dans la présente affaire, des offres faites autrement qu'aux conditions du marché par les deux parties. De fait, l'inadéquation des mesures correctives de type GATT a été discutée assez longuement pour ce qui est des marchés publics dans l'affaire *Norvège – Matériel pour les péages de Trondheim*.⁵⁵ Nous ne voyons aucune raison d'examiner cette question en l'espèce. Cette question devrait cependant être examinée dans une affaire où elle est pertinente. En l'espèce, nous estimons que l'approche que nous avons suivie a abouti au bon résultat pour cette affaire particulière.

⁵² Il n'est pas sûr que les coûts à supporter pour conserver le contrat seraient très élevés. Le Canada soutient en outre que, compte tenu de la relation existant entre Air Wisconsin et Bombardier au 20 mai 2002, Air Wisconsin n'aurait pas changé de fournisseurs à ce stade. À cet égard, nous notons que 12 des 51 commandes fermes avaient été honorées au 20 mai 2002. Le Brésil ne répond pas directement à cette affirmation. De fait, il a fait valoir dans un contexte différent dans cette même procédure que, dès lors qu'une compagnie aérienne achète un type d'aéronefs, il est probable que cette compagnie et les compagnies apparentées continuent d'utiliser ce type d'aéronefs "parce qu'il est bien connu dans l'industrie aéronautique que l'"uniformisation" des aéronefs de la flotte d'une compagnie réduit beaucoup les frais de maintenance et de réparation". Première communication du Brésil, paragraphe 46. (souligné dans l'original)

⁵³ À cet égard, nous notons que le Canada rappelle que le Brésil a lui-même avancé un argument semblable dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, dans laquelle il soutenait, en envisageant la réaction d'Embraer face à un retrait des subventions, qu'"Embraer a[vait] un grand intérêt, sur le plan commercial, à garder la préférence et la confiance de ses clients en veillant à honorer leurs commandes". (Communication présentée à titre de réfutation par le Canada, paragraphe 45, citant la première communication écrite du Brésil dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 56)

⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.147 à 7.150.

⁵⁵ Rapport du Groupe spécial adopté le 13 mai 1992, IBDD, S40/372. Nous notons également que, dans l'affaire *Australie – Cuir pour automobiles II (article 21:5 – États-Unis)*, le Groupe spécial a estimé que, dans les circonstances de cette affaire, le retrait d'une subvention prohibée signifiait son remboursement (voir, entre autres, les paragraphes 6.46 à 6.49).

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. Lorsque le Canada a offert son financement pour la transaction Air Wisconsin, il l'a fait parce qu'il croyait que l'alignement était autorisé par la "clause du refuge" figurant au point k) de la Liste exemplative reproduite dans l'Annexe I de l'Accord SMC. S'agissant de l'allégation du Brésil concernant le ciblage, le Canada allègue qu'"alignement" implique nécessairement ciblage d'une transaction spécifique d'un autre pays. Le Canada a agi sur la base d'éléments de preuve crédibles montrant que le Brésil offrait des subventions PROEX illicites, comme il est reconnu dans le rapport du Groupe spécial.⁵⁹ Le Brésil fonde sa demande de contre-mesures "punitives" sur la décision du Canada d'honorer son contrat avec Air Wisconsin, alors que dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* le Brésil non seulement a choisi d'honorer ses contrats existants, mais encore a pris des engagements après le délai fixé pour la mise en

⁵⁶ Première communication du Canada, paragraphes 8 et 9.

⁵⁷ *Ibid.*, paragraphe 7.

⁵⁸ *Ibid.*, paragraphes 12 à 18.

⁵⁹ Communication présentée à titre de réfutation par le Canada, paragraphes 20 à 27.

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 elle incitait véritablement à la mise en conformité. Les contre-mesures du Brésil sont censées inciter véritablement le Canada à retirer la subvention à l'exportation prohibée. Si le niveau est trop bas, fait valoir le Brésil, le Canada ne sera pas incité à retirer la subvention prohibée.⁶³ Le Brésil rappelle également que, dans l'affaire *États-Unis – FSC*, l'arbitre a déclaré que la contre-mesure pouvait être destinée soit à contrer la mesure en cause, soit à contrebalancer ses effets sur la partie concernée. L'arbitre a aussi dit qu'il serait inapproprié de limiter les contre-mesures à la valeur nominale de la subvention à l'exportation puisque dans certains cas l'effet défavorable pouvait manifestement être plus important.⁶⁴ Selon le Brésil, les arbitrages dans les affaires *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.⁶⁵

3.32 Le Brésil ajoute que, dans l'affaire *États-Unis – FSC*, l'arbitre a également indiqué que le maintien de la subvention à l'exportation illégale lui-même avait pour effet de perturber l'équilibre des droits et des obligations, indépendamment des effets réels sur le commerce. Ainsi, un arbitrage doit prendre en compte aussi bien la "gravité de l'acte illicite" que l'objectif consistant à obtenir le retrait d'une subvention prohibée.⁶⁶ Une marge d'appréciation aurait dû être accordée en raison de la "gravité de l'infraction". En l'espèce, le Canada savait et admettait que les subventions qu'il accordait étaient illégales. De plus, le Canada ciblait le Brésil. Cela constitue une infraction grave. En outre, le Canada n'a rien fait pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD et n'a pas l'intention de s'y conformer. Le Canada ne peut pas prétendre que la violation commise par le Brésil dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* était plus grave. Le PROEX est un programme général de crédits à l'exportation. Son application au secteur des aéronefs devait réparer ou neutraliser l'avantage déloyal qu'avait le Canada en matière de financement des exportations, alors que le Canada accordait un financement direct à des conditions très généreuses.⁶⁷ Cela justifie comme étant manifestement appropriées des contre-mesures fondées sur le niveau de tort sur le plan de la concurrence subi par

⁶⁰ Communication présentée à titre de réfutation par le Canada, paragraphes 28 à 30.

