

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS108/ARB
30 août 2002

(02-4605)

Original: anglais

ÉTATS-UNIS - TRAITEMENT FISCAL DES "SOCIÉTÉS DE VENTES À L'ÉTRANGER"

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

DÉCISION DE L'ARBITRE

La décision de l'arbitre sur l'affaire *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"* est distribuée à tous les Membres conformément aux dispositions du *Mémorandum d'accord*. Le rapport est mis en distribution non restreinte le 30 août 2002 en application des Procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/452).

Table des matières

I.	INTRODUCTION.....	1
A.	PROCÉDURES INITIALES	1
B.	DEMANDE D'ARBITRAGE ET CHOIX DE L'ARBITRE.....	1
II.	QUESTIONS PRÉLIMINAIRES	2
A.	MANDAT DE L'ARBITRE	2
B.	CHARGE DE LA PREUVE	4
C.	MESURE PERTINENTE ET DATE POUR LES CALCULS	5
III.	RÉSUMÉ DES PRINCIPAUX ARGUMENTS.....	7
IV.	APPROCHE ADOPTÉE PAR L'ARBITRE	7
V.	LA NOTION DE "CONTRE-MESURES APPROPRIÉES" AU SENS DE L'ARTICLE 4.10 DE L'ACCORD SMC	9
A.	TEXTE DE LA DISPOSITION.....	9
1.	"Contre-mesures"	10
2.	"Contre-mesures <i>appropriées</i> "	10
3.	Note de bas de page 9 de l'Accord SMC.....	12
B.	ANALYSE CONTEXTUELLE DE L'ARTICLE 4.10	15
1.	L'article 4.10 dans le contexte de l'Accord SMC.....	16
2.	Article 4.10 et article 22:4 du Mémorandum d'accord.....	19
C.	OBJET ET BUT.....	20
VI.	ÉVALUATION DES CONTRE-MESURES PROPOSÉES PAR LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES.....	22
A.	LES CONTRE-MESURES PROPOSÉES EN RELATION AVEC LA SUBVENTION PROHIBÉE	25
B.	LES EFFETS DE LA SUBVENTION SUR LE COMMERCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES.....	28
C.	REMARQUES FINALES.....	37
VII.	DEMANDE DES CE EN CE QUI CONCERNE LA VIOLATION DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994	37
VIII.	DÉCISION DE L'ARBITRE.....	38
	ANNEXE A - CALCUL DU MONTANT DE LA SUBVENTION.....	39
A.	ARGUMENTS DES PARTIES.....	39
1.	Calcul de la valeur non ajustée.....	39
2.	Ajustements à apporter au montant total estimé	42
B.	ÉVALUATION FAITE PAR LES ARBITRES	42
1.	Projection de la valeur de la subvention	42
2.	Ajustements à apporter à la subvention.....	43
	<u>Comptabilisation des services</u>	43
3.	Prise en compte de l'agriculture	43
a)	Introduction	43
b)	Produits visés par l'Accord sur l'agriculture	44
c)	Catégories types des branches de production des États-Unis	44
d)	Conclusion.....	45
4.	Recalcul de la valeur de la subvention	45
C.	CONCLUSION.....	45

I. INTRODUCTION

A. PROCÉDURES INITIALES

1.1 Le 20 mars 2000, l'Organe de règlement des différends (ORD) a adopté les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel concernant le présent différend. L'ORD a recommandé, en particulier, que les États-Unis mettent en conformité les mesures jugées incompatibles avec leurs obligations au titre de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC)* et de l'*Accord sur l'agriculture* et qu'ils retirent les subventions FSC "avec effet à compter au plus tard du 1^{er} octobre 2000".¹ Le 12 octobre 2000, l'ORD est convenu² d'accéder à une demande des États-Unis visant à ce qu'il modifie le délai établi dans le cadre du présent différend de façon qu'il arrive à expiration le 1^{er} novembre 2000.³ Le 15 novembre 2000, le Président des États-Unis a signé et donné ainsi force de loi à un texte du Congrès des États-Unis intitulé la "*Loi de 2000 portant abrogation des dispositions relatives aux FSC et régissant l'exclusion des revenus extraterritoriaux*"⁴ (la "Loi ETI"). Avec la promulgation de cette loi, les États-Unis considéraient qu'ils avaient mis en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD dans le différend et que cette loi était compatible avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC.⁵

1.2 Le 17 novembre 2000, les Communautés européennes ont eu recours à l'article 21:5 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "*Mémorandum d'accord*"), considérant que les États-Unis n'avaient pas retiré les subventions comme l'exigeait l'article 4.7 de l'*Accord SMC* et ne s'étaient donc pas conformés aux recommandations et décisions de l'ORD. Le Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 du *Mémorandum d'accord* (le "Groupe spécial de la mise en conformité") a constaté que la Loi ETI constituait une violation des obligations des États-Unis au titre de l'*Accord SMC*, de l'*Accord sur l'agriculture* et de l'article III:4 du *GATT de 1994*. L'Organe d'appel a confirmé ces conclusions. Les rapports du Groupe spécial de la mise en conformité et de l'Organe d'appel ont été adoptés par l'ORD le 29 janvier 2002.

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

1.3 Le 2 octobre 2000, les parties ont informé l'ORD du *Mémorandum d'accord* concernant des "Procédures convenues au titre des articles 21 et 22 du *Mémorandum d'accord* sur le règlement des différends (*Mémorandum d'accord*) et de l'article 4 de l'*Accord SMC* applicables dans le suivi du différend *États-Unis - Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*", conclu entre les parties le 29 septembre 2000.⁶ Les procédures convenues dans ce mémorandum d'accord prévoyaient que, si les Communautés européennes considéraient que la situation décrite à l'article 21:5 du *Mémorandum d'accord* existait et engageaient des consultations au titre de cette disposition, elles pourraient demander l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément à l'article 22:2 du *Mémorandum d'accord* et d'adopter des contre-mesures conformément à l'article 4.10 de l'*Accord SMC*.⁷ Il était également convenu que, "[c]onformément à l'article 22:6 du *Mémorandum d'accord*, y compris à l'article 4.11 de l'*Accord SMC* [(sic)]", les États-Unis contesteraient le caractère approprié des contre-mesures et/ou le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations

¹ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis - Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"* ("*États-Unis - FSC*") WT/DS108/R, adopté le 20 mars 2000 tel qu'il a été modifié par le rapport initial de l'Organe d'appel, WT/DS108/AB/R, paragraphe 8.8.

² Voir le compte rendu de la réunion de l'ORD tenue le 12 octobre 2000, WT/DSB/M/90, paragraphes 6 et 7.

³ WT/DS108/11, 2 octobre 2000.

⁴ Loi générale des États-Unis n° 106-519, 114 Stat. 2423 (2000), présentée comme pièce n° 5 des CE et pièce n° 1 des États-Unis dans la procédure du Groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5.

⁵ Compte rendu de la réunion de l'ORD tenue le 17 novembre 2000, WT/DSB/M/92, paragraphe 143.

⁶ Distribué sous couvert du document WT/DS108/12, 5 octobre 2000.

⁷ *Ibid.*, paragraphe 8.

et/ou formuleraient une allégation au titre de l'article 22:3 avant la date de la réunion de l'ORD à laquelle la demande des Communautés européennes serait examinée, et que la question serait soumise à arbitrage conformément à l'article 22:6 du *Mémoire d'accord*.⁸ Il était également convenu que dans le cas où les Communautés européennes demanderaient l'établissement d'un groupe spécial de la mise en conformité, les deux parties demanderaient à l'arbitre de suspendre ses travaux jusqu'à soit: a) l'adoption du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5, soit b) s'il y avait appel, l'adoption du rapport de l'Organe d'appel.⁹

1.4 Le 17 novembre 2000, les Communautés européennes ont demandé à l'ORD l'autorisation de prendre des contre-mesures appropriées et de suspendre des concessions conformément à l'article 4.10 de l'*Accord SMC* et à l'article 22:2 du *Mémoire d'accord* pour un montant de 4 043 millions de dollars EU par an. Le 27 novembre 2000, les États-Unis ont contesté le caractère approprié des contre-mesures proposées par les Communautés européennes et le niveau de la suspension de concessions proposée par les Communautés européennes et ont demandé que, "comme le prévoit l'article 22:6 du *Mémoire d'accord* (et par conséquent l'article 4.11 de l'*Accord SMC*), "la question [soit] soumise à arbitrage"". ¹⁰

1.5 À la réunion de l'ORD du 28 novembre 2000, il a été convenu que la question soulevée par les États-Unis dans le document WT/DS108/15 serait soumise à arbitrage conformément à l'article 22:6 du *Mémoire d'accord* et à l'article 4.11 de l'*Accord SMC*.¹¹ Compte tenu de l'établissement d'un groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 et conformément aux Procédures convenues entre les Communautés européennes et les États-Unis, les Communautés européennes et les États-Unis ont demandé à l'arbitre de suspendre la procédure d'arbitrage jusqu'à l'adoption du rapport du Groupe spécial ou, s'il y avait appel, jusqu'à l'adoption du rapport de l'Organe d'appel.¹²

1.6 Les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel au titre de l'article 21:5 du *Mémoire d'accord* ont été adoptés par l'ORD le 29 janvier 2002 et, conformément au *Mémoire d'accord* entre les parties mentionné au paragraphe 1.3 plus haut, l'arbitre a alors repris ses travaux.

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

Président: M. Crawford Falconer

Membres: M. Didier Chambovey
M. Seung Wha Chang.

II. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

A. MANDAT DE L'ARBITRE

2.1 Les États-Unis ont engagé la présente procédure conformément à l'article 22:6 du *Mémoire d'accord* et à l'article 4.11 de l'*Accord SMC*. La partie pertinente de l'article 22:6 du *Mémoire d'accord* dispose ce qui suit:

"Lorsque la situation décrite au paragraphe 2 se produira, l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un

⁸ WT/DS108/12, paragraphe 10.

⁹ *Ibid.*, paragraphe 11.

¹⁰ Voir WT/DS108/15.

¹¹ Voir WT/DS108/17.

¹² Voir WT/DS108/18.

délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande. Toutefois, si le Membre concerné conteste le niveau de la suspension proposée, (...) la question sera soumise à arbitrage. (...)"

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

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

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

2.3 En ce qui concerne le montant, quel qu'il soit, de la suspension de concessions qui serait demandée en rapport avec une violation de l'article III:2 du *GATT de 1994* ou de l'*Accord sur l'agriculture*, notre mandat est défini par l'article 22:7 du *Mémorandum d'accord*, dont la partie pertinente dispose ce qui suit:

"L'arbitre, agissant en vertu du paragraphe 6, n'examinera pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre, mais déterminera si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages ..."

2.4 Les États-Unis font valoir à la fois que le montant de la suspension de concessions demandée par les Communautés européennes est incompatible avec l'article 4.10 de l'*Accord SMC* en ce sens que les contre-mesures proposées ne sont pas "appropriées" au sens de cette disposition, et que le niveau de la suspension de concessions demandée par les Communautés européennes est incompatible avec les dispositions de l'article 22:4 en ce sens qu'il n'est pas "équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages" subie par les Communautés européennes.

2.5 Les Communautés européennes ont précisé, au cours de la procédure, qu'elles fondaient leur demande d'autorisation de contre-mesures pour un montant de 4 043 millions de dollars EU à la fois sur l'*Accord SMC* et sur les dispositions du *Mémorandum d'accord*. Si nous devons décider que le montant approprié de la compensation au titre de l'article 4.11 de l'*Accord SMC* est inférieur au montant demandé, les Communautés européennes sont alors d'avis qu'il nous faudra examiner si un montant additionnel de suspension de concessions doit être accordé au titre de l'article 22:7 du *Mémorandum d'accord*, en particulier eu égard à la violation de l'article III:4 du *GATT de 1994*.¹³ En conséquence, nous décidons d'examiner tout d'abord si les contre-mesures proposées par les Communautés européennes sont appropriées au sens de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*. Puis, si nécessaire, nous examinerons si le niveau de la suspension de concessions demandée par les Communautés européennes est incompatible avec l'article 22:4 du *Mémorandum d'accord*.

2.6 Nous rappelons également les termes de l'article 30 de l'*Accord SMC*, qui précise que les dispositions du *Mémorandum d'accord* sont applicables aux procédures concernant des mesures visées par l'*Accord SMC*. L'article 22:6 du *Mémorandum d'accord* demeure donc pertinent pour les procédures d'arbitrage au titre de l'article 4.11 de l'*Accord SMC*, comme l'indique la référence

¹³ Réponse des CE à la question n° 2 de l'arbitre.

textuelle faite dans cette disposition à l'article 22:6 du *Mémorandum d'accord*. Toutefois, les règles et procédures spéciales ou additionnelles de l'*Accord SMC*, y compris l'article 4.10 et 4.11, prévaudraient dans la mesure où il y a une différence quelconque entre les deux séries de dispositions.¹⁴

2.7 Enfin, nous notons qu'il n'y a pas de différend quant au *type* de mesure proposé en l'espèce. Notre mandat au titre de l'article 4.11 de l'*Accord SMC* en ce qui concerne la violation de l'article 3 de cet accord consiste donc uniquement à déterminer si le *niveau* des contre-mesures proposées est approprié.

B. CHARGE DE LA PREUVE

2.8 Les deux parties conviennent qu'il incombe aux États-Unis, en tant que requérant en l'espèce, de prouver leurs affirmations selon lesquelles le niveau de la suspension de concessions demandée n'est pas une contre-mesure appropriée au sens de l'article 4.11 de l'*Accord SMC* et n'est pas équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages pour les Communautés européennes au sens de l'article 22:4 du *Mémorandum d'accord*.¹⁵

2.9 Les États-Unis contestent toutefois la description faite par les Communautés européennes des devoirs qu'ils ont dans la présente procédure, dans la mesure où elle laisse entendre qu'il incombe aux États-Unis de réfuter chaque affirmation factuelle formulée par les Communautés européennes.¹⁶

2.10 Nous rappelons que selon les principes généraux applicables à la charge de la preuve, tels qu'ils ont été énoncés par l'Organe d'appel, une partie alléguant qu'il y a eu violation d'une disposition de l'*Accord sur l'OMC* par un autre Membre doit soutenir et prouver son allégation.¹⁷ Nous jugeons ces principes également pertinents pour les procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du *Mémorandum d'accord* et de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*.¹⁸ Dans la présente procédure, nous convenons donc qu'il incombe aux États-Unis, qui ont contesté la compatibilité du montant de la suspension de concessions proposée par les Communautés européennes au titre des articles 4.10 de l'*Accord SMC* et 22:4 du *Mémorandum d'accord*, de prouver que le montant proposé n'est pas compatible avec ces dispositions.

2.11 Nous notons également, toutefois, qu'il appartient généralement à chaque partie affirmant un fait, que ce soit le demandeur ou le défendeur, d'en apporter la preuve.¹⁹ À cet égard, il appartient

¹⁴ Au sujet de la notion de "différence", voir le rapport de l'Organe d'appel *Guatemala - Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique ("Guatemala - Ciment I")*, WT/DS60/AB/R, adopté le 25 novembre 1998, paragraphes 65 et 66.

¹⁵ Première communication des CE, paragraphe 6 et première communication des États-Unis, paragraphe 27.

¹⁶ Première communication des États-Unis, paragraphe 27.

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde ("États-Unis - Chemises et blouses de laine")*, WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, RRD 1997:I, 331, page 346.

¹⁸ Pour une application antérieure de ces règles dans des procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du *Mémorandum d'accord*, voir la Décision des arbitres, *Communautés européennes - Mesures concernant les viandes et les produits carnés - Plainte initiale du Canada - Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends ("CE - Hormones (Canada) (Article 22:6 - CE)*, WT/DS48/ARB, 12 juillet 1998, paragraphes 8 et suivants. Pour une application dans le contexte de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*, voir la Décision des arbitres, *Brésil - Programme de financement des exportations pour les avions - 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, (Brésil - Avions, (Article 22:6 - Brésil))*, WT/DS46/ARB, 28 août 2000, paragraphes 2.8 et suivants.

¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis - Chemises et blouses de laine*, pages 15 et 16.

donc également aux Communautés européennes de fournir des éléments de preuve pour les faits qu'elles affirment. En outre, nous considérons que les deux parties ont généralement le devoir de coopérer à la procédure afin de nous aider à nous acquitter de notre mandat, par la fourniture de renseignements pertinents.²⁰

C. MESURE PERTINENTE ET DATE POUR LES CALCULS

2.12 Nous notons que le délai dans lequel les États-Unis auraient dû retirer la subvention FSC prohibée dans le cadre du présent différend prenait fin initialement le 1^{er} octobre 2000.²¹ Nous rappelons également que l'ORD a accédé à la demande des États-Unis visant à ce qu'il modifie le délai établi dans le cadre du présent différend de façon à ce qu'il arrive à expiration le 1^{er} novembre 2000.²² Nous notons en outre que les États-Unis ont promulgué la Loi ETI le 15 novembre 2000. C'est la Loi ETI qui a été examinée par le Groupe spécial de la mise en conformité et, en appel, par l'Organe d'appel au titre de l'article 21:5 du *Mémorandum d'accord*.

2.13 Les parties au présent différend conviennent que la Loi ETI, en tant que mesure de mise en œuvre jugée incompatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'*Accord sur l'OMC*, est la mesure pertinente à examiner. Nous convenons que ce devrait être la mesure pertinente à prendre en compte aux fins de notre examen.²³

2.14 Toutefois, en considérant la Loi ETI comme étant la mesure pertinente, nous devons aborder deux grandes questions:

- a) La première est celle de la date à laquelle nous devrions évaluer le caractère approprié des contre-mesures proposées par les Communautés européennes. Nous notons que les États-Unis étaient tenus de retirer la subvention pour le 1^{er} novembre 2000 et que la Loi ETI a été promulguée le 15 novembre 2000. Nous rappelons également: i) que les Communautés européennes ont eu recours à l'article 4.10 de l'*Accord SMC* et à l'article 22:2 du *Mémorandum d'accord* le 17 novembre 2000²⁴; ii) que l'ORD est convenu que la question serait soumise à arbitrage sur la base de la demande des États-Unis conformément à l'article 22:6 du *Mémorandum d'accord* et à l'article 4.11 de l'*Accord SMC* le 28 novembre 2000; et iii) que le présent arbitrage a été *suspendu* le 21 décembre 2000, en attendant la fin de la procédure engagée au titre de l'article 21:5 du *Mémorandum d'accord*.

Nous rappelons que dans de précédents arbitrages, les arbitres se sont référés à la date à laquelle la période de mise en œuvre venait à expiration, comme étant la date à laquelle évaluer si les suspensions de concessions ou d'autres obligations proposées

²⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils ("Canada - Aéronefs")*, WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999, paragraphe 190.

²¹ WT/DS108/11.

²² *Ibid.*

²³ Nous rappelons que, dans l'affaire *CE - Bananes III*, les arbitres ont considéré que le niveau de la suspension de concessions proposée devrait être évalué au regard de la mesure prise pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD, plutôt que de la mesure initiale. Voir WT/DS27/ARB, paragraphe 4.3: "Dans le différend initial *Bananes III*, les constatations d'annulation et de réduction d'avantages étaient fondées sur la conclusion que plusieurs éléments des mesures communautaires en cause étaient incompatibles avec les obligations souscrites par les CE dans le cadre de l'OMC. Par conséquent, toute évaluation du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages présuppose une évaluation de la compatibilité ou de l'incompatibilité avec les règles de l'OMC des mesures de mise en œuvre prises par les Communautés européennes, c'est-à-dire du régime révisé applicable aux bananes, au regard des constatations du Groupe spécial et de l'Organe d'appel concernant le régime antérieur."

²⁴ WT/DS108/13.

