

**BRÉSIL – PROGRAMME DE FINANCEMENT DES EXPORTATIONS
POUR LES AÉRONEFS**

**RECOURS DU BRÉSIL 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 DES ARBITRES

La Décision des arbitres sur l'affaire 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 (Mémoire d'accord) et de l'article 4.11 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) est distribuée à tous les Membres conformément aux dispositions du Mémoire d'accord. Le rapport est mis en distribution non restreinte le 28 août 2000 en application des procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/160/Rev.1).

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1
A. DEMANDE D'ARBITRAGE ET CHOIX DES ARBITRES.....	1
B. DESCRIPTION DU PRÉSENT RAPPORT.....	1
II. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES.....	2
A. CALENDRIER POUR L'ARBITRAGE.....	2
B. DEMANDE DE DROITS DE TIERCE PARTIE	4
C. CHARGE DE LA PREUVE.....	4
III. DÉTERMINATION DES "CONTRE-MESURES APPROPRIÉES"	6
A. PORTÉE DU MANDAT DES ARBITRES	6
1. Dispositions applicables.....	6
a) Dispositions de l'OMC.....	6
b) Statut de l'Accord bilatéral.....	7
2. Allégations et arguments spécifiques formulés par le Brésil.....	8
3. Tâche des arbitres.....	10
B. LES CONTRE-MESURES PROPOSÉES PAR LE CANADA SONT-ELLES DES "CONTRE-MESURES APPROPRIÉES"?.....	10
1. Résumé de la méthodologie du Canada et de la contre-approche du Brésil.....	10
a) Méthodologie du Canada	10
b) Contre-approche du Brésil	11
c) Observations préliminaires concernant les conséquences de ces approches sur la tâche des arbitres	12
2. Le terme "contre-mesure" utilisé à l'article 4.10 et 4.11 de l'Accord SMC s'applique-t-il au type de contre-mesures que le Canada prévoit de prendre?	12
3. Sens du terme "approprié"	12
a) Questions soumises aux arbitres	12
b) La "subvention" à utiliser comme base pour le calcul du niveau des contre-mesures appropriées est-elle la portion des versements PROEX qui réduit le taux d'intérêt net par rapport au taux de référence approprié, ou le montant total des versements PROEX?.....	13
c) Le niveau des contre-mesures devrait-il correspondre au montant de la subvention accordée par le Brésil ou être équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par le Canada?.....	16
i) <i>Analyse des dispositions pertinentes.....</i>	<i>16</i>
ii) <i>Implications en ce qui concerne le nombre de ventes d'aéronefs à prendre en compte dans le calcul des contre-mesures appropriées</i>	<i>20</i>
<i>Traitement des ventes de certains types d'aéronefs.....</i>	<i>20</i>
<i>Traitement des contrats antérieurs au 18 novembre 1999</i>	<i>21</i>

4.	Méthode appliquée par les arbitres.....	21
C.	CALCUL DU NIVEAU APPROPRIÉ DES CONTRE-MESURES	22
1.	Prix unitaire moyen par type d'aéronef.....	22
a)	Éléments de base.....	22
i)	<i>Prix de vente</i>	22
ii)	<i>Pièces détachées</i>	23
b)	Résultats.....	23
2.	Projection de la production annuelle d'aéronefs par type	24
3.	Calcul de la valeur actuelle de la subvention.....	27
a)	Calcul de la valeur actuelle de la subvention	27
i)	<i>Tableaux pertinents</i>	27
ii)	<i>Méthode de financement</i>	27
iii)	<i>Taux de financement</i>	27
iv)	<i>Commission d'intermédiaire</i>	27
v)	<i>Taux d'escompte</i>	28
vi)	<i>Valeur actuelle de la subvention par type d'aéronef</i>	29
b)	Calcul de la valeur actuelle totale de la subvention	29
IV.	SENTENCE DES ARBITRES.....	30
	ANNEXE.....	31

I. INTRODUCTION

A. DEMANDE D'ARBITRAGE ET CHOIX DES ARBITRES

1.1 Le 10 mai 2000, le Canada, conformément à l'article 4.10 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (ci-après l'"Accord SMC") et à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (ci-après dénommé le "Mémorandum d'accord"), a demandé qu'une réunion spéciale de l'Organe de règlement des différends (l'"ORD") soit convoquée pour l'autoriser à prendre des contre-mesures appropriées portant sur un montant de 700 millions de dollars canadiens par an (WT/DS46/16). À la réunion de l'ORD tenue le 22 mai 2000, le Brésil a demandé, conformément à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, que la question soit soumise à arbitrage.¹

1.2 En réponse à la demande du Brésil, l'ORD a décidé, le 22 mai 2000, de soumettre la question à l'arbitrage assuré par le Groupe spécial initial conformément à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord et à l'article 4.11 de l'Accord SMC. Les arbitres devaient déterminer si les contre-mesures demandées par le Canada dans le document WT/DS46/16 étaient appropriées, étant entendu qu'il ne serait fait appel à aucune contre-mesure dans l'attente du rapport de l'Organe d'appel et du rapport des arbitres sur la présente affaire.²

1.3 L'arbitrage a été assuré par le Groupe spécial initial (ci-après dénommé les "arbitres"), à savoir:

Président: M. Dariusz Rosati

Membres: M. Akio Shimizu
M. Kajit Sukhum

B. DESCRIPTION DU PRÉSENT RAPPORT

1.4 Le présent rapport est structuré comme suit: premièrement, nous abordons un certain nombre de questions qui ont été examinées au cours de la présente procédure et dont il faudrait, à notre avis, rendre compte comme il convient pour assurer l'information des Membres et la transparence de la procédure. Il s'agit du calendrier spécifique appliqué par les arbitres en l'espèce et de la demande présentée par l'Australie pour obtenir les droits de tierce partie. Le rapport comporte aussi une section sur la charge de la preuve dans laquelle nous expliquons comment nous entendons examiner les différentes données communiquées par les parties, eu égard au fait que la présente affaire porte sur les exportations d'une seule société, le constructeur d'aéronefs brésilien *Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A.* (ci-après "Embraer").

1.5 Deuxièmement, nous procédons à la détermination des "contre-mesures appropriées" dans la présente affaire, au sens de l'article 4.10 et 11 de l'Accord SMC. Dans ce contexte, nous déterminons d'abord la portée de nos travaux. Nous déterminons ensuite si la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée par le Canada³ relève de la définition du terme "contre-mesure". Nous examinons ensuite la question de savoir si les contre-mesures proposées par le Canada sont "appropriées". À cette fin, nous déterminons d'abord le sens du mot "approprié" en ce qui concerne le

¹ Voir WT/DSB/M/81, paragraphe 10. Le Brésil a par la suite confirmé sa demande dans une communication datée du 7 juin 2000 (WT/DS46/18). À la réunion de l'ORD tenue le 22 mai 2000, il a aussi informé l'ORD de sa décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, au sujet de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.

² Voir WT/DSB/M/81, paragraphe 31.

³ Voir WT/DS46/16.

niveau des contre-mesures qui peut être réputé "approprié". Cela implique que nous examinions la question du montant effectif de la "subvention prohibée" qui doit être retirée conformément à l'article 4.7 de l'Accord SMC et la question de savoir si les mesures du Canada devraient être fondées sur le montant correspondant à l'annulation ou à la réduction d'avantages subie ou sur le montant total du subventionnement constitué par les versements de péréquation des taux d'intérêt prévus par le *Programa de Financiamento às Exportações* ("PROEX") du Brésil. Nous appliquons ensuite les critères identifiés et effectuons nos propres calculs pour déterminer si le niveau des contre-mesures proposées par le Canada est approprié.

1.6 Troisièmement, nous indiquons dans notre conclusion le niveau des contre-mesures que nous estimons approprié dans la présente affaire.

II. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

A. CALENDRIER POUR L'ARBITRAGE

2.1 Les arbitres se sont réunis avec les parties le 30 mai 2000 pour établir leurs procédures de travail et leur calendrier. Le Canada et le Brésil ont formulé des objections, pour différentes raisons, au calendrier initial présenté par les arbitres. Les arbitres ont tenu compte des observations des parties. Ils ont aussi pris en considération la situation juridique et factuelle complexe qui résultait principalement de deux éléments:

- a) un accord bilatéral entre les parties sur le recours aux articles 21 et 22 du Mémoire d'accord et à l'article 4 de l'Accord SMC (ci-après "Accord bilatéral") qui prévoyait des dates limites pour l'invocation de l'article 22⁴; et
- b) le fait que le Brésil avait fait appel auprès de l'Organe d'appel de certaines constatations du rapport du groupe spécial publié au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord en même temps qu'il avait demandé l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, et le fait que le rapport de l'Organe d'appel dans la procédure au titre de l'article 21:5 devait être publié le 21 juillet 2000.

Les délais mentionnés dans l'Accord bilatéral pouvaient difficilement être conciliés avec la situation créée par l'appel formé par le Brésil.⁵ Il fallait aussi prendre en compte la mesure dans laquelle les droits et obligations qui résultaient pour les parties du Mémoire d'accord pouvaient avoir été affectés par l'Accord bilatéral. La décision de l'Organe d'appel pourrait aussi influencer la mesure dans laquelle le Brésil pouvait être considéré comme ayant mis sa législation en conformité avec ses obligations dans le cadre de l'OMC. La régularité de la procédure exigeait que les parties soient à même de formuler véritablement des observations sur le contenu du rapport de l'Organe d'appel.⁶ En

⁴ Voir le document WT/DS46/13. Les arbitres notent à cet égard que l'Accord bilatéral ne mentionnait pas expressément le fait qu'une partie pouvait faire appel du rapport du groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord. Ils notent aussi que le Brésil, à la réunion de l'ORD tenue le 9 décembre 1999, a réservé son droit de faire appel du rapport du groupe spécial publié au titre de l'article 21:5 (voir WT/DSB/M/72, page 2).

⁵ Lors de l'audition tenue avec les arbitres, le 14 juillet 2000, le Brésil a déclaré que le recours du Canada à l'article 22:2 du Mémoire d'accord avant l'achèvement de la procédure au titre de l'article 21:5 était une violation substantielle de l'Accord bilatéral. Se référant à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) (document A/CONF.39/27 (1969) de l'ONU, ci-après la "Convention de Vienne"), le Brésil a déclaré qu'il mettait fin à l'Accord bilatéral. Cette question est examinée dans la section III.A.1 ci-après.

⁶ Nous nous associons à cet égard à la déclaration des arbitres dans l'affaire *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*, 9 avril 1999, WT/DS27/ARB (ci-après "*CE - Bananes (1999)*"), paragraphe 2.12:

conséquence, les arbitres ont adopté un calendrier qui, à leur avis, respectait l'esprit des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord et le but de l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord et de l'article 4 de l'Accord SMC⁷, sans retarder indûment la publication de la décision.

2.2 Les arbitres ont élaboré un calendrier prévoyant deux dates possibles pour la publication de leur rapport. Si l'Organe d'appel soit se dessaisit de la procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord soit confirme entièrement les conclusions du groupe spécial établi au titre de l'article 21:5, le rapport serait publié le 26 juillet 2000. Si une partie estime que les conclusions de l'Organe d'appel exigeraient des communications supplémentaires des parties, une deuxième série de communications et, éventuellement, une seconde audition auraient lieu. La décision des arbitres serait alors publiée le 23 août 2000.⁸

2.3 Sur la base du calendrier susmentionné, le Canada a été invité à présenter avant le 5 juin 2000 une communication expliquant les méthodes qu'il avait appliquées pour calculer le niveau de suspension proposé. Le Brésil a formulé le 13 juin 2000 des observations sur les méthodes employées par le Canada. Les parties ont présenté le 26 juin 2000 leurs premières communications écrites. Les arbitres ont tenu une réunion avec les parties le 14 juillet 2000. Le 17 juillet 2000, des questions ont été posées aux deux parties par les arbitres et au Brésil par le Canada. Les deux parties ont répondu le 24 juillet. Le même jour, après avoir examiné le rapport de l'Organe d'appel publié le 21 juillet, le Brésil a fait parvenir des observations complémentaires aux arbitres. Le Canada a formulé ses observations le 28 juillet. Les arbitres, sur la base des réponses données par les parties le 24 juillet à leurs questions, ont posé des questions complémentaires aux parties le 4 août 2000. Les parties ont répondu le 14 août 2000. Pour les raisons mentionnées au paragraphe 2.14 ci-après, le rapport a d'abord été distribué aux parties le 21 août 2000 puis aux Membres le 28 août 2000.

"[...] étant donné qu'il ne peut pas être fait appel de nos propres décisions, nous avons jugé impératif d'arriver au plus grand degré de clarté possible en vue d'éviter des désaccords futurs entre les parties. Pour atteindre cet objectif, il fallait que les parties aient davantage de temps pour nous présenter les renseignements dont nous avons besoin pour achever nos travaux." (Voir aussi la note de bas de page 7 relative à ce paragraphe.)

⁷ Les arbitres ont aussi présente à l'esprit la question de l'"ordre chronologique" des recours aux articles 21:5 et 22:6 du Mémoire d'accord. Ils notent que l'Accord bilatéral avait notamment pour effet d'établir un tel "ordre chronologique". En publiant leur rapport après celui de l'Organe d'appel, les arbitres estiment avoir respecté l'intention des parties. La question de savoir si un tel ordre chronologique est effectivement requis en vertu du Mémoire d'accord ne relève pas du mandat des arbitres. Les arbitres ont aussi pris note de la déclaration faite par le Canada à la réunion du 22 mai 2000 de l'ORD selon laquelle il n'appliquerait pas de contre-mesure avant la publication du rapport de l'Organe d'appel.