⁶¹ Communication présentée à titre de réfutation par le Brésil, paragraphe 3.

⁶² *Ibid.*, paragraphe 3.

⁶³ *Ibid.*, paragraphes 16 et 17.

⁶⁴ Première communication du Brésil, paragraphes 29 à 33.

⁶⁵ Communication présentée à titre de réfutation par le Brésil, paragraphe 3.

⁶⁶ *Ibid.*, paragraphe 6.

⁶⁷ *Ibid.*, paragraphes 22 à 27.

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 Wisconsin celles des contrats Air Nostrum et Comair, ainsi que les possibilités de fournir des parties et pièces détachées et des services pendant la durée de vie utile des aéronefs vendus à ces compagnies. Or, le Brésil a choisi de demander un niveau de contre-mesures beaucoup plus bas, un niveau strictement proportionnel à la valeur d'un seul des contrats obtenus par Bombardier au moyen de subventions prohibées. Le niveau des contre-mesures demandées par le Brésil n'est donc à l'évidence pas disproportionné et a un rapport direct avec l'effet de la mesure sur le commerce.⁷¹

c) Analyse de l'arbitre

i) *Remarques liminaires*

3.34 L'argument fondamental du Canada est que les contre-mesures proposées par le Brésil sont inappropriées parce qu'elles sont disproportionnées par comparaison avec les deux affaires antérieures de subventions à l'exportation dans lesquelles des contre-mesures ont été autorisées. En particulier, il fait une comparaison entre le niveau autorisé dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* et celui qui est proposé dans la présente affaire, où les contre-mesures par aéronef représenteraient 43 fois le niveau autorisé dans le premier cas. Comme le Canada estime qu'en l'espèce son infraction a été moins grave que l'infraction du Brésil dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, il considère les contre-mesures proposées comme étant particulièrement disproportionnées.

3.35 Le Brésil fait valoir qu'un niveau élevé de contre-mesures est approprié en l'espèce parce qu'il faut que les contre-mesures incitent à la mise en conformité et du fait de la gravité de l'infraction du Canada.

3.36 D'emblée, il nous semble clair que le fait que le montant de la subvention a été utilisé comme base pour fixer le niveau des contre-mesures dans les affaires *Brésil – Aéronefs* et *États-Unis – FSC* n'empêche pas le Brésil d'utiliser une base différente pour les contre-mesures qu'il propose. Le montant de la subvention a été accepté comme base pour le niveau des contre-mesures dans ces affaires par la partie ayant eu gain de cause. Cependant, ce n'est pas le cas en l'espèce. Le Brésil ne peut pas être lié par des décisions stratégiques prises par d'autres parties dans d'autres affaires en ce qui concerne le niveau des contre-mesures qu'elles souhaitent voir autoriser. De plus, le fait que le Brésil a accepté l'approche fondée sur le montant de la subvention dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* n'est pas juridiquement pertinent. De toute évidence, dans cette affaire-là, il était dans l'intérêt du Brésil de préférer cette approche à l'autre approche proposée par le Canada, qui aurait abouti à un niveau de contre-mesures plus élevé. Cela ne veut pas dire, toutefois, que le Brésil a carte blanche

⁶⁸ Première communication du Brésil, paragraphes 35 et 36; communication présentée à titre de réfutation par le Brésil, paragraphe 7.

⁶⁹ Première communication du Brésil, paragraphes 37 et 38.

⁷⁰ Communication présentée à titre de réfutation par le Brésil, paragraphe 14.

⁷¹ Première communication du Brésil, paragraphes 50 à 52.

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 Nous sommes conscients du fait que notre examen de la valeur totale des marchandises importées du Canada au Brésil pour évaluer le caractère approprié peut être interprété comme créant un déséquilibre entre les Membres de l'OMC. Les Membres dont les importations sont limitées ne pourraient pas imposer un montant important de contre-mesures, alors que les Membres dont les importations sont notables auraient droit à un montant plus important de contre-mesures. Nous ne pensons pas que notre décision crée un tel déséquilibre ou qu'elle exacerbe les inégalités dans un système fondé sur des contre-mesures sous la forme de suspensions de concessions ou d'autres obligations au titre de l'Accord sur l'OMC. En fait, notre décision reflète simplement le déséquilibre entre les Membres qui résulte nécessairement du recours aux contre-mesures sous la forme de restrictions de l'accès aux marchés, qui désavantagent les Membres dont la valeur des importations est plus faible. À cet égard, nous notons qu'il n'y a pas de restriction concernant les *types* de contre-mesures visées à

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 transaction ou est un programme récurant, si elle constitue une "autodéfense" en réponse à d'autres subventions ou si elle vise un marché ou un concurrent particulier.