étaient équivalentes au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages ou constituaient des contre-mesures appropriées.²⁵ Étant donné que le présent arbitrage a été *suspendu* en attendant l'achèvement de la procédure au titre de l'article 21:5 du *Mémoire d'accord*, nous devrions donner au terme "suspension" tout son sens juridique et considérer que les contre-mesures proposées par les Communautés européennes devraient être évaluées à la date d'expiration de la période de mise en œuvre.²⁶

- b) Deuxièmement, nous devons tenir compte de certaines considérations dans notre évaluation des données dont nous sommes saisis, en particulier, de la mesure dans laquelle nous pouvons nous fier à des estimations concernant des chiffres économiques fondées sur le régime FSC antérieur à la Loi ETI. Nous avons examiné si nous devons ajuster ces chiffres pour tenir compte de l'entrée en vigueur et de l'application de la Loi ETI.²⁷ Nous avons tenu compte des facteurs suivants:
- i) Premièrement, nous notons que l'application effective de la Loi ETI a jusqu'à présent été limitée. La Loi ETI a été promulguée en novembre 2000 et, selon ses propres termes, dans le cas des FSC existant à la date du 30 septembre 2000, elle ne s'appliquait pas aux transactions ayant lieu avant le 1^{er} janvier 2002. En outre, pour les FSC existant à la date du 30 septembre 2000, les subventions FSC étaient maintenues pendant un an et, en ce qui concerne les FSC qui avaient conclu des contrats à long terme irrévocables avec des parties non liées avant le 30 septembre 2000, la Loi ETI ne modifiait pas le traitement fiscal de ces contrats pendant une période indéfinie. Certains aspects du régime FSC sont en fait "exemptés pour antériorité", dans certains cas indéfiniment.²⁸
 - ii) Deuxièmement, nous avons noté que les États-Unis avaient laissé entendre que les dispositions transitoires de la Loi ETI pouvaient être ignorées aux fins de l'estimation du montant de la subvention et de l'effet sur le commerce ou de l'incidence sur le commerce. Les deux parties sont convenues que le montant de l'avantage pour le contribuable était le même aussi bien sous le régime ETI que sous le régime FSC.²⁹
 - iii) Les États-Unis pensaient comme les Communautés européennes qu'un ajustement à la hausse du montant de la subvention devrait être effectué pour tenir compte des produits additionnels visés par la Loi ETI par rapport au régime FSC initial.³⁰

²⁵ Décision de l'arbitre, *CE - Hormones*, WT/DS48/ARB, paragraphes 38 à 42 et Décision de l'arbitre, *Brésil - Aéronefs*, WT/DS46/ARB, paragraphe 3.66.

²⁶ Nous notons que dans l'affaire *Brésil - Aéronefs*, l'arbitre a fondé ses calculs sur le nombre de livraisons et de ventes qui avaient eu lieu entre la fin de la période de mise en œuvre et la période la plus récente pour laquelle des chiffres étaient disponibles (18 novembre 1999-30 juin 2000). Toutefois, cette solution était fondée sur les circonstances particulières de l'affaire, dans laquelle le montant de la subvention accordée était spécifiquement lié à la livraison d'aéronefs après la fin du délai raisonnable.

²⁷ Voir l'annexe 1, "Passage à la Loi ETI".

²⁸ Nous rappelons, en particulier, que les dispositions de la Loi ETI "exemptant pour antériorité" les subventions FSC faisaient partie de la question examinée au cours de la procédure du Groupe spécial de la mise en conformité.

²⁹ Réponses des CE à des questions additionnelles de l'arbitre, paragraphe 4 et réponses des États-Unis à des questions additionnelles, paragraphe 2.

³⁰ Deuxième communication des États-Unis.

2.15 Nous avons donc décidé d'évaluer la suspension de concessions proposée au moment où les États-Unis auraient dû retirer la subvention prohibée en cause, en 2000. Nous jugeons pertinent, au vu de la nature des contre-mesures proposées par les Communautés européennes, de calculer les contre-mesures appropriées sur une base annuelle. Nous avons ainsi décidé d'inclure la totalité de l'année 2000 dans notre évaluation, compte tenu d'un ajustement pour le passage à la Loi ETI.

III. RÉSUMÉ DES PRINCIPAUX ARGUMENTS

3.1 Les **États-Unis** ont fait valoir que le montant des contre-mesures proposées par les Communautés européennes n'était pas approprié parce qu'il était disproportionné à l'incidence sur le commerce des Communautés européennes de la mesure incompatible.³¹ Selon leur interprétation, l'article 4.10 de l'*Accord SMC* impose que les contre-mesures ne soient pas disproportionnées à l'incidence sur le commerce du Membre plaignant de la mesure constitutive d'une violation.³² Les États-Unis considèrent aussi que, dans la présente affaire, le montant de la subvention peut et devrait être utilisé comme une "variable représentative" de l'incidence de la mesure sur le commerce.³³ Ils ont estimé la valeur totale de la subvention à 4 125 millions de dollars EU pour l'année 2000³⁴ et ont suggéré que, compte tenu de la part de ce montant correspondant aux Communautés européennes, des contre-mesures d'un montant maximal de 1 110 millions de dollars EU seraient appropriées.³⁵ Ils ont en outre invité les arbitres à s'abstenir d'utiliser la modélisation économique dans les circonstances propres à l'affaire, en raison des diverses incertitudes des mesures et des divers résultats "raisonnables" possibles de la modélisation économique. Cependant, en réponse à des questions, les États-Unis ont aussi indiqué que, si nous devons avoir recours à la modélisation économique, il faudrait tenir compte de certaines considérations.

3.2 Les **Communautés européennes** ont fait valoir que le montant des contre-mesures qu'elles avaient proposées correspondait à la valeur de la subvention, et qu'il était "approprié" au sens de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*. De l'avis des Communautés européennes, l'article 4.10 de l'*Accord SMC* fixe un point de repère unique pour les contre-mesures prises en réponse aux violations d'une disposition particulière de l'*Accord SMC* - à savoir l'article 3.³⁶ Selon les Communautés européennes, l'article 4.10 de l'*Accord SMC* autorise des contre-mesures qui inciteront au respect des recommandations et décisions et, dans le cas présent, des contre-mesures d'un montant correspondant à la valeur de la subvention à retirer sont appropriées, même si elles procèdent d'une approche prudente.

IV. APPROCHE ADOPTÉE PAR L'ARBITRE

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

"Dans le cas où il ne sera pas donné suite à la recommandation de l'ORD dans le délai spécifié par le groupe spécial, qui courra à compter de la date à laquelle le rapport du groupe spécial ou le rapport de l'Organe d'appel aura été adopté, l'ORD accordera au

³¹ Première communication des États-Unis, paragraphe 15.

³² Première communication des États-Unis, paragraphes 16 à 57.

³³ Première communication des États-Unis, paragraphe 62.

³⁴ Pièce n° 17 des États-Unis.

³⁵ Deuxième communication des États-Unis, paragraphe 4. Dans leur première communication, les États-Unis avaient d'abord estimé à un montant inférieur la valeur réelle de la subvention, mais ils ont réévalué ce montant par la suite pour tenir compte de certains arguments des CE concernant les éléments à prendre en compte pour le calcul. Le montant cité ici correspond au chiffre indiqué par les États-Unis pour le montant de la subvention, ajusté pour tenir compte du champ d'application de celle-ci et du passage à la Loi ETI. On trouvera une analyse plus détaillée des facteurs et chiffres pertinents à l'annexe 1.

³⁶ Deuxième communication des CE, paragraphe 22.

Membre plaignant l'autorisation de prendre des contre-mesures appropriées⁹, à moins que l'ORD ne décide par consensus de rejeter la demande."

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

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

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

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

4.3 Ces deux dispositions sont complémentaires: le mandat de l'arbitre en ce qui concerne les contre-mesures prises en vertu de l'article 4 de l'*Accord SMC* en réponse à des subventions prohibées, est défini de manière tout à fait logique par référence à la notion contenue dans la disposition de base figurant à l'article 4.10. L'expression "contre-mesures appropriées" définit les mesures qui peuvent être autorisées en cas de non-respect, et notre mandat nous impose d'examiner si, en proposant certaines mesures à prendre en application de cette disposition, le Membre ayant eu gain de cause s'est conformé aux paramètres de ce qui est admissible en vertu de cette disposition.

4.4 Ce faisant, nous devons nous attacher à déterminer si, dans ce cas particulier, les contre-mesures proposées par les Communautés européennes sont "appropriées".

4.5 Nous rappelons à cet égard que les Communautés européennes ont proposé des contre-mesures d'un certain montant et ont expliqué les raisons de cette proposition. Les États-Unis, comme nous venons de le voir, contestent ce montant, qu'ils jugent disproportionné à l'incidence de la mesure constitutive d'une violation sur le commerce des Communautés européennes. L'argument des États-Unis, nous semble-t-il, est double dans son essence. Les États-Unis semblent soutenir que le critère fondamental à appliquer pour évaluer si les contre-mesures sont appropriées ou non est un critère concernant les "effets défavorables" et que, en outre, cette évaluation doit être faite d'une manière globalement comparable à celle qui serait réalisée dans une affaire d'annulation ou de réduction des avantages au titre de l'article 22:4 du *Mémoire d'accord*. Cela revient à développer un argument à deux volets selon lequel: a) le droit des Communautés européennes de réagir à la subvention illicite se limite à l'effet de cette subvention sur leur commerce et b) le mode de calcul est comparable, même s'il n'est pas d'une précision identique, à une évaluation au titre de l'article 22:4 du *Mémoire d'accord*.

4.6 Pour examiner la contestation émise par les États-Unis, nous devons donc commencer par nous demander si, en effet, comme les États-Unis le soutiennent, les contre-mesures prévues à l'article 4.10 doivent être proportionnées, ou du moins ne doivent pas être disproportionnées, à l'incidence de la mesure constitutive d'une violation sur le commerce du Membre plaignant. Nous serons alors en mesure d'évaluer, à la lumière de notre conclusion sur ce point, si, dans les circonstances propres à l'affaire, les contre-mesures proposées sont "appropriées" ou non.

4.7 Nous examinerons d'abord l'expression "contre-mesures appropriées" figurant à l'article 4.10 et 4.11 de l'*Accord SMC*. À cet égard, nous relevons que le champ d'application de l'article 3:2 du *Mémoire d'accord* n'est pas limité aux procédures de groupe spécial et de l'Organe d'appel. En conséquence, pour évaluer la question dont nous sommes saisis, nous devons clarifier les dispositions

pertinentes, dans la mesure nécessaire, conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Ces règles sont consignées dans les articles 31, 32 et 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ("Convention de Vienne"). Nous rappelons en particulier que l'article 31.1 exige qu'un traité soit:

"interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but".³⁷

4.8 Nous examinerons donc les termes de l'article 4.10 de l'*Accord SMC* conformément à ces règles.

V. LA NOTION DE "CONTRE-MESURES APPROPRIÉES" AU SENS DE L'ARTICLE 4.10 DE L'ACCORD SMC

5.1 Pour évaluer la validité de la thèse des États-Unis selon laquelle les contre-mesures au titre de l'article 4.10 de l'*Accord SMC* ne devraient pas être disproportionnées à l'incidence de la mesure sur le commerce du Membre plaignant, en l'espèce les Communautés européennes, nous jugeons utile d'examiner tout d'abord les termes de l'article 4.10 en eux-mêmes.³⁸ Cette analyse textuelle initiale éclairera le reste de notre analyse, où nous aborderons le détail de l'interprétation des États-Unis et, d'une manière plus générale, la façon dont nous comprenons l'expression "contre-mesures appropriées" figurant à l'article 4.10 de l'*Accord SMC*, prise dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but.

A. TEXTE DE LA DISPOSITION

5.2 Nous rappelons à nouveau que l'article 4.10 de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit:

³⁷ Le texte intégral de l'article 31 de la Convention de Vienne est le suivant:

Article 31

Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:

- a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;
- b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:

- a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
- b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
- c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

³⁸ L'analyse que nous faisons, dans cette section, des termes "contre-mesures appropriées" figurant à l'article 4.10 de l'*Accord SMC* (tels qu'ils sont éclairés par la note de bas de page 9), devrait être comprise comme s'appliquant également aux mêmes termes figurant à l'article 4.11 (tel qu'ils sont éclairés par la note de bas de page 10).

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

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

5.3 Cette disposition prévoit donc l'autorisation de "contre-mesures appropriées". Nous allons examiner ces termes l'un après l'autre.

1. "Contre-mesures"

5.4 Les définitions de "countermeasure" (contre-mesure) données par le dictionnaire laissent entendre qu'une contre-mesure est essentiellement définie par référence à l'action illicite à laquelle elle est censée répondre. Le New Oxford Dictionary définit "countermeasure" (contre-mesure) comme signifiant "an action taken to counteract a danger, threat, etc"³⁹ (une action menée pour contrer un danger, une menace, etc.). Le sens de "counteract" (contrer/contrebalancer) est "hinder or defeat by contrary action; neutralize the action or effect of"⁴⁰ (empêcher ou déjouer par une action contraire; neutraliser l'action ou l'effet de). De même, le terme "counter" (contre) utilisé comme préfixe est défini, entre autres choses, comme signifiant: "opposing, retaliatory"⁴¹ (exprimant l'opposition, la rétorsion). Le sens ordinaire du terme laisse donc entendre qu'une contre-mesure a une relation avec l'action qui doit être contrée, ou avec ses effets (cf. "empêcher ou déjouer par une action contraire; neutraliser l'action ou l'effet de"⁴²).

5.5 Dans le contexte de l'article 4 de l'*Accord SMC*, le terme "contre-mesures" est utilisé pour définir des mesures temporaires qu'un Membre ayant eu gain de cause peut être autorisé à prendre en réponse à une violation persistante de l'article 3 de l'*Accord SMC*, en attendant que les recommandations de l'ORD soient pleinement respectées. Cette utilisation du terme est conforme à son sens ordinaire selon le dictionnaire, tel qu'il est exposé ci-dessus: ces mesures sont autorisées pour contrer, dans ce contexte, une action illicite ayant la forme d'une subvention à l'exportation qui est prohibée en soi, ou en contrebalancer les effets.

5.6 Il serait compatible avec une interprétation du sens courant du concept de contre-mesure de dire qu'elle peut être destinée soit à contrer la mesure en cause (en l'espèce, à neutraliser effectivement la subvention à l'exportation), soit à contrebalancer ses effets sur la partie concernée, soit les deux.

5.7 Nous devons, toutefois, élargir notre analyse textuelle afin de voir si nous pouvons trouver davantage de précisions sur la façon dont les contre-mesures dans ce contexte doivent être interprétées. Nous allons donc examiner l'expression "contre-mesures appropriées" en vue de clarifier le niveau de contre-mesures qui peut légitimement être autorisé.

2. "Contre-mesures appropriées"

5.8 Le terme "appropriées" accompagnant le mot contre-mesures à l'article 4.10 est éclairé par la note de bas de page 9, qui donne des indications sur la façon dont l'expression "contre-mesures

³⁹ The New Shorter Oxford English Dictionary (1993).

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Webster's New Encyclopaedic Dictionary (1994).

⁴² The New Shorter Oxford English Dictionary (1993).

appropriées" devrait être interprétée. Dans un souci de clarté, nous examinerons tout d'abord le terme "appropriées" puis les termes de la note de bas de page. Il est entendu toutefois que ces deux éléments font partie d'une seule et même évaluation et que le sens de l'expression "contre-mesures appropriées" devrait résulter d'un examen combiné de ces termes du texte à la lumière de la note de bas de page y relative.

5.9 Selon le dictionnaire, le sens ordinaire du terme "appropriate" (approprié) désigne quelque chose qui est "especially suitable or fitting"⁴³ (particulièrement indiqué ou convenable). Le terme "suitable" (indiqué), à son tour, peut être défini comme signifiant "fitted for or appropriate to a purpose, occasion ..." ⁴⁴ (convenant à ou approprié à un but, une occasion ...) ou "adapted to a use or purpose"⁴⁵ (adapté à un usage ou un but). Le terme "fitting" (convenable) peut être défini comme signifiant "of a kind appropriate to the situation"⁴⁶ (d'un genre approprié à la situation).

5.10 En ce qui concerne le montant ou le niveau des contre-mesures, le terme "appropriées" ne définit pas d'avance en lui-même et à lui seul, et le fait encore moins d'une quelconque manière mathématiquement exacte, les conditions précises et exhaustives de l'application des contre-mesures. Ce qui est, en soi, certainement significatif. Il n'y aurait eu aucune raison *a priori* pour laquelle une certaine approche définie et/ou fondée sur une formule n'aurait pas pu être fixée à l'avance pour l'application des contre-mesures. Les termes de l'*Accord SMC* sur ce point évitent manifestement toute approche de ce genre. Mais les dispositions effectivement utilisées ne perdent rien de leur sens ni ne voient leur statut juridique abaissé de ce fait. Il peut encore moins y avoir une sorte de présomption inhérente qu'elles doivent être triturées pour cadrer avec une sorte de lit de Procruste aux proportions d'une formule lorsque celle-ci manifestement n'est pas présente dans le texte lui-même.

5.11 Après tout, il n'est guère contestable que les situations ne peuvent pas toutes être imaginées à l'avance. Mais même si l'on estime que, en conséquence, il ne peut pas y avoir de manuel qui offre une ligne de conduite précise pour une situation donnée, cela ne signifie pas que l'on est complètement privé d'indications ou, selon le cas, qu'il n'y a pas de limites fixées à l'action admissible. C'est assez clairement la situation qui nous occupe ici, dans laquelle un Membre pourrait se trouver en train de recourir à des contre-mesures. Les dispositions pertinentes ne visent pas à établir une formule précise ou un point de repère quantifié d'une autre manière ou un montant de contre-mesures qui pourrait être légitimement autorisé dans chaque cas. Au lieu de cela, c'est la notion de "caractère approprié" qui est utilisée.

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

5.13 Nous aimerions souligner que l'adjectif "appropriées" n'indique pas clairement, en lui-même et à lui seul, si les "contre-mesures" en cause le deviennent du fait qu'elles sont destinées à neutraliser l'action illicite initiale, ses effets, ou les deux. Dans cette mesure, nous disons uniquement, à ce stade, que le critère autorise en principe diverses possibilités.

⁴³ Webster's New Encyclopaedic Dictionary (1994).

⁴⁴ The New Shorter Oxford English Dictionary (1993).

⁴⁵ Webster's New Encyclopaedic Dictionary (1994).

⁴⁶ Webster's New Encyclopaedic Dictionary (1994).

5.14 Nous devons donc examiner maintenant la note de bas de page 9 de l'*Accord SMC* pour voir si cela permet d'avoir d'autres éclaircissements sur cette question.

3. Note de bas de page 9 de l'*Accord SMC*

5.15 La note de bas de page 9 de l'*Accord SMC*, qui donne la seule indication expresse de ce que l'expression "contre-mesures appropriées" englobe, est ainsi libellée:

"Cette expression [contre-mesures appropriées] 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."

5.16 Cette note de bas de page clarifie effectivement davantage la façon dont le terme "appropriées" doit être interprété. Nous comprenons qu'elle signifie que des contre-mesures qui seraient "disproportionnées eu égard au fait que les subventions visées par ses dispositions sont prohibées" ne pourraient pas être considérées comme "appropriées" au sens de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*. Nous allons examiner ces termes de manière plus approfondie.

5.17 Le terme "disproportionate" (disproportionné) peut être défini comme signifiant "lacking proportion, poorly proportioned, out of proportion"⁴⁷ (manquant de proportion, mal proportionné, hors de proportion). Le terme "proportion" (proportion) signifie, entre autres choses, "comparative relation or ratio between things in size, quantity, numbers" (relation ou rapport de comparaison entre des choses en taille, quantité, nombre) ou "relation between things in nature. etc."⁴⁸ (relation entre des choses en nature). Le terme "disproportionné" semble donc indiquer une absence de relation appropriée ou juste entre deux éléments.

5.18 Sur la base du sens ordinaire des termes, le concept en question est assez bien compris dans la pratique de tous les jours. C'est une manière de décrire des relations en fonction des circonstances, où l'instrument de mesure est la perception à l'œil nu plutôt que l'examen au microscope. Il n'est pas censé impliquer une équation mathématiquement exacte mais suffisamment correcte pour respecter les proportions relatives en question afin qu'il n'y ait pas de déséquilibre ou d'inadéquation manifeste.⁴⁹ En bref, il y a une prescription imposant d'éviter une réponse qui soit disproportionnée au délit initial - de maintenir une relation adéquate lorsqu'il s'agit de contrer la mesure en cause afin que la réaction ne soit pas excessive eu égard à la situation à laquelle il doit y avoir une réponse. Mais cela n'exige pas une équivalence exacte - la relation à respecter est précisément celle de "proportion" plutôt que d'"équivalence".

5.19 Nous considérons donc que la note de bas de page 9 confirme en outre que, si la notion de "contre-mesures appropriées" est censée assurer une flexibilité suffisante en ce qui concerne la réponse à un cas particulier, il s'agit d'une flexibilité qui est clairement limitée. Ces limites sont fixées par la relation sur le plan du caractère approprié. Ce caractère approprié, quant à lui, implique d'éviter une disproportion entre les contre-mesures proposées et, à ce stade de notre analyse, soit la mesure effective constitutive d'une violation elle-même, soit ses effets sur le Membre concerné, soit les deux.

⁴⁷ *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993). volume I, page 700.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Voir, sur ce point, *l'Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 (France contre États-Unis d'Amérique)* (1978), *International Law Reports*, volume 54 (1979), (ci-après "*Arbitrage sur les services aériens*"): "D'une manière générale, on a fait observer que l'appréciation de la proportionnalité concrète des contre-mesures n'était pas simple et ne pouvait être réalisée que de manière approximative" (paragraphe 83, page 338).