⁸ Les arbitres souhaiteraient rappeler que le calendrier adopté dans la présente affaire, qui diffère notablement des calendriers appliqués dans les précédentes procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, a été dicté par les circonstances particulières de l'affaire. On peut faire valoir que, à la suite du rapport de l'Organe d'appel dans le présent différend, la question est résolue pour ce qui est de savoir s'il est possible de faire appel ou non de la décision d'un groupe spécial établi au titre de l'article 21:5. Si cela est vrai, il est peut-être peu probable que l'incertitude juridique qui a amené les arbitres à agir avec circonspection se reproduise dans des circonstances analogues et que l'approche suivie crée un précédent. Cependant, les arbitres croient comprendre que l'Organe d'appel n'a pas examiné la question de sa compétence dans la procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord car les parties ne l'avaient pas soulevée. Les arbitres doivent supposer que l'Organe d'appel a estimé que sa compétence allait particulièrement de soi, car il est généralement admis en droit international public que tout tribunal doit examiner la question de sa compétence, que les parties l'aient soulevée ou non.

B. DEMANDE DE DROITS DE TIERCE PARTIE

2.4 Le 5 juin 2000, l'Australie a demandé aux arbitres d'enregistrer sa participation en tant que tierce partie, étant donné qu'elle participe comme tierce partie à la procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord et continue à avoir un intérêt substantiel dans le différend.

2.5 À notre demande, les parties ont fait connaître leurs vues le 8 juin 2000. Le même jour, nous avons informé l'Australie que nous rejetons sa demande. Notre décision prenait en compte les vues exprimées par les parties, le fait que le Mémoire d'accord ne contenait aucune disposition concernant le statut de tierce partie dans le cadre de l'article 22 et le fait que nous ne pensons pas que les droits de l'Australie seraient affectés par la présente procédure.

2.6 Nous notons à cet égard que les droits des tierces parties ont été accordés dans la procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 relative à l'affaire *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*⁹ et refusés dans la procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 concernant l'affaire *CE – Bananes (1999)*.¹⁰ Nous n'estimons pas que l'Australie se trouve, en l'espèce, dans la même situation que celle du Canada et des États-Unis dans les procédures d'arbitrage concernant l'affaire *CE – Hormones*, ni même celle de l'Équateur dans la procédure d'arbitrage concernant l'affaire *CE – Bananes (1999)*. En effet, l'Australie n'a engagé aucune procédure de règlement des différends à l'encontre du Brésil s'agissant du programme de financement des exportations en cause. De plus, elle n'a appelé l'attention des arbitres sur aucun avantage ou droit résultant pour elle de l'Accord sur l'OMC qui pourrait être affecté par leur décision.¹¹

C. CHARGE DE LA PREUVE

2.7 Les parties ont abordé dans leurs communications la question de la charge de la preuve. Le fait que les arbitres ont dû s'en tenir à des données accessibles uniquement à une partie justifie aussi la nécessité que nous rappelions à ce stade comment nous traitons ces aspects dans la présente affaire.

2.8 Conformément à la pratique bien établie à l'OMC concernant la charge de la preuve dans le règlement des différends, il appartient au Membre qui allègue qu'un autre Membre a agi de manière incompatible avec les règles de l'OMC de prouver cette incompatibilité.¹² En l'espèce, la mesure en cause est la proposition du Canada de suspendre des concessions et d'autres obligations portant sur un montant de 700 millions de dollars canadiens en tant que "contre-mesures appropriées" au sens de l'article 4.10 de l'Accord SMC.¹³ Le Brésil conteste la conformité de cette proposition avec l'article 22 du Mémoire d'accord et l'article 4.10 de l'Accord SMC. Il incombe donc au Brésil de présenter des éléments de preuve suffisants pour établir une allégation *prima facie* ou une "présomption" que les contre-mesures que le Canada envisage de prendre ne sont pas "appropriées". Une fois que le Brésil l'a fait, il appartient au Canada de présenter des éléments de preuve suffisants pour réfuter cette "présomption". Si les éléments de preuve s'équilibrent pour une allégation donnée,

⁹ Voir *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones) – 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*, 12 juillet 1999, WT/DS48/ARB, paragraphe 7; *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones) – 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*, 12 juillet 1999, WT/DS26/ARB, paragraphe 7. Ces décisions sont désignées ci-après par l'expression "*CE – Hormones*".

¹⁰ *Op. cit.*, paragraphe 2.8.

¹¹ Notre décision aurait pu être différente si l'Australie avait démontré que les contre-mesures que le Canada envisageait d'adopter pourraient affecter ses droits ou avantages au titre de l'Accord sur l'OMC.

¹² Voir aussi l'analyse de cette question dans la décision rendue par les arbitres dans l'affaire *CE – Hormones, op. cit.*, paragraphes 8 à 11.

¹³ Voir WT/DS46/16.

les arbitres concluraient que l'allégation n'a pas été établie. Si tous les éléments de preuve s'équilibrent, le Brésil, en tant que partie qui assume en premier la charge de la preuve, serait débouté.

2.9 La question de savoir à qui incombe la charge de la preuve doit être dissociée de la question du devoir, pour les deux parties, de fournir des éléments de preuve aux arbitres et de collaborer ce faisant. C'est pourquoi, même si la charge de la preuve incombe initialement au Brésil, nous escomptions que le Canada apporterait des éléments de preuve expliquant la raison pour laquelle sa proposition constituait des contre-mesures appropriées et nous lui avons demandé de présenter un "exposé méthodologique" décrivant la manière dont il était arrivé au niveau des contre-mesures proposées.¹⁴

2.10 Un problème connexe rencontré par les arbitres dans la présente affaire est que, dans nombre de cas, les données initiales nécessaires aux calculs ou aux évaluations étaient uniquement détenues par le Brésil. Lorsque ces renseignements émanaient du gouvernement brésilien, nous avons supposé qu'ils étaient de bonne foi et avons accepté les renseignements et pièces justificatives communiqués par le Brésil dans la mesure où le Canada les avait aussi acceptés et n'avait pas apporté d'éléments de preuve suffisants pour mettre en doute l'exactitude des déclarations et/ou éléments de preuve du Brésil.

2.11 Cependant, étant donné que la présente affaire concerne des subventions accordées pour l'achat d'aéronefs produits par le constructeur d'aéronefs brésilien Embraer, un grand nombre de données essentielles à la réalisation de notre tâche ne sont accessibles qu'à cette société. Nous avons supposé qu'Embraer était indépendant du gouvernement brésilien et, pour cette raison, nous n'avons pas pu traiter les déclarations de cette société comme nous l'aurions fait si elles avaient émané d'un sujet de droit international.¹⁵ Lorsque le Brésil a simplement fait des déclarations concernant des renseignements accessibles uniquement à Embraer, nous lui avons demandé d'étayer ces déclarations par des données généralement considérées comme des éléments de preuve, telles que des articles ou déclarations reproduits dans la presse spécialisée, des rapports annuels de sociétés ou tous autres renseignements certifiés émanant d'Embraer ou d'autres sources fiables. Lorsque le Brésil n'était pas à même de fournir des preuves documentaires, nous avons demandé une explication détaillée des raisons pour lesquelles ces éléments de preuve n'étaient pas disponibles et avons dit que nous étions disposés à examiner des déclarations écrites de responsables habilités d'Embraer, si elles étaient dûment certifiées. Nous avons ensuite évalué ces éléments de preuve au regard de ceux qui avaient été fournis par le Canada.

2.12 Dans certains cas, comme pour le prix unitaire de chaque type d'aéronefs à réaction régionaux d'Embraer, le Brésil a déclaré qu'il n'était pas à même de fournir les renseignements ou les éléments de preuve étayant ceux-ci mais qu'il acceptait les données communiquées par le Canada. En pareil cas, nous avons accepté les renseignements et éléments de preuve communiqués par le Canada.

2.13 Enfin, le Brésil a mis l'accent au cours de la procédure sur le caractère confidentiel de certains documents qu'il avait communiqués aux arbitres. Nous avons été attentifs aux problèmes graves qui

¹⁴ Cette approche est analogue à celle qui était suivie dans les décisions rendues par les arbitres dans les affaires *CE - Bananes* (1999) et *CE - Hormones*, *op. cit.*

¹⁵ Voir le paragraphe précédent, où nous appliquons la présomption de bonne foi aux déclarations et éléments de preuve émanant de sujets de droit international (à propos de la communication et de l'évaluation des éléments de preuve, voir, notamment, l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice ("CIJ") le 9 avril 1949 dans *L'affaire du Déroit de Corfou*, Recueil CIJ 1949, page 32; l'arrêt de la CIJ du 11 septembre 1992 concernant *L'affaire du différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenants))*, Recueil CIJ 1992, page 399, paragraphe 63; l'arrêt de la CIJ sur le fond concernant *L'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Recueil CIJ 1986, page 40, paragraphe 60).

pourraient être causés par la divulgation de certains renseignements commerciaux ou financiers. 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 à une évaluation objective des faits, était souvent tributaire d'une protection appropriée des renseignements confidentiels.

2.14 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 uniquement aux parties sur une base confidentielle. La seconde, dans laquelle les renseignements les plus sensibles d'un point de vue commercial ont été supprimés, est distribuée aux Membres.¹⁶ La présente version ne contient pas certaines données mais elle est suffisamment détaillée pour permettre à tous les Membres de comprendre le raisonnement des arbitres et les méthodes appliquées pour déterminer si les contre-mesures proposées par le Canada sont appropriées. Ce faisant, les arbitres sont d'avis qu'ils ont respecté leurs obligations dans le cadre du Mémoire 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. PORTÉE DU MANDAT DES ARBITRES

1. Dispositions applicables

a) Dispositions de l'OMC

3.1 Les arbitres font observer que les dispositions, qui établissent leur mandat, sont aussi analysées dans plusieurs des sections ci-après. En conséquence, au lieu de les citer chaque fois qu'il en est question, les arbitres les reproduisent ici et se référeront à la présente sous-section selon les besoins.

3.2 L'article 4.11 de l'Accord SMC se lit 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." [note de bas de page 10]

La note de bas de page 10 se lit comme suit:

"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."

3.3 L'article 4.11 de l'Accord SMC se réfère à un arbitrage demandé en vertu du paragraphe 6 de l'article 22 du Mémoire d'accord. Le passage pertinent de l'article 22:6 se lit comme suit:

"[...] Toutefois, si le Membre concerné conteste le niveau de la suspension proposée, ou affirme que les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis dans les cas où une partie plaignante a demandé l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément au paragraphe 3 b) ou c), la question sera soumise à arbitrage. [...]"

¹⁶ 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 les arbitres, eu égard aux observations des parties, ont considérés comme étant confidentiels. Ces renseignements ont été remplacés par "xxx".

3.4 Le rôle de l'arbitre visé à l'article 22:6 est décrit à l'article 22:7, dont le passage pertinent se lit comme suit:

"L'arbitre [...] déterminera si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. L'arbitre pourra aussi déterminer si la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée est autorisée en vertu de l'accord visé. Toutefois, si la question soumise à arbitrage comprend l'affirmation selon laquelle les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis, l'arbitre examinera cette affirmation. Dans le cas où l'arbitre déterminera que ces principes et procédures n'ont pas été suivis, la partie plaignante les appliquera conformément au paragraphe 3. [...]"

3.5 Les arbitres sont conscients du fait que l'article 4.10 et 11 a le statut de "règles et procédures spéciales ou additionnelles", au sens de l'article 1:2 du Mémoire d'accord. Après avoir examiné les vues exprimées par les parties, nous suivons la pratique adoptée par l'Organe d'appel telle qu'elle a été définie plus spécifiquement dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*.¹⁷

b) Statut de l'Accord bilatéral

3.6 Tant le Canada que le Brésil se sont référés à l'Accord bilatéral conclu le 23 novembre 1999 et notifié à l'ORD en annexe à une communication du Canada.¹⁸ Lors de l'audience tenue avec les arbitres le 14 juillet 2000, le Brésil a déclaré qu'il avait mis fin à l'Accord bilatéral en raison d'une violation substantielle de la part du Canada. Le Brésil s'est référé à l'article 60 de la Convention de Vienne. Il a donc affirmé que, conformément à l'article 22:7 du Mémoire d'accord, les arbitres devraient déterminer que les contre-mesures proposées n'étaient pas autorisées en vertu de l'Accord SMC au motif que le délai dans lequel elles pourraient être autorisées était venu à expiration. Le Canada a estimé que les arbitres n'avaient pas compétence pour interpréter l'Accord bilatéral. Il a ajouté que rien dans l'Accord SMC ne prévoyait qu'un Membre devait demander ou obtenir l'autorisation de prendre des contre-mesures dans un délai donné. De plus, l'article 22:6 du Mémoire d'accord ne prévoit pas qu'un Membre est tenu de prendre une mesure dans un délai donné.