3.45 La lecture que nous faisons du rapport sur l'affaire *États-Unis – FSC* ne signifie toutefois pas que nous ne pouvons pas prendre en compte les caractéristiques de cette subvention particulière signalée par le Brésil, étant donné que ces caractéristiques peuvent être des éléments pertinents des mesures initiales constitutives d'une violation par rapport auxquelles la proportionnalité des contre-mesures devrait être mesurée. Notre examen de ces caractéristiques de la subvention en question ne justifie pas, à notre avis, un niveau de contre-mesures particulièrement élevé. La gravité de l'octroi d'une subvention prohibée est évaluée en termes absolus par rapport à la règle ou au principe auquel il a été contrevenu. Cependant, la gravité d'une subvention prohibée *particulière* sur la base de ses caractéristiques ne peut être évaluée que d'une manière relative, par une comparaison des caractéristiques d'autres subventions. Le seul comparateur fiable existant dans ce domaine est le programme de subventionnement des aéronefs régionaux du Brésil étudié dans la procédure *Brésil - Aéronefs*. Nous notons premièrement que la mesure en cause dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* était un programme de subventionnement qui n'était pas limité dans le temps, alors que la mesure en cause en l'espèce concerne un montant de subvention défini. Deuxièmement, le montant de la subvention accordée par le Brésil ou pour laquelle il existait des engagements au moment où a eu lieu l'arbitrage au titre de l'article 22:6 dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* était beaucoup plus élevé que dans la présente affaire. Troisièmement, même si nous devons évaluer la gravité de la subvention en cause sur la base du "tort sur le plan de la concurrence", nous n'avons aucune raison de penser que l'un quelconque des facteurs à examiner pour évaluer ce tort serait très différent dans les deux affaires, la conséquence étant qu'il n'y a aucune raison de supposer que le tort causé par la subvention du Canada devrait être proportionnellement plus important que le tort causé par la subvention du Brésil, tel qu'il a été

l'article 4.10 de l'Accord SMC. Dans ce cas particulier, cependant, ce que le Brésil a demandé à titre de contre-mesures est la suspension de concessions tarifaires et d'autres obligations dans le cadre de l'OMC qui ne concernent que des restrictions de l'accès aux marchés. Enfin, nous tenons à souligner que, bien que la valeur des échanges bilatéraux soit l'un des facteurs importants pour la détermination de l'arbitre au titre de l'article 4.10 de l'Accord SMC dans certaines circonstances dans une affaire particulière comme celle qui nous occupe, elle ne peut pas être considérée comme un facteur décisif universellement applicable dont le seul examen, quelles que soient les circonstances, oblige toujours l'arbitre à conclure que les contre-mesures proposées ne sont pas appropriées.

⁸³ Voir l'affaire *États-Unis – FSC* (article 22:6 - *États-Unis*), paragraphe 5.62.

⁸⁴ *Ibid.*, paragraphes 6.7 à 6.9. Dans l'affaire *FSC*, l'arbitre a noté que le régime FSC/ETI était applicable de façon systémique et large, mais lorsqu'il s'agissait de confirmer comment l'équilibre des droits et des obligations avait été perturbé dans cette affaire particulière concernant un programme de subventions à l'exportation prohibées et pour établir le droit des CE de contrer la subvention par une mesure d'un montant équivalent.

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. Les contre-mesures proposées sont-elles manifestement excessives?

3.49 Le Brésil fait valoir, en se fondant sur le rapport sur l'affaire *États-Unis - FSC*⁸⁸, que tout niveau de contre-mesures qui n'est pas "manifestement excessif" devrait être jugé approprié. Nous considérons qu'il s'agit là plus d'un argument général concernant ce que signifie le caractère approprié ou disproportionné à l'article 4.10 de l'Accord SMC. Premièrement, nous doutons que dans l'affaire *États-Unis - FSC* l'arbitre ait considéré que le terme "disproportionné" figurant dans la note de bas de page 9 relative à l'article 4.10 était censé vouloir dire "manifestement excessif", comme l'allègue le Brésil. Nous considérons que les termes sur lesquels le Brésil se fonde devraient être pris dans le contexte plus large de la discussion de l'arbitre dans l'affaire *États-Unis - FSC* concernant la relation entre les termes "approprié" et "disproportionné", que nous avons exposée dans la section III.C ci-dessus. Comme l'a noté l'arbitre dans l'affaire *États-Unis - FSC*,

"(...) il y a une prescription imposant d'éviter une réponse qui soit disproportionnée au délit initial – de maintenir une *relation adéquate lorsqu'il s'agit de contrer la mesure en cause afin que la réaction ne soit pas excessive eu égard à la situation à laquelle il doit y avoir une réponse*. Mais cela n'exige pas une équivalence exacte – la relation à respecter est précisément celle de "proportion" plutôt que d'"équivalence".⁸⁹

Autrement dit, une certaine adéquation doit demeurer entre la contre-mesure et la mesure à laquelle elle répond. Par conséquent, nous considérons que nous n'avons pas à examiner si le niveau des contre-mesures proposées par le Brésil est "manifestement excessif" ou non.

4. Conclusion

3.50 En conséquence, compte tenu de ce que nous avons dit dans les paragraphes qui précèdent, nous constatons que le Canada a établi que les contre-mesures proposées par le Brésil ne sont pas appropriées au regard de l'article 4 de l'Accord SMC. Premièrement, la méthode proposée par le Brésil repose sur des hypothèses qui ne sont pas viables. Deuxièmement, le résultat de la méthode est un niveau de contre-mesures qui n'est pas approprié.

3.51 Ainsi qu'il a été noté d'emblée, toutefois, le Canada admet que puisqu'il ne s'est pas conformé aux recommandations de l'ORD le Brésil est en droit d'imposer des contre-mesures. Le Canada fait valoir qu'un point de départ approprié pour calculer le niveau de ces contre-mesures est le montant de la subvention qui sera accordée pour les aéronefs non livrés au 20 mai 2002, date à laquelle le Canada aurait dû retirer la subvention. Compte tenu de ce qu'admet le Canada et du fait que dans les deux arbitrages précédents au titre de l'article 4.10 de l'Accord SMC le montant de la subvention a été utilisé comme base pour approuver les contre-mesures proposées, nous estimons qu'il convient, pour commencer, de calculer le niveau des contre-mesures en l'espèce en utilisant la méthode fondée sur le montant de la subvention, sous réserve des ajustements nécessaires pour faire en sorte que le niveau des contre-mesures soit approprié. À cet égard, nous notons que les précédents arbitres qui ont rejeté les niveaux de contre-mesures (ou de suspensions de concessions) proposés ont ensuite toujours fixé des niveaux compatibles avec les accords pertinents.⁹⁰

⁸⁸ Décision de l'arbitre *États-Unis - FSC* (article 22:6 - *États-Unis*), paragraphe 5.24, note de bas de page 51.