5.20 Des indications un peu plus spécifiques sur ces éléments nous sont toutefois données dans la partie finale de la note de bas de page qui est ainsi libellée:

"... disproportionnées *eu égard au fait que les subventions visées par ces dispositions sont prohibées.*" (pas d'italique dans l'original)

5.21 L'utilisation de l'expression "eu égard au" prescrit que la partie finale de la note de bas de page soit une question devant être prise en considération à tous moments. Il semble raisonnable également de conclure qu'il ne s'agit pas d'une considération mineure ou insignifiante. Au contraire, il s'agit plutôt d'un élément qui doit marquer de son empreinte ou colorer l'ensemble de l'évaluation. C'est du moins la seule façon raisonnable d'interpréter l'idée de voir quelque chose "eu égard à" autre chose.

5.22 Tel que nous le lisons, le texte nous renvoie sans ambiguïté aux dispositions de la Partie II de l'*Accord SMC* et nous impose de faire en sorte que notre perspective concernant les contre-mesures soit imprégnée et colorée par la prise en considération de la nature et du statut juridique de la mesure fondamentale particulière à l'égard de laquelle les contre-mesures sont appliquées. En bref, cela prévoit que, lors de l'évaluation des contre-mesures au titre de l'article 4.10, il faut tenir compte du fait que la subvention à l'exportation en cause est prohibée et doit être retirée.

5.23 Cette importance accordée au caractère illégal des subventions à l'exportation incite, à notre avis, à examiner l'incidence que ce caractère illégal peut avoir, en lui-même. Nous notons à cet égard que le maintien de la mesure illégale par le Membre concerné - en violation de ses obligations - a, en lui-même, pour effet de perturber l'équilibre des droits et des obligations entre les parties, indépendamment de ce que pourraient être, en fait, les effets réels sur le commerce du plaignant. Nous rappelons, à cet égard, que la prohibition des subventions à l'exportation est une obligation en soi, qui n'est pas elle-même subordonnée à un critère des effets sur le commerce. Les Membres ont le droit de faire du commerce sans que d'autres Membres aient recours à des subventions à l'exportation. À notre avis, la deuxième partie de la note de bas de page prescrit que cela constitue en soi une considération qui s'impose lorsqu'il s'agit d'évaluer si les contre-mesures ne sont pas disproportionnées au sens de l'article 4.10. Une telle considération ne peut raisonnablement être interprétée que comme un facteur aggravant plutôt qu'un facteur atténuant, à prendre dûment en compte dans notre évaluation du point de savoir si les contre-mesures sont appropriées.⁵⁰ En fait, elle nous prescrit d'examiner le "caractère approprié" des contre-mesures au titre de l'article 4.10 dans cette perspective de contrer un acte illicite et de tenir compte de sa nature essentielle en tant que facteur de perturbation des droits et des obligations entre les Membres. Telle est, concluons-nous, la façon dont il nous est prescrit d'évaluer la question. Par comparaison, il ne nous est pas effectivement prescrit, par exemple, d'examiner les effets démontrés de la mesure sur le commerce du Membre plaignant.

5.24 Sur ce dernier point, nous voudrions simplement noter qu'il n'y a rien eu - et qu'il n'y a rien - dans le texte qui empêche un Membre d'appliquer des contre-mesures au sens de mesures qui visent à contrer le dommage, conçu de manière plus étroite, qu'il a subi par suite de l'acte illicite.⁵¹ Toutefois,

⁵⁰ Sur ce point, voir WT/DS46/ARB, paragraphe 3.51.

⁵¹ Nous voudrions simplement ajouter à ce sujet que, pour ce qui est de contrer tous effets démontrés, le critère d'appréciation est toujours celui du caractère approprié, au sens de ne pas être disproportionné, et nous entendons par là une appréciation qui n'exige pas l'exactitude mathématique de l'équivalence mais celle de la proportionnalité au sens de ne pas être manifestement excessif. Nous pensons que cela est compatible avec l'avis exprimé par l'arbitre dans l'affaire *Brésil - Aéronefs* (note de bas de page 55) selon lequel "il ne faudrait pas donner au terme "approprié" le même sens que "équivalent", mais ... il conviendrait de l'interpréter comme ménageant une plus grande latitude dans l'évaluation du niveau des contre-mesures visant des subventions prohibées".

ce que cette note de bas de page indique clairement c'est que le texte ne peut pas être interprété pour *restreindre* le critère du caractère approprié à l'élément consistant à contrer les effets dommageables sur une partie mais aussi, et surtout, que le droit à des contre-mesures doit être évalué compte tenu du statut juridique de l'acte illicite et de la façon dont le manquement à l'obligation en question a perturbé l'équilibre des droits et des obligations entre les Membres. C'est dans cette perspective qu'il faut apprécier si les contre-mesures sont disproportionnées.

5.25 Ayant examiné les termes exprès de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*, nous notons en conséquence, à ce stade de notre analyse, qu'ils ne semblent pas indiquer une quantité spécifique à respecter dans chaque cas au cours de la détermination d'un montant de contre-mesures qui peut être autorisé au titre de cette disposition. Au contraire, ils nous prescrivent d'examiner si les contre-mesures proposées ont une relation adéquate avec la situation qui doit être contrée, en nous donnant spécifiquement pour instruction de considérer que les subventions relevant de la Partie II de l'*Accord SMC* sont prohibées lorsque nous évaluons si les contre-mesures proposées sont disproportionnées.

5.26 Il convient également de noter que la formulation négative de la prescription figurant à la note de bas de page 9 est compatible avec un degré de latitude plus important que celui qu'aurait pu impliquer une prescription positive: la note de bas de page 9 précise que l'article 4.10 n'est pas censé autoriser des contre-mesures qui seraient "disproportionnées". Elle n'exige pas une stricte proportionnalité.⁵²

5.27 Compte tenu de ces observations, nous examinerons plus avant si, lorsque nous lisons ces termes dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but, cette approche interprétative est confirmée et si d'autres précisions peuvent être établies quant à la façon dont le "caractère approprié" des contre-mesures au titre de l'article 4.10 devrait être évalué.

⁵² Nous notons à cet égard l'avis du commentateur, Sir James Crawford, sur l'article pertinent du texte de la CDI sur la responsabilité de l'État, pris en compte dans une résolution adoptée le 12 décembre 2001 par l'Assemblée générale des Nations Unies (A/RES/56/83), qui exprime - mais uniquement en termes positifs - une condition de proportionnalité pour les contre-mesures:

"la formulation positive de la condition de proportionnalité est adoptée à l'article 51. Une formulation négative pourrait autoriser une trop grande latitude". (J. Crawford, *The ILC's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries 2002*, CUP, paragraphe 5 sur l'article 51).

L'article 51 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État (intitulé "*Proportionnalité*") est ainsi libellé:

"Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause." (pas d'italique dans l'original)

Nous notons également à cet égard que, si cette disposition se réfère expressément - contrairement à la note de bas de page 9 de l'*Accord SMC* - au dommage subi, elle exige également que la gravité de l'acte illicite et le droit en cause soient pris en compte. Cela a été compris comme impliquant un élément qualitatif pour l'évaluation, même dans les cas où le caractère proportionnel au dommage subi est en jeu. Nous notons l'avis exprimé par Sir James Crawford sur ce point dans son Commentaire des articles de la CDI:

"Comme il faut garantir que l'adoption de contre-mesures n'aboutisse pas à des résultats inéquitables, la proportionnalité doit être évaluée compte tenu non seulement de l'élément purement "quantitatif" du préjudice subi mais aussi compte tenu de facteurs "qualitatifs" comme l'importance de l'intérêt protégé par la règle violée et la gravité de la violation. L'article 51 lie la proportionnalité en premier lieu au préjudice subi mais "compte tenu" de deux autres critères: la gravité du fait internationalement illicite et les droits en cause. L'expression "les droits en cause" a un sens large, et vise non seulement les effets d'un fait illicite sur l'État lésé mais aussi les droits de l'État responsable. En outre, la situation d'autres États susceptibles d'être affectés peut aussi être prise en considération." (*Op.cit.*, paragraphe 6 du commentaire de l'article 51.)

B. ANALYSE CONTEXTUELLE DE L'ARTICLE 4.10

5.28 Nous allons donc examiner les termes de l'article 4.10 de l'*Accord SMC* pris dans leur contexte, afin d'établir plus précisément la façon dont la notion de "contre-mesures appropriées" devrait être comprise. À cet égard, nous aborderons les arguments des États-Unis concernant le rôle de l'incidence de la mesure sur le commerce pour évaluer si les contre-mesures sont appropriées au sens de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*.

5.29 De l'avis des États-Unis, les contre-mesures "appropriées" au sens de l'article 4.10 de l'*Accord SMC* ne doivent pas être disproportionnées à l'"incidence" de la mesure sur le "commerce" du Membre plaignant. Les États-Unis reconnaissent que le critère énoncé à l'article 4.10 - "pas ... disproportionnées" - n'est pas identique au critère énoncé à l'article 22:4 du *Mémoire d'accord* - l'équivalence -. Toutefois, à leur avis, le critère énoncé à l'article 4.10 de l'*Accord SMC* ne peut pas être appliqué comme s'il était cliniquement isolé du *Mémoire d'accord*, et d'une manière qui soit incompatible avec l'objet et le but du *Mémoire d'accord*. Les États-Unis font valoir en particulier qu'à la lumière de l'article 22:4 du *Mémoire d'accord* et des articles 7.9 et 9.4 de l'*Accord SMC*, il serait indéfendable d'interpréter l'article 4.10 de l'*Accord SMC* comme autorisant des contre-mesures qui soient disproportionnées à l'incidence sur le commerce du Membre plaignant.⁵³ De l'avis des États-Unis, le terme "contre-mesures" tel qu'il est utilisé dans l'*Accord SMC* n'a pas un sens spécial et ces contre-mesures n'ont pas pour unique objectif d'inciter au respect des recommandations et décisions. En fait, l'article 4 de l'*Accord SMC* devrait être interprété à la lumière des objectifs du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, y compris l'objectif consistant à maintenir un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres, comme il est prévu à l'article 3:3 du *Mémoire d'accord*. Une évaluation du caractère approprié des contre-mesures au titre de l'article 4.10 par référence à l'incidence de la mesure constitutive d'une violation sur le commerce du Membre plaignant est, de l'avis des États-Unis, la seule approche qui soit compatible avec l'objet et le but de l'article 4.10.⁵⁴

5.30 Pour commencer, nous rappelons que dans un premier temps, nous avons constaté non seulement que, par le biais de la note de bas de page 9, il existait un droit de tenir compte de la nature illégale de l'acte initial qui donnait lieu aux contre-mesures, mais aussi que c'était la perspective pour l'évaluation spécifiquement requise au titre de l'*Accord SMC*. Bien que nous ne considérions pas que les termes mêmes de l'article 4.10 empêchent de quelque manière que ce soit l'application de contre-mesures destinées à contrer les effets de l'acte illicite sur un Membre pour autant qu'elles satisfont par ailleurs aux conditions de l'*Accord SMC*, nous n'estimons pas que c'est là le critère d'évaluation nécessaire énoncé à l'article 4.10 de l'*Accord SMC*. Nous n'avons rien vu dans les termes mêmes de ce texte qui, à première vue, impose que l'expression "contre-mesures appropriées" soit *limitée* dans sa signification à "équivalence" ou correspondance (ou un synonyme quelconque) à l'"incidence sur le commerce" du Membre plaignant.⁵⁵

5.31 Nous devons donc aborder la question de savoir s'il y a par ailleurs, lorsqu'on lit la disposition dans son contexte, une quelconque prescription primordiale imposant d'évaluer le caractère approprié des contre-mesures au titre de l'article 4.10 dans la perspective des effets démontrés sur le commerce du Membre plaignant.

⁵³ Voir la première communication des États-Unis, paragraphes 32 et suivants.

⁵⁴ Voir la première communication des États-Unis, paragraphe 44.

⁵⁵ Les États-Unis reconnaissent que l'article 4.10 n'exige pas la stricte équivalence imposée au titre de l'article 22:4 du *Mémoire d'accord*. Néanmoins, ils interprètent le "caractère approprié" des contre-mesures au titre de l'article 4.10 comme étant fondamentalement un critère des "effets sur le commerce" comparable à celui qui est prévu à l'article 22:4. Voir les réponses des États-Unis aux questions de l'arbitre, paragraphes 4 et 5.

1. L'article 4.10 dans le contexte de l'Accord SMC

5.32 Le recours à des contre-mesures est prévu dans trois dispositions de l'Accord SMC: l'article 4.10, qui nous occupe ici, l'article 7.9 et l'article 9.⁵⁶ En ce qui concerne les subventions pouvant donner lieu à une action, l'article 7.9 prévoit l'autorisation de contre-mesures "proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée ...". Dans le même ordre d'idées, l'article 9.4 prévoit, s'agissant des subventions ne donnant pas lieu à une action, l'autorisation de contre-mesures "proportionnelles à la nature et au degré des effets dont l'existence aura été déterminée". La précision explicite de ces indications fait clairement ressortir l'absence de toute indication textuelle explicite analogue dans l'article 4.10, et contraste avec le critère plus large et plus général du "caractère approprié" que l'on trouve à l'article 4.10 et 4.11.

5.33 En bref, en ce qui concerne les subventions prohibées, il n'y a pas la moindre référence dans les voies de recours prévues à l'article 4 à des concepts tels que "effets sur le commerce", "effets défavorables" ou "incidence sur le commerce". En revanche, un concept de ce genre apparaît très clairement dans le contexte des voies de recours prévues à l'article 7, par le biais de la notion d'"effets défavorables".

5.34 Nous estimons qu'il faut donner un sens à cette différence et que nous devrions prendre dûment en considération le fait que les rédacteurs - qui, de toute évidence, auraient pu utiliser d'autres termes pour quantifier de manière précise le montant admissible des contre-mesures dans le contexte de l'article 4.10 - ont choisi de ne pas le faire. Nous n'avons pas à donner du texte du traité une lecture incluant des mots qui n'y sont pas.⁵⁷ Nous savons aussi que les termes qui figurent effectivement dans le texte du traité doivent être présumés avoir un sens et doivent être interprétés de manière à avoir un effet utile.⁵⁸ Nous devons donc tirer les conséquences de l'emploi du terme "appropriées" et nous devons donner tout son sens à l'expression utilisée à l'article 4.10.⁵⁹

5.35 On ne peut pas considérer qu'il y a là une simple différence de terminologie, abstraction faite de toute autre considération. Les subventions à l'exportation, après tout, ont bel et bien des "effets défavorables" sur les tiers. Systémiquement parlant, en tant que catégorie de subventions, elles ont plus intrinsèquement tendance à avoir de tels effets que n'importe quelle autre. Il n'y aurait donc pas eu de raison intrinsèque pour laquelle les rédacteurs n'auraient pas pu, en rapport avec les subventions à l'exportation, prévoir des disciplines du type prévu aux articles 5 et 7 en termes d'"effets défavorables", et prévoir des contre-mesures reposant sur le même concept que celui qui est appliqué par exemple dans l'article 7. Au contraire, il y aurait eu toutes les raisons de traiter cette catégorie de subventions de la même manière si l'intention directrice avait été d'appliquer un critère des "effets défavorables". Or, il a été décidé de ne pas le faire, ce qui, à notre avis, fait ressortir d'autant plus que cela est significatif et a une raison d'être. Autrement dit, la distinction ne peut pas être présumée arbitraire ou fortuite, et encore moins être en fait exclue par la lecture qui est donnée du texte dans sa totalité.

⁵⁶ Nous gardons à l'esprit les dispositions de l'article 31 de l'Accord SMC et le fait que les Membres n'ont entrepris aucune action pour prolonger l'application des dispositions des articles 8 et 9 de l'Accord concernant les subventions ne donnant pas lieu à une action au-delà du délai de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC. Ces dispositions peuvent néanmoins, à notre avis, aider à comprendre l'architecture globale de l'Accord en ce qui concerne les différents types de subventions qu'il visait et vise à régir.

⁵⁷ Voir par exemple les rapports de l'Organe d'appel dans les affaires *Inde - Restrictions quantitatives*, WT/DS90/AB/R, paragraphe 94, *CE - Hormones*, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, paragraphe 181 et *Inde - Brevets (États-Unis)*, WT/DS50/AB/R, paragraphe 45.

⁵⁸ Voir par exemple les rapports de l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis - Essence*, WT/DS2/AB/R, RDD 1996:I, 3, page 24 et *Corée - Produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, paragraphe 81.

⁵⁹ Voir plus haut les paragraphes 4.24 à 4.26.

5.36 Selon nous, la raison d'être n'est pas difficile à discerner. Ces libellés différents reflètent, à notre avis, la nature juridique et le traitement distincts dans le cadre de l'*Accord SMC* de divers types de subventions. La distinction fondamentale entre subventions pouvant donner lieu à une action et subventions prohibées qui est à la base de toute la structure et de toute la logique de l'*Accord SMC* trouve son expression de manière générale dans les différences existant dans les éléments définissant les obligations applicables et dans les différences de traitement prévues pour ces mesures en ce qui concerne les voies de recours permettant de les contester.⁶⁰

5.37 La distinction qui est faite dans la terminologie relative aux contre-mesures reflète elle-même la distinction correspondante qui est faite en ce qui concerne les disciplines de fond applicables aux subventions à l'exportation, c'est-à-dire une intention claire et dépourvue d'ambiguïté d'appliquer des disciplines différentes et plus rigoureuses lorsqu'il s'agit de subventions à l'exportation, à savoir une prohibition.

5.38 La raison d'être fondamentale de la distinction opérée est assez claire. Les dispositions concernant les voies de recours au titre des articles 5 et 7 se rapportent à des subventions qui, en elles-mêmes, sont considérées comme n'étant pas illégales. Mais, bien que ces subventions soient acceptables en elles-mêmes, les autres Membres ont néanmoins le droit d'être protégés des effets défavorables qu'elles peuvent avoir. En conséquence, ce qui fonde la possibilité d'engager une action concernant ces mesures, c'est l'effet défavorable qu'elles ont sur d'autres Membres.⁶¹ En cas d'allégation d'annulation ou de réduction d'avantages, cet effet défavorable est défini comme celui qui est "causé aux intérêts du Membre qui demande les consultations".⁶²

⁶⁰ En ce qui concerne les différences dans les éléments définissant les obligations applicables, nous rappelons que l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC* - qui contient les éléments définissant les subventions à l'exportation prohibées - dispose ce qui suit:

"3.1 Exception faite de ce qui est prévu dans l'*Accord sur l'agriculture*, les subventions définies à l'article premier dont la liste suit seront prohibées:

a) subventions subordonnées, en droit ou en fait⁴, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, aux résultats à l'exportation, y compris celles qui sont énumérées à titre d'exemple dans l'Annexe I⁵;"

(note de bas de page de l'original)⁴ Cette condition est remplie lorsque les faits démontrent que l'octroi d'une subvention, sans avoir été juridiquement subordonné aux résultats à l'exportation, est en fait lié aux exportations ou recettes d'exportation effectives ou prévues. Le simple fait qu'une subvention est accordée à des entreprises qui exportent ne sera pas pour cette seule raison considéré comme une subvention à l'exportation au sens de cette disposition.

⁶¹ Ainsi, on trouve en effet le concept d'"effet défavorable" dans l'*Accord SMC*, mais seulement en rapport avec des dispositions qui contrastent avec la prohibition des subventions à l'exportation visée à l'article 4. L'article 7 indique clairement que, lorsqu'un Membre considère que l'octroi ou le maintien d'une subvention a, pour conséquence, entre autres, d'annuler ou compromettre des avantages, les dispositions de cet article concernant les voies de recours s'appliquent. Il faut souligner qu'une constatation positive d'annulation et de réduction d'avantages est aussi, par définition, une constatation de l'existence d'"effets défavorables" (ce qui, en dernière analyse, découle de l'emploi de "c'est-à-dire" à l'article 5, qui montre clairement que l'annulation et la réduction d'avantages ne constituent qu'une catégorie du concept global d'"effets défavorables" dans le cadre de l'*Accord SMC*). Il convient aussi de relever que, en cas de constatation positive, la partie en cause peut soit "éliminer les effets défavorables de la subvention" (article 7.9), soit "retirer la subvention" (*ibid.*). Dans le cas où la partie à l'encontre de qui une constatation a été faite ne se met pas en conformité, le Membre plaignant a le droit de "prendre des contre-mesures proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée".

⁶² *Accord SMC*, article 7.2.

5.39 Cela est, bien entendu, très différent de la situation concernant les subventions à l'exportation. Nous voyons à l'article 4 de l'*Accord SMC* que le caractère prohibé des subventions subordonnées aux exportations a justifié des procédures de règlement des différends plus strictes (plus rapides)⁶³, et une obligation claire de les retirer *sans retard*.⁶⁴ Point plus important, elles sont prohibées en soi. Les autres Membres ne sont pas obligés de présenter des arguments concernant de quelconques effets défavorables pour contester avec succès ces mesures. Ils sont simplement tenus d'établir l'existence d'une mesure qui est, en principe, expressément prohibée. Sur le plan pratique, de telles mesures ont sans aucun doute des effets défavorables. Mais ce n'est pas le fondement juridique sur lequel peut être engagée une action pour les contester en vertu de l'*Accord SMC*.