3.7 En ce qui concerne l'Accord bilatéral, les arbitres estiment que la première question à examiner est le point de savoir s'il a un lien avec leur tâche. Sans interpréter cet accord, les arbitres font observer que la seule disposition qui pourrait être considérée comme ayant un lien avec leurs

¹⁷ Rapport adopté le 25 novembre 1998, WT/DS60/AB/R (ci-après "*Guatemala – Ciment*"). Voir, en particulier, les paragraphes 65 et 66, où l'Organe d'appel déclare que les règles et procédures spéciales ou additionnelles visées à l'article 1:2 du Mémoire d'accord se combinent aux règles et procédures généralement applicables du Mémoire d'accord pour former un système de règlement des différends intégré et global (paragraphe 66). Les règles et procédures spéciales ou additionnelles prévaudront sur les dispositions du Mémoire d'accord dans la mesure où il y a une différence entre les deux séries de dispositions. S'il n'y a pas de "différence", les règles et procédures du Mémoire d'accord s'appliquent conjointement aux dispositions spéciales ou additionnelles de l'accord visé. Il ne devrait être constaté qu'une règle ou procédure spéciale ou additionnelle prévaut sur une disposition du Mémoire d'accord que dans le cas où le respect de l'une entraînerait une violation de l'autre, c'est-à-dire en cas de conflit entre les deux dispositions (paragraphe 65); voir aussi le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, adopté le 20 mars 1997, WT/DS22/AB/R, page 15. Nous considérons donc ces dispositions comme formant un tout et donnons à toutes un sens utile, en application du principe de l'effet utile (*ut res magis valeat quam pereat*).

¹⁸ WT/DS46/13.

travaux est le paragraphe 5¹⁹, qui fixe un délai pour la décision que l'ORD doit prendre au titre de la première phrase de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, ainsi qu'un délai de 30 jours pour l'achèvement de la procédure d'arbitrage.

3.8 Les arbitres notent que les parties sont en désaccord sur le sens des mots "rapport conformément à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord" qui figurent au paragraphe 5 de l'Accord bilatéral. Cependant, nous rappelons qu'à la réunion de l'ORD tenue le 22 mai 2000 il a été convenu qu'il ne serait pas fait appel à des contre-mesures "dans l'attente du rapport de l'Organe d'appel et du rapport des arbitres sur la présente affaire".²⁰ Nous estimons que, ce faisant, les parties ont modifié les termes du paragraphe 5 de l'Accord bilatéral. Étant donné que la date de publication du rapport proposée par les arbitres n'a pas soulevé d'objection de la part des parties, nous estimons que nous avons agi en conformité avec nos obligations au regard des règles applicables à notre tâche. Nous n'avons donc pas besoin d'examiner la question de savoir si nous pouvions interpréter l'Accord bilatéral ou si celui-ci a cessé d'être applicable à la tâche des arbitres après le recours allégué du Brésil à l'article 60 de la Convention de Vienne²¹ le 14 juillet 2000.

3.9 Le Brésil a aussi allégué que, du fait de l'extinction de l'Accord bilatéral, les arbitres devraient, conformément à l'article 22:7 du Mémorandum d'accord, déterminer que les contre-mesures proposées n'étaient pas autorisées en vertu de l'Accord SMC au motif que le délai dans lequel elles pourraient être autorisées était venu à expiration.

3.10 Nous notons que l'article 60 de la Convention de Vienne prévoit l'"extinction" d'un traité dénoncé par une partie en réponse à une "violation substantielle" par l'autre partie. L'article 70 de la Convention de Vienne dispose néanmoins que l'extinction d'un traité ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin. Nous concluons que, même à supposer que le Brésil ait mis fin à l'Accord bilatéral le 14 juillet 2000, la demande présentée par le Canada au titre de l'article 4.10 de l'Accord SMC, dans la mesure où elle a été effectuée conformément aux termes de l'Accord bilatéral, demeure non affectée par l'extinction.²² Nous n'estimons donc pas nécessaire d'examiner cette question plus avant.

2. Allégations et arguments spécifiques formulés par le Brésil

3.11 Les parties conviennent que les arbitres sont appelés à déterminer si le *niveau* des contre-mesures est approprié. Eu égard aux termes de l'article 4.11 de l'Accord SMC et de l'article 22:7 du Mémorandum d'accord, nous convenons avec elles que nous avons, conformément à

¹⁹ Le paragraphe 5 de l'Accord bilatéral se lit comme suit:

" Conformément à la note de bas de page 6 relative à l'article 4 de l'Accord SMC, le Brésil et le Canada conviennent que le délai pour que l'ORD prenne une décision au titre de la première phrase de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sera de 15 jours à compter de la distribution du rapport conformément à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, et que le délai spécifié à la troisième phrase de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord pour mener à bien l'arbitrage sera de 30 jours à compter de la date à laquelle la question aura été soumise à arbitrage."

²⁰ WT/DSB/M/81, paragraphe 31.

²¹ Voir plus haut, paragraphe 3.6.

²² De plus, nous notons que l'interprétation suggérée par le Brésil pour la première phrase de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord n'a pas été adoptée par l'ORD jusqu'ici. Par exemple, la demande de l'Équateur de suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord dans l'affaire *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (ci-après "*CE - Bananes*"), rapport adopté le 25 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, a été présentée le 8 novembre 1999, plusieurs mois après l'adoption du rapport du groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 (à la réunion du 6 mai 1999 de l'ORD).

ces dispositions, compétence pour déterminer si le *niveau* ou le *montant* des contre-mesures proposées par le Canada est approprié.

3.12 Plus particulièrement, nous notons que le Brésil, à la réunion du 22 mai 2000 de l'ORD, au cours de laquelle il avait demandé l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, a contesté le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations proposé par le Canada. Nous notons, cependant, que le Brésil a présenté, au cours de la procédure, certaines allégations ou arguments dont la recevabilité doit être examinée à ce stade.

3.13 Premièrement, dans une communication distribuée sous la cote WT/DS46/18, le Brésil a fait valoir que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord n'avaient pas été suivis par le Canada. Le Canada a objecté que cette allégation ne relevait pas du mandat des arbitres. À l'audience tenue avec les arbitres, le Brésil a déclaré: "Étant donné que la mesure de rétorsion proposée actuellement par le Canada semble relever des dispositions de l'article 22:3 a), le Brésil ne soulève aujourd'hui aucune question au titre de l'article 22:3. Il se réserve le droit de le faire au cas où le Canada modifierait ou élargirait les contre-mesures demandées."

3.14 Il entre dans notre compétence de déterminer la portée de notre mandat. Nous estimons que si l'allégation du Brésil relevait de notre mandat, le Brésil serait en droit de la développer à tout moment de la procédure.²³ Cependant, nous voudrions préciser tout d'abord que nous doutons que le Canada puisse "modifier ou élargir les contre-mesures demandées" au cours de la présente procédure. Nous notons qu'au moment de la publication du présent rapport le Canada n'a effectivement rien notifié en ce sens.

3.15 Par ailleurs, nous avons examiné le compte rendu de la réunion du Conseil tenue le 22 mai 2000, au cours de laquelle l'ORD avait adopté notre mandat. Nous notons qu'au cours de cette réunion le Brésil a déclaré que:

"[il] devait contester le niveau de la suspension proposé par le Canada, qui était entièrement arbitraire".²⁴

Toutefois, nous n'avons rien trouvé qui prouve clairement qu'à ladite réunion le Brésil ait effectivement formulé l'allégation selon laquelle les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord n'avaient pas été suivis. En conséquence, la déclaration du Brésil concernant cette allégation dans le document WT/DS46/18 ne se réfère pas à une allégation qui relève de notre mandat, tel que celui-ci a été établi à la réunion du 22 mai 2000 de l'ORD. Nous n'estimons donc pas nécessaire d'examiner cette question plus avant.

3.16 Deuxièmement, le Brésil a aussi fait valoir dans son exposé oral que certaines mesures que le Canada envisageait d'adopter en relation avec certaines obligations au titre de l'article VI:6 a) du GATT de 1994 et avec certaines obligations au titre de l'Accord sur les textiles et les vêtements et de l'Accord sur les procédures de licences d'importation n'étaient pas appropriées.²⁵

3.17 L'allégation formulée par le Brésil pourrait sembler avoir un lien avec la nature des mesures en cause, mais nous estimons qu'elle est étroitement liée au *niveau* des contre-mesures. En effet, selon le Brésil, on ne voit pas très bien comment l'incidence de ces mesures sera évaluée pour ce qui est de la valeur du commerce brésilien qui sera affecté. Étant donné que, comme il a été dit plus haut, les parties conviennent que nous avons compétence pour déterminer si le niveau des contre-mesures

²³ Voir le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *CE – Bananes*, *op. cit.*, paragraphes 145 à 147.

²⁴ WT/DSB/M/81, paragraphe 10.

²⁵ Exposé oral du Brésil, 14 juillet 2000, paragraphe 3.

est approprié, nous estimons que, si cela est nécessaire, nous pouvons nous prononcer sur le caractère pertinent de l'application de ces mesures par le Canada.

3. Tâche des arbitres

3.18 Pour ce qui est de notre tâche, nous suivons l'approche adoptée par les arbitres chargés d'examiner des affaires précédentes au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord.²⁶ Nous devons non seulement déterminer si la proposition du Canada constitue des "mesures appropriées", mais aussi déterminer le niveau des contre-mesures que nous jugeons appropriées au cas où nous constaterions que le niveau des contre-mesures proposées par le Canada ne l'est pas, si nécessaire en appliquant notre propre méthodologie.

B. LES CONTRE-MESURES PROPOSÉES PAR LE CANADA SONT-ELLES DES "CONTRE-MESURES APPROPRIÉES"?

1. Résumé de la méthodologie du Canada et de la contre-approche du Brésil

a) Méthodologie du Canada

3.19 On trouvera ci-après un résumé de la méthodologie du Canada telle que la comprennent les arbitres.²⁷ Dans le calcul du Canada, le niveau des contre-mesures est directement proportionnel, tant pour ce qui est du montant annuel que du montant total, à l'ampleur des subventions prohibées que le Brésil verse pour soutenir ses exportations d'aéronefs de transport régional. Le Canada estime la subvention en multipliant la subvention moyenne par aéronef exporté par le taux de production annuel qu'annonce le Brésil pour ces aéronefs. Le total cumulé des subventions brésiliennes, d'après le carnet de commande d'Embraer, est de 4,1 milliards de dollars canadiens soit une valeur actuelle de 3,2 milliards de dollars canadiens d'après le profil annuel des livraisons d'aéronefs de transport régional. Dans ce calcul, le Canada a pris en compte:

- a) le niveau moyen de la subvention prohibée dont il a été constaté qu'elle s'appliquait aux exportations brésiliennes d'aéronefs de transport régional en vertu de contrats conclus avant le 18 novembre 1999 pour les aéronefs livrés après cette date dans le cadre du régime PROEX qui s'applique à ces contrats;
- b) le niveau moyen de la subvention prohibée concernant les aéronefs de transport régional à livrer en vertu de contrats conclus après le 18 novembre 1999 dans le cadre du régime PROEX modifié; et
- c) les taux de production annoncés par le Brésil pour le ERJ-135/140/145 et le ERJ 170/190.

3.20 Le calcul du Canada aboutit à des subventions prohibées annuelles équivalant à 480 millions de dollars des États-Unis (ci-après dénommés "dollars EU"). Au taux de change de 1,47 dollar canadien pour 1 dollar EU, cette somme équivaut à 705,6 millions de dollars canadiens par an.

3.21 À titre subsidiaire, le Canada a aussi fourni un calcul fondé sur la valeur du tort causé par la subvention à l'industrie canadienne. Dans ce calcul, le Canada estime que la valeur actuelle du tort

²⁶ Voir les procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6 concernant l'affaire *CE – Hormones*, *op.cit.*, paragraphe 12.

²⁷ Voir l'explication que le Canada a donnée de sa méthodologie dans le document soumis aux arbitres le 5 juin 2000. Cette méthodologie a été décrite dans l'annexe I jointe à sa communication écrite du 26 juin 2000.

causé à l'industrie canadienne des aéronefs de transport régional est de 4,7 milliards de dollars canadiens.

3.22 Le Canada a toutefois précisé qu'il préférerait utiliser l'option fondée sur le montant de la subvention accordée par le Brésil.

b) Contre-approche du Brésil

3.23 La position du Brésil, telle que les arbitres la comprennent, peut se résumer comme suit. Le Brésil considère que les arbitres doivent déterminer quelles seraient les exportations annuelles canadiennes d'aéronefs de transport régional potentielles si le Brésil avait retiré le PROEX pour les aéronefs non livrés au 18 novembre 1999 et pour les transactions conclues après le 18 novembre 1999.²⁸

3.24 Le Brésil fait une différence entre les ventes d'aéronefs effectuées avant le 18 novembre 1999 – date à laquelle il était censé avoir mis en œuvre les recommandations de l'ORD – et les ventes effectuées après cette date. Le Brésil fournit des calculs séparés du niveau de réduction du commerce canadien en ce qui concerne les ventes d'aéronefs qui ont eu lieu avant le 18 novembre 1999 mais pour lesquelles la livraison n'avait pas eu lieu à cette date et les ventes effectuées après le 18 novembre 1999. Pour les ventes effectuées après le 18 novembre 1999, le Brésil fonde les contre-mesures appropriées sur trois éléments: le nombre de livraisons d'aéronefs effectuées par le Brésil chaque année, le nombre des ventes qui auraient pu être obtenues par le Canada si le PROEX avait été annulé au 18 novembre 1999, et le montant probable de la subvention concernant chaque aéronef.