⁸⁹ *Ibid.*, paragraphe 5.18, pas d'italique dans l'original.

⁹⁰ Sauf dans l'affaire *États-Unis - FSC*, les arbitres ont toujours rejeté le niveau proposé par le Membre demandant le droit de suspendre des concessions ou d'autres obligations et ont fixé un nouveau niveau, sur la base de leur propre évaluation (voir *CE - Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 - *CE*): 520 millions de dollars EU demandés, 191,4 millions de dollars EU autorisés; *CE - Hormones (États-Unis)* (article 22:6 - *CE*): 202 millions de dollars EU demandés, 116,8 millions de dollars EU autorisés; *CE - Hormones (Canada)* (article 22:6 - *CE*): 75 millions de dollars canadiens demandés, 11,3 millions de dollars canadiens autorisés; *CE - Bananes III (Équateur)* (article 22:6 - *CE*): 450 millions de dollars EU demandés, 201,6 millions de

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 Notre tâche dans le présent arbitrage ne consiste naturellement pas à réexaminer la détermination du Groupe spécial concernant l'*existence* d'une subvention mais à examiner le *montant* de la subvention pour déterminer si le niveau des contre-mesures proposées est approprié. L'Organe d'appel, dans l'affaire *Canada - Aéronefs*⁹⁶, a indiqué clairement que l'*existence* d'un avantage, au sens de l'article 1.1 b),

"(...) [supposait] une forme de comparaison. Il doit en être ainsi, car il ne peut pas y avoir "avantage" pour le bénéficiaire si, avec la "contribution financière", celui-ci n'est pas "mieux loti" qu'en l'absence de contribution. À notre avis, le marché constitue une bonne base de comparaison lorsqu'on détermine si un "avantage" a été "conféré", parce qu'on peut identifier la capacité d'une "contribution financière" de fausser les échanges en déterminant si le bénéficiaire a reçu une "contribution financière" à des conditions plus favorables que celles auxquelles il a accès sur le marché."

Toutefois, l'article premier ne nous donne aucun principe directeur spécifique concernant la façon dont nous devrions *calculer* le *montant* de la subvention dans le cas d'un prêt.

3.57 Dans ses communications, le Canada se réfère à l'article 14 de l'Accord SMC, qui établit des principes directeurs pour le calcul du montant d'une subvention aux fins de l'imposition de droits compensateurs, pour étayer son opinion selon laquelle, dans le cas d'un prêt, le montant de la subvention sur lequel les contre-mesures devraient être fondées devrait correspondre à la différence entre le taux d'intérêt pratiqué pour le financement et le taux d'intérêt commercial qu'Air Wisconsin aurait pu obtenir pour les transactions en cause.

3.58 Nous rappelons que l'article 14 b) de l'Accord SMC dispose ce qui suit:

"Aux fins de la Partie V, toute méthode utilisée par les autorités chargées de l'enquête pour calculer l'avantage conféré au bénéficiaire conformément au paragraphe 1 de l'article premier sera prévue dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Membre concerné et son application à chaque cas particulier sera transparente et expliquée de manière adéquate. Par ailleurs, toute méthode de ce genre sera compatible avec les principes directeurs suivants:

(...)

b) un prêt des pouvoirs publics ne sera pas considéré comme conférant un avantage, à moins qu'il n'y ait une différence entre le montant que l'entreprise bénéficiaire du prêt paie sur le prêt des pouvoirs publics et celui qu'elle paierait sur un prêt commercial comparable qu'elle pourrait effectivement obtenir sur le marché. Dans ce cas, l'avantage correspondra à la différence entre ces deux montants;"

3.59 Nous relevons que le champ d'application de l'article 14 semble être limité à l'application de mesures compensatoires. Toutefois, nous relevons aussi que le paragraphe introductif de l'article 14 fait mention de méthodes utilisées "pour calculer l'avantage conféré au bénéficiaire conformément au paragraphe 1 de l'article premier". Nous concluons donc que si l'article 14 b) a trait spécifiquement aux procédures engagées au titre de la Partie V de l'Accord SMC, les principes directeurs qui y sont contenus constituent le contexte pertinent pour la question de savoir comment calculer le montant de

⁹⁶ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157.

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).

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 communiqués par les parties tendent à montrer qu'il y aura une croissance du marché des avions à réaction régionaux mais on ne sait pas exactement le nombre d'aéronefs que cela représentera. Nous notons à cet égard que le nombre de commandes conditionnelles est relativement faible (24) par rapport au nombre d'options (75). De toute évidence, Air Wisconsin confirmera ses commandes conditionnelles – qui sont, comme il a été dit plus haut, subventionnées, avant d'exercer ses options.