5.40 Cela se retrouve tout au long des dispositions relatives aux voies de recours. Conformément aux dispositions pertinentes des articles 5 et 7, un Membre dont il est constaté qu'il a manqué à ses obligations – ayant accordé une subvention qui n'était pas prohibée mais qui a produit des effets défavorables démontrés sur un autre Membre – peut, soit retirer sa mesure, soit éliminer ces effets défavorables.⁶⁵ Ce qui est important pour ce qui nous occupe actuellement c'est que, en revanche, en vertu de l'article 4 relatif aux subventions à l'exportation prohibées il n'y a pas d'option permettant à une partie qui a manqué à ses obligations, d'éliminer simplement les effets défavorables et de maintenir la mesure. Lorsqu'il est constaté qu'un Membre a manqué à ses obligations, celui-ci doit retirer la mesure sans retard. Il y a là un contraste avec les voies de recours prévues à l'article 7 du même accord en ce qui concerne les subventions pouvant faire l'objet d'une action. Dans toutes les dispositions relatives aux subventions prohibées figurant dans la Partie II de l'*Accord SMC* les voies de recours prévues sont plus énergiques et plus rapides que celles qui sont prévues dans la Partie III de l'*Accord SMC* pour les subventions pouvant faire l'objet d'une action. Cette distinction n'est manifestement pas due simplement au hasard. Elle tient compte du statut juridique d'une prohibition: si la mesure est prohibée en soi, indépendamment de ses effets, la seule mesure corrective compatible est celle qui consiste à la retirer.⁶⁶

5.41 Cette lecture du texte dans son contexte nous confirme dans l'opinion que, plutôt qu'une quelconque obligation de restreindre les "contre-mesures appropriées" à la compensation des effets de la mesure sur le Membre concerné, il y a une raison d'être clairement exposée qui renforce notre interprétation textuelle selon laquelle le Membre concerné a le droit de prendre des contre-mesures conçues de façon à neutraliser la mesure en cause en tant que mesure constitutive d'un acte illicite. L'expression "contre-mesures appropriées", à notre avis, donnerait au Membre plaignant le droit de prendre des contre-mesures qui contrediraient au moins l'effet dommageable qu'a sur lui la mesure illégale qui persiste. Toutefois, elle n'impose pas que les effets sur le commerce soient le critère effectif au moyen duquel le caractère approprié des contre-mesures devrait être établi. Les dispositions pertinentes ne peuvent pas davantage être interprétées comme *limitant* l'évaluation à ce critère. Les Membres peuvent prendre des contre-mesures qui ne sont pas disproportionnées eu égard à la gravité de l'acte illicite initial et à l'objectif consistant à obtenir le retrait d'une subvention à l'exportation prohibée, de manière à rétablir l'équilibre des droits et des obligations qui a été perturbé par cet acte illicite.

⁶³ *Accord SMC*, article 4, y compris l'article 4.12.

⁶⁴ *Accord SMC*, article 4.7.

⁶⁵ On pourrait signaler en passant, que ces dispositions de l'*Accord SMC* ne prévoient pas de compensation en cas d'annulation et de réduction d'avantages, comme en prévoient l'article XXIII du GATT de 1994 et l'article 22 du *Mémoire d'accord*, encore que cela ne soit pas important pour ce qui nous occupe actuellement.

⁶⁶ Bien entendu, en toute logique, la suppression de la mesure engloberait certainement la suppression de l'effet. On pourrait souligner ici qu'il s'agit de supprimer *tous* les effets: l'effet pratique de la mesure corrective prévue à l'article 4 est manifestement d'éliminer une mesure dans son intégralité – y compris ses effets. Cela se distingue clairement de l'effet pratique des disciplines prévues aux articles 5 et 7, qui envisagent la possibilité d'appliquer une mesure corrective qui assurerait l'élimination de l'effet sur une partie plaignante en laissant toutefois subsister la possibilité d'effets sur d'autres parties.

5.42 En conclure autrement reviendrait en fait à estomper la distinction fondamentale existant dans l'*Accord SMC* entre les dispositions relatives aux mesures correctives purement "axées sur les effets" et celles qui sont prévues d'une manière distincte à l'article 4. Dans les premières dispositions, il est évident que l'idée est que le Membre gardera le droit de persister à appliquer certaines subventions, celles-ci n'étant pas prohibées en soi. L'obligation d'un tel Membre vise à atténuer leur *effet* démontré sur le commerce. En conséquence, la mesure corrective à laquelle un Membre lésé a droit vise seulement à contrer ces effets. Dans une telle situation, il y a un "rééquilibrage" effectif, mais un rééquilibrage seulement au niveau des effets réciproques réels sur le commerce. Dans un tel cas, le statut juridique de la mesure initiale n'est pas lui-même en cause.

5.43 Il en va différemment lorsqu'il s'agit d'une subvention à l'exportation prohibée. Insister pour qu'une mesure corrective soit limitée à ces effets serait précisément admettre un "rééquilibrage" à ce niveau, qui ne tiendrait pas spécifiquement compte de l'obligation de retirer la mesure initiale et qui ne viserait pas non plus à rétablir l'équilibre des droits et des obligations perturbé par l'action illicite initiale. Cela reviendrait en fait à donner une lecture qui écarte la distinction fondamentale entre les dispositions pertinentes, ainsi qu'à aller à l'encontre de la raison d'être essentielle de cette distinction. À notre avis, les notes de bas de page 9 et 10, dans leur partie finale, nous obligent spécifiquement à tenir compte de cette distinction et à lui donner plein effet dans notre détermination sur la question de savoir si les contre-mesures sont "appropriées".

2. Article 4.10 et article 22:4 du Mémorandum d'accord

5.44 Bien que les dispositions susmentionnées nous paraissent constituer le contexte le plus direct et le plus pertinent, nous examinons également si, compte tenu de l'article 22:4 du *Mémorandum d'accord*, il y a quoi que ce soit qui nous inciterait d'une manière quelconque à modifier notre interprétation. Nous le faisons en particulier en gardant à l'esprit le fait que les États-Unis considèrent que le *Mémorandum d'accord* est pertinent en ce qui concerne le rôle des effets sur le commerce dans le cadre de l'article 4.10.

5.45 Nous rappelons que l'article 22:4 du *Mémorandum d'accord* dispose ce qui suit:

"Le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages."

5.46 Les rédacteurs ont explicitement fixé un point de repère quantitatif en ce qui concerne le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations qui pourrait être autorisée. On retrouve une formulation analogue dans l'article 22:7 qui définit le mandat des arbitres dans une telle procédure comme suit:

"L'arbitre, agissant en vertu du paragraphe 6, ... déterminera si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages."
(note de bas de page omise)

5.47 Comme nous l'avons déjà relevé plus haut dans notre analyse du texte de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*, il n'y a en revanche dans cette disposition aucune indication de ce genre d'un point de repère quantitatif explicite. Il faudrait rappeler ici que l'article 4.10 et l'article 4.11 de l'*Accord SMC* sont des "règles ... spéciales ou additionnelles" au sens de l'Appendice 2 du *Mémorandum d'accord* et que, conformément à l'article 1:2 du *Mémorandum d'accord*, il est possible que ces règles et procédures prévalent sur celles du *Mémorandum d'accord*. On ne peut donc pas présumer que l'intention des rédacteurs était que le critère énoncé à l'article 4.10 coïncide nécessairement avec celui qui est énoncé à l'article 22:4, de sorte que la notion de "contre-mesures appropriées" figurant dans l'article 4.10 limiterait ces contre-mesures à un montant "équivalent au niveau de l'annulation ou de la

réduction des avantages" subie par le Membre plaignant. En fait, l'article 4.10 et l'article 4.11 de l'*Accord SMC* ont un libellé distinct et il faut donner son sens à cette différence.

5.48 En effet, en lisant le texte de l'article 4.10 dans son contexte, on pourrait raisonnablement observer que, si l'intention des rédacteurs avait été que la disposition soit interprétée de cette façon, ils auraient certainement pu l'indiquer clairement. D'ailleurs, les dispositions pertinentes dans les autres parties de l'*Accord SMC* comme dans le *Mémoire d'accord* utilisent des termes distincts pour énoncer précisément un critère tel que celui qu'ont décrit les États-Unis, de manière explicite. Or, les rédacteurs ont, pour cette disposition de l'*Accord SMC*, choisi des termes différents de ceux qui figurent dans l'article 22:4 du *Mémoire d'accord*. Il ne serait pas compatible avec le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile de donner une lecture qui écarte purement et simplement ces différences de terminologie.

5.49 Nous ne trouvons donc dans le libellé lui-même ou dans le contexte de l'article 4.10 de l'*Accord SMC* aucune base qui nous permette de conclure que cet article peut ou devrait être lu comme équivalant à une disposition "axée sur les effets sur le commerce", lorsque cette lecture consiste à écarter un libellé explicitement distinct pour le rendre conforme à un libellé différent qui se trouve à l'article 22:4 du *Mémoire d'accord*.

5.50 Nous voudrions simplement ajouter que, bien que nous considérons qu'il faut donner le sens approprié à la différence précise de libellé, cela ne va pas plus loin. Notre interprétation de l'article 4.10 de l'*Accord SMC* selon laquelle cet article contient une règle différente de celle de l'article 22:4 du *Mémoire d'accord* ne rend pas le *Mémoire d'accord* par ailleurs inapplicable ou redondant.

C. OBJET ET BUT

5.51 La manière dont nous comprenons les termes de l'article 4.10, y compris la note de bas de page 9, en nous fondant sur une analyse des termes pertinents pris dans leur contexte est, à notre avis, également compatible avec l'objet et le but de l'*Accord SMC* s'agissant de l'article 4.10, et avec ceux de l'*Accord sur l'OMC*, en ce qu'ils ont trait aux voies de recours pour le règlement des différends.

5.52 À notre avis, l'objet et le but du mandat donné à l'ORD d'autoriser des contre-mesures au titre de l'article 4.10 peuvent d'abord être déduits du libellé même de cet article. L'article 4.10 exige que l'ORD autorise le Membre plaignant à prendre des contre-mesures appropriées en cas de non-respect de la recommandation de l'ORD. Autrement dit, les contre-mesures sont prises en réaction au non-respect et leur autorisation par l'ORD vise donc à inciter au respect ou à obtenir le respect de la recommandation de l'ORD. Dans ce contexte, conformément à l'article 4.7, l'ORD peut *seulement* recommander que le Membre qui accorde la subvention la retire sans retard. Nous considérons donc que l'objectif de l'*Accord SMC* s'agissant de l'article 4.10 en particulier est d'obtenir le respect de la recommandation de l'ORD de retirer la subvention sans retard.

5.53 L'article 4.10, en permettant l'imposition de contre-mesures en cas de non-respect, offre un instrument temporaire spécifique aux Membres de l'OMC, dans le cadre des différends concernant les subventions prohibées. Cet instrument contribue à atteindre finalement les objectifs du règlement des différends.

5.54 Nous notons à cet égard que l'article 3:7 du *Mémoire d'accord* dispose aussi qu'"[e]n l'absence d'une solution mutuellement convenue, le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures" jugées incompatibles avec les obligations dans le cadre de l'OMC.

5.55 Nous notons aussi que l'article 3:2 du *Mémoire d'accord* dispose que le système de règlement des différends de l'OMC (dont ce type d'arbitrage fait partie intégrante) est "un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral", et que "[l]es Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés".

5.56 Dans le cas des subventions prohibées, nous sommes d'avis que le fait qu'un groupe spécial déterminant qu'une subvention est prohibée peut *seulement* recommander son retrait sans retard est significatif et qu'il faut lui donner un sens lorsqu'on détermine le caractère approprié des contre-mesures proposées. En outre, à notre avis, les moyens juridiques prescrits pour rétablir en définitive "l'équilibre des droits et des obligations" des Membres en ce qui concerne les subventions prohibées sont spécifiquement prévus à l'article 4.7 de l'*Accord SMC*. Dans une situation où l'équilibre des droits et des obligations a été perturbé par l'octroi d'une subvention prohibée, les groupes spéciaux peuvent seulement recommander que le Membre qui accorde la subvention la retire "sans retard" pour rétablir cet équilibre.

5.57 Compte tenu de ce qui précède, nous pensons que les contre-mesures autorisées au titre de l'article 4.10 contribuent à l'objectif consistant à inciter au respect des recommandations de l'ORD, et du même coup à rétablir l'équilibre des droits et obligations entre les Membres. À notre avis, les termes de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*, y compris la note de bas de page 9, confirment que, pour évaluer la portée de ce qui peut être considéré comme des contre-mesures "appropriées", nous devrions tenir compte du fait que la subvention en cause doit être retirée et qu'une contre-mesure devrait contribuer à l'objectif ultime qui est le retrait sans retard de la subvention prohibée.

5.58 Enfin, nous notons que le terme "contre-mesures" a acquis en droit international général⁶⁷ un sens qui ressort des travaux de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité de l'État. Bien que le terme "contre-mesures" ait un sens spécifique dans l'*Accord SMC* du point de vue de leur nature et de leur application, nous constatons que notre interprétation des textes pertinents paraît compatible avec l'objet et le but des contre-mesures tels qu'ils ressortent des travaux de la CDI.

5.59 L'article 49 du texte résultant des travaux de la CDI sur la responsabilité de l'État (dont l'Assemblée générale des Nations Unies a pris note dans une récente résolution) dispose, en ce qui concerne l'objet et les limites des contre-mesures en droit international, entre autres choses, que:

"L'État lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre de l'État responsable du fait internationalement illicite que pour amener cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie."⁶⁸

5.60 Nous notons que l'article 49.1 du texte de la CDI ne détermine pas, en soi, le montant des contre-mesures qui peuvent être autorisées. En fait, il définit les seuls objet et but pour lesquels des contre-mesures peuvent légitimement être imposées, à savoir amener l'État auteur d'un fait internationalement illicite à s'acquitter de ses obligations.⁶⁹ Cela n'est pas incompatible, à notre avis, avec la notion de contre-mesures dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC, où de telles mesures sont imposées à titre de réponse temporaire à une absence de respect des

⁶⁷ Voir, par exemple, la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Naulilaa* (1928), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, volume II, page 1028 et l'*Arbitrage sur les services aériens*, *op.cit.*

⁶⁸ Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adoptée le 12 décembre 2001. Nous notons que les travaux de la CDI sont fondés sur la pratique pertinente des États ainsi que sur les décisions judiciaires et la doctrine, qui constituent des sources reconnues de droit international en vertu de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice.

⁶⁹ Voir J. Crawford, *op. cit.*, page 286. Cet auteur note en particulier que les "contre-mesures sont prises comme un moyen d'incitation, et non de répression" (paragraphe 7 du commentaire de l'article 49).

recommandations et décisions. Nous notons à cet égard l'observation faite par l'arbitre dans l'affaire *CE - Bananes*, dans le contexte de l'article 22:4 du *Mémoire d'accord*, à savoir que: "ce caractère *temporaire* [de la suspension des concessions ou d'autres obligations] indique que l'objectif des contre-mesures est d'*inciter au respect* des recommandations et décisions".⁷⁰

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

5.62 En même temps, l'article 4.10 de l'*Accord SMC* ne constitue pas un chèque en blanc. Rien dans le texte ou dans son contexte ne laisse entendre qu'il existe un droit de prendre des mesures ayant manifestement un caractère punitif. Au contraire, la note de bas de page 9 nous met spécifiquement en garde contre une interprétation ainsi dénuée de limites en précisant que le mot "appropriées" ne peut être interprété comme autorisant des contre-mesures "disproportionnées". Cependant, interpréter cette indication comme réintroduisant en fait dans cette disposition une limite quantitative équivalente à celle que l'on trouve dans d'autres dispositions de l'*Accord SMC* ou dans l'article 22:4 du *Mémoire d'accord* reviendrait en fait à donner de l'article 4.10 de l'*Accord SMC* une lecture qui exclut du texte les termes spécifiques qui y sont employés. Les contre-mesures au titre de l'article 4.10 de l'*Accord SMC* n'ont même pas, à strictement parler, à être "proportionnées", mais à ne pas être "disproportionnées". Non seulement un Membre a le droit de prendre des contre-mesures conçues de façon à compenser l'acte illicite initial et la perturbation de l'équilibre des droits et des obligations que cet acte illicite entraîne mais, en évaluant "le caractère approprié" de ces contre-mesures - eu égard à la gravité de l'infraction - une marge d'appréciation doit être accordée, en raison de la gravité de cette infraction.

VI. ÉVALUATION DES CONTRE-MESURES PROPOSÉES PAR LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

6.1 Comme il a été noté plus haut, les parties conviennent qu'en termes qualitatifs, le *type* de mesure envisagé par les Communautés européennes dans la présente affaire est approprié. Leur désaccord porte sur le point de savoir si en termes quantitatifs, le *montant* de la contre-mesure est approprié.

6.2 Les Communautés européennes ont demandé l'autorisation de suspendre des concessions pour un montant de 4 043 millions de dollars EU. Elles ont fait valoir, d'une manière générale, que l'article 4.10 de l'*Accord SMC* autoriserait des contre-mesures d'un montant tel qu'il inciterait véritablement au respect des recommandations et décisions, et qu'elles auraient pu, sur cette base, demander des contre-mesures d'un montant plus élevé. Toutefois, elles ont expliqué que le montant qu'elles avaient effectivement demandé en l'espèce était fondé sur le montant dépensé par les États-Unis pour l'octroi de la subvention.

6.3 Nous allons donc examiner si des contre-mesures de ce montant peuvent être considérées comme "appropriées" au sens de l'article 4.10, en ayant à l'esprit l'analyse que nous avons faite dans la section précédente.

⁷⁰ Décision des arbitres sur 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 ("CE - Bananes III (États-Unis) (Article 22:6 - CE)"), WT/DS27/ARB, 9 avril 1999, paragraphe 6.3.*

6.4 Nous rappelons que nous sommes tenus, dans notre analyse, de recourir aux termes de la note de bas de page 9 et que, à cet égard, nous devons prendre en compte la seconde partie de cette note. Il nous faut donc examiner si les contre-mesures proposées par les Communautés européennes ne sont pas disproportionnées "eu égard au fait que les subventions visées par ces dispositions sont prohibées".

6.5 Au moment où nous abordons cette question, nous souhaitons tout d'abord souligner quelle est exactement notre responsabilité s'agissant de faire cette détermination. Nous sommes tenus, au titre de l'article 4.11 de l'*Accord SMC*, d'établir si les contre-mesures proposées par les Communautés européennes sont "appropriées". Dans cette évaluation, nous sommes guidés en particulier par les termes de la note de bas de page 10, qui nous prescrit de nous demander si nous sommes persuadés que les contre-mesures proposées par les Communautés européennes sont "disproportionnées" eu égard au fait que les subventions en cause sont prohibées. Comme nous l'avons relevé plus haut, ce n'est pas exactement la même chose que d'être persuadé qu'elles sont "proportionnées". Si nous n'étions pas effectivement persuadés qu'elles sont disproportionnées, nous conclurions que les contre-mesures proposées par les Communautés européennes s'inscrivent dans les limites de ce qu'elles ont le droit d'appliquer en vertu de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*.

6.6 Comme nous l'avons vu plus haut, lorsque nous évaluons si les contre-mesures proposées sont "disproportionnées" eu égard au fait que les subventions visées par cette disposition sont prohibées, "notre perspective concernant les contre-mesures [est] imprégnée et colorée par la prise en considération de la nature et du statut juridique de la mesure fondamentale particulière à l'égard de laquelle les contre-mesures sont appliquées".⁷¹ Comme nous l'avons indiqué plus haut au paragraphe 5.61, nous considérons que les Communautés européennes ont le droit d'agir en prenant des contre-mesures qui tiennent dûment compte de la gravité de l'infraction et de la nature de la perturbation de l'équilibre des droits et des obligations en question. Nous allons examiner ce que cela implique en l'espèce.

6.7 En ce qui concerne la question de l'équilibre des droits et des obligations entre les Membres qui est perturbé par l'octroi de la subvention, les Communautés européennes avaient le "droit" de s'attendre à ce que des subventions à l'exportation ne soient pas appliquées aux marchandises visées par l'*Accord SMC*. De leur côté, les États-Unis avaient une obligation correspondante de s'abstenir d'appliquer de telles subventions à l'exportation. Le fait que les États-Unis persistent à manquer à cette obligation perturbe l'"équilibre des droits et des obligations" que nous avons évoqué dans la section précédente du présent rapport.