3.25 Premièrement, le Brésil a pensé que le nombre projeté de livraisons annuelles d'aéronefs était de 168. Il a ensuite calculé combien de ces ventes auraient pu être obtenues par le Canada si le PROEX avait été annulé au 18 novembre 1999. En examinant la situation des aéronefs non livrés, le Brésil a expliqué que le Canada n'était pas en concurrence pour les ventes de plusieurs catégories d'aéronefs. Par conséquent, du fait que le Canada ne produit pas d'avions à réaction de transport régional de 37 places (et ne prévoit manifestement pas de le faire), les ventes du ERJ-135 ne concurrencent pas l'industrie canadienne et devraient être exclues des calculs. De même, il y a un certain nombre de contrats pour lesquels, pour diverses raisons techniques/opérationnelles, les aéronefs canadiens n'étaient pas en concurrence. Le Brésil a constaté que, sur le total des 942 aéronefs non livrés, le Canada aurait pu être en concurrence et obtenir la vente uniquement pour 44 de ces aéronefs si le PROEX avait été supprimé au 18 novembre 1999. Le Brésil a présumé que les mêmes conditions concurrentielles et techniques s'appliqueraient pour les ventes futures après le 18 novembre 1999. Il a donc multiplié le niveau de production annuelle de 168 aéronefs par le ratio des ventes d'avions non livrés que le Canada aurait pu obtenir au nombre total des ventes d'avions non livrés (44/942). Le résultat était le suivant: le Canada aurait pu éventuellement obtenir la vente de huit aéronefs par an si le PROEX avait été annulé au 18 novembre 1999.

3.26 Deuxièmement, ce nombre d'aéronefs doit être multiplié par le montant moyen de la portion prohibée de la subvention par aéronef. Le Brésil a chiffré ce montant à xxx dollars EU par aéronef. Si on multiplie ce montant par huit (voir l'explication ci-dessus), le niveau annuel de la réduction du commerce canadien est de xxx dollars EU en ce qui concerne les ventes effectuées par le Brésil après le 18 novembre 1999.

²⁸ L'approche du Brésil et les chiffres mentionnés ci-après figurent essentiellement dans les paragraphes 66 à 72 de sa communication écrite du 26 juin 2000 et dans sa réponse du 24 juillet à la question n° 21 des arbitres.

- c) Observations préliminaires concernant les conséquences de ces approches sur la tâche des arbitres

3.27 Les arbitres notent que le Canada ne demande pas des contre-mesures correspondant au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages qu'il subit. Ils notent également que les deux parties, même si leurs avis divergent quant aux mesures ultérieures, ont laissé entendre que le calcul du niveau des contre-mesures appropriées pouvait être fondé sur le montant de la subvention. Par conséquent, nous prenons l'approche du Canada comme point de départ et entreprenons de déterminer si, et dans quelle mesure, cette approche aboutit à des "contre-mesures appropriées", compte tenu des arguments du Brésil.

2. Le terme "contre-mesure" utilisé à l'article 4.10 et 4.11 de l'Accord SMC s'applique-t-il au type de contre-mesures que le Canada prévoit de prendre?

3.28 Dans une communication datée du 10 mai 2000, le Canada a informé l'ORD qu'il demanderait à ce dernier l'autorisation de prendre des contre-mesures sous la forme d'une suspension de concessions et d'autres obligations au titre du GATT de 1994 et d'autres accords de l'Annexe 1A. Le Canada a également notifié une liste de produits pour lesquels des concessions pourraient être suspendues.²⁹ Exception faite des allégations mentionnées dans la précédente section, le Brésil n'a pas fait d'observation au cours de la procédure sur les mesures prévues par le Canada.

3.29 Nous ne jugeons pas nécessaire de nous étendre davantage sur cette question. En particulier, nous n'avons pas besoin de donner une définition généralement applicable du terme "contre-mesure". Nous notons par conséquent que les deux parties conviennent que le terme "contre-mesures", tel qu'il est utilisé à l'article 4 de l'Accord SMC, peut inclure la suspension de concessions ou d'autres obligations. Nous n'avons trouvé aucune raison de ne pas être du même avis que les parties.

3. Sens du terme "approprié"

- a) Questions soumises aux arbitres

3.30 Les arguments échangés par les parties portent essentiellement sur l'interrogation suivante: que convient-il de considérer comme un *niveau approprié* de contre-mesures? Le Canada estime que les contre-mesures sont appropriées si elles correspondent au montant de la subvention à l'exportation prohibée accordée. Le Brésil convient que le point de départ du calcul du niveau approprié des contre-mesures devrait être la subvention accordée. Il estime toutefois que ce montant ne correspond pas au versement total effectué au titre du programme PROEX de péréquation des taux d'intérêt. Le Brésil considère que seule constitue une subvention prohibée la partie des versements utilisée pour "assurer un avantage important sur le plan des conditions du crédit à l'exportation" au sens qui est donné à ces termes à l'alinéa k) de la Liste exemplative de subventions à l'exportation.³⁰ Le Brésil estime également que, comme le Canada a choisi de prendre des contre-mesures sous la forme d'une suspension de concessions ou d'autres obligations, les contre-mesures adoptées par le Canada doivent être équivalentes au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, conformément à l'article 22:4 du Mémoire d'accord.

3.31 Les arbitres sont d'avis que deux principaux points doivent être examinés en ce qui concerne cette question dans la présente affaire:

- a) étant donné que les deux parties conviennent que la détermination d'un niveau approprié de contre-mesures peut être fondée sur le montant de la subvention

²⁹ WT/DS46/16.

³⁰ Annexe I de l'Accord SMC (ci-après dénommée la "Liste exemplative").

accordée, nous devons tout d'abord déterminer ce qui constitue la subvention dont le retrait a été recommandé;

- b) le second point consiste à déterminer si le niveau des contre-mesures devrait correspondre au montant de la subvention à retirer ou être équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages causée au Canada, ce qui a une conséquence sur le nombre des ventes d'aéronefs qui devraient être prises en compte.

Nous allons maintenant examiner ces deux principaux points et les questions qui s'y rapportent successivement ci-après.

- b) La "subvention" à utiliser comme base pour le calcul du niveau des contre-mesures appropriées est-elle la portion des versements PROEX qui réduit le taux d'intérêt net par rapport au taux de référence approprié, ou le montant total des versements PROEX?

3.32 Nous notons que le Brésil a fait valoir dans sa communication écrite du 26 juin 2000 que la détermination des contre-mesures appropriées fondée sur le montant de la subvention prohibée dans la présente affaire devrait être limitée à la différence entre le montant du soutien PROEX accordé lors de chaque transaction et le taux de référence approprié, que ce soit le taux des bons du Trésor des États-Unis à dix ans plus 20 points de base ("bons du Trésor plus 20") utilisé dans le programme PROEX révisé ou le Taux d'intérêt commercial de référence ("TICR") établi dans le cadre de l'Arrangement de l'OCDE relatif à des lignes directrices pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public. Le Brésil a rappelé lors de l'audience avec les arbitres que cette question était en suspens devant l'Organe d'appel dans le cadre de son appel des constatations du Groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord. Le 24 juillet, après la distribution du rapport de l'Organe d'appel dans le cadre de la procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord³¹, le Brésil a présenté des observations dans lesquelles il affirmait que l'Organe d'appel avait conclu que seule la portion des versements PROEX qui réduit le taux d'intérêt net par rapport au taux de référence approprié constitue une subvention prohibée. Le Canada a contesté l'interprétation du Brésil dans des remarques présentées le 28 juillet 2000.

3.33 Nous rappelons que le premier groupe spécial établi dans cette affaire (ci-après dénommé le "Groupe spécial initial") a conclu que les versements PROEX concernant les exportations d'aéronefs régionaux brésiliens étaient des subventions au sens de l'article premier de l'Accord SMC qui étaient subordonnées aux résultats à l'exportation au sens de l'article 3.1 a) de cet accord.³² Cette conclusion n'a pas été modifiée par le rapport initial de l'Organe d'appel. Nous rappelons également que le Groupe spécial initial n'a pas fait de différence dans ses constatations entre la portion des "versements" qui ne "[sert] [pas] à assurer un avantage important sur le plan des conditions du crédit à l'exportation", au sens du point k) de la Liste exemplative, et la portion qui est ou pourrait être utilisée à cette fin. Le rapport initial de l'Organe d'appel n'a pas non plus tranché cette question. Une des raisons était que le Groupe spécial initial n'avait pas statué sur la question de savoir si ces "versements" seraient "autorisés" *a contrario* par l'Accord SMC, et il n'avait pas été fait appel de l'absence de constatations.³³

³¹ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs - Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, adopté le 4 août 2000, WT/DS46/AB/RW.

³² Rapport du Groupe spécial *Brésil - Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, adopté le 20 août 1999, WT/DS46/R, paragraphe 7.14.

³³ *Ibid.*, paragraphes 7.18 et 7.37; rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, adopté le 20 août 1999, WT/DS46/AB/R, paragraphe 187.

3.34 Cependant, le groupe spécial chargé de la procédure engagée au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord (ci-après dénommé le "Groupe spécial au titre de l'article 21:5") a été confronté à une allégation spécifique du Brésil selon laquelle, suite à la Résolution n° 2667 du 19 novembre 1999, les versements PROEX ne servent plus à assurer un avantage important sur le plan des conditions du crédit à l'exportation et sont donc "autorisés" par le premier paragraphe du point k) de la Liste exemplative.³⁴ Le Groupe spécial au titre de l'article 21:5 a estimé ce qui suit:

"[...] la défense du Brésil dans le présent différend dépend de la thèse selon laquelle le premier paragraphe du point k) peut être utilisé pour établir qu'une subvention à l'exportation au sens du point k) est "autorisée" par l'*Accord SMC*. Elle dépend par ailleurs de la capacité du Brésil d'établir que a) les versements PROEX sont des "prises en charge" au sens du point k); et b) les versements PROEX ne "servent [pas] à assurer un avantage important sur le plan des conditions du crédit à l'exportation".³⁵

3.35 En appel, l'Organe d'appel a déclaré ce qui suit:

"[...] nous partageons l'avis du Groupe spécial au titre de l'article 21:5 selon lequel le Brésil, pour établir son "moyen de défense affirmatif" allégué, doit présenter des arguments juridiques et factuels concluants sur *chacun* des trois points examinés par le Groupe spécial au titre de l'article 21:5."³⁶

3.36 L'Organe d'appel a ensuite procédé à l'examen du dernier point traité par le Groupe spécial au titre de l'article 21:5, celui de savoir si les subventions relevant du PROEX révisé "servent à assurer un avantage important sur le plan des conditions de crédit à l'exportation". Ayant constaté que le Brésil n'avait pas démontré que les versements PROEX "[ne] servent [pas] à assurer un avantage important sur le plan des conditions du crédit à l'exportation" au sens du premier paragraphe du point k) de la Liste exemplative³⁷, l'Organe d'appel n'a pas jugé nécessaire d'examiner les deux autres points retenus par le Groupe spécial au titre de l'article 21:5. L'Organe d'appel a déclaré que les constatations formulées sur ces deux points par le Groupe spécial au titre de l'article 21:5 "ne présentaient plus d'intérêt et n'avaient donc aucun effet juridique".³⁸

³⁴ Rapport du Groupe spécial *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs - Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, adopté le 4 août 2000, WT/DS46/RW, paragraphe 6.20.

³⁵ *Ibid.*, paragraphe 6.22.

³⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs - Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, *op. cit.*, paragraphe 58.

³⁷ *Ibid.*, paragraphe 77.

³⁸ *Ibid.*, paragraphes 78 et 81. En outre, nous notons que l'Organe d'appel a déclaré au paragraphe 80 de son rapport que:

"Si le Brésil avait démontré que les versements effectués au titre du PROEX révisé ne "[servaient] [pas] à assurer un avantage important sur le plan du crédit à l'exportation", et que ces versements constituaient la "prise en charge" par le Brésil de "tout ou partie des frais supportés par des exportateurs ou des organismes financiers pour se procurer du crédit", nous aurions été alors disposés à constater que les versements effectués au titre du PROEX révisé étaient *justifiés* au titre du point k) de la Liste exemplative." (pas d'italique dans l'original)

Cela semble impliquer que, malgré ce qu'il déclare au paragraphe 58, à savoir que "le Brésil, pour établir son "moyen de défense affirmatif" allégué, doit présenter des éléments juridiques et factuels concluants sur *chacun* des trois points examinés par le Groupe spécial au titre de l'article 21:5", l'Organe d'appel aurait été disposé à constater que les versements effectués dans le cadre du PROEX révisé étaient justifiés au titre du point k) de la Liste exemplative si le Brésil avait prouvé deux des trois points. L'Organe d'appel a également déclaré qu'il n'interprétait pas la note de bas de page 5 de l'Accord SMC et qu'il n'émettait pas une opinion sur la portée de la note de bas de page 5, ni sur le sens de tout autre point de la Liste exemplative.

3.37 Nous considérons que, pour établir une conclusion compatible avec les différentes décisions adoptées au cours de la présente procédure, nous devons commencer par les constatations et conclusions du rapport de l'Organe d'appel dans la procédure au titre de l'article 21:5. Nous notons que, au paragraphe 82 b) de son rapport, l'Organe d'appel "[a confirmé] les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 21:5 selon lesquelles les versements effectués au titre du PROEX révisé sont prohibés par l'article 3 de l'*Accord SMC* et ne sont pas justifiés au titre du point k) de la Liste exemplative".³⁹ Le Groupe spécial initial et le Groupe spécial au titre de l'article 21:5 ont toujours bien précisé que, lorsqu'ils se référaient aux "versements PROEX", ils se référaient aux versements PROEX de péréquation des taux d'intérêt dans leur ensemble, non à une portion de ces versements au titre du PROEX.⁴⁰

3.38 Si, comme le Brésil l'a laissé entendre, l'Organe d'appel avait voulu dire dans son rapport concernant la procédure au titre de l'article 21:5 que la subvention prohibée était uniquement la portion dépassant le taux de référence approprié au titre du point k) de la Liste exemplative, il aurait eu à le spécifier, puisqu'il n'avait pas contesté dans la procédure initiale le fait que les "versements PROEX", entendus comme signifiant le montant total des versements de péréquation des taux d'intérêt, étaient considérés comme une subvention prohibée. On pourrait alléguer que l'Organe d'appel n'a pas eu à spécifier si la prohibition s'appliquait à la totalité du versement PROEX ou uniquement à une partie de ce versement. Comme il avait constaté que le Brésil n'avait pas fourni d'éléments de preuve indiquant que la subvention ne servait pas à assurer un "avantage important", même la portion des versements PROEX qui dépassait le TICR était une subvention prohibée. Toutefois, comme il est indiqué plus haut, le sens donné à l'expression "versement PROEX" par le Groupe spécial initial et par le Groupe spécial au titre de l'article 21:5 était clair. Si l'Organe d'appel n'avait pas approuvé ce sens, une explication aurait été essentielle dans son rapport au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord. En l'absence d'une telle clarification, nous pouvons uniquement conclure que, en "[confirmant] les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 21:5 selon lesquelles les versements effectués au titre du PROEX révisé sont prohibés par l'article 3 de l'*Accord SMC* et ne sont pas justifiés au titre du point k) de la Liste exemplative", l'Organe d'appel a interprété le terme "versements" comme signifiant le versement de péréquation total au titre du PROEX.