3.73 En tout état de cause, les commandes conditionnelles font partie du montage financier dont le Groupe spécial a constaté qu'il s'agissait d'une subvention prohibée. En conséquence, nous estimons que nous devrions inclure toutes les commandes conditionnelles dans le nombre total d'aéronefs subventionnés à moins que l'on ne nous donne des raisons convaincantes de penser que ces commandes ne seront pas toutes confirmées. Comme il a été dit plus haut, il n'existe aucun élément de preuve clair concernant la probabilité de la confirmation ou de la non-confirmation de toutes les commandes conditionnelles même s'il semblerait qu'en raison de xxx xxxxxx xxxxxxxxxx xx xxx xxxxxxxx xxxxxxxxxx la confirmation des commandes conditionnelles serait plus probable qu'auparavant. Nous concluons donc que nous devrions les inclure dans le nombre total d'aéronefs subventionnés aux fins de notre calcul.

c) Prix des aéronefs

3.74 Le Canada allègue que le prix des aéronefs calculé par le Brésil sur la base du communiqué de presse de Bombardier daté du 16 avril 2001 repose sur le prix de catalogue du CRJ-200, et qu'il faudrait réduire ce montant de xx pour cent pour obtenir le prix effectif auquel les aéronefs ont été vendus à Air Wisconsin. Pour étayer sa position, le Canada a communiqué: a) une lettre de Bombardier confirmant que la valeur divulguée de la transaction est fondée sur le prix de catalogue¹⁰⁸; et b) une lettre du cabinet d'analystes BK Associates, Inc.¹⁰⁹, indiquant notamment qu'"il [était] tout à fait raisonnable de supposer, voire probable, qu'Air Wisconsin négocierait et obtiendrait une réduction de xx pour cent sur le prix de catalogue pour une commande de 75 aéronefs".¹¹⁰ À notre demande, le Canada a aussi communiqué des références concernant cette entreprise.¹¹¹

3.75 Le Brésil soutient que le montant mentionné dans le communiqué de presse de Bombardier daté du 16 avril 2001 est le montant effectif de la transaction et que toute réduction est: a) inférieure à xx pour cent; et b) incluse dans le montant rendu public. Il fait aussi valoir qu'il ne faudrait pas attribuer aux lettres produites par le Canada, étant donné qu'elles ont été rédigées après l'ouverture de la présente procédure et aux fins de l'examen de la présente affaire, la même valeur probante que celle d'un communiqué de presse établi avant l'ouverture de la procédure.

3.76 Nous relevons que les deux parties, pour déterminer le prix des aéronefs subventionnés, partent des chiffres donnés par Bombardier dans son communiqué de presse du 16 avril 2001. La principale question est par conséquent de savoir si une réduction devrait être appliquée à ce montant. En ce qui concerne les renseignements fournis par BK Associates, nous n'avons aucune raison de douter de l'indépendance de cette entreprise. Cependant, cette lettre est uniquement une évaluation

xxxxxxxx xxxxxx x xxxxxxxx xxxxxxxxxx xxx xxxxxxxx xxxx xxx xxxxxxxxxxxx xxxxxx xx xxxxxxx xx
xxxx xxxxxxxx".

¹⁰⁸ Lettre de xxxxxx xx xxxxxxx, Directeur général adjoint de Bombardier à Matthew Kronby, Directeur adjoint, Direction générale du droit commercial, Ministère des affaires étrangères et du commerce international du Canada, datée du 31 octobre 2002 (pièce n° 17 du Canada).

¹⁰⁹ Ci-après dénommé "BK Associates".

¹¹⁰ Lettre de xxxx xx xxxxx du 19 septembre 2002 (pièce n° 4 du Canada).

¹¹¹ Pièces n° 18, 19 et 20 du Canada.

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 xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx 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 aéronefs dans la transaction Air Wisconsin, mais seulement à l'arbitre. Le Brésil s'y est vivement opposé. Nous avons rejeté la proposition du Canada, la jugeant incompatible avec le principe de la régularité de la procédure qui devrait régir nos travaux.

¹¹³ xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxx

¹¹⁴ Première communication écrite du Canada, paragraphe 25 et note de bas de page 21.

¹¹⁵ Observations du Canada sur la question n° 4 posée au Brésil, paragraphes 1 à 4.

¹¹⁶ Réponse donnée par le Brésil le 1^{er} novembre 2002 à la question n° 4 que lui a posée l'arbitre, paragraphe 64.

n'est pas approprié en l'espèce de fonder des contre-mesures sur le montant de la subvention, nous rappelons que nous avons expressément demandé au Brésil, dans nos questions aux parties, de présenter des observations sur le taux estimatif du marché calculé par le Canada, ainsi que sur tous autres éléments du calcul proposé par le Canada. Le Brésil a soulevé quelques questions concernant les paramètres utilisés par le Canada mais n'a pas contesté de façon convaincante les calculs du Canada. En outre, il n'a proposé aucun calcul pour les remplacer.

3.80 Nous estimons donc que le Canada a établi *prima facie* que le taux d'intérêt qu'il a calculé pourrait être une "valeur de substitution" raisonnable du taux commercial. Nous avons donné au Brésil d'amples possibilités de réfuter les arguments et les éléments de preuve présentés par le Canada. Le Brésil a choisi de suivre une approche qui ne comportait pas de réfutation détaillée des calculs faits par le Canada. En particulier, nous estimons que le Brésil n'a pas fourni d'arguments suffisants ni d'éléments de preuve à l'appui de l'utilisation d'un autre taux alors que le Canada a répondu, d'une façon que nous estimons suffisamment crédible, aux arguments du Brésil concernant l'utilisation d'un taux commercial fondé sur les EETC relatifs aux CRJ. En conséquence, nous estimons qu'en l'absence d'éléments convaincants qui justifieraient l'utilisation d'un autre taux, nous devrions appliquer la valeur de substitution du taux commercial de xxxx pour cent proposé par le Canada.

e) Montant financé et durée du financement

3.81 Le Canada, dans son calcul, indique que le financement offert au titre du Compte du Canada le 10 mai 2001 à Air Wisconsin s'appliquait à un rapport prêt/valeur de xx pour cent de la valeur des aéronefs sur une période de xxxx années.¹¹⁷