6.8 En ce qui concerne un partenaire commercial, la question ne pose pas de problème en tant que question juridique, subordonnée à tout autre facteur tel que, par exemple, les effets réels de la mesure elle-même. Elle pose un problème sous la forme d'une perturbation de l'équilibre réciproque des droits et des obligations dans le cadre et au travers de la mesure elle-même et, en l'espèce, cette mesure en tant qu'acte illicite implique intrinsèquement que les États-Unis encourrent des coûts pour accorder et maintenir la subvention à l'exportation. Une fois qu'une telle mesure est mise en œuvre, ses effets dans le monde réel ne peuvent être dissociés de l'incertitude intrinsèque qui est créée par l'existence même d'une telle subvention à l'exportation. La mesure est, par sa nature même, intrinsèquement déstabilisante. C'est sa caractéristique essentielle et elle transparaît dans le fait que la mesure est prohibée en soi. Dans ce cas particulier, en outre, la subvention en cause, à savoir le régime FSC/ETI, est une mesure dont le champ d'application est très vaste et qui, effectivement, est potentiellement disponible pour un très large éventail de marchandises destinées à l'exportation. Elle ne s'apparente en rien à une mesure spécifique à un produit ou même à un secteur, avec, par exemple, la fixation d'un certain taux ou montant de fonds. Il s'agit d'une subvention à l'exportation extrêmement complexe et d'une grande portée qui est appliquée à une multitude d'entreprises.

⁷¹ *Supra*, paragraphe 5.22.

6.9 Le régime FSC/ETI est applicable de façon systémique et très largement. Cela ne peut au demeurant qu'accroître le degré dans lequel, en l'espèce, la mesure concernée crée une incertitude et une instabilité systématiques des attentes concernant les conditions commerciales, qui contraste avec la sécurité et la stabilité de ces conditions fondées sur le fait – ancré dans une obligation expresse – qu'il est entendu que les subventions à l'exportation sont prohibées. Nous considérons que c'est un point pertinent pour la question de la "gravité" de l'acte illicite initial. Les Communautés européennes ne peuvent pas bien entendu contrer elles-mêmes la subvention à l'exportation à sa source, c'est-à-dire faire en sorte qu'elle cesse. Mais, s'agissant de l'équilibre des droits et des obligations entre les Membres, elles ont le droit de "corriger" la perturbation de l'équilibre par le biais de contre-mesures.⁷²

6.10 L'élément quantitatif de l'infraction en l'espèce est le fait que les États-Unis ont dépensé environ 4 000 millions de dollars EU par an en violation de leurs obligations.⁷³ Selon nous, chaque dollar, en quelque sorte, constitue tout autant un manquement aux obligations des États-Unis que n'importe quel autre. Certains dollars ne représenteront pas moins une infraction - ou n'"échapperont" pas effectivement à leur statut juridique de manquement à une obligation - en vertu de certains autres critères (tels que les effets sur le commerce). En d'autres termes, le manquement des États-Unis à une obligation ne se trouve pas objectivement éliminé du fait que certains des produits bénéficiant de la subvention sont, par exemple, exportés vers un autre partenaire commercial. L'obligation en question est une obligation *erga omnes* qui s'impose dans son intégralité envers chacun des Membres. Elle ne peut être considérée comme étant "sujette à répartition" entre les différents Membres. Autrement, le Membre concerné n'aurait qu'une obligation partielle à l'égard de chacun des Membres, ce qui est manifestement incompatible avec une obligation *erga omnes* en soi. Ainsi, les États-Unis ont manqué à leur obligation envers les Communautés européennes s'agissant de tout l'argent qu'ils ont dépensé, car cette dépense en violation de leurs obligations - la dépense encourue - est l'essence même de l'acte illicite.⁷⁴

6.11 En conséquence, juridiquement parlant, s'agissant de rétablir l'équilibre des droits et des obligations, c'est là une considération importante dans notre évaluation des contre-mesures proposées par les Communautés européennes. À cet égard, nous rappelons notre conclusion antérieure selon laquelle des contre-mesures au titre de l'article 4.10 peuvent être conçues en fonction de l'acte illicite initial qu'elles sont censées contrer. En l'espèce, les Communautés européennes ont proposé de prendre des contre-mesures qui reviendraient à adapter précisément la réponse au montant correspondant à cet acte illicite initial. Compte tenu de l'interprétation que nous avons faite, dans la section précédente, des termes de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*, nous constatons qu'une telle approche, qui vise à contester l'acte illicite lui-même - le manquement à l'obligation - est en principe admissible. Elle est en effet, selon nous, parfaitement compatible avec l'essence de la notion de contre-mesures, en ce qu'elle tente de répondre exactement à la violation, dont la persistance engendre le droit à des contre-mesures.

6.12 Nous allons à présent examiner les contre-mesures proposées en relation avec l'acte illicite initial qu'elles sont censées contrer, à savoir la subvention prohibée.

⁷² Il va sans dire qu'au bout du compte, l'équilibre des droits et des obligations entre les Membres ne sera dûment rétabli que par le plein respect des recommandations de l'ORD, c'est-à-dire, en l'espèce, par le retrait de la subvention illégale. Les contre-mesures ne font que corriger de façon *temporaire* et imparfaite la violation persistante, sans nullement amoindrir la nécessité de respecter les recommandations ni se substituer au respect de ces dernières.

⁷³ Pour une analyse détaillée de la valeur de la subvention, voir plus loin l'annexe A.

⁷⁴ L'un des arbitres tient à souligner que ni ce paragraphe ni le suivant ne devraient être interprétés comme signifiant que, sans considération des circonstances propres à chaque cas, le montant total de la subvention serait un critère applicable de façon universelle et générale à tous moments.

A. LES CONTRE-MESURES PROPOSÉES EN RELATION AVEC LA SUBVENTION PROHIBÉE

6.13 Pour procéder à l'analyse des contre-mesures proposées en relation avec l'acte illicite qu'elles sont censées contrer, nous devons d'abord définir les éléments de cet acte illicite. Selon nous, les facteurs pertinents qui peuvent être utilisés s'agissant de définir la subvention prohibée elle-même ne peuvent être créés artificiellement. Ils devraient avoir pour origine et pour fondement l'*Accord SMC* lui-même. Nous rappelons à cet égard les indications fournies en particulier par la note de bas de page 9, qui nous prescrit de prendre en considération le fait que la subvention en cause est prohibée au titre de la Partie II de l'*Accord SMC*.

6.14 Nous commencerons par aborder un point que nous jugeons fondamental s'agissant de caractériser la mesure en tant que telle, à savoir la "contribution financière", étant donné qu'il s'agit d'un élément clé de la définition d'une subvention au sens de l'article premier de l'*Accord SMC*.

6.15 À ce propos, nous relevons tout d'abord que le montant des contre-mesures proposées a assurément une relation manifeste de proportionnalité, au sens où nous entendons le terme⁷⁵, à l'égard du montant de la subvention à l'exportation accordée. En l'espèce, les parties ne sont effectivement pas en désaccord fondamental sur la valeur réelle de la subvention à l'exportation pour laquelle il a été constaté que les États-Unis étaient en situation de violation persistante.⁷⁶ Leur désaccord porte uniquement sur la question de savoir si le montant des contre-mesures est "approprié" au sens de l'article 4.10.

6.16 Comme il a été indiqué plus haut, l'élément quantitatif de l'infraction en l'espèce est, en réalité, le fait que les États-Unis ont dépensé quelque 4 000 millions de dollars EU en violation de leurs obligations.⁷⁷ Les Communautés européennes demandent pour leur part l'autorisation de prendre des contre-mesures pour un montant de 4 043 millions de dollars EU.

6.17 Les valeurs considérées ne sont pas disproportionnées. En termes strictement numériques, elles sont en fait pratiquement équivalentes.⁷⁸

6.18 Mais il ne s'agit pas simplement d'une question de proportionnalité purement arithmétique dans l'abstrait. Il existe un élément de proportionnalité sous-jacent de caractère plus "structurel" transparaissant dans les contre-mesures proposées, qui établit une relation juridiquement pertinente entre mesure et contre-mesure. Premièrement, l'octroi d'une subvention suppose une contribution financière, donc une dépense encourue par les pouvoirs publics. Il s'agit, *stricto sensu*, de la "mesure" en cause en tant qu'acte illicite de l'État partie responsable. En l'espèce, un montant d'environ 4 000 millions de dollars EU a été accordé, d'une manière jugée incompatible avec l'*Accord SMC*, par les pouvoirs publics des États-Unis aux exportateurs du pays. C'est la dépense encourue par les pouvoirs publics des États-Unis pour l'octroi de cette mesure, par le biais du régime FSC/ETI. En tant qu'acte illicite - en l'espèce, le manquement à une obligation à l'égard des Communautés européennes - c'est l'acte essentiel des pouvoirs publics eux-mêmes.

6.19 Dès lors, suivant notre raisonnement exposé ci-dessus, il s'agit là d'une perspective centrale pour ce qui est d'étudier le "caractère approprié" des contre-mesures en cause. Les États-Unis ont effectivement encouru une dépense pouvant être évaluée à environ 4 000 millions de dollars EU pour l'année 2000, qui constitue un acte des pouvoirs publics contraire à leurs obligations au titre de l'*Accord SMC*. Dans la présente affaire, les Communautés européennes ne peuvent pas bien entendu contrecarrer directement cette dépense à la source. Selon nous, elles proposent de répondre en

⁷⁵ Voir *supra*, le paragraphe 5.18.

⁷⁶ Pour une analyse détaillée du calcul du montant de la subvention, voir plus loin l'annexe A.

⁷⁷ Pour une analyse détaillée de la valeur de la subvention, voir plus loin l'annexe A.

⁷⁸ Voir WT/DS46/ARB, paragraphe 3.60.

suspendant une obligation quantitativement équivalente qui leur incombe envers les États-Unis. En l'absence de ces contre-mesures, les États-Unis jouiraient de ces droits, tout comme, en l'absence de la dépense faite par les États-Unis, les Communautés européennes jouiraient de leurs droits. Cela nous semble être une bonne manière de procéder pour apprécier l'adéquation de la contre-mesure à la mesure en cause à savoir l'envisager dans la catégorie juridique dont elle relève: on a, d'une part, une dépense des pouvoirs publics pour un certain montant constituant une perturbation de l'équilibre des droits et des obligations, et par conséquent, d'autre part, un droit adéquat imposé par un gouvernement défendeur, en tant que retrait correspondant d'une obligation.

6.20 Nous avons à l'évidence attaché une importance fondamentale au rôle de la contribution financière, comme étant l'acte à l'égard duquel les contre-mesures devraient être évaluées. Cela tient au fait que c'est l'élément qui reflète le plus exactement l'acte du Membre lui-même, sur lequel celui-ci exerce un contrôle direct.⁷⁹

6.21 Bien entendu, le deuxième élément qui est au centre de la subvention telle qu'elle est définie à l'article premier de l'*Accord SMC* lui-même, est l'avantage conféré au bénéficiaire. En l'espèce, un avantage est manifestement conféré au travers du régime FSC/ETI. Il est conféré à des entreprises américaines. Au niveau le plus large, la contre-mesure des CE serait considérée comme étant destinée à priver ces entreprises d'un avantage dont elles auraient autrement bénéficié en relation avec l'accès au marché des CE. Il est incontestable que le caractère de la réponse des CE, outre qu'il s'agit d'un acte répondant à une violation quantifiable d'une obligation par une réponse adéquate, a également pour conséquence de le faire par le biais d'entreprises américaines. Mais le fait est aussi que des entreprises américaines profitent de la subvention prohibée. Dans cette mesure, une certaine proportionnalité fondamentale est respectée. En l'espèce, les pouvoirs des Communautés européennes sont limités à leur propre juridiction. Une façon de contrer un avantage absolu conféré aux entreprises est d'imposer une dépense absolue équivalente. Assurément, les effets globaux varieront, de même que l'incidence sur les entreprises. Il n'y aura pas d'équivalence pure en termes d'incidence économique. Mais, dans les limites réalistes dans lesquelles les États opèrent, et s'agissant d'un régime de portée générale tel que le régime FSC/ETI, le principe effectivement appliqué ici est l'imposition à des entreprises du Membre considéré de dépenses au moins équivalentes à celles initialement encourues par le Trésor du Membre considéré pour accorder des avantages à ses entreprises. En ce sens, il y a une certaine corrélation entre les avantages initialement conférés à des entreprises américaines et la réponse proposée par les Communautés européennes.

6.22 Il est certainement vrai que les contre-mesures proposées par les Communautés européennes ne se monteraient pas, au sens littéral du terme (et on n'allègue pas que ce soit le cas), à la contre-valeur exacte des avantages conférés aux bénéficiaires de la subvention FSC/ETI. Selon nous, cela ne constitue pas en l'espèce un problème fondamental. Il est presque inévitable que, dans bien des situations, il soit irréalisable de concevoir une contre-mesure qui contrerait exactement les avantages conférés, et il n'y a pas non plus, à notre avis, d'obligation de le faire, précisément parce que les conditions justifiant les contre-mesures peuvent légitimement, pour les raisons que nous avons indiquées, être envisagées essentiellement dans la perspective de contrer l'infraction juridique en tant qu'acte illicite. Quoi qu'il en soit, dans le cas d'un programme tel que celui-ci, qui s'applique à des entreprises recouvrant un très large éventail de branches de production et de produits, il est manifestement impossible pour un gouvernement étranger de contrer précisément les avantages spécifiques conférés à des entreprises spécifiques. Rien que le calcul serait une tâche pratiquement impossible, sans parler de la conception des réponses en fonction des entreprises particulières.

6.23 Dans la présente affaire, les Communautés européennes ont fondé le montant des contre-mesures qu'elles proposent sur la valeur nominale de la subvention plutôt que directement sur

⁷⁹ Ce n'est pas nécessairement le cas, par exemple, des effets de la mesure, étant entendu naturellement que, s'agissant de la responsabilité, celle-ci s'étend également aux conséquences aussi bien qu'à l'acte.

les avantages conférés par cette dernière.⁸⁰ Les États-Unis n'ont pas cherché à contester le niveau des contre-mesures en invoquant ces motifs. Eu égard à tout cela, nous n'avons, pour notre part, assurément trouvé aucune raison de considérer que, dans la mesure où cet aspect est tout d'abord pertinent, il nous donne la moindre raison de revenir sur notre appréciation selon laquelle le droit au niveau de contre-mesures découlant de l'acte illicite, tel qu'il est mesuré à partir de la dépense engagée par les pouvoirs publics, n'est pas disproportionné.

6.24 Par conséquent, nous estimons, au vu de ce qui précède, que les contre-mesures proposées ne sont pas disproportionnées à l'acte illicite initial auquel elles sont censées répondre.

6.25 L'analyse que nous avons faite plus haut et notre conclusion selon laquelle les contre-mesures proposées en l'espèce ne sont pas disproportionnées à l'acte illicite initial - le maintien par les États-Unis d'une subvention à l'exportation illégale en violation de leurs obligations au titre de l'article 3 de l'*Accord SMC* - seraient, à notre avis, suffisantes en elles-mêmes pour que nous puissions considérer que, dans les circonstances propres à la présente affaire, le montant des contre-mesures proposées serait "approprié" au sens de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*. Nous rappelons à cet égard la conclusion à laquelle nous sommes parvenus plus haut à la section V concernant le droit de prendre des contre-mesures conçues de façon à rétablir l'équilibre des droits et des obligations perturbé par l'acte illicite initial et tenant compte de la gravité de cet acte. C'est en l'espèce l'approche suivie par les Communautés européennes et nous constatons qu'elle est compatible avec les termes de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*.⁸¹

6.26 Il est opportun à ce stade de souligner qu'il y a un point qui est particulier aux circonstances propres à la présente affaire et qui est essentiel pour cette conclusion, mais qui n'a pas - jusqu'ici - été expressément abordé.

6.27 Dans les circonstances propres à la présente affaire, les Communautés européennes sont le seul plaignant demandant à prendre des contre-mesures en rapport avec cette mesure particulière constitutive d'une violation. C'est là aussi, à notre avis, une considération pertinente dans notre analyse. S'il y avait eu pluralité des plaignants demandant chacun à prendre des contre-mesures d'un montant égal à la valeur de la subvention, cela aurait certainement été une considération à prendre en compte pour évaluer si de telles contre-mesures pouvaient être considérées comme n'étant pas "appropriées" en l'occurrence. Ce n'est cependant pas la situation devant laquelle nous nous trouvons.

6.28 Le raisonnement que nous avons suivi plus haut pourrait être considéré - d'un point de vue purement abstrait - comme étant intrinsèquement applicable à tout autre Membre comme à la partie

⁸⁰ Les Communautés européennes ont évoqué, au cours de la procédure, la notion d'avantages conférés aux États-Unis par le régime lorsque d'autres approches méthodologiques ont été proposées pour calculer un montant de "contre-mesures appropriées" et laissent entendre que "les avantages que les États-Unis tirent du régime FSC/ETI étant supérieurs à la valeur de la subvention, l'imposition de contre-mesures équivalentes à la valeur de la subvention peut être considérée comme une estimation modeste et prudente de ce qui est requis pour inciter au respect des recommandations et décisions" (première communication, paragraphe 69). Elles ont également fait valoir qu'elles avaient proposé "des contre-mesures fondées sur - et proportionnées à - l'avantage que le régime FSC/ETI procure aux exportateurs des États-Unis" (deuxième communication, paragraphe 55). Toutefois, les Communautés européennes n'ont pas cherché à quantifier directement ces avantages pour démontrer une correspondance exacte entre ces derniers et le montant qu'elles proposent en l'espèce. Au lieu de cela, elles font valoir que ces avantages seraient supérieurs au montant de la subvention.

⁸¹ Nous ferons seulement observer qu'en tout état de cause, notre appréciation, fondée sur notre raisonnement et sur les faits de la cause en l'espèce, est simplement que les contre-mesures demandées par les Communautés européennes ne sont pas disproportionnées. En faisant cette détermination, nous n'avons pas nécessairement défini ce montant des contre-mesures comme étant la limite définitive. Nous n'avons formulé - et ne formulons - aucune appréciation sur ce point. La seule question qui se pose à nous est celle de savoir si le montant demandé par les Communautés européennes n'est pas disproportionné.

plaignante dans la présente affaire, à savoir les Communautés européennes.⁸² Nous voudrions simplement souligner à cet égard qu'en l'espèce, nous n'avons pas été saisis d'une plainte avec pluralité des plaignants mais d'une plainte déposée par un seul Membre. Nous n'avons donc pas eu à nous demander si ou comment le droit à des contre-mesures fondé sur le raisonnement que nous avons exposé plus haut devrait être réparti entre plusieurs plaignants. Ainsi, dans la mesure où il y aurait une question de répartition, en quelque sorte, elle ne doit pas être - et n'a pas été - prise en considération en tant qu'élément pour "revoir à la baisse" d'une autre façon le droit des Communautés européennes à des contre-mesures dans cette affaire particulière.

6.29 Bien entendu, notre souhait serait que cette détermination ait pour effet pratique de faciliter le respect dans les moindres délais par les États-Unis des recommandations et décisions. Dans l'hypothèse où il y aurait un plaignant futur, nous pouvons seulement faire observer qu'il en résulterait inévitablement une situation différente pour ce qui est de l'évaluation. Dans la mesure où la justification recherchée pour les contre-mesures était purement et simplement l'idée de contrer la mesure initiale (et non, par exemple, les effets sur le commerce du Membre concerné), il est concevable que la question de la répartition se pose (mais il faudrait dûment tenir compte de l'observation formulée plus haut à la note de bas de page 84). Nous prenons note, à ce sujet, de la déclaration faite par les Communautés européennes:

"... les Communautés européennes seraient peut-être heureuses de partager avec un autre Membre la tâche consistant à appliquer des contre-mesures à l'égard des États-Unis et accepteraient peut-être volontairement de supprimer certaines de leurs contre-mesures de façon à ce qu'il y ait davantage de possibilités qu'un autre Membre de l'OMC soit autorisé à agir de même. C'est là un autre fait que des arbitres futurs pourraient prendre en considération".⁸³

6.30 Il faut toutefois souligner qu'il n'y a pas d'automatisme mécanique à cet égard. L'essence de telles évaluations est qu'il s'agit d'apprécier ce qui est approprié dans l'affaire considérée. Il pourrait bien y avoir d'autres facteurs à prendre en compte en tant que tels, par exemple si la question en jeu était essentiellement celle des effets sur le commerce bilatéral.

6.31 À ce stade de notre analyse, nous estimons donc avoir suffisamment d'éléments pour pouvoir constater que les contre-mesures proposées pourraient être considérées comme "appropriées" au sens de l'article 4.10, sur la base de leur relation avec la mesure initiale constitutive d'une violation.