3.39 En outre, l'argumentation avancée par le Brésil dans ses observations additionnelles du 24 juillet 2000 semble reposer sur une confusion entre la notion d'"avantage" au sens de l'article premier de l'*Accord SMC* et la notion d'"avantage important" apparaissant au point k) de la Liste exemplative, confusion au sujet de laquelle l'Organe d'appel a pris soin d'émettre une mise en garde dans son rapport initial.⁴¹ Même si une subvention à l'exportation est "justifiée" au titre du point k) parce qu'elle ne sert pas à assurer un avantage important sur le plan des conditions du crédit à l'exportation, elle confère quand même un avantage et est quand même une subvention à l'exportation.⁴² Une *justification* possible au titre du point k), comme une justification au titre de l'article XX du GATT de 1994, ne change pas la nature juridique d'une mesure. Si la justification n'existait pas, ce serait ce même montant de la subvention que l'on cherchait à justifier qui serait prohibé, car le fait qu'une subvention est justifiée ne signifie pas qu'elle n'est plus une subvention. Il signifie simplement qu'elle n'est pas une subvention *prohibée*.

³⁹ Membre de phrase non souligné dans l'original. L'italique figure dans l'original.

⁴⁰ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial initial, *op. cit.*, paragraphes 7.14; 7.74; 8.1 et 8.2; le rapport du Groupe spécial au titre de l'article 21:5, *op. cit.*, section VI.C.2 c) "Conclusions et remarques finales".

⁴¹ *Op. cit.*, paragraphe 179.

⁴² *Ibid.*, voir aussi le paragraphe 180.

3.40 Nous notons également que l'article 4.7 de l'Accord SMC dispose que "s'il est constaté que la mesure en question est une subvention prohibée, le groupe spécial recommandera que le Membre qui accorde la subvention la retire sans retard". Nous sommes donc d'avis que la subvention à retirer au sens de l'article 4 de l'Accord SMC, et par conséquent celle sur laquelle nous devons fonder nos calculs, est le montant total des versements PROEX de péréquation des taux d'intérêt concernant les exportations d'aéronefs régionaux brésiliens, et non de la portion de ces versements qui dépasse le TICR ou tout autre taux de référence approprié au regard du point k) de la Liste exemplative.

c) Le niveau des contre-mesures devrait-il correspondre au montant de la subvention accordée par le Brésil ou être équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par le Canada?

i) *Analyse des dispositions pertinentes*

3.41 Le Canada a estimé que, du fait qu'il aurait pu proposer des contre-mesures fondées sur le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie, sa proposition fondée sur le montant de la subvention par aéronef est *a fortiori* "appropriée", car elle est nettement inférieure.⁴³ Le Brésil a affirmé en substance que l'annulation ou la réduction d'avantages avait toujours été le critère dans le GATT de 1947 et que ce critère avait été repris dans l'Accord sur l'OMC. Le Brésil a admis que le Canada aurait pu demander l'autorisation d'accorder une contre-subvention. Cependant, comme le Canada a choisi d'imposer des contre-mesures sous la forme d'une suspension de concessions ou d'autres obligations, il doit se conformer aux prescriptions de l'article 22:4 du Mémoire d'accord.

3.42 Conformément à l'article 3:2 du Mémoire d'accord, nous allons analyser le sens du terme "approprié" sur la base de l'article 31 de la Convention de Vienne.

3.43 Le seul examen du sens ordinaire du terme "approprié" ne nous permet pas de répondre à la question dont nous sommes saisis, puisque les définitions des dictionnaires ne sont pas assez spécifiques. En effet, les définitions pertinentes que les dictionnaires donnent du mot "approprié" sont: "specially suitable; proper" (spécialement adapté; convenable).⁴⁴ Cependant, elles vont dans le sens de la réalisation d'un objectif particulier.

3.44 Le premier contexte du terme "approprié" est le mot "contre-mesures", dont il est un adjectif. Les parties se sont référées aux définitions des dictionnaires pour le terme "contre-mesures", mais nous jugeons plus approprié de se référer à son sens en droit international général⁴⁵ et aux travaux de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité des États, qui examinent la notion de contre-mesures.⁴⁶ Nous notons que les travaux de la CDI reposent sur la pratique pertinente des États ainsi que sur les décisions judiciaires et écrits doctrinaux, qui constituent les sources reconnues du

⁴³ Voir plus haut le paragraphe 3.21.

⁴⁴ The New Shorter Oxford English Dictionary (1993), page 103, Webster's New Encyclopedic Dictionary (1994), page 48.

⁴⁵ Voir, par exemple, la sentence arbitrale relative à l'incident de *Naulilaa* (1928), dans le Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies, volume II, page 1028 et *l'affaire concernant l'Accord sur les services aériens du 27 mars 1946 (France contre États-Unis d'Amérique)* (1978) International Law Reports, volume 54 (1979), page 338. Voir aussi, notamment, le Projet d'articles sur la responsabilité des États et commentaires y relatifs adoptés par la Commission du droit international en première lecture (janvier 1997), ci-après dénommé le "Projet d'articles" et le projet d'articles provisoirement adopté par le Comité de rédaction en seconde lecture, A/CN.4/L. 600, 11 août 2000. Même si ces derniers modifient un certain nombre de dispositions du Projet d'articles, ils n'affectent pas les termes auxquels nous nous référons dans le présent rapport.

⁴⁶ Nous notons également que, d'après la définition des "contre-mesures" figurant dans le Projet d'articles, la notion de "contre-mesures appropriées" serait plus générale que l'expression "équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages". Elle l'inclurait foncièrement. Limiter son sens au sens donné à l'expression "équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages" serait contraire au principe d'interprétation des traités dit de l'effet utile.

droit international.⁴⁷ Lorsque nous examinons la définition des "contre-mesures" à l'article 47 du Projet d'articles⁴⁸, nous notons que les contre-mesures sont destinées à "inciter [l'État qui a commis un fait internationalement illicite] à s'acquitter de ses obligations au titre des articles 41 à 46". Nous notons à cet égard que les arbitres au titre de l'article 22:6 dans l'arbitrage *CE – Bananes (1999)* ont fait une déclaration analogue.⁴⁹ Nous concluons qu'une contre-mesure est "appropriée" si, entre autres choses, elle incite *effectivement* au respect des recommandations et décisions.

3.45 À cet égard, nous rappelons que la mesure concernant le droit de prendre des contre-mesures a été demandée est une subvention à l'exportation prohibée relevant de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC. L'article 4.7 de l'Accord SMC prévoit à cet égard que s'il est constaté qu'une mesure est une subvention prohibée, celle-ci doit être retirée sans retard. En pareil cas, "inciter [effectivement] au respect des décisions et recommandations" signifie inciter au retrait de la subvention prohibée.

3.46 En revanche, les autres mesures illégales n'ont pas à être retirées sans retard. Comme il est précisé à l'article 3:8 du Mémoire d'accord, s'il y a violation d'une disposition d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage. Cependant, si le défendeur parvient à réfuter l'accusation, il ne sera pas constaté d'annulation ou réduction d'avantages malgré la violation. Cette réfutation peut être impossible dans un certain nombre de cas. Pourtant, cela ne change rien au fait que la notion d'annulation ou réduction d'avantages ne se trouve pas dans les articles 3 et 4 de l'Accord SMC. Les arbitres sont d'avis qu'il faut donner un sens au fait que les négociateurs n'ont pas inclus la notion d'annulation ou réduction d'avantages dans ces articles, alors qu'elle est expressément mentionnée dans l'article 5 de l'Accord SMC, qui traite des effets défavorables des subventions pouvant donner lieu à une action.

3.47 Une première approche consisterait à considérer que la notion d'annulation ou réduction d'avantages ne s'applique pas à l'article 4 de l'Accord SMC. Nous notons à cet égard que, pour ce qui est des subventions pouvant donner lieu à une action, l'article 5 se réfère à l'annulation ou réduction d'avantages comme étant uniquement une des trois catégories d'effets défavorables. Cela pourrait signifier qu'un autre critère que l'annulation ou réduction d'avantages pourrait aussi s'appliquer dans le contexte de l'article 4 de l'Accord SMC.

3.48 Cela étant dit, nous notons que le Groupe spécial initial a conclu que, comme l'existence d'une violation avait été constatée, la mesure en cause était présumée annuler ou compromettre un avantage au sens de l'article 3:8 du Mémoire d'accord, ce que le Brésil n'avait pas réfuté. Dans ce contexte, nous sommes plus enclins à considérer qu'il n'a pas été expressément fait mention de l'annulation ou de la réduction d'avantages dans l'article 4 de l'Accord SMC pour les raisons suivantes:

⁴⁷ Voir l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice.

⁴⁸ Nous notons que le Canada s'oppose à ce que nous utilisions le Projet d'articles dans le présent processus d'interprétation. Le Canada a fait valoir que le Projet d'articles ne constituait pas une "règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties" au sens de l'article 31.3 c) de la Convention de Vienne. Comme nous l'avons déjà dit, nous utilisons le Projet d'articles en tant qu'indication du sens convenu de certains termes en droit international général.

⁴⁹ *Op. cit.*, paragraphe 6.3. Dans cette affaire, les arbitres devaient déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. Comme les arbitres au titre de l'article 22:6 dans l'affaire *CE – Bananes* ont considéré que des mesures équivalentes au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages pouvaient inciter au respect des recommandations et décisions, on pourrait faire valoir que dans la présente affaire également, des contre-mesures équivalentes au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages devraient être suffisantes pour inciter au respect des recommandations et décisions. Cependant, les arbitres dans l'affaire *CE – Bananes* étaient tenus par l'article 22:7 de déterminer si les mesures proposées étaient équivalentes au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.

- a) une violation de l'article 3 de l'Accord SMC implique une présomption irréfutable d'annulation ou de réduction d'avantages. Il n'est donc pas nécessaire d'en faire mention;
- b) le but de l'article 4 est d'obtenir le *retrait* de la subvention prohibée. À cet égard, nous considérons que l'obligation de retirer une subvention prohibée et la suppression de l'annulation ou réduction spécifique d'avantages causée à un Membre par la mesure sont de nature différente.⁵⁰ La première vise à supprimer une mesure qui est présumée, au regard de l'Accord sur l'OMC, causer des effets négatifs sur le commerce, quels que soient celui qui subit ces effets et l'ampleur de ces effets. La deuxième vise à éliminer les effets d'une mesure sur le commerce d'un Membre donné;
- c) le fait que l'annulation ou la réduction d'avantages est établi en ce qui concerne une mesure ne signifie pas nécessairement que, dès lors qu'il y a obligation de retirer cette mesure, le niveau des contre-mesures appropriées devrait être fondé uniquement sur le niveau de l'annulation ou réduction d'avantages subie par le Membre qui demande l'autorisation de prendre des contre-mesures.

3.49 Nous notons également que, lorsque les négociateurs ont voulu limiter les contre-mesures à l'effet causé par la subvention sur le commerce d'un Membre, ils ont utilisé des termes différents de l'expression "contre-mesures appropriées". L'article 7.9 et 7.10, qui est le perdant pour les subventions pouvant donner lieu à une action de l'article 4.9 et 4.10 consacré aux subventions prohibées, contient les termes suivants: "proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée". Cela étant, nous ne jugeons pas convaincants les arguments avancés par le Brésil dans son exposé oral qui reposent sur la position centrale de la notion d'annulation d'avantages dans le GATT. Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'expression "contre-mesures appropriées" n'impose pas de contraintes analogues.

3.50 Les parties ont aussi examiné le sens des notes de bas de page 9 et 10 relatives aux paragraphes 10 et 11, respectivement, de l'article 4 de l'Accord SMC. Le contenu de ces notes de bas de page est identique; elles se lisent toutes deux comme suit:

"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."