3.82 Le Brésil fait valoir que la plupart des prêteurs sur le marché fournissent uniquement un financement à raison de 80 pour cent et pour une durée de 15 ans. Il estime que l'utilisation par le Canada d'un rapport de xx pour cent sur une durée de xxxx années n'est pas appropriée.¹¹⁸

3.83 Nous relevons que les conditions correspondant à un rapport de xx pour cent sur une durée de xxxx années sont mentionnées au paragraphe 7.137 et 7.155 du rapport du Groupe spécial. Nous convenons avec le Brésil que ces conditions ne sont peut-être pas les plus courantes mais nous ne voyons aucune raison particulière de les rejeter et d'utiliser le rapport de 80 pour cent sur une durée de 15 ans suggéré à la place par le Brésil. Nous rappelons que dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, le versement de péréquation a été appliqué sur une période de 15 ans, comme l'avait indiqué le Brésil, mais à 85 pour cent de la valeur des aéronefs. Nous notons aussi que d'autres taux ont été indiqués dans le rapport du Groupe spécial.¹¹⁹

3.84 Nous décidons donc d'appliquer le financement à xx pour cent de la valeur des aéronefs sur une période de xxxx années.

f) Méthode appliquée par l'arbitre

3.85 Compte tenu de ce qui précède, nous avons décidé de calculer le niveau approprié des contre-mesures sur la base suivante:

- a) Nous commençons par définir le prix de vente moyen du modèle d'aéronef dont les ventes à Air Wisconsin sont encore subventionnées après le 20 mai 2002 en utilisant

¹¹⁷ Première communication du Canada, paragraphe 20.

¹¹⁸ Réponse du Brésil à la question n° 4 de l'arbitre, paragraphe 64.

¹¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.235.

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 milliard de dollars EU environ, soit 22,4 millions de dollars EU par aéronef. Pour les raisons indiquées plus haut, nous n'avons appliqué aucune réduction à ce montant. Dans ces conditions, le financement total par aéronef représente xxxxxxxxxxxx dollars EU. La différence entre la valeur actuelle de la somme des paiements effectifs à xxxx pour cent (xxxxxxxxxxxxx dollars EU) et la valeur actuelle de la somme des paiements actualisés au taux estimatif de financement aux conditions du marché de xxxx pour cent que nous sommes convenus d'utiliser (xxxxxxxxxxxxx dollars EU) représente la valeur actuelle nette de la subvention par aéronef, c'est-à-dire 3 277 735 dollars EU.

ii) *Imputation au nombre total de ventes subventionnées avec livraison après le 20 mai 2002*

3.88 Sur la base des éléments décrits ci-dessus, nous estimons que 39 commandes fermes n'avaient pas été honorées au 20 mai 2002. Le total des commandes conditionnelles était de 24. Nous multiplions donc le résultat obtenu à la section i) ci-dessus par 63 aéronefs.

iii) *Valeur actuelle nette du montant total de la subvention*

3.89 Le produit de la valeur actuelle nette de la subvention par aéronef (3 277 735 dollars EU) multipliée par le nombre de commandes fermes non honorées et de commandes conditionnelles au 20 mai 2002 (63 appareils CRJ-200) est égal à 206 497 305 dollars EU.

¹²⁰ Comme il a été rappelé au paragraphe 3.77 ci-dessus, le Canada a suggéré que nous utilisions xxxx applicable le 10 mai 2001, qui est la date de la lettre d'offre pour le contrat Air Wisconsin (pièce n° 5 du Canada). Le Canada a indiqué que le taux d'intérêt effectif perçu serait fixé à xxxx à la date de livraison de l'aéronef considéré. Puisque les aéronefs n'avaient pas tous été livrés au moment du présent arbitrage, nous avons décidé d'appliquer xxx xxxx xxxx à la date de la lettre d'offre. Cela est compatible avec l'utilisation d'un taux estimatif de financement aux conditions du marché déterminé à la date de la lettre d'offre.

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 l'examen des questions soulevées dans les arguments du Brésil. Nous estimons que ces questions sont les suivantes: i) les conséquences à tirer du refus du Canada de retirer la subvention en cause compte tenu du principe selon lequel les contre-mesures sont censées contribuer à inciter à la mise en conformité; ii) le risque d'autres "coups de force" du Canada si le niveau des contre-mesures n'est pas suffisamment dissuasif; et iii) l'incidence que peut avoir une différence même faible entre les taux d'intérêt sur le marché des aéronefs régionaux.

b) Argument du Canada selon lequel les " contre-mesures appropriées" devraient être inférieures au montant de la subvention

3.93 Le Canada rappelle que, dans l'affaire *États-Unis – FSC*, l'arbitre a constaté que les contre-mesures devraient être adaptées à l'affaire à l'étude. Compte tenu des circonstances de la présente affaire, la violation du Canada est une infraction moins considérable que celle du Brésil dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*. Premièrement, le Canada réagissait contre une offre d'Embraer inférieure au marché¹²²; il a agi non pas pour perturber l'équilibre des droits et obligations, mais pour le préserver face à une menace imminente d'une perturbation provoquée par le Brésil lui-même. Deuxièmement, le Canada est d'avis qu'il pouvait encore à l'époque estimer de bonne foi que s'aligner sur les offres d'Embraer au moyen d'une subvention était autorisé au titre du point k) de la Liste exemplative figurant à l'Annexe I de l'Accord SMC. Il reconnaît que le Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord dans l'affaire *Canada – Aéronefs* a fait observer qu'il

¹²¹ Décision de l'arbitre *États-Unis – FSC* (article 22:6 - *États-Unis*), paragraphe 5.12, voir le paragraphe 3.37 ci-dessus.

¹²² Première communication du Canada, paragraphes 15 à 18. Communication présentée à titre de réfutation par le Canada, paragraphes 20 à 27.