6.32 Ce faisant, nous sommes conscients de ne pas avoir examiné précisément l'affirmation selon laquelle la question devrait être déterminée par référence aux effets défavorables de la subvention sur le commerce des Communautés européennes. Nous rappelons en outre que les États-Unis ont fait valoir que la base à utiliser pour évaluer le "caractère approprié" des contre-mesures devrait précisément être ces effets défavorables sur le commerce (ou l'"incidence sur le commerce"). Nous examinerons cette question plus en détail ci-après.

B. LES EFFETS DE LA SUBVENTION SUR LE COMMERCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

6.33 Comme nous l'avons dit dans la section précédente, nous n'avons pas interprété l'article 4.10 comme empêchant un Membre de prendre des contre-mesures qui sont conçues de façon à contrer les effets défavorables qu'il a subis en raison de la mesure illégale. En conséquence, nous n'excluons pas *a priori* que des effets de la mesure sur le commerce du Membre concerné puissent être pris en

⁸² L'un des arbitres tient à souligner que dans des circonstances différentes propres à une affaire particulière, cette considération à elle seule peut ne pas automatiquement conduire à conclure que les contre-mesures sont "appropriées" au sens de l'article 4.10 de l'Accord SMC.

⁸³ Réponse des CE à la question n° 42 de l'arbitre, paragraphe 116.

considération dans une affaire particulière, en tant que facteur pertinent, pour la détermination du montant "approprié" des contre-mesures au sens de l'article 4.10 de l'Accord SMC. En effet, comme nous l'avons signalé plus haut, l'expression "contre-mesures appropriées", à notre avis, donnerait au Membre plaignant le droit de prendre des contre-mesures qui contraindraient au moins l'effet dommageable qu'a sur lui la mesure illégale qui persiste.⁸⁴

6.34 Cependant, nous avons aussi déterminé que l'article 4.10 de l'Accord SMC n'exige pas que les effets sur le commerce soient le critère effectif au moyen duquel il faudrait établir le caractère approprié des contre-mesures. Les dispositions pertinentes ne peuvent pas non plus être interprétées comme *limitant* l'évaluation à ce critère.

6.35 Compte tenu, cependant, de notre opinion selon laquelle les effets sur le commerce ne doivent pas être *a priori* exclus comme pertinents dans une affaire particulière, nous jugeons utile d'examiner si, *même si* l'on abordait la question des effets sur le commerce dans la présente affaire, il y aurait une raison quelconque d'arriver à une conclusion différente. Dans la présente affaire, en fait, nous ne voyons aucune raison d'arriver à une conclusion différente après avoir examiné les arguments présentés par les États-Unis au sujet des effets du régime FSC/ETI sur le commerce des Communautés européennes.

6.36 Nous rappelons à cet égard que les États-Unis ont présenté pour l'essentiel deux séries d'arguments en relation avec l'évaluation des effets du régime FSC/ETI sur le commerce des Communautés européennes. Premièrement, les États-Unis ont laissé entendre pour l'essentiel qu'en l'espèce, la valeur nominale de la subvention devrait être prise comme "variable représentative" pour l'incidence de la mesure sur le commerce et qu'il faudrait ensuite attribuer un pourcentage de ce montant à la part des CE dans le commerce mondial pour l'utiliser comme variable représentative pour l'effet de la subvention sur le commerce des Communautés européennes. Deuxièmement, au cas où nous déciderions néanmoins d'examiner les données économiques relatives aux effets de la mesure sur le commerce, les États-Unis ont présenté un éventail d'estimations possibles de l'incidence de cette mesure sur le commerce en appliquant des méthodes autres que celle qui est fondée sur une "variable représentative". Les États-Unis ont néanmoins fait valoir tout d'abord qu'il ne faudrait pas utiliser ces estimations pour évaluer les effets de la mesure sur le commerce en l'espèce, car elles ne sont pas fiables et l'éventail des résultats des calculs est excessivement large. Nous examinerons ces deux arguments l'un après l'autre.

6.37 En ce qui concerne tout d'abord l'approche proposée fondée sur une "variable représentative", selon cette approche, si le chiffre de 4 125 millions de dollars EU⁸⁵ suggéré par les États-Unis est utilisé comme point de départ, pour représenter la valeur de la subvention, et si l'on retient 26,8 pour cent de ce chiffre comme étant la part des Communautés européennes dans les effets globaux de la

⁸⁴ Voir plus haut le paragraphe 5.41. Par exemple, il est concevable que certains effets défavorables sur un Membre puissent être manifestement supérieurs au montant qui a été dépensé au titre de la subvention. En pareil cas, il n'est guère possible d'interpréter l'Accord comme empêchant un Membre de prendre des contre-mesures pour faire face à cette situation précisément sur la base des effets défavorables sur le commerce dudit Membre - surtout lorsque cela signifierait par ailleurs que le Membre avait de ce fait uniquement recours à des contre-mesures qui seraient *moins* efficaces que celles qu'un Membre pourrait prendre au titre de l'article 5 de l'Accord SMC (ou, d'ailleurs, au titre des dispositions de l'Accord relatives aux mesures compensatoires, lorsque les autres conditions d'application existeraient aussi). Ce n'est pas, bien entendu, la situation que nous examinons ici. Les Communautés européennes ne cherchent pas à obtenir le droit de prendre des contre-mesures supérieures à la valeur nominale de la subvention.

⁸⁵ Montant de la subvention pour l'année 2000, tel qu'il a été calculé par les États-Unis, y compris les ajustements pertinents.

subvention sur le commerce, comme les États-Unis l'ont suggéré⁸⁶, le montant approprié des contre-mesures se situerait aux alentours de 1 110 millions de dollars EU.⁸⁷

6.38 Nous avons dit que nous ne voyions rien dans le texte qui prescrive un critère des effets sur le commerce et qu'il ne pouvait pas être interprété comme étant limité à cela. De plus, il n'y a rien dans le texte qui prescrirait expressément *comment* il faut estimer les effets sur le commerce dans une affaire relative à des contre-mesures prises en réponse à des subventions à l'exportation. L'approche fondée sur une "variable représentative" proposée par les États-Unis, cependant, ne semble être solidement étayée ni par les dispositions en cause ni par les faits de la cause.

6.39 Tout d'abord, l'approche fondée sur une variable représentative proposée par les États-Unis ne repose sur aucun raisonnement économique particulier. Elle présume simplement qu'il y a une correspondance à égalité entre un dollar de subvention et un dollar d'incidence sur le commerce. Cela est manifestement arbitraire. En effet, on pourrait même faire valoir que cette notion se contredit elle-même: si un dollar de subvention ne peut, toujours et partout, entraîner qu'un dollar d'effet sur le commerce, c'est manifestement déterminer à l'avance ce qu'est l'effet sur le commerce. Or la notion même d'*effet* sur le commerce consiste précisément à évaluer ce qui s'est produit dans le monde réel et qui est l'*effet* distinct du dollar dépensé. Il nous semble que l'on est effectivement empêché de déterminer cet effet s'il est déjà déterminé que celui-ci *est* la dépense effective. Toute la notion d'"effet" en devient alors redondante ou vide de sens. Selon cette approche, aucune évaluation ne serait jamais nécessaire: la conclusion est déterminée d'avance une fois que le montant des dépenses publiques est connu.

6.40 En fait, l'approche suggérée par les États-Unis n'est guère conciliable avec une lecture cohérente de l'Accord. Là où les effets sur le commerce sont spécifiquement traités dans l'*Accord SMC*, dans d'autres dispositions que l'article 4, les critères d'évaluation ne sont nullement arbitraires ou artificiels de cette manière. Cela est évident dans les dispositions de l'*Accord SMC* où une démonstration des effets sur le commerce est pertinente, et dans les dispositions relatives à ces évaluations (par exemple, au sujet du dommage causé à la branche de production nationale ou du préjudice grave - l'article 6 concernant les subventions pouvant donner lieu à une action - et de l'application de droits compensateurs - la Partie V -). Dans ces cas, les concepts pertinents (tels que la sous-cotation des prix, l'action de déprimer les prix et l'action de supprimer des hausses de prix, etc.) visent manifestement à déterminer de manière objective certains effets. Il n'y a pas, dans ces dispositions, la moindre indication selon laquelle cela peut être établi au moyen d'une "variable représentative" arbitraire telle que celle qui est proposée par les États-Unis en l'espèce.

6.41 En fait, s'il s'agissait simplement de déterminer les dépenses, cela supprimerait entièrement la nécessité d'appliquer de tels concepts précis pour établir les effets. Eu égard à ce fait, il ne serait guère cohérent de considérer que, lorsqu'il s'agit des prescriptions manifestement plus rigoureuses relatives aux subventions à l'exportation, il devrait y avoir une présomption quelconque concernant une méthode implicite qui est *moins* susceptible d'avoir une relation objective avec les faits de la cause.

6.42 Les États-Unis ne nous ont pas non plus convaincus quant à la raison pour laquelle cette prédétermination particulière serait intrinsèquement plus plausible que n'importe quelle autre. Dans l'affaire *Brésil - Aéronefs*, l'arbitre estime en fait, qu'il faudrait peut-être plutôt présumer que la relation entre les dépenses et l'effet doit être multipliée et non rester statique.⁸⁸ Nous ne prenons pas

⁸⁶ Voir la première communication des États-Unis, paragraphe 69.

⁸⁷ Voir la deuxième communication des États-Unis, paragraphe 4.

⁸⁸ Voir la Décision de l'arbitre, *Brésil - Aéronefs (Article 22:6 - Brésil)* WT/DS46/ARB, paragraphe 3.54 ("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

position sur ce point en l'espèce. Nous notons, cependant, que l'approche des États-Unis revient en fait à attribuer des valeurs implicites aux variables économiques qui, selon ce que les États-Unis font valoir par ailleurs, sont trop incertaines pour être élaborées, dans le contexte de la modélisation économique.⁸⁹ Nous ne voyons pas du tout pourquoi ces valeurs implicites seraient intrinsèquement plus plausibles que n'importe laquelle de celles qui peuvent être attribuées dans le contexte de la modélisation économique, qui représentent du moins des estimations analytiques et non une hypothèse non raisonnée. Cela montre bien, à notre avis, la nature intrinsèquement arbitraire de l'approche proposée par les États-Unis.

6.43 Nous en venons maintenant aux autres méthodes présentées par les parties pour l'estimation des effets de la mesure sur le commerce des Communautés européennes. Ces méthodes sont semblables quant à leur nature. Cependant, des estimations différentes ont été obtenues, qui étaient à la fois inférieures et supérieures au montant des contre-mesures proposées par les Communautés européennes, en raison de la différence entre les hypothèses concernant les valeurs à attribuer aux paramètres pertinents dans les calculs.⁹⁰

6.44 Les Communautés européennes ont dit que les arbitres devraient prendre en considération la méthode utilisée par le Département du Trésor des États-Unis en 1997 dans son rapport au Congrès des États-Unis concernant l'incidence du régime FSC sur le commerce.⁹¹ Les États-Unis ont contesté cette méthode pour les raisons ci-après: 1) l'élasticité-prix de la demande à l'exportation est estimée à un niveau trop élevé; 2) les élasticités-prix de l'offre à l'exportation sont aussi estimées à un niveau trop élevé et 3) la transmission de la subvention aux prix est surestimée.

6.45 La méthode du Trésor des États-Unis est plus élaborée que la proposition des États-Unis d'utiliser simplement la valeur de la subvention comme variable représentative. Reconnaisant ce fait, les États-Unis ont fait deux autres propositions qu'ils ont soumises à notre examen. La première était une autre méthode qui, selon les États-Unis, était plus indiquée pour une estimation des effets sur le commerce des Communautés européennes.⁹² La seconde consistait à recourir à une série différente de paramètres pour le modèle du Trésor des États-Unis.⁹³

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.")

⁸⁹ À supposer qu'il y ait une transmission complète de la subvention, si l'élasticité-prix de la courbe de la demande à l'exportation globale des États-Unis est de -1,65, la valeur de l'effet sur le commerce sera égale à la valeur de la subvention (voir la pièce n° 17 des États-Unis).

⁹⁰ L'estimation quantitative de l'incidence d'une subvention à l'exportation sur le commerce dépend de la relation entre le mode d'octroi de la subvention et divers paramètres économiques. En l'espèce, la subvention est attribuée sur la base des recettes d'exportation. Les recettes d'exportation admissibles sont utilisées pour réduire la charge fiscale globale d'une entreprise. L'incidence globale dépend de quatre facteurs: la valeur de la subvention; la réduction du prix de la marchandise bénéficiaire de la subvention; la réponse à l'exportation des producteurs bénéficiaires de la subvention; et l'élasticité-prix de la demande d'exportations des États-Unis.

⁹¹ Première communication des CE, paragraphe 62. Par exemple, si l'on utilise le modèle du Trésor des États-Unis, comme le proposent les Communautés européennes, et les valeurs de la subvention estimées tant par les Communautés européennes que par les États-Unis pour les produits industriels, telles qu'elles sont indiquées dans l'annexe A, on peut estimer que l'éventail des effets estimés sur le commerce va de 3 253 millions de dollars à 4 294 millions de dollars.

⁹² Les États-Unis ont proposé le modèle d'Armington, qui attribue les élasticités aux produits en fonction de leur pays d'origine. En conséquence, ce modèle, d'après les États-Unis, a l'avantage de chiffrer séparément l'incidence spécifique de la subvention sur le commerce des CE (deuxième communication des États-Unis, paragraphe 122).

⁹³ Les États-Unis ont été d'avis que les estimations concernant l'élasticité "calculées" d'après les élasticités de substitution estimées sont plus solides que les estimations communiquées par les Communautés

6.46 Les États-Unis eux-mêmes ont par la suite remis en question l'autre méthode qu'ils avaient eux-mêmes proposée du fait que celle-ci contenait des données incomplètes.⁹⁴ En conséquence, les options dont nous disposons pour évaluer les effets sur le commerce se limiteraient au modèle du Trésor des États-Unis, comme les Communautés européennes l'ont proposé, et aux modifications apportées à ce modèle suivant la suggestion des États-Unis.

6.47 Dans la mesure où nous pourrions juger approprié en l'espèce d'évaluer les effets de la mesure sur le commerce des Communautés européennes, notre tâche ne serait pas de dire, avec une précision absolue, quel est le seul modèle correct ou quels sont les paramètres corrects, mais d'examiner les résultats de ces modèles pour voir s'ils donnent une idée de l'éventail des effets sur le commerce causés par le régime FSC/ETI qui ait suffisamment de poids pour influencer notablement notre appréciation sur le point de savoir si les contre-mesures proposées sont disproportionnées.

6.48 À cet égard, le fait même que le rapport du Trésor des États-Unis a été présenté au Congrès a, à notre avis, un poids considérable. Il est effectivement dit dans ce rapport que les résultats peuvent avoir été quelque peu surestimés. En effet, ce rapport n'est peut-être pas absolument exact. Néanmoins, le Trésor des États-Unis a manifestement été d'avis que, dans le contexte des explications données au Congrès des États-Unis (les auteurs, nous notons, de la législation concernée) sur les effets du régime FSC, ce rapport, y compris les hypothèses de modélisation sur lesquelles il était fondé, était suffisamment crédible pour donner une représentation fiable de l'incidence du régime lorsqu'il s'agissait d'informer le Congrès des États-Unis sur le fonctionnement et les effets du régime. On peut présumer que cela n'a pas été fait à la légère et, à tout le moins, n'a pas été considéré comme étant manifestement de nature à induire en erreur. Il nous semble que cette perspective est semblable au type d'appréciation qu'il convient de faire lorsqu'il faut évaluer si quelque chose est disproportionné. On ne s'attend ni ne cherche à avoir une exactitude mathématique, mais à savoir si (d'un point de vue raisonnable) quelque chose est hors de proportion. En l'occurrence, il ne s'agit pas de savoir si l'étude

européennes. Les calculs communiqués par les États-Unis ont été justifiés au motif qu'ils étaient plus récents et pouvaient être établis à un niveau désagréé.

⁹⁴ Bien que nous reconnaissons la contribution générale que l'approche Armington peut apporter à l'établissement de modèles commerciaux fondés sur des produits différenciés, les États-Unis n'ont pas, dans l'affaire dont nous sommes saisis, expliqué de manière satisfaisante pourquoi nous serions obligés de constater que l'approche particulière qu'ils avaient suggérée serait plus raisonnable que celle qui découle de l'approche proposée par les CE. Au contraire, l'approche des États-Unis, telle que ceux-ci cherchaient à l'appliquer dans la présente affaire, avait des défauts démontrables. Nous notons qu'en l'espèce, l'estimation de l'incidence de la subvention sur le commerce, calculée par les États-Unis d'après le modèle d'Armington, ne fait pas appel *en fait* aux élasticités-prix croisées spécifiques aux CE ni aux élasticités spécifiques de la demande à l'exportation des États-Unis (deuxième communication des États-Unis, note de bas de page 97). En outre, en réponse à une question de l'arbitre sur l'utilisation de l'autre méthode, les États-Unis ont souligné qu'il n'y avait pas de base fiable pour l'emploi de cette approche. Leur réponse a été la suivante: "Bien que les États-Unis *n'aient pas pu trouver les renseignements nécessaires* pour faire la distinction entre les CE et le reste du monde, l'application du modèle d'Armington, cependant, permet du moins à l'arbitre d'avoir une évaluation indépendante de l'incidence de la subvention des États-Unis sur le commerce des CE sur la base d'une série différente d'estimations de paramètres" (pas d'italique dans l'original) (réponse des États-Unis aux questions additionnelles de l'arbitre, paragraphe 30). Les États-Unis ont aussi déclaré qu'ils n'avaient pas les renseignements qui, s'ils avaient été disponibles, leur auraient permis de calculer avec plus de précision les effets sur le commerce. "Avec ces renseignements additionnels, le modèle d'Armington *aurait peut-être pu* apporter de meilleures indications que le modèle du Trésor, car il *aurait* pris en compte davantage de renseignements (à savoir le degré de substituabilité entre les produits exportés par les États-Unis et les marchandises des CE) et *aurait* permis d'éviter la nécessité de déterminer la manière dont la part des CE serait calculée" (réponses des États-Unis aux questions additionnelles de l'arbitre, paragraphe 30) (pas d'italique dans l'original). Ainsi, les États-Unis, tout au plus, formulent l'hypothèse qu'il *pourrait* y avoir une approche plus fiable et plus solide. Cependant, ils n'ont pas été eux-mêmes en mesure de nous offrir une autre base fiable permettant de faire une appréciation qui aurait définitivement prévalu sur toute appréciation fondée sur le modèle du Trésor.

du Trésor des États-Unis pourrait ou non ne pas être certaine quant à ses conclusions. Il s'agit de savoir si nous avons une raison plus fondamentale de rejeter à bon escient l'étude du Trésor. En ce sens, nous considérons qu'il y a, sur le plan pratique, une charge incombant aux États-Unis en l'espèce, à notre avis, de contester avec succès le modèle que leur propre Département du Trésor avait élaboré pour évaluer le régime devant le Congrès des États-Unis.

6.49 Bien entendu, nous devons prendre bonne note des réserves qui sont aujourd'hui exprimées par les États-Unis au sujet de leur propre étude. On peut toujours discuter de toutes les estimations, mais la vraie question n'est pas de savoir si d'autres options sont possibles, mais s'il existe quelque chose de fiable qui nous obligerait à considérer les grands paramètres des résultats de cette étude comme étant déraisonnables. Dans ce contexte, nous sommes conscients que la tâche qui consiste à évaluer les effets du régime sur le commerce ne peut pas être accomplie avec une précision mathématique. Néanmoins, la science économique nous permet bien de prendre en considération, avec un certain degré de confiance, un éventail d'effets possibles sur le commerce.

6.50 À notre avis, cependant, les États-Unis n'ont, en tout état de cause, pas réussi à démontrer que d'autres hypothèses conduisant à des estimations plus faibles seraient plus plausibles que celles qui étaient utilisées dans l'étude du Trésor des États-Unis et sur lesquelles les Communautés européennes se sont fondées en l'espèce. Premièrement, les États-Unis ont fait valoir qu'il faudrait utiliser des valeurs différentes pour l'élasticité de la demande à l'exportation⁹⁵ et que les taux de transmission devraient être plus faibles. La raison pour laquelle ces chiffres devraient être préférés à ceux que leur propre Administration a effectivement appliqués dans cette étude n'a cependant pas été expliquée de façon convaincante. Les États-Unis ont présenté des paramètres réévalués pour le modèle du Trésor, en utilisant des données plus récentes, mais ces valeurs étaient calculées à partir d'estimations des *importations* des États-Unis, et non des exportations des États-Unis, qui sont ce qui nous occupe ici.⁹⁶

⁹⁵ Les États-Unis ont dit que l'éventail des estimations de l'élasticité-prix à un point donné de la demande à l'exportation globale des États-Unis allait de -1,13 à -2,53, alors que la moyenne simple des estimations des élasticités-prix utilisées dans l'étude du Trésor des États-Unis était de -3,0. La différence entre ces estimations, selon les États-Unis, est l'une des raisons pour lesquelles le modèle du Trésor des États-Unis conduirait à surestimer l'incidence réelle sur le commerce. Les États-Unis, cependant, n'ont pas fourni d'éléments de preuve étayant l'utilisation de ces estimations globales différentes. Surtout, ils n'ont pas tenu compte du fait que, dans l'étude du Trésor des États-Unis, quatre secteurs représentent à eux seuls 66 pour cent du total du revenu exonéré des FSC, et que, selon l'étude du Trésor des États-Unis, les estimations pour ces secteurs sont de -1,7, -3,8, -4,1 et -3,8, respectivement. Eu égard au poids de ces secteurs dans l'effet global de la subvention sur le commerce, l'analyse devrait être centrée sur la valeur de l'élasticité-prix de ces secteurs. Cela concorde avec le point de vue selon lequel les élasticités simples agrégées seraient intrinsèquement plus susceptibles d'entraîner une sous-estimation des élasticités aux fins d'une analyse du régime FSC/ETI.