3.51 Nous admettons que, telles que ces notes de bas de page sont rédigées, il semble difficile de savoir exactement comment la seconde partie de la phrase ("eu égard au fait que les subventions visées par ces dispositions sont prohibées") se rattache à la première partie de la phrase ("Cette expression ne doit pas être interprétée comme autorisant des contre-mesures qui soient disproportionnées".) Cela est probablement dû à l'utilisation des mots "eu égard au fait que". Toutefois, comme le texte du traité est censé être l'expression la plus achevée de l'intention des parties, nous devrions nous abstenir de spéculer sur l'intention des négociateurs à ce stade. Nous pouvons toutefois noter que la référence au fait que les subventions visées sont prohibées peut très probablement être considérée davantage comme un facteur aggravant que comme un facteur atténuant. Nous constatons aussi que l'utilisation du mot "disproportionné" est intéressante à la lumière de l'expression "hors de proportion" utilisée à l'article 49 du Projet d'articles. Nous ne tirons pas de conclusions définitives quant au sens des notes de bas de page 9 et 10. Toutefois, nous notons

⁵⁰ Nous notons que l'article 3:7 du Mémoire d'accord se réfère au "retrait des mesures en cause" en tant que premier objectif. Cependant, nous notons aussi que, contrairement à l'article 3:7 du Mémoire d'accord, l'article 4.7 de l'Accord SMC ne prévoit pas d'autre solution que le retrait de la mesure une fois qu'il a été constaté qu'il s'agit d'une subvention prohibée.

que les notes de bas de page 9 et 10 confirment au moins qu'il ne conviendrait pas de donner au terme "approprié" figurant à l'article 4.10 et 4.11 de l'Accord SMC le même sens que celui qui est donné au terme "équivalent" figurant à l'article 22 du Mémoire d'accord.⁵¹

3.52 Le Brésil a présenté un certain nombre d'arguments non textuels à l'appui de sa position. Nous estimons que notre analyse fondée sur le texte de l'Accord SMC est suffisamment convaincante. Nous examinerons néanmoins les autres arguments par souci d'exhaustivité.

3.53 Le Brésil a estimé comme le Canada que les contre-mesures devraient avoir un rapport avec le montant de la subvention.⁵² Le Brésil a néanmoins allégué que des contre-mesures fondées sur le montant intégral du versement de péréquation des taux d'intérêt au titre du PROEX et ne tenant pas compte uniquement du nombre de ventes d'aéronefs pour lesquelles le Canada subit une annulation ou une réduction d'avantages seraient disproportionnées.

3.54 L'interprétation que nous faisons plus haut de la portée de l'expression "contre-mesures appropriées" figurant à l'article 4 de l'Accord SMC montre que cela ne serait pas le cas. En fait, le niveau des contre-mesures correspond simplement au montant de la subvention qui doit être retirée. À vrai dire, étant donné que les subventions à l'exportation ont habituellement un effet multiplicateur (un montant donné permet à une société d'effectuer un certain nombre de ventes et de prendre ainsi pied sur un marché donné avec la possibilité d'acquérir et d'accroître des parts de marché), nous sommes d'avis qu'un calcul fondé sur le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages donnerait, comme semblait l'indiquer le calcul du Canada fondé sur le tort causé à sa branche de production, des chiffres plus élevés qu'un calcul fondé exclusivement sur le montant de la subvention. Par contre, si le niveau effectif de l'annulation ou de la réduction des avantages est sensiblement moins élevé que la subvention, une contre-mesure fondée sur le niveau effectif de l'annulation ou de la réduction des avantages a un effet d'incitation moindre ou n'en a pas du tout, et le pays qui accorde la subvention peut ne pas retirer la mesure en cause.⁵³

3.55 Le Brésil a aussi allégué que des contre-mesures fondées sur le montant intégral de la subvention seraient très punitives. Nous interprétons le terme "punitives" dans le sens qui lui est donné dans le Projet d'articles.⁵⁴ Une contre-mesure devient punitive dès lors que non seulement elle est destinée à assurer que l'État qui manque à ses obligations rende sa conduite conforme à ses obligations internationales, mais qu'elle contient aussi une dimension additionnelle censée sanctionner l'action de cet État. Étant donné que nous n'estimons pas qu'un calcul des contre-mesures appropriées fondé sur le montant de la subvention accordée soit disproportionné, nous concluons que, *a fortiori*, il ne peut pas être punitif.⁵⁵

⁵¹ Nous sommes attentifs au fait que, du point de vue de l'interprétation textuelle, il ne conviendrait pas de donner le même sens aux termes "équivalent" et "approprié". Les interprètes ne sont pas autorisés à présumer une telle chose. Ce que nous voulons dire, c'est que le terme "approprié", lu à la lumière des notes de bas de page 9 et 10, peut permettre une plus grande marge de manœuvre que le mot "équivalent" pour ce qui est d'évaluer le niveau approprié des contre-mesures. Une contre-mesure reste "appropriée" tant qu'elle n'est pas *disproportionnée*, compte tenu également du fait que la mesure en question est une subvention prohibée.

⁵² Observations du Brésil concernant l'exposé méthodologique du Canada, 13 juin 2000, paragraphe 2.

⁵³ De plus, l'approche du Brésil semble être contradictoire dans la mesure où elle associe le niveau de la subvention à son effet sur le commerce. En utilisant le niveau de la subvention comme point de départ de son analyse, le Brésil ne tient pas compte du fait que les effets sur le commerce peuvent ne pas avoir de rapport direct avec le montant de la subvention proprement dite.

⁵⁴ Voir le Projet d'articles, page 355.

⁵⁵ À cet égard, nous rappelons notre observation figurant dans la note de bas de page 43 ci-dessus, à savoir qu'il ne faudrait pas donner au terme "approprié" le même sens que "équivalent", mais qu'il conviendrait de l'interpréter comme ménageant une plus grande latitude dans l'évaluation du niveau des contre-mesures visant des subventions prohibées.

3.56 Nous relevons que le Brésil a aussi allégué que le Canada ne pouvait pas demander à avoir le droit de prendre des contre-mesures correspondant au montant de la subvention parce qu'il a choisi d'en prendre sous la forme de la suspension de concessions ou d'autres obligations et que, en vertu de l'article 22:4 du Mémoire d'accord, de telles mesures doivent être équivalentes au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.

3.57 Nous interprétons les dispositions de l'article 4.11 de l'Accord SMC comme étant des règles spéciales ou additionnelles. Conformément au raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Ciment*⁵⁶, nous devons interpréter les dispositions du Mémoire d'accord et les règles spéciales ou additionnelles énoncées dans l'Accord SMC de façon à leur donner un sens à toutes, sauf s'il y a un conflit ou une différence. Nous reconnaissons que, dans la pratique, il puisse y avoir des situations où des contre-mesures équivalentes au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages seront appropriées, mais nous rappelons que le concept d'annulation ou de réduction des avantages est absent des articles 3 et 4 de l'Accord SMC. Dans ce cadre, il n'y a aucune obligation juridique qui exige que des contre-mesures revêtant la forme de la suspension de concessions ou d'autres obligations soient équivalentes au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.

3.58 Au contraire, exiger que des contre-mesures sous la forme de la suspension de concessions ou d'autres obligations soient équivalentes au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages irait à l'encontre du principe de l'effet utile en limitant sensiblement l'efficacité des contre-mesures dans le cas de subventions prohibées. En fait, comme le montre la présente affaire⁵⁷, il peut ne pas toujours être possible de prendre des contre-mesures autres que la suspension de concessions ou d'autres obligations en raison de leurs effets potentiels sur d'autres Membres. Tel serait le cas d'une contre-subvention accordée dans un secteur où des Membres autres que les parties se heurtent à la concurrence des produits des parties. En pareil cas, le Membre qui prend la contre-mesure peut ne pas être à même d'inciter au respect des recommandations et décisions.

3.59 Nous sommes conscients du fait que notre interprétation peut, à première vue, sembler entraîner un certain risque de manque de proportionnalité en cas de pluralité des plaignants. Toutefois, en pareil cas, l'arbitre pourrait répartir le montant des contre-mesures appropriées entre les plaignants proportionnellement à leur commerce du produit considéré. Il est fort probable que l'effet "d'incitation" serait très similaire.

3.60 Pour les raisons exposées ci-dessus, nous concluons que, s'agissant d'une subvention à l'exportation prohibée, un montant des contre-mesures qui correspond au montant total de la subvention est "approprié".⁵⁸

ii) *Implications en ce qui concerne le nombre de ventes d'aéronefs à prendre en compte dans le calcul des contre-mesures appropriées*

Traitement des ventes de certains types d'aéronefs

3.61 Dans ses communications, le Brésil a exclu un certain nombre de ventes au motif qu'elles ne donnaient pas lieu à des versements au titre du PROEX. Tel est le cas des ventes du xxx xxxxxxxx

⁵⁶ *Op. cit.*, paragraphe 65.

⁵⁷ Le Canada a dit qu'il aurait pu recourir à une contre-subvention mais qu'il s'en était abstenu pour plusieurs raisons.

⁵⁸ Les arbitres ont également examiné les arguments et éléments de preuve présentés par les parties en ce qui concerne l'approche fondée sur le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par le Canada. Ils relèvent que cette approche impliquait – comme n'importe quelle hypothèse – beaucoup plus de suppositions que l'approche fondée sur le montant de la subvention. Les arbitres ont été d'avis que, si le calcul de contre-mesures appropriées fondé sur le montant de la subvention était compatible avec l'article 4.10 de l'Accord SMC, il serait préférable de suivre cette approche car elle serait susceptible de conduire à un résultat plus objectif.

à xxxxxxxx et à xx xxxxxxx. Le Brésil a aussi exclu certaines ventes dans lesquelles la concurrence s'exerçait sur la base de facteurs autres que le prix (par exemple, le poids ou les frais de maintenance de l'aéronef, la capacité en sièges et la capacité de fret, et les certifications d'aéroport). Enfin, il a exclu les ventes des ERJ-135 au motif qu'ils ne font pas concurrence à l'aéronef à turbopropulseur produit par Bombardier.

3.62 Comme nous avons retenu le montant de la subvention comme base pour les contre-mesures et non le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par le Canada, il est approprié et logique d'inclure dans notre calcul toutes les ventes d'aéronefs subventionnés, qu'ils fassent ou non concurrence aux aéronefs produits par Bombardier. Toutefois, conformément à l'approche que nous avons adoptée en ce qui concerne la charge de la preuve, nous avons exclu toutes les ventes pour lesquelles le Brésil a démontré qu'aucun versement de péréquation des taux d'intérêt au titre du PROEX n'avait été effectué, et nous avons présumé que les ventes futures des xxx xxxxxxx et xxx ne bénéficieraient pas des versements de péréquation des taux d'intérêt au titre de ce programme.

Traitement des contrats antérieurs au 18 novembre 1999

3.63 Le Brésil a allégué que les livraisons d'aéronefs pour lesquelles les lettres d'engagement PROEX avaient été émises avant le 18 novembre 1999 devraient être exclues du calcul des contre-mesures appropriées, et que seules les ventes conclues après le délai de mise en œuvre de 90 jours devraient être prises en considération.

3.64 Nous notons que, dans le rapport qu'il a établi dans le cadre de la procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, l'Organe d'appel a formulé les constatations ci-après:

"[l'Organe d'appel] confirme la conclusion du Groupe spécial au titre de l'article 21:5 selon laquelle du fait de la poursuite de l'émission par le Brésil d'obligations NTN-I, après le 18 novembre 1999, en exécution de lettres d'engagement émises avant le 18 novembre 1999, le Brésil n'a pas mis en œuvre la recommandation de l'ORD visant à ce qu'il retire dans un délai de 90 jours les subventions à l'exportation au titre du PROEX prohibées".⁵⁹

3.65 Nous estimons donc qu'il nous faut inclure dans le calcul des contre-mesures appropriées les ventes fermes d'aéronefs pour lesquels les lettres d'engagements PROEX ont été émises avant le 18 novembre 1999 et qui n'avaient pas encore été livrés (étant donné que les obligations NTN-I sont émises au moment de la livraison de l'aéronef).⁶⁰ Nous ne considérons pas que les arguments fondés sur les obligations contractuelles du Brésil soient convaincants. Les obligations au regard du droit interne ne justifient pas le non-respect d'obligations internationales.⁶¹

4. Méthode appliquée par les arbitres

3.66 Nous relevons tout d'abord que les parties conviennent d'établir une distinction entre les ventes d'aéronefs antérieures au 18 novembre 1999 et les ventes postérieures à cette date, en relation

⁵⁹ *Op. cit.*, paragraphe 82 a).

⁶⁰ Cette précision est apportée en relation avec le fait que les arbitres se sont fondés sur les données concernant les livraisons communiquées par le Brésil et non sur des renseignements ayant expressément trait à l'émission des obligations NTN-I. Notre choix est conforme à la constatation factuelle formulée dans le rapport du Groupe spécial initial (*op. cit.*, paragraphe 7.71) et dans le rapport de l'Organe d'appel dans le cadre de la procédure initiale (*op. cit.*, paragraphe 154).

⁶¹ Voir l'article 27 de la Convention de Vienne:

"Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. [...]"

avec le pourcentage appliqué pour la péréquation des taux d'intérêt au titre du PROEX. Sur la base des considérations ci-dessus, nous avons décidé de calculer le montant approprié des contre-mesures en procédant de la manière suivante:

- a) Nous commençons par déterminer le prix de vente moyen des types d'aéronefs pour lesquels les ventes sont subventionnées. Nous tenons également compte du fait que les ventes de pièces détachées ont également fait l'objet de versements au titre du PROEX. Nous considérons que le financement PROEX pour les pièces détachées devrait être inclus dans notre calcul de la subvention.
- b) Nous établissons ensuite une projection de la production annuelle d'aéronefs par type pour la période 2000 à 2005 (six ans). Nous avons choisi cette période essentiellement parce qu'elle correspond à celle pendant laquelle les évaluations de la capacité de production d'Embraer sont censées être raisonnablement exactes. Nous relevons également, sur la base des renseignements dont nous disposons, que ce n'est pas avant 2005 qu'Embraer liquidera son arriéré de commandes pour les ventes antérieures au 18 novembre 1999 pour lesquelles les livraisons n'avaient pas eu lieu à cette date et pour les ventes conclues entre le 19 novembre 1999 et le 30 juin 2000 en ce qui concerne les ERJ-135.⁶²
- c) La prochaine étape consiste à calculer la valeur actuelle de la subvention par type d'aéronef en utilisant le prix de vente de chaque type, un taux de financement de xxx pour cent (pour un financement correspondant à xxx pour cent du prix), la péréquation des taux d'intérêt au titre du PROEX applicable (3,8 pour cent ou 2,5 pour cent du financement selon la vente ou le moment auquel elle a été conclue), la commission d'intermédiaire que nous avons considéré être représentative de ces types de transactions pour le Brésil, et un taux d'escompte égal au LIBOR.⁶³
- d) Enfin, pour chaque type d'aéronef nous multiplions le nombre total d'aéronefs vendus avec une péréquation des taux d'intérêt au titre du PROEX de 3,8 pour cent par la valeur actuelle de la subvention par type d'aéronef, et le nombre total d'aéronefs vendus avec une péréquation des taux d'intérêt de 2,5 pour cent par la valeur actuelle de la subvention par type d'aéronef. Le total est réparti sur six ans afin d'obtenir la valeur actuelle moyenne annuelle de la subvention pour chacun des types d'aéronefs subventionnés (ERJ-135 et ERJ-145). Le total correspond au niveau approprié des contre-mesures fondé sur les principes exposés plus haut.