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 SMC. Il estime que le Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord dans l'affaire *Canada – Aéronefs* avait considéré que les dispositions de l'Arrangement de l'OCDE relatif aux crédits à l'exportation concernant l'"alignement" ne rendaient pas une pratique suivie en matière de crédit à l'exportation conforme aux dispositions de l'Arrangement de l'OCDE en matière de taux d'intérêt. L'"alignement" effectué par le Canada ne pourrait être justifié au titre du point k).¹²⁶

3.95 Nous rappelons à nouveau que l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC* a estimé que "[le Membre concerné] a[vait] 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 obligations en question".¹²⁷ Une lecture approfondie du rapport d'arbitrage sur l'affaire *États-Unis – FSC* nous a toutefois conduits à considérer que la gravité de la violation examinée dans ladite affaire tenait principalement au fait que c'était une subvention à l'exportation, prohibée en soi, qui était en cause.¹²⁸

3.96 Cela ne signifie pas que les caractéristiques de la subvention particulière à l'examen, à savoir une action alléguée d'"autodéfense", ne devraient pas du tout être examinées par l'arbitre en l'espèce. Puisque le Canada fait valoir que cette caractéristique de la subvention en l'espèce devrait être considérée comme un facteur pertinent justifiant un ajustement à la baisse du niveau des contre-mesures, nous examinons maintenant si cet argument est valable. En d'autres termes, le fait que le Canada a réagi en recourant au subventionnement pour neutraliser ce qu'il allègue être une offre illégale du Brésil constitue-t-il une excuse acceptable qui justifie un ajustement à la baisse du niveau des contre-mesures calculé ci-dessus, comme le demande le Canada?

3.97 La subvention examinée dans le présent arbitrage, même si nous devons admettre qu'elle constituait une réaction contre une menace crédible de subventionnement par le Brésil, reste par nature une subvention à l'exportation, prohibée en soi, comme l'a rappelé l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC*. Le fait que le Canada a cherché à "maintenir [un] équilibre approprié [des droits et obligations en question]"¹²⁹ en s'alignant sur l'offre du Brésil va à l'encontre du but même des articles 3 et 4 de l'Accord SMC, qui est de faire en sorte que les subventions à l'exportation ne soient pas maintenues.

3.98 Selon nous, accepter la suggestion du Canada de réduire de moitié le niveau des contre-mesures parce qu'il s'agit d'une réaction contre un subventionnement par le Brésil serait aussi contraire à l'article 23 du Mémoire d'accord. Le Canada ne devrait pas rendre justice lui-même. L'Accord SMC ou l'Accord sur l'OMC ne tolère nulle part, d'une façon quelconque, le recours à ce

¹²³ Rapport du Groupe spécial *Canada – Aéronefs* (article 21:5 – Brésil), paragraphe 5.126.

¹²⁴ Communication présentée à titre de réfutation par le Canada, paragraphe 23.

¹²⁵ Voir la communication présentée à titre de réfutation par le Brésil, paragraphes 7 et 23 à 27.

¹²⁶ Première communication du Brésil, paragraphe 10.

¹²⁷ Décision de l'arbitre *États-Unis – FSC* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphes 5.41, 5.61, 5.62, 6.6 et 6.25.

¹²⁸ Voir aussi le paragraphe 3.44 ci-dessus.

¹²⁹ Première communication du Canada, paragraphe 6.

type de contre-mesure sans invocation préalable du Mémoire 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 Voir le paragraphe 3.48 ci-dessus.

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'acquiescer 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 aéronefs 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 pas d'examiner si un niveau de contre-mesures beaucoup plus bas devrait être ajusté à la hausse pour encourager la mise en conformité.

¹³⁴ Décision des arbitres *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 6.3.

¹³⁵ Réponse du Canada à la question n° 6 de l'arbitre, paragraphe 1.

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 l'objectif spécifique des contre-mesures. Gardant cela à l'esprit, nous sommes d'avis que la déclaration du Canada selon laquelle, pour l'instant, il n'a pas l'intention de retirer la subvention en cause donne à entendre que, pour inciter à la mise en conformité en l'espèce, un niveau de contre-mesures plus élevé que celui qui est fondé sur la méthode canadienne serait nécessaire et approprié.¹³⁶

ii) *Risque d'autres "coups de force" (argument de la dissuasion)*

3.108 Le Brésil dit qu'il veut que l'arbitre fixe un "niveau important de contre-mesures" afin de dissuader le Canada d'appliquer son régime de subventions aux ventes futures d'avions à réaction régionaux.¹³⁷ Comme le dit le Brésil, "plus le niveau prévu des contre-mesures est bas, plus les risques de "coups de force" sont élevés".¹³⁸

3.109 La mesure au sujet de laquelle les contre-mesures sont censées inciter à la mise en conformité est manifestement la mesure jugée incompatible par le Groupe spécial. Comme il ressort de l'article 22:2 du Mémoire d'accord et de l'article 4.10 de l'Accord SMC, c'est la non-mise en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD qui donne le droit d'adopter des contre-mesures et les recommandations et décisions ont trait exclusivement à la mesure jugée illégale.

3.110 En l'espèce, les mesures jugées illégales étaient l'octroi de subventions pour un certain nombre de transactions. Le Groupe spécial, dans son rapport, a clairement établi que les programmes Compte de la Société et Compte du Canada de la SEE "en tant que tels" ne constituaient pas des subventions à l'exportation prohibées et contraires à l'article 3.1 a) de l'Accord SMC. Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent manifestement pas être interprétées comme élargissant le droit de prendre des contre-mesures visant le maintien de ces programmes "en tant que tels".