⁹⁶ Les États-Unis ont été d'avis que les estimations concernant l'élasticité "calculées" d'après les élasticités de substitution estimées étaient plus solides que les estimations communiquées par les Communautés européennes. Les calculs communiqués par les États-Unis ont été justifiés au motif qu'ils étaient plus récents et pouvaient être établis à un niveau désagrégé. La méthode utilisée pour calculer les élasticités, cependant, n'a jamais été clairement précisée par les États-Unis. Les estimations initiales à partir desquelles les estimations calculées ont été établies provenaient de deux études d'universitaires (Gallaway et al. 2001; Shiells et Reinert (1993)), ayant trait toutes les deux aux États-Unis. Nous notons que ces estimations sont dérivées de fonctions de la demande concernant les consommateurs des États-Unis. En conséquence, elles se rapportent au degré de substitution entre les marchandises importées aux États-Unis et les marchandises produites dans le pays pour les consommateurs des États-Unis. Les États-Unis n'ont pas établi pourquoi les mesures de l'élasticité des importations aux États-Unis pouvaient être utilisées comme estimations de l'élasticité des exportations. À notre avis, les États-Unis n'ont pas donné de réponse véritable aux trois raisons indiquées par les CE comme étant un sujet de préoccupation en ce qui concerne la procédure utilisée par les États-Unis:

"Les estimations de l'élasticité d'après l'approche Armington que les États-Unis ont utilisées concernent la substitution entre les marchandises importées aux États-Unis et les marchandises produites dans le pays. Ce n'est pas la même chose que les élasticités de substitution entre les marchandises exportées par les États-Unis et les marchandises produites dans des pays étrangers. Premièrement, les pays étrangers auront des politiques

6.51 Deuxièmement, s'agissant de la question de la transmission, le raisonnement économique présenté par les États-Unis pour expliquer l'ajustement à la baisse du taux n'était pas intrinsèquement plus convaincant que celui qui avait été utilisé dans leur propre étude (Trésor des États-Unis). L'estimation de l'incidence sur le commerce donnée par les CE est fondée sur l'hypothèse d'une transmission intégrale de l'effet de la subvention aux prix des produits des États-Unis.⁹⁷ Les États-Unis font valoir que cette hypothèse n'est pas nécessairement étayée par des faits empiriques et qu'elle fausserait donc les résultats par surestimation.⁹⁸ Ils font valoir que deux facteurs pourraient se conjuguer de telle manière que la transmission de la subvention sur le prix des produits mondiaux soit inférieure à 100 pour cent.⁹⁹ Premièrement, si les entreprises opèrent sur la pente positive de leur courbe des coûts moyens, une augmentation de la production pourrait entraîner un accroissement des coûts qui peut ne pas être compensé par la subvention.¹⁰⁰ Deuxièmement, si les entreprises d'un secteur sont puissantes sur le marché, elles ne seraient pas nécessairement incitées à baisser les prix.¹⁰¹

6.52 Cependant, des éléments de preuve empiriques montrent que l'effet de transmission d'un programme similaire a été de 75 pour cent dans les années 70.¹⁰² Aujourd'hui, plus de 25 ans plus tard, il n'est pas déraisonnable de penser que le marché mondial est plus concurrentiel, ce qui accroît l'effet de transmission.¹⁰³ Nous n'avons certainement trouvé aucune raison plausible de donner crédit

différentes en matière d'importations. Deuxièmement, les consommateurs étrangers auront des goûts et préférences différents de ceux des consommateurs des États-Unis. Troisièmement, il est vraisemblable que la gamme des marchandises d'un secteur qui entrent dans le commerce international ne sera pas la même que la gamme des marchandises produites dans le pays et destinées à la vente sur le marché local. En conséquence, la gamme des marchandises exportées par les États-Unis n'est pas la même que celle des marchandises produites dans le pays et destinées à la vente aux États-Unis, et la gamme des marchandises importées aux États-Unis n'est pas la même que celle des marchandises produites à l'étranger et destinées à la vente dans les pays étrangers." (observations des CE sur les réponses des États-Unis aux questions additionnelles de l'arbitre, paragraphe 5)

⁹⁷ La question de la transmission concerne la mesure dans laquelle une société utilise la subvention qu'elle reçoit pour baisser le prix du produit qu'elle exporte. À un extrême, la société peut choisir de répercuter le montant intégral de la subvention sur le prix de ses produits, en en baissant ainsi le prix. À l'autre extrême, elle peut choisir de ne pas baisser le prix du produit. La notion de transmission est expliquée plus en détail au paragraphe 89 des réponses des États-Unis aux questions de l'arbitre:

"Face à une économie d'impôt résultant du régime FSC/ETI, un exportateur peut agir de deux manières. Soit il peut diminuer le prix de ses produits exportés en fonction du montant de l'économie d'impôt. Dans ce cas, son bénéfice net par transaction restera identique, mais ses bénéfices totaux augmenteront peut-être puisque - les autres facteurs restant constants - le volume de ses exportations augmentera. Ce scénario est celui de la "transmission intégrale". Soit l'exportateur peut laisser inchangé le prix de ses produits exportés. Dans ce cas, le volume de ses exportations ne changera pas - les autres facteurs restant constants - mais son bénéfice net par transaction augmentera en fonction du montant de l'économie d'impôt. Ce scénario est celui de la "transmission non intégrale".

⁹⁸ Les États-Unis affirment que "la transmission est un facteur tellement critique que, s'il était déterminé que les entreprises ont résorbé complètement la subvention fiscale au lieu de la refléter dans les prix à l'exportation, la subvention n'aurait aucun effet sur les exportations des États-Unis et son incidence sur le commerce serait égale à zéro". (Déclaration orale des États-Unis, paragraphe 56).

⁹⁹ Réponses des États-Unis aux questions de l'arbitre, paragraphe 94.

¹⁰⁰ Réponses des États-Unis aux questions de l'arbitre, paragraphes 95 à 97.

¹⁰¹ Réponses des États-Unis aux questions de l'arbitre, paragraphes 98 et 99.

¹⁰² Réponses des CE aux questions de l'arbitre, paragraphe 134.

¹⁰³ L'accès aux marchés pour les produits industriels à la suite du Cycle d'Uruguay se caractérise par une réduction de 40 pour cent des droits moyens, qui sont passés de 6,3 à 3,8 pour cent. De plus, la proportion des produits admis en franchise sur les marchés des pays développés passerait de 20 à 44 pour cent, tandis que la proportion des produits assujettis à des droits supérieurs à 15 pour cent est tombée de 7 à 5 pour cent (Secrétariat du GATT (1994), *Résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay*, Genève, GATT). De plus, les États-Unis n'ont pas réussi à réfuter les arguments présentés par les Communautés européennes au sujet de l'accroissement de la concurrence mondiale sur les marchés des produits industriels. En

à l'idée qu'il était raisonnable de supposer que la transmission se situait plutôt en bas qu'en haut de l'échelle. Ici non plus, nous ne pouvons pas dire avec une précision mathématique quel est le chiffre exact de la transmission, mais nous pouvons fixer une limite inférieure et une limite supérieure pour l'éventail des effets possibles.¹⁰⁴

6.53 Nous reconnaissons qu'il existe un véritable débat sur les valeurs des paramètres dans les modèles économiques. Nous reconnaissons en outre que les paramètres utilisés dans le modèle du Trésor des États-Unis se situent dans la partie supérieure de l'éventail des estimations. Néanmoins, ils restent dans une fourchette acceptable, comme le montre bien, en particulier, le fait que le Trésor des États-Unis lui-même les a utilisés dans son rapport au Congrès. Les États-Unis ont suggéré diverses valeurs possibles fondées sur différentes hypothèses et variables, qui pourraient aboutir à une estimation des effets du régime FSC/ETI sur le commerce des Communautés européennes inférieure au montant des contre-mesures que les Communautés européennes proposent de prendre. Dans l'ensemble, cependant, nous considérerions que ces valeurs ne sont pas convaincantes, et certainement pas plus convaincantes intrinsèquement que les chiffres proposés par les Communautés européennes.

6.54 Même si l'on devait supposer que les diverses variables et résultats sont également plausibles, un examen de ces variables et résultats conduirait tout au plus à conclure qu'il n'était pas *prouvé* que les effets de la mesure sur le commerce des Communautés européennes étaient supérieurs ou inférieurs au montant des contre-mesures proposées. Cela ne serait évidemment pas suffisant pour nous amener à conclure que les contre-mesures proposées sont disproportionnées. L'absence de preuve concernant un point contesté ne suffit pas à invalider une appréciation qui est par ailleurs justifiée. Dans ces circonstances, on ne serait certainement pas en droit de conclure que le bénéfice du doute, face à des chiffres contradictoires, doit toujours être accordé au Membre qui conteste le montant proposé des contre-mesures, en l'espèce les États-Unis. Une telle évaluation - fondée sur les effets de la mesure sur le commerce des Communautés européennes, comme les États-Unis l'ont suggéré - conduirait en fait, dans la présente affaire, à conclure que les contre-mesures proposées ne pourraient pas être considérées "disproportionnées" à ces effets.

6.55 Cela ne veut pas dire qu'en l'espèce c'est la situation dans laquelle nous nous trouverions en fait. Il nous semble que, dans l'ensemble, les chiffres des Communautés européennes sont au moins aussi plausibles que les estimations basses avancées par les États-Unis. Le libellé de la note de bas de page 9 indique clairement que nous devons procéder à notre évaluation eu égard au fait que la subvention en cause est prohibée. Nous rappelons ici que la dernière partie de la note de bas de page 9 donne à penser que c'est une considération aggravante et non atténuante et que, dans l'évaluation du "caractère approprié" de ces contre-mesures - eu égard à la gravité de l'infraction - il faut ménager une marge d'appréciation.¹⁰⁵ Cela ne peut raisonnablement être interprété que comme signifiant que, dans une situation où il n'y a pas plus de raison intrinsèquement plausible d'opter pour le chiffre inférieur et non pour le chiffre supérieur, il serait incompatible avec l'instruction contenue dans la note de bas de page d'opter automatiquement et par défaut pour le chiffre inférieur. Cela serait en fait aller à l'encontre de ce qui est prévu dans la note de bas de page 9.

6.56 En outre, dans la mesure où il y a une chance sur deux d'erreur, toute présomption en faveur d'un chiffre inférieur fausserait systématiquement le risque en créant une dissuasion à l'encontre de la conformité avec le retrait de la subvention. Cela serait entièrement contraire à l'instruction contenue

particulier, les Communautés européennes ont cité des ouvrages économiques pertinents indiquant une montée de la concurrence mondiale pour les entreprises américaines (voir la réponse des CE à la question n° 47 de l'arbitre).

¹⁰⁴ La limite supérieure serait de 100 pour cent, tandis qu'une limite inférieure pourrait être l'estimation relative au programme similaire entrepris dans les années 70, à savoir 75 pour cent (voir les réponses des CE aux questions de l'arbitre, paragraphe 134).

¹⁰⁵ Voir plus haut le paragraphe 5.62.

dans la note de bas de page 9. Ainsi, l'objectif de la prescription doit être de faire en sorte que l'incitation soit plus susceptible de faire respecter l'objectif du retrait d'une subvention à l'exportation prohibée comme seul moyen de rétablir l'équilibre préexistant des droits et des obligations.¹⁰⁶ Ces raisons additionnelles nous confortent encore dans notre appréciation en l'espèce.

6.57 Par conséquent, même en prenant en considération les effets défavorables de la mesure sur le commerce des Communautés européennes dans la présente affaire, nous n'aurions aucune base fiable pour conclure que, eu égard aux effets de la mesure sur le commerce des Communautés européennes (et compte tenu de la manière dont ceux-ci doivent être appréciés), le montant des contre-mesures proposées par les Communautés européennes serait hors de proportion avec ces effets.¹⁰⁷

6.58 En outre, nous rappelons que, au-delà de la marge raisonnable d'appréciation qui pourrait exister dans l'évaluation des effets réels de la mesure sur le commerce des Communautés européennes, l'article 4.10, en tout état de cause, non seulement permettrait, mais même prescrit que, dans notre évaluation, nous considérions le caractère prohibé de la subvention. Comme nous l'avons noté plus haut, cela implique, à notre avis, que nous prenons en considération la gravité de l'infraction initiale et le fait que, en lui-même, le maintien de la mesure en violation des obligations des États-Unis au titre de l'*Accord SMC* perturbe l'équilibre des droits et des obligations entre les Membres et, plus spécifiquement, entre les États-Unis et les Communautés européennes. Comme nous l'avons vu, en l'espèce, la mesure prohibée est un régime applicable de façon systémique et sur une très large échelle. Elle a donc la capacité de créer l'instabilité dans les conditions commerciales dans un grand nombre de secteurs. Cela, en soi, est une considération appropriée lorsqu'il s'agit d'évaluer si les contre-mesures proposées sont pertinentes, même si une évaluation devait être faite sur la base des effets réels de la mesure sur le commerce du Membre plaignant.

6.59 Un tel élément peut seulement être conçu, en termes quantitatifs, comme donnant au Membre qui prend des contre-mesures le droit de le faire à un niveau quelque peu supérieur à celui auquel aboutirait une estimation, calculée de façon très précise, des effets sur le commerce (à supposer qu'un tel calcul soit faisable). Pour les raisons indiquées plus haut, en conclure différemment réduirait en fait les termes de l'article 4.10 et de la note de bas de page 9 y relative à un pur critère des "effets sur le commerce", et porterait ainsi atteinte à l'objet et au but mêmes de l'idée de faire en sorte qu'une telle distinction soit établie, respectée et véritablement appliquée dans le cadre de l'*Accord SMC*.

6.60 Nous ne voyons donc aucune raison d'arriver à une conclusion différente de celle à laquelle nous sommes déjà arrivés sur la base de l'approche proposée par les Communautés européennes, après avoir examiné aussi le niveau des contre-mesures proposées dans la perspective des effets de la mesure sur le commerce des Communautés européennes.

¹⁰⁶ À titre d'application pratique, on pourrait faire le rapprochement avec la question de la transmission. Même si l'on admettait qu'il n'y a pas d'élément de preuve décisif concernant une transmission à 100 pour cent, dans une situation où la plausibilité en jeu se chiffrerait, par exemple, à 75, 90 ou 100 pour cent, il ne faudrait pas oublier que la prohibition des subventions à l'exportation n'est pas intrinsèquement subordonnée à la question de savoir si la subvention est ou non intégralement transmise aux prix. Un dollar de subvention à l'exportation reste un dollar de subvention à l'exportation. Cela étant, dans les circonstances où aucun élément décisif ne permet d'opter pour une solution particulière plutôt qu'une autre, l'instruction contenue dans la note de bas de page 9 s'applique, avec pour effet qu'on ne peut pas présumer qu'une estimation inférieure devrait prévaloir.

¹⁰⁷ Nous rappelons que les États-Unis eux-mêmes ont considéré qu'ils n'avaient pas fourni, en l'espèce, un instrument fiable permettant d'estimer ces effets, vu le nombre de variables incertaines qu'il faudrait prendre en compte.

C. REMARQUES FINALES

6.61 Enfin, bien que nous soyons convaincus que les contre-mesures ne sont pas disproportionnées, nous tenons à répondre aux préoccupations qui pourraient éventuellement subsister selon lesquelles les Communautés européennes ne peuvent pas avoir *de facto* le droit d'agir *erga omnes* au nom de tous les Membres de l'OMC en quelque sorte.

6.62 Ce n'est pas ainsi que nous voyons le problème dont nous sommes saisis. Premièrement, dans la mesure où il pourrait être suggéré que le droit de prendre des contre-mesures au niveau que nous avons déterminé prend en compte les "effets sur le commerce" d'autres parties que les Communautés européennes, cela serait dépourvu de fondement. Nous le répétons, nous considérons que notre constatation est justifiée, fondée sur l'équivalence dans la violation des droits et des obligations originels compte tenu de la gravité de la violation. Lorsque nous avons examiné la question des effets sur le commerce, nous l'avons fait en tout cas uniquement en ce qui concerne les effets se rapportant aux Communautés européennes.

6.63 Deuxièmement, la conclusion à laquelle nous sommes parvenus ne revient en aucune façon à donner aux Communautés européennes "le droit" d'agir "au nom" de Membres autres qu'elles-mêmes. Comme nous l'avons souligné plus haut dans notre raisonnement, il s'agit de proposer des contre-mesures se rapportant au rétablissement des droits et des obligations entre ces deux Membres. En examinant les faits de la cause, nous examinons la situation précise en l'espèce. Cette situation précise en l'espèce est que ce sont les Communautés européennes qui ont demandé le droit de prendre des contre-mesures. Ce faisant, le fait que c'est une affaire entre deux Membres est un facteur pertinent dont nous avons tenu compte. Si la question devait se poser, notre constatation ne porte pas atteinte à la faculté d'autres plaignants de demander ultérieurement et, si cela était justifié, d'obtenir l'autorisation de prendre des contre-mesures appropriées conformément à l'article 4.10 de l'*Accord SMC*. Par définition, dans le cas où une telle affaire pourrait avoir lieu hypothétiquement, il suffit de dire qu'il n'y a, à notre avis, aucune raison de présumer que l'arbitre qui pourrait être appelé à examiner une telle plainte à l'avenir ne tiendrait pas compte de tous les facteurs pertinents pour déterminer ce qui pourrait, au moment où il rendrait sa décision, constituer les "contre-mesures appropriées" dans ladite affaire future.¹⁰⁸

6.64 Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que le montant des contre-mesures proposées par les Communautés européennes en l'espèce est "approprié" au sens de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*.

VII. DEMANDE DES CE EN CE QUI CONCERNE LA VIOLATION DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994

7.1 Nous notons que les Communautés européennes ont demandé un montant spécifique de contre-mesures et ont clairement limité leur demande à ce montant. Les Communautés européennes ont exprimé clairement l'opinion selon laquelle il nous faudrait examiner si un montant additionnel de suspension de concessions devait être accordé au titre de l'article 22:7 du *Mémoire d'accord*, en particulier eu égard à la violation de l'article III:4 du *GATT de 1994*¹⁰⁹, dans le cas où nous devrions décider que le montant approprié des contre-mesures au titre de l'article 4.11 de l'*Accord SMC* était inférieur au montant demandé. Nous avons conclu que des contre-mesures d'un montant de 4 043 millions de dollars, telles qu'elles avaient été proposées par les Communautés européennes, constitueraient des "contre-mesures appropriées" dans les circonstances de la présente affaire. Nous

¹⁰⁸ Nous renvoyons au paragraphe 6.29 plus haut et à la déclaration des Communautés européennes à cet égard.

¹⁰⁹ Réponse des CE à la question n° 2 de l'arbitre.

n'avons donc pas besoin d'examiner la question de la suspension de concessions ou d'autres obligations en relation avec la violation de l'article III:4 du *GATT de 1994*.

VIII. DÉCISION DE L'ARBITRE

8.1 Pour les raisons exposées ci-dessus, l'arbitre détermine que, dans l'affaire *États-Unis - Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, la suspension par les Communautés européennes de concessions au titre du *GATT de 1994*, sous la forme de l'imposition d'un droit *ad valorem* de 100 pour cent sur les importations de certaines marchandises en provenance des États-Unis pour un montant maximal de 4 043 millions de dollars par an, telle qu'elle est décrite dans la demande d'autorisation de prendre des contre-mesures et de suspendre des concessions présentée par les Communautés européennes, constituerait des contre-mesures appropriées au sens de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*.

ANNEXE A - CALCUL DU MONTANT DE LA SUBVENTION

A.1 La présente annexe a pour objet d'exposer les arguments et méthodes concernant l'estimation de la valeur de la subvention pour l'année 2000.