C. CALCUL DU NIVEAU APPROPRIÉ DES CONTRE-MESURES

1. Prix unitaire moyen par type d'aéronef

a) Éléments de base

i) *Prix de vente*

3.67 Nous avons utilisé le prix de vente moyen des aéronefs de type ERJ-135 et ERJ-145. Pour les raisons susmentionnées, les ventes d'ERJ-170 et 190 ont été exclues. Il n'y a pas eu de ventes d'ERJ-140 parmi les transactions considérées. Le Brésil n'a pas été en mesure de communiquer aux arbitres des renseignements détaillés sur les prix pour chaque vente. En conséquence, ayant examiné les arguments des parties, nous utilisons les prix de vente moyens communiqués par le Canada pour

⁶² Voir ci-après le tableau 1 et les explications qui s'y rapportent.

⁶³ On entend par LIBOR le "taux offert entre banques à Londres".

chacun des types d'aéronefs considérés. Le Canada donne le prix de xxx millions de dollars EU pour l'ERJ-135 et de xxx millions de dollars EU pour l'ERJ-145.⁶⁴

ii) *Pièces détachées*

3.68 Le prix net du Canada pour chaque aéronef a été ajusté afin de tenir compte du financement des pièces détachées au titre du PROEX. Le Brésil estime à xxx millions de dollars EU la valeur totale des pièces détachées relevant du PROEX qui n'avaient pas encore été livrées au 18 novembre 1999.⁶⁵ Selon les éléments de preuve fournis par le Brésil⁶⁶, aucun financement pour les pièces détachées n'est prévu au titre du PROEX pour les ERJ-135. Le Canada n'a pas fourni de renseignements spécifiques contredisant cette déclaration. En conséquence, nous acceptons les éléments de preuve du Brésil selon lesquels le PROEX ne prévoit le financement des pièces détachées que pour le type ERJ-145. Nous acceptons également que le financement PROEX moyen escompté en ce qui concerne les pièces détachées pour le nombre total d'aéronefs de type ERJ-145 à livrer après le 18 novembre 1999 s'élève à xxx millions de dollars EU. Après le 18 novembre 1999, il n'y a pas eu de nouvelles demandes de financement de pièces détachées au titre du PROEX.

3.69 Nous avons relevé que les aéronefs de type ERJ-145 ne bénéficieront probablement pas tous du financement PROEX pour les pièces détachées, mais les éléments de preuve qui ont été présentés ne permettent pas de déterminer quelles sont les ventes qui en bénéficieront et celles qui n'en bénéficieront pas. En conséquence, afin de tenir compte du subventionnement résultant du fait que les pièces détachées n'avaient pas été livrées au 18 novembre 1999, nous avons choisi de diviser le montant de xxx millions de dollars EU par le nombre total d'aéronefs de type ERJ-145 à livrer entre 2000 et 2005 (c'est-à-dire 780 aéronefs). Nous obtenons un chiffre moyen approximatif de xxx dollars EU pour les pièces détachées par ERJ-145.

b) Résultats

3.70 Nous utilisons par conséquent le prix de vente du Canada pour les avions ERJ-135/145 et imputons la valeur totale du provisionnement des pièces détachées non livrées qui a bénéficié du soutien du PROEX sur le nombre total d'avions ERJ-145 à livrer entre 2000 et 2005. Ainsi qu'il est mentionné plus haut, aucun financement pour les pièces détachées n'est prévu pour les ERJ-135. En conséquence, pour les ERJ-145 seulement, nous ajoutons xxx dollars EU par avion pour les pièces détachées bénéficiant du PROEX.

3.71 Le prix unitaire moyen par type d'aéronef aux fins de notre calcul est donc le suivant:

- a) le prix moyen d'un ERJ-135 est de xxx millions de dollars EU;
- b) le prix moyen d'un ERJ-145 est de xxx millions de dollars EU (xxx millions de dollars EU plus xxx dollars EU pour le financement des pièces détachées au titre du PROEX).

3.72 Eu égard aux arguments des parties, nous avons estimé qu'il était approprié, aux fins du calcul des contre-mesures appropriées, de considérer que le financement externe ou bancaire sur la base

⁶⁴ Renseignements sur le prix de vente moyen des avions de type ERJ-135 et ERJ-145 tels que fournis dans le tableau 8 de l'annexe I de la communication écrite du Canada du 26 juin 2000. Dans sa réponse, à la page 23, à la question n° 9 des questions des arbitres datées du 17 juillet 2000, le Brésil "xxxxxxxx xxx xxxxxx xxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxx xxx xxxxxx xxxxxxxxxxx et accepte que les chiffres du Canada xxx xxx xxxxxxxxxx xxxxxxxxxx xxx xxxxxx xx xxxxxx x soient utilisés pour calculer le montant de la subvention PROEX".

⁶⁵ Réponse écrite du Brésil du 24 juillet 2000 à la question n° 18 des arbitres, pages 32 et 33.

⁶⁶ Déclaration de la Banque du Brésil figurant dans la pièce Br-A-33 du Brésil.

2. Projection de la production annuelle d'aéronefs par type

3.76 Dans la rubrique A du tableau 1, nous avons retenu la projection du Brésil concernant la production annuelle d'aéronefs par type pour la période 2000 à 2002⁶⁹ et l'évaluation du Canada pour la période 2003 à 2005.⁷⁰ Autrement, si l'on s'en tient aux chiffres de la production après 2002 donnés par le Brésil, il serait impossible d'exécuter les commandes d'aéronefs en attente dans n'importe quel laps de temps raisonnable. Étant donné la production à pleine capacité, nous escomptons que l'arriéré de commandes pour les ERJ-135 sera liquidé d'ici à 2005 et pour les ERJ-145 d'ici à 2004. En conséquence, le chiffre de la production totale à pleine capacité pour les aéronefs de type ERJ-135 et ERJ-145 pour la période 2000 à 2005 est de 1 118 aéronefs.

⁷⁰ Annexe I de la communication écrite du Canada du 26 juin 2000.

3.77 En ce qui concerne la ventilation de la production entre les ERJ-135 et les ERJ-145, nous relevons que le Brésil n'a pas été en mesure de fournir une ventilation détaillée.⁷¹ Le Canada a pris pour hypothèse des coefficients de pondération de 20 pour cent pour les ERJ-135, de 10 pour cent pour les ERJ-140 et de 70 pour cent pour les ERJ-145.⁷² Nous ne trouvons pas convaincants les éléments de preuve présentés à l'appui de cette ventilation de la production. En conséquence, nous avons décidé d'appliquer le ratio de 30/70^{ème} établi à partir de la structure de l'arrière de commandes existant pour les aéronefs de type ERJ-135 et ERJ-145, respectivement, en nous fondant sur les données communiquées par le Brésil.⁷³

3.78 Le nombre d'aéronefs bénéficiant du taux de péréquation de 3,8 pour cent ou de 2,5 pour cent appliqué au titre du PROEX est indiqué par type d'aéronef dans les rubriques B et C. Cette structure est fondée sur la communication du Brésil.⁷⁴ En outre, pour établir la projection concernant les livraisons d'aéronefs, nous avons présumé que les livraisons d'aéronefs bénéficiant de la péréquation de 3,8 pour cent des taux d'intérêt au titre du PROEX seront probablement les premières à être effectuées. En conséquence, pour les ERJ-135, le nombre total d'aéronefs à livrer entre 2000 et 2005 au taux de 3,8 pour cent est de xxx et le nombre total de ceux à livrer au taux de péréquation de 2,5 pour cent est de xxx. Pour les ERJ-145, le nombre total d'aéronefs à livrer entre 2000 et 2005 au taux de 3,8 pour cent est de xxx et il est de xxx au taux de 2,5 pour cent.

3.79 En ce qui concerne les rubriques B et C, le tableau 1 indique la transformation des options en commandes fermes pour les ERJ-135 et les ERJ-145. S'agissant des commandes antérieures au 18 novembre 1999 et de celles passées entre le 18 novembre 1999 et le 30 juin 2000, les options existantes sont censées être transformées en commandes fermes au taux de 85 pour cent. Le Canada a avancé un taux de transformation de 100 pour cent en raison de la forte demande. Il a également avancé un taux de transformation de 80 pour cent à mesure que le marché des aéronefs à réaction régionaux se développera.⁷⁵ Le Brésil a fourni des pièces prouvant l'annulation d'options et déclare que le taux de transformation ne sera pas supérieur à 84 pour cent.⁷⁶ Ayant examiné les éléments de preuve présentés par les parties, nous avons pris pour hypothèse une transformation des options en commandes fermes à un taux de 85 pour cent pour la période 2000 à 2005. Toutefois, cette hypothèse n'est valable que pour déterminer la proportion de transactions portant sur des aéronefs qui bénéficie du PROEX au taux de 3,8 pour cent et de celles qui en bénéficient au taux de 2,5 pour cent parce que, dans le contexte censé être celui d'une production à pleine capacité, le taux de transformation des options n'a pas d'incidence sur le nombre des livraisons.

⁷¹ Pièce Br-A-30 du Brésil, paragraphe 7.

⁷² Tableau 9 de la communication écrite du Canada du 26 juin 2000.

⁷³ Pièce Br-A-21 du Brésil.

⁷⁴ Pièce Br-A-15 du Brésil. Les arbitres ont présumé que le taux PROEX appliqué après le 18 novembre 1999 est de 2,5 pour cent.

⁷⁵ Annexe I, paragraphes 18 à 20, de la communication écrite du Canada.

⁷⁶ Déclaration orale du Brésil, 14 juillet 2000, paragraphe 60.

Tableau 1: Projection de la production annuelle d'aéronefs par type, 2000-2005

[illegible]

3. Calcul de la valeur actuelle de la subvention

a) Calcul de la valeur actuelle de la subvention

i) Tableaux pertinents

3.80 L'annexe du présent rapport contient, pour chaque type d'aéronef (ERJ-135 et ERJ-145), le calcul de la valeur actuelle de la subvention par aéronef et par taux de péréquation. Les résultats sont indiqués dans le tableau 2 ci-après. Ce calcul repose sur les paramètres suivants.

ii) Méthode de financement

3.81 Nous relevons que les parties ont fondé leurs calculs sur différentes formes de remboursement du prêt. Nous avons présumé que des intérêts étaient payés sur l'encours. Nous sommes convenus qu'il pourrait y avoir, en théorie, une possibilité d'appliquer une méthode de remboursement par annuités (c'est-à-dire par paiements égaux comprenant les versements et les intérêts, méthode qu'utilise le Canada). Toutefois, nous avons présumé que la méthode suggérée par le Brésil correspondait à la forme de remboursement effectivement pratiquée lorsqu'il y avait versement de péréquation des taux d'intérêt au titre du PROEX. En conséquence, nous avons appliqué dans nos calculs des paiements constants pour le remboursement du capital.

3.82 En outre, nous prenons pour hypothèse des paiements constants semestriels pour le remboursement du capital. Par conséquent, 30 versements sont effectués sur une période de 15 ans, conformément à la durée des obligations NTN-I utilisées par le Brésil pour financer les versements de péréquation des taux d'intérêt au titre du PROEX.⁷⁷ Ces paiements sont fondés sur un financement PROEX correspondant à xxx pour cent du prix de l'aéronef (voir la section C.1 ci-dessus relative aux prix des aéronefs).

iii) Taux de financement

3.83 Nous avons pris note de ce que la méthode proposée par le Canada utilisait un taux de financement de 7,79 pour cent. Toutefois, nous n'avons pas à prendre position sur l'exactitude de ce taux. En fait, le taux de financement n'a pas d'incidence sur le niveau de la subvention étant donné qu'il est exprimé en pourcentage de la fraction financée du prix de l'aéronef, qui ne dépend pas du niveau du taux d'intérêt. Nous nous abstenons donc de traiter cet aspect du financement.

iv) Commission d'intermédiaire

3.84 Le Canada a présumé que les banques commerciales participant au financement des ventes d'aéronefs dans le cadre des versements PROEX percevaient une commission d'intermédiaire inférieure à 1 pour cent. Par contre, le Brésil a allégué que les banques commerciales intervenant dans les versements PROEX touchent des commissions d'intermédiaire xxx. À l'appui de ses allégations, le Brésil a présenté des éléments de preuve indiquant les modalités de financement du PROEX sur une période de 15 ans pour des transactions spécifiques.⁷⁸

3.85 Même si les éléments de preuve présentés par le Brésil concernaient un nombre limité d'aéronefs, nous avons présumé qu'ils étaient suffisamment représentatifs parce qu'ils avaient trait à des transactions effectives. En conséquence, nous acceptons l'allégation du Brésil. Nous croyons comprendre que la commission d'intermédiaire correspondant à xxx pour cent de la valeur des

⁷⁷ Pour une description du fonctionnement du programme PROEX, voir le rapport du Groupe spécial initial, *op. cit.*, section II.