3.111 De même, les constatations du Groupe spécial ne vont pas au-delà du cas particulier dans lequel il était constaté que l'application de ces programmes était illégale. Il est probable que l'application identique de ces programmes conduirait, dans des circonstances identiques, à une décision identique. Cependant, puisqu'il ne s'agit pas d'une question dont le Groupe spécial était saisi et que ce point n'a pas donné lieu à des recommandations de l'ORD, nous ne sommes pas autorisés, en tant qu'arbitre au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord et de l'article 4.10 de l'Accord SMC, à l'examiner.

¹³⁶ Le Canada fait valoir que, dans l'affaire *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)* aussi, les arbitres ont noté que le Brésil avait dit ne pas avoir l'intention de se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD s'agissant des contrats qui avaient déjà été conclus. Le Canada renvoie au paragraphe 56 de la communication écrite du Brésil dans l'affaire *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*. Toutefois, les arbitres n'ont tiré aucune conclusion particulière de cette déclaration. En l'espèce, cependant, nous estimons qu'il n'existe aucune raison juridique qui nous empêche de donner un certain poids à la position du Canada pour ce qui est de déterminer le niveau approprié des contre-mesures.

¹³⁷ Nous relevons que le Brésil utilise cet argument systémique pour justifier le recours à une méthode fondée sur la perte de ventes ou le tort causé à Embraer et au Brésil. Le fait que nous avons rejeté l'application de la méthode proposée par le Brésil ne signifie cependant pas que nous devrions écarter son argument dans la détermination d'un montant "approprié" de contre-mesures. Nous devrions donc examiner la question de savoir si le fait de dissuader des violations analogues futures devrait être l'un des éléments à prendre en considération.

¹³⁸ Déclaration finale du Brésil à l'audience tenue par l'arbitre avec les parties.

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 Eu égard à ce qui précède, nous estimons qu'il est approprié d'ajuster le résultat de nos calculs fondés sur le montant de la subvention pour tenir compte du fait que le Canada, jusqu'à maintenant, a déclaré qu'il n'avait pas l'intention de retirer les subventions en cause et de la nécessité de parvenir à un niveau de contre-mesures pouvant raisonnablement contribuer à inciter à la mise en conformité.

3.120 Nous reconnaissons que de tels ajustements ne peuvent pas être estimés avec précision. La demande de réduction de 50 pour cent du niveau des contre-mesures formulée par le Canada sur la base de ses allégations selon lesquelles il avait agi de bonne foi et son infraction n'était pas grave montre qu'il est difficile d'évaluer avec précision la valeur monétaire de tels ajustements.

3.121 Rappelant la position actuelle du Canada consistant à maintenir la subvention en cause et tenant compte du rôle des contre-mesures dans l'incitation à la mise en conformité, nous avons décidé d'ajuster le niveau des contre-mesures calculé sur la base du montant total de la subvention d'un montant que nous jugeons raisonnablement important afin d'amener le Canada à reconsidérer sa position actuelle consistant à maintenir la subvention en cause d'une manière contraire à ses obligations. Nous ajustons en conséquence le niveau des contre-mesures d'un montant correspondant à 20 pour cent du montant de la subvention tel qu'il a été calculé à la section III.E ci-dessus, c'est-à-dire:

$$206\,497\,305 \text{ dollars EU} \times 20\% (41\,299\,461 \text{ dollars EU}) = 247\,796\,766 \text{ dollars EU}.$$

3.122 Comme nous l'avons fait observer au paragraphe 3.120, des ajustements tels que celui que nous faisons ne peuvent pas être estimés avec précision. Il n'existe aucune formule ayant un fondement scientifique que nous pourrions utiliser pour calculer cet ajustement. En ce sens, l'ajustement pourrait être considéré comme symbolique. Même ainsi, nous sommes convaincus qu'il s'agit d'un ajustement justifié compte tenu des circonstances de l'espèce et, en particulier, de la nécessité d'inciter à la mise en conformité avec les obligations contractées dans le cadre de l'OMC. Sans un tel ajustement, nous ne serions pas certains qu'un niveau approprié de contre-mesures ait été établi en l'espèce.

IV. DÉCISION DE L'ARBITRE

4.1 Pour les raisons exposées ci-dessus, l'arbitre détermine que, dans l'affaire *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux*, la suspension par le Brésil:

- a) 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) 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) 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

portant sur des échanges d'un montant total de 247 797 000 dollars EU constituerait des contre-mesures appropriées au sens de l'article 4.10 de l'Accord SMC.

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 1

**Valeur actuelle nette de la subvention
(Transactions Air Wisconsin)**

Prix des aéronefs	22 400 000	
		Taux d'intérêt des bons du Trésor à dix ans
Rapport prêt/valeur	%	Marge
		Rendement global
		Taux semestriel
		Taux d'intérêt
		Taux d'intérêt semestriel
Financement total		Période de financement - années
		Versements semestriels
		Valeur actuelle nette à moins valeur actuelle nette à

[illegible]

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. Ferranco à l'adresse DSregistry@wto.org. Les parties fourniront sept exemplaires et une version électronique de leurs déclarations orales pendant ou immédiatement après chaque réunion;
- f) sauf indication contraire dans le calendrier, les communications devraient être fournies au plus tard à 17 heures à la date fixée afin qu'il soit possible de les envoyer aux arbitres à cette date. Selon l'usage, *chaque partie transmettra elle-même ses communications à l'autre partie*;
- g) si nécessaire, et à tout moment pendant la procédure, les arbitres poseront aux parties des questions pour éclaircir tous les points qui ne sont pas clairs;
- h) tous les documents communiqués seront concis, aussi brefs que possible et limités aux questions pertinentes pour la présente procédure;

- 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.
-