⁷⁸ Pièces Br-A-14, Br-A-22 et Br-A-30 du Brésil.

obligations NTN-I mentionnée dans les éléments de preuve présentés par le Brésil est censée tenir compte du "risque Brésil" inhérent au financement du PROEX sur une période de 15 ans. Bien que ce soit une commission d'intermédiaire élevée, nous acceptons de l'utiliser pour les raisons suivantes:

- a) la liquidité des obligations NTN-I est plus limitée que pour d'autres obligations d'État qui sont libellées en monnaies convertibles. C'est ce qui est démontré par le fait que, selon le Brésil, seules trois banques interviennent dans les versements au titre du PROEX;
- b) les obligations NTN-I sont payées en monnaie nationale et sont exposées à un risque de convertibilité; et
- c) le Brésil a donné deux exemples concrets concernant les xxx banques qui gèrent xxx pour cent des obligations utilisées pour le financement PROEX et qui démontrent que ces banques ont dans un passé récent perçu une commission d'intermédiaire correspondant à xxx pour cent ou plus de la valeur des obligations NTN-I.⁷⁹

3.86 Nous utilisons donc les chiffres donnés dans les éléments de preuve présentés par le Brésil qui spécifient qu'il est perçu une commission d'intermédiaire correspondant à xxx pour cent du versement de péréquation des taux d'intérêt (PROEX) pour les dix premières années et à xxx pour cent pour les cinq années restantes sur une période de financement totale de 15 ans. Au taux PROEX de 3,8 pour cent, une commission d'intermédiaire de xxx pour cent est équivalente à xxx point de pourcentage de 3,8 pour cent du financement pour les dix premières années et une commission d'intermédiaire de xxx pour cent est équivalente à xxx point de pourcentage pour les cinq années restantes (c'est-à-dire 3,8 pour cent x xxx pour cent = xxx point de pourcentage; 3,8 pour cent x xxx pour cent = xxx point de pourcentage). Au taux PROEX de 2,5 pour cent, une commission d'intermédiaire de xxx pour cent est équivalente à xxx point de pourcentage pour les dix premières années et une commission d'intermédiaire de xxx pour cent est équivalente à xxx point de pourcentage pour les cinq années restantes.

v) *Taux d'escompte*

3.87 Nous relevons que la méthode du Canada utilisait un taux d'escompte de 12 pour cent et une commission d'intermédiaire de 0,15 pour cent. Nous croyons comprendre que le Brésil a inclus la commission d'intermédiaire de xxx pour cent dans son calcul du taux d'escompte, dans le cadre de son allégation selon laquelle le montant total perçu par la banque est équivalent à un taux d'escompte de xxx pour cent. Par conséquent, le Brésil ajoute la commission d'intermédiaire de xxx pour cent au taux xxx de xxx pour cent pour arriver à ce qu'il allègue être équivalent à un taux d'escompte de xxx pour cent.⁸⁰ Ainsi qu'il est exposé plus haut, nous préférons calculer le facteur de risque spécifique comme faisant entièrement partie de la commission d'intermédiaire, étant donné que cela semble être la pratique suivie par les principales banques participant au financement PROEX.

⁷⁹ À la page 18 de sa communication écrite du 26 juin 2000, le Brésil fait référence à la lettre d'une banque dans laquelle celle-ci propose une commission d'intermédiaire de xxx pour cent. Le Brésil déclare ce qui suit:

"cette commission d'escompte représente xx xxxxxxxx xxxxxxxxxxxx xx xxx xxxxxxxx xxxxxx xxxxxxxx xx xxx xxxxxxxx xxxxxxxx xx xxxxxx xxxxx x xxxxxxxx xxxxxx et est conforme aux opérations commerciales normales au Brésil. xxxxx xxxxxx xx xxx xxxxxxx xxxxx xxxxxxxx xx xx xxxxxxxxxx xxxxxxxxxx xxxxx xx xxxxxxx. Le calcul de ce taux est indiqué dans les feuilles de calcul jointes en tant que pièce Br-A-13".

⁸⁰ Nos calculs montrent que ce taux d'escompte implicite est légèrement inférieur au taux de xxx pour cent utilisé par le Brésil. Il ressort de nos calculs que le taux se situe entre xxx et xxx pour cent, selon les hypothèses utilisées.

3.88 En conséquence, s'agissant du taux d'escompte, nous avons estimé qu'il était approprié d'utiliser pour les dollars EU un taux xxx de xxx pour cent, comme le suggérait le Brésil. Nous avons utilisé un taux xxx pour les dollars EU parce que les transactions s'effectuent en dollars EU. Nous n'avons pas utilisé un taux d'escompte plus élevé, comme celui que suggérait le Canada, parce que nous avons présumé que tous les facteurs de risque étaient entièrement pris en compte dans la commission d'intermédiaire, ainsi qu'il est expliqué plus haut.

vi) *Valeur actuelle de la subvention par type d'aéronef*

3.89 Ainsi qu'il est indiqué dans le tableau 2, nous définissons la subvention PROEX nette par aéronef comme étant nette de la commission d'intermédiaire (c'est-à-dire financement PROEX total déduction faite de la commission d'intermédiaire), ce qui, à notre avis, est conforme à la définition d'une subvention figurant à l'article premier de l'Accord SMC.⁸¹

3.90 Nous avons calculé la valeur actuelle de la subvention pour un ERJ-135 et un ERJ-145 avec un financement bénéficiant d'une péréquation de 3,8 pour cent des taux d'intérêt au titre du PROEX et avec un financement bénéficiant d'une péréquation de 2,5 pour cent des taux d'intérêt au titre de ce programme. En conséquence, la valeur actuelle d'un versement de péréquation des taux d'intérêt au titre du PROEX correspondant à 3,8 pour cent de xxx pour cent du prix de vente d'un ERJ-135 (xxx millions de dollars EU) est de xxx dollars, et avec un versement de péréquation correspondant à 2,5 pour cent elle est de xxx dollars. La valeur actuelle d'un versement de péréquation des taux d'intérêt au titre du PROEX correspondant à 3,8 pour cent de xxx pour cent du prix de vente d'un ERJ-145 (xxx millions de dollars EU) est de xxx dollars, et avec un versement de péréquation correspondant à 2,5 pour cent elle est de xxx dollars.

3.91 Les éléments ci-dessus sont indiqués dans le tableau 2 ci-après:

Tableau 2: Calcul de la valeur actuelle de la subvention: Remboursement par paiements constants (méthode utilisée par le Brésil)

	Prix de vente (dollars EU)	Taux PROEX (points de pourcentage)	Commission d'intermédiaire (%)	Taux de subventionnement PROEX net (après déduction de la commission d'intermédiaire) (points de pourcentage)	Valeur actuelle de la subvention par type d'aéronef (dollars EU)
ERJ-135	xxx	3,8	xxx/xxx	3,8-xxx = xxx	xxx
	xxx	2,5	xxx/xxx	2,5-xxx = xxx	xxx
ERJ-145	xxx	3,8	xxx/xxx	3,8-xxx = xxx	xxx
	xxx	2,5	xxx/xxx	2,5-xxx = xxx	xxx

b) *Calcul de la valeur actuelle totale de la subvention*

3.92 Sur la base des renseignements indiqués dans les tableaux 1 et 2 ci-dessus, la valeur actuelle moyenne de la subvention par aéronef est estimée en multipliant le nombre total d'aéronefs par type aux taux de 3,8 pour cent et 2,5 pour cent produits au cours de la période 2000 à 2005 (voir le tableau 1) par la subvention annuelle moyenne par type (voir le tableau 2). Le calcul est le suivant:

⁸¹ Voir également la Liste exemplative de subventions à l'exportation.

ERJ-135: xxx aéronefs @ 3,8% x xxx dollars EU = xxx dollars EU

PLUS:

xxx aéronefs @ 2,5% x xxx dollars EU = xxx dollars EU

ÉGALENT:

405 046 838 dollars EU

ERJ-145: xxx aéronefs @ 3,8% x xxx dollars EU = xxx dollars EU

PLUS:

xxx aéronefs @ 2,5% x xxx dollars EU = xxx dollars EU

ÉGALENT:

996 266 316 dollars EU

3.93 Le montant total de la subvention par année est ensuite calculé en ajoutant les chiffres ci-dessus pour le nombre total d'aéronefs de type ERJ-135 et ERJ-145, c'est-à-dire 405 046 838 dollars EU plus 996 266 316 dollars, ce qui donne un total de 1 401 313 154 dollars sur la période 2000 à 2005. Ce total est ensuite divisé par six (ce qui correspond à la période de six ans) pour déterminer la valeur actuelle moyenne de la subvention par année. Cette valeur moyenne en dollars EU est ensuite convertie en dollars canadiens. Pour cette opération, nous utilisons le taux de change le plus récent du dollar canadien par rapport au dollar EU.⁸² Nous appliquons donc un taux de 1,474 dollar canadien pour 1 dollar EU. Le résultat est donc le suivant: 233 552 192,3 dollars EU multipliés par 1,474 égalent 344 255 931,4502 dollars canadiens. Ce chiffre peut être arrondi à 344,2 millions de dollars canadiens.

IV. SENTENCE DES ARBITRES

4.1 Pour les raisons exposées ci-dessus, les arbitres décident que, dans l'affaire *Brésil - Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, la suspension par le Canada de l'application, à l'égard du Brésil, de concessions tarifaires ou d'autres obligations au titre du GATT de 1994, de l'Accord sur les textiles et les vêtements et de l'Accord sur les procédures de licences d'importation, portant sur des échanges d'un montant maximal de 344,2 millions de dollars canadiens par an, constituerait des contre-mesures appropriées au sens de l'article 4.10 de l'Accord SMC.

4.2 À cet égard, les arbitres demandent instamment au Canada de faire en sorte que, s'il décide de procéder à la suspension de certaines de ses obligations à l'égard du Brésil dont il est fait mention dans le document WT/DS46/16 autrement que par la surtaxe de 100 pour cent, cela se fasse d'une manière telle que le montant maximal des contre-mesures indiqué au paragraphe précédent soit respecté.

4.3 Enfin, les arbitres aimeraient 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. [...]"

ANNEXE

ERJ-135, financement PROEX au taux de 2,5 pour cent

Prix de l'aéronef		
Versement initial	Taux de péréquation PROEX	2,50%
Péréquation applicable	Commission d'intermédiaire, dix premières années	
Valeur du versement initial	Commission d'intermédiaire, cinq dernières années	
Financement total	Période de financement - années	15
Taux d'escompte	Palements semestriels	30

Année	Capital	Solde du principal	Total péréq.	Commission d'intermédiaire	Péréq. nette	Péréq./année	Valeur actuelle nette
1							
2							
3							
4							
5							
6							
7							
8							
9							
10							
11							
12							
13							
14							
15							
		Commission d'intermédiaire					
		Valeur nominale de péréq.					
		Valeur actuelle nette de péréq.					

⁸² Exchange Cross Rates, 18 août 2000, *Financial Times*, lundi 21 août 2000, page 22.

ERJ-135, financement PROEX au taux de 3,8 pour cent

Prix de l'aéronef	
Versement initial	Taux de péréquation PROEX 3,80%
Péréquation applicable	Commission d'intermédiaire, dix premières années
Valeur du versement initial	Commission d'intermédiaire, cinq dernières années
Financement total	Période de financement - années 15
Taux d'escompte	Paiements semestriels 30

Année	Capital	Solde du principal	Total péréq.	Commission d'intermédiaire	Péréq. nette	Péréq./année	Valeur actuelle nette
1							
2							
3							
4							
5							
6							
7							
8							
9							
10							
11							
12							
13							
14							
15							
		Commission d'intermédiaire					
		Valeur nominale de péréq.					
		Valeur actuelle nette de péréq.					

ERJ-145, financement PROEX au taux de 3,8 pour cent

Prix de l'aéronef	
Versement initial	Taux de péréquation PROEX 3,80%
Péréquation applicable	Commission d'intermédiaire, dix premières années
Valeur du versement initial	Commission d'intermédiaire, cinq dernières années
Financement total	Période de financement - années 15
Taux d'escompte	Palements semestriels 30

Année	Capital	Solde du principal	Total péréq.	Commission d'intermédiaire	Péréq. nette	Péréq./année	Valeur actuelle nette
1							
2							
3							
4							
5							
6							
7							
8							
9							
10							
11							
12							
13							
14							
15							
		Commission d'intermédiaire					
		Valeur nominale de péréq.					
		Valeur actuelle nette de péréq.					

ERJ-145, financement PROEX au taux de 2,5 pour cent

Prix de l'aéronef		
Versement initial	Taux de péréquation PROEX	2,50%
Péréquation applicable	Commission d'intermédiaire, dix premières années	
Valeur du versement initial	Commission d'intermédiaire, cinq dernières années	
Financement total	Période de financement - années	15
Taux d'escompte	Paiements semestriels	30

Année	Capital	Solde du principal	Total péréq.	Commission d'intermédiaire	Péréq. nette	Péréq./année	Valeur actuelle nette
1							
2							
3							
4							
5							
6							
7							
8							
9							
10							
11							
12							
13							
14							
15							
		Commission d'intermédiaire					
		Valeur nominale de péréq.					
		Valeur actuelle nette de péréq.					