A.2 On ne dispose pas de données réelles pour l'année 2000.¹¹⁰ Le point de départ de l'analyse est donc le coût budgétaire du régime FSC pour 1996, dernière année pour laquelle des données sont disponibles.¹¹¹ Les parties ont des points de vue divergents sur la méthode à appliquer pour projeter sur l'année 2000 le chiffre de 1996.¹¹²

A. ARGUMENTS DES PARTIES

1. Calcul de la valeur non ajustée

A.3 Dans leur première communication, **les Communautés européennes** déclarent que le coût budgétaire réel du programme (de la subvention) n'est connu que pour 1996, année pour laquelle il s'est élevé à 2 972 millions de dollars.¹¹³ Elles proposent d'appliquer l'une ou l'autre de deux méthodes pour estimer la valeur pour les années ultérieures. La première suit l'approche du Trésor des États-Unis, qui prend pour hypothèse un taux de croissance de 8 pour cent. Selon ce scénario, la valeur de la subvention est de 4 043 millions de dollars pour l'année 2000. La seconde repose sur le taux de croissance annuel moyen entre 1987 et 1996 du revenu exonéré effectif dans le cadre du programme FSC, taux qui a été de 16,7 pour cent.¹¹⁴ Si l'on appliquait ce taux de croissance, la valeur de la subvention en 2000 s'établirait à 5 512 millions de dollars.¹¹⁵

A.4 Dans leurs observations sur les méthodes proposées par les Communautés européennes, **les États-Unis** ont proposé de se fonder sur l'estimation, publiée par le Département du Trésor des États-Unis, des dépenses budgétaires imputables à la subvention, pour l'année considérée.¹¹⁶ Ce chiffre est indiqué dans la première communication, des États-Unis comme étant le chiffre utilisé dans le budget des États-Unis - 3 890 millions de dollars pour 2000.¹¹⁷ Le programme étant appliqué à tous les secteurs, il faut opérer un ajustement pour tenir compte du commerce des services. Les États-Unis font valoir que cet ajustement devrait consister en une réduction de 8,3 pour cent correspondant aux services dans les secteurs de l'agriculture, de l'informatique, du cinéma, de l'ingénierie et de

¹¹⁰ Nous notons à cet égard que les Communautés européennes ont fait valoir au cours de la procédure qu'il devrait y avoir des données réelles plus récentes dans un rapport qui allait être présenté au Congrès pour la période 1997-2000. En réponse à une question de l'arbitre, les États-Unis ont indiqué que le Département du Trésor des États-Unis recueillait et traitait les données relatives à l'application du programme FSC tous les quatre ans depuis 1992, et que la dernière année pour laquelle ces données avaient été recueillies et analysées était 1996. Si des données ont été recueillies pour l'année 2000, les "données définitives" concernant l'exercice 2000 devraient être disponibles à la fin 2002. La publication des données analysées ne devrait pas avoir lieu avant 2004. Les États-Unis indiquent aussi que leur législation ne les autoriserait pas à produire des déclarations d'impôt et que l'utilisation de données choisies conduirait à donner une image peu fiable, voire très trompeuse, de l'application du programme en 2000 (voir les réponses des États-Unis aux questions, paragraphes 75 à 83).

¹¹¹ Pièces n° 11 des CE et n° 15 des États-Unis.

¹¹² Ces points de vue sont résumés dans les pièces n° 11 des CE et n° 15 des États-Unis.

¹¹³ Paragraphe 34.

¹¹⁴ Première communication des CE, paragraphe 41.

¹¹⁵ Pièce n° 3 des CE.

¹¹⁶ Paragraphe 7.

¹¹⁷ Page 28.

l'architecture.¹¹⁸ La valeur de la subvention en 2000 s'établit donc, selon les États-Unis, à 3 567 millions de dollars.¹¹⁹

A.5 Dans la section V de leur deuxième communication, les États-Unis traitent directement de la question de la méthode et modifient quelque peu le chiffre susmentionné. Ils font valoir que deux éléments doivent être pris en compte dans la croissance de la subvention. Le premier est le coût budgétaire par dollar des exportations FSC, ou la valeur de la subvention divisée par les exportations FSC. Le second est le rapport des exportations FSC aux exportations totales. En séparant la valeur de la subvention des exportations totales, on peut utiliser les données réelles concernant les exportations des États-Unis aux fins d'estimation. En conséquence, le seul élément de la subvention qui est à estimer est le coût budgétaire par dollar. Les États-Unis estiment le taux de croissance de cet élément à 1 pour cent sur la base de données économiques concernant la période 1997-2000.¹²⁰

A.6 Pour faire mieux comprendre comment cette estimation est établie, les États-Unis décomposent le coût budgétaire global du programme FSC/ETI en trois éléments déterminants: le coût budgétaire par dollar des exportations remplissant les conditions requises, le rapport des exportations FSC aux exportations totales des États-Unis et les exportations totales des États-Unis.¹²¹

A.7 Les informations pertinentes concernant ces éléments sont les suivantes:

- le coût budgétaire par dollar des exportations FSC a été de 0,092 pour cent en 1987, de 0,091 pour cent en 1992 et de 1,04 pour cent en 1996. Le taux de croissance moyen de 1992 à 1996 a été de 3,3 pour cent;
- leur part dans les exportations totales des États-Unis a été de 33,7 pour cent en 1987, de 34,6 pour cent en 1992, puis de 46,7 pour cent en 1996. Le taux de croissance moyen de cet élément a été de 7,5 pour cent de 1992 à 1996. Les États-Unis font valoir que le taux de croissance prévu de ces deux éléments (combinés) est de 1 pour cent¹²²; et
- l'utilisation du régime FSC (le rapport des recettes exonérées à la valeur totale des exportations) a été de 1,36 pour cent en 1996. Avec un taux de croissance annuel moyen de 1 pour cent, ce chiffre atteindrait 1,414 pour cent en 2000 et 1,429 pour cent en 2001.

A.8 La subvention globale totale non ajustée, selon les États-Unis, s'établirait à 3 869 millions de dollars en 2000, chiffre qui diffère de leur estimation initiale.¹²³

A.9 Les Communautés européennes ont accepté la méthode révisée des États-Unis, qui tient compte des données réelles, sous réserve de deux conditions.¹²⁴ La première concerne l'année sur laquelle doit porter le calcul. La seconde est que le taux de croissance de l'utilisation de la disposition FSC devrait être le taux de croissance enregistré de 1992 à 1996. Les Communautés européennes ne considèrent pas qu'il soit approprié de tenir compte de l'utilisation du régime entre 1987 et 1996, parce que le taux de l'impôt du revenu des sociétés des États-Unis a diminué entre l'exercice 1987 et

¹¹⁸ Page 29.

¹¹⁹ Première communication des États-Unis, paragraphe 74.

¹²⁰ Deuxième communication des États-Unis, paragraphe 84.

¹²¹ Deuxième communication des États-Unis, paragraphes 77 et 78.

¹²² Deuxième communication des États-Unis, paragraphe 84.

¹²³ Deuxième communication des États-Unis, paragraphe 86.

¹²⁴ Déclaration orale des CE, paragraphe 47.

l'exercice 1992.¹²⁵ Elles font valoir que la baisse du taux d'imposition des sociétés aurait un effet négatif sur l'utilisation du régime FSC et que, en conséquence, le taux de croissance à prendre en considération devrait être celui de la période 1992-1996, au cours de laquelle les variables fiscales ont été constantes.¹²⁶

A.10 Les États-Unis ont indiqué trois facteurs sur lesquels, selon eux, repose l'estimation du Trésor des États-Unis pour la période 1996-1999. Ce sont: le rapport des bénéfices imposables aux ventes des sociétés du secteur manufacturier ayant des charges fiscales positives, le rapport des exportations FSC aux exportations totales et les taux d'imposition globaux des États-Unis.¹²⁷ Les États-Unis poursuivent en disant que l'aspect essentiel de ces trois points est qu'ils sont fondés sur des données concernant la période effective à prendre en compte pour l'estimation, et non sur des extrapolations faites à partir de taux passés.¹²⁸ Les États-Unis ont encore développé ces points en réponse à une question spécifique de l'arbitre sur cette question.¹²⁹

A.11 Les Communautés européennes ont maintenu leur position selon laquelle elles estiment que l'approche du Trésor des États-Unis est arbitraire et que le Trésor des États-Unis a systématiquement sous-estimé la valeur.¹³⁰ Elles font valoir que, sur la base de la nouvelle méthode proposée par les États-Unis, le taux de croissance entre 1996 et 2000 devrait être calculé à partir du taux de croissance enregistré entre 1992 et 1996¹³¹, étant donné que l'approche des États-Unis "est dépourvue de toute base solide".¹³²

A.12 Les Communautés européennes critiquent également l'utilisation par les États-Unis de données non référencées. Elles citent les tableaux 1 et 2 des réponses des États-Unis aux questions additionnelles de l'arbitre, qui sont "établis par le Bureau d'analyse fiscale du Département du Trésor des États-Unis".¹³³ Elles s'intéressent aussi expressément aux éléments déterminants proposés par les États-Unis. Par exemple, elles font valoir qu'il y a une différence entre la rentabilité de l'industrie manufacturière dans son ensemble et la rentabilité qui peut être imputée aux ventes à l'exportation.¹³⁴ En ce qui concerne les chiffres des bénéfices, les Communautés européennes ont produit des données extraites du Rapport économique du Président qui contredisent les données fournies par les États-Unis sur la rentabilité, et elles ont cité une étude montrant que les principaux bénéficiaires du régime FSC ont enregistré un accroissement des avantages qu'ils en tiraient en chiffres absolus pendant la période 1996-2000.¹³⁵

A.13 Globalement, si le taux d'utilisation de la période 1992-1996 est appliqué, l'estimation des Communautés européennes concernant la subvention non ajustée pour 2000 est de 5 577 millions de dollars (tableau A.1).¹³⁶ Par contre, selon la méthode des États-Unis, l'estimation de la subvention non ajustée est de 3 869 millions de dollars.

¹²⁵ Déclaration orale des CE, paragraphe 50.

¹²⁶ Déclaration orale des CE, paragraphe 50.

¹²⁷ Réponses des États-Unis aux questions de l'arbitre, paragraphe 122.

¹²⁸ Réponses des États-Unis aux questions de l'arbitre, paragraphe 122.

¹²⁹ Question n° 10 des questions additionnelles de l'arbitre et réponse des États-Unis à cette question.

¹³⁰ Deuxième communication des CE, paragraphes 40 à 45.

¹³¹ Déclaration orale des CE, paragraphe 52, et pièce n° 11 des CE.

¹³² Observations des CE sur les réponses des États-Unis aux questions additionnelles de l'arbitre, paragraphe 16.

¹³³ Observations des CE sur les réponses des États-Unis aux questions additionnelles de l'arbitre, paragraphe 17.

¹³⁴ Observations des CE sur les réponses des États-Unis aux questions additionnelles de l'arbitre, paragraphe 19.

¹³⁵ Ces données sont produites dans la pièce n° 17 des CE et l'étude constitue la pièce n° 15 des CE.

¹³⁶ Réponses des CE aux questions de l'arbitre, paragraphe 52.

2. Ajustements à apporter au montant total estimé

A.14 Nous relevons que les parties n'ont pas adopté tout à fait la même approche pour cet aspect du calcul. Alors que les Communautés européennes soutenaient que, "s'il était approprié de réduire [leurs] estimations des pertes de recettes d'un montant correspondant aux ventes de services, cette réduction serait très faible et largement comprise dans la marge globale de sous-estimation incorporée dans la demande des Communautés européennes fondée sur des estimations prudentes"¹³⁷, les États-Unis ont initialement proposé un ajustement à la baisse de 1 pour cent du montant total de la subvention¹³⁸, puis ont accepté une méthode comportant une réduction de 0,57 pour cent du montant calculé pour la subvention.¹³⁹ Les Communautés européennes ont admis que toute réduction éventuelle pour les services ne pourrait être que de 0,57 pour cent. Cependant, elles ont aussi contesté qu'une quelconque déduction soit nécessaire parce que, à leur avis, l'obligation qui incombe aux États-Unis est de retirer le régime FSC/ETI, et que rien n'indique que les États-Unis auraient mis en place ce régime pour les services d'ingénierie et d'architecture seulement, ou qu'ils le supprimeraient pour toutes les exportations excepté celles de services d'ingénierie et d'architecture.¹⁴⁰ De l'avis des Communautés européennes, réduire les contre-mesures en ce qui concerne ces services ramènerait le montant des contre-mesures appropriées à un niveau inférieur à celui des avantages, et donc inférieur au niveau nécessaire pour inciter au respect des recommandations et décisions.

B. ÉVALUATION FAITE PAR LES ARBITRES

1. Projection de la valeur de la subvention

A.15 Comme de précédents arbitres, nous considérons que nous ne sommes pas tenus par les montants et calculs présentés par les parties. Le cas échéant, c'est-à-dire si nous estimons que les montants ou calculs des parties ne sont pas appropriés, nous pouvons effectuer nos propres calculs.¹⁴¹

A.16 Ayant examiné *supra* la question de l'année pertinente à prendre en compte, nous allons à présent effectuer notre calcul de la valeur de la subvention pour l'année 2000.¹⁴²

A.17 Les deux parties conviennent que le rapport du revenu exonéré net aux exportations des États-Unis était de 0,91 pour cent en 1992 et de 1,36 pour cent en 1996.¹⁴³ Si l'on utilise la formule type pour calculer le taux de croissance annuel moyen en supposant une croissance exponentielle sur quatre périodes de temps, on aboutit à un taux de 10,69 pour cent pour l'année 2000.¹⁴⁴ Les États-Unis ont estimé le taux de croissance à 1 pour cent.¹⁴⁵

A.18 Lorsque l'on rapporte le revenu exonéré net pour 2000, calculé sur la base du taux de 10,69 pour cent par an, à la valeur totale des exportations des États-Unis, soit 781 918 millions de dollars, on obtient pour cette année un revenu exonéré total de 15 940 millions de dollars. Le montant correspondant de la subvention non ajustée pour cette année s'élève à 5 577 millions de dollars. En revanche, avec le chiffre de 1 pour cent de taux de croissance présenté par les États-Unis, on aboutit à une subvention non ajustée d'un montant de 3 869 millions de dollars.

¹³⁷ Première communication des CE, paragraphe 93.

¹³⁸ Deuxième communication des États-Unis, paragraphe 23.

¹³⁹ Ce montant était fondé sur les statistiques du revenu (SOI) pour l'année 2000, c'est-à-dire la proportion.

¹⁴⁰ Deuxième communication des CE, paragraphe 86.

¹⁴¹ Voir les arbitrages concernant les affaires *Hormones* et *Aéronefs*, *op.cit.*

¹⁴² Voir plus haut les paragraphes 2.14 et 2.15.

¹⁴³ Pièce n° 11 des CE et paragraphe 73 de la deuxième communication des États-Unis.

¹⁴⁴ La formule est $V=A(1+g)^t$, V étant la valeur finale, A la valeur initiale, t le nombre de périodes de temps et g le taux de croissance annuel moyen.

¹⁴⁵ Réponses des États-Unis aux questions additionnelles, réponse à la question n° 10.

2. Ajustements à apporter à la subvention

A.19 Il faudrait envisager certains ajustements au montant total de la subvention pour parvenir à un chiffre représentant la valeur totale de la subvention que les États-Unis sont tenus de retirer conformément aux décisions et recommandations de l'ORD.

Comptabilisation des services

A.20 Les États-Unis ont initialement estimé qu'il faudrait ajuster la subvention en en déduisant les montants qui, selon eux, étaient imputables aux exportations concernant quatre catégories de services. Les Communautés européennes ont objecté que, sur ces quatre catégories, une seule, celle des services d'architecture et d'ingénierie, n'impliquait pas l'exportation de biens. Les États-Unis, après un nouvel examen, ont reconnu que c'était la seule catégorie statistique pour laquelle un ajustement devrait être apporté.¹⁴⁶

A.21 Selon la Loi ETI, la seule façon de réaliser des revenus du commerce extérieur remplissant les conditions requises qui ne proviennent pas de biens de commerce extérieur remplissant les conditions requises est de fournir certains services d'ingénierie ou d'architecture.¹⁴⁷ Nous convenons par conséquent qu'aux fins de l'exécution de notre mandat concernant le niveau des contre-mesures en rapport avec la violation de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*, l'ajustement à apporter au montant de la subvention au titre des exportations de services devrait tenir compte de cette catégorie des services d'ingénierie et d'architecture.¹⁴⁸

A.22 Étant donné qu'il existe des divergences de vue entre les parties en ce qui concerne la croissance du taux d'utilisation du régime FSC et les ajustements à apporter à l'estimation brute de la subvention, il y a nécessairement des différences dans les estimations. Néanmoins, si la subvention est ajustée à la baisse de 0,57 pour cent et à la hausse de 7,2 pour cent, il y aurait un ajustement global à la hausse de 6,63 pour cent, ce qui correspond à la différence entre les deux valeurs d'ajustement. En l'espèce, l'estimation de la subvention ajustée fournie par les États-Unis est de 4 125 millions de dollars alors que celle des Communautés européennes est de 5 988 millions de dollars.

3. Prise en compte de l'agriculture

a) Introduction

A.23 Les États-Unis ont initialement estimé que le montant des subventions imputables aux exportations de produits agricoles devrait être déduit aux fins de la détermination du montant des

¹⁴⁶ Deuxième communication des États-Unis, paragraphe 23.

¹⁴⁷ Nous rappelons que, conformément à la Loi ETI, certains revenus d'un contribuable américain peuvent être exclus du champ de l'impôt. Ces revenus - "revenus extraterritoriaux" qui sont des "revenus du commerce extérieur remplissant les conditions requises" - ne peuvent être perçus, pour ce qui est des biens, que dans des transactions portant sur des biens de commerce extérieur remplissant les conditions requises. En dehors du secteur des biens, ces revenus peuvent être perçus en relation avec des services qui sont: relatifs et annexes à i) toute vente, tout échange ou toute autre forme de cession de biens de commerce extérieur remplissant les conditions requises ou à ii) toute location-vente ou location de certains biens de commerce extérieur remplissant les conditions requises; des services d'ingénierie ou d'architecture fournis pour des projets de construction réalisés (ou envisagés) hors des États-Unis; ou des services de gestion fournis pour une personne autre qu'une personne liée en vue de la réalisation de certaines recettes brutes du commerce extérieur. Loi ETI, article 3; article 942 du Code des impôts, tels qu'évoqués au paragraphe 2.3 et dans la note 23 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité.

¹⁴⁸ Voir la première communication des États-Unis, paragraphe 73; la deuxième communication des États-Unis, paragraphe 88; la première communication des CE, paragraphe 93.

"contre-mesures appropriées" au sens de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*. Après plus ample réflexion, ils ont considéré que cet ajustement n'était pas nécessaire car il fallait adopter la même approche fondée sur une variable représentative. Les Communautés européennes font valoir que l'obligation incombant aux États-Unis est de retirer l'intégralité de la subvention et que le montant des exportations de produits agricoles dans le cadre du régime FSC/ETI est en tout état de cause très faible.¹⁴⁹ Elles ont également fait valoir que l'existence d'une violation distincte au titre de l'*Accord sur l'agriculture* ne pouvait aboutir à ce que le montant des contre-mesures soit ramené à un niveau inférieur à celui de la subvention.

A.24 Nous en venons maintenant à l'examen du montant de la subvention aux fins de l'*Accord SMC*.¹⁵⁰ Pour déterminer la composante agricole de la subvention FSC, nous nous référerons aux produits visés par l'*Accord sur l'agriculture* de l'OMC. La principale difficulté technique à cet égard tient au fait que la définition de l'OMC est fondée sur les produits de base alors que les définitions des branches de production concernent à la fois les industries manufacturières et les industries de services. Ainsi, dans la classification type des branches de production des États-Unis (USSIC), la pêche figure à la rubrique 090, mais il en va de même de l'exploitation des éclosiers et des conserves de poisson (tableau A.2).

b) Produits visés par l'*Accord sur l'agriculture*

A.25 L'*Accord sur l'agriculture* vise les chapitres 1 à 24 du SH, moins le poisson et les produits à base de poisson, plus un certain nombre de positions des chapitres 33, 35, 38, 41, 43 et 51 à 53.¹⁵¹ Le poisson et les produits à base de poisson relèvent du chapitre 3 et des positions 0509, 1504, 1603-05, 2301.¹⁵²

c) Catégories types des branches de production des États-Unis

A.26 Les 13 secteurs qui sont utilisés dans l'étude des Communautés européennes sont regroupés selon la classification type des branches de production des États-Unis. Étant donné qu'il s'agit de catégories de branches de production, on y trouve à la fois des industries de services et des industries manufacturières. Les secteurs dans lesquels figurent les produits de l'agriculture sont ceux de l'agriculture, des autres produits non manufacturés, des produits alimentaires et du tabac.

A.27 Dans la classification type des branches de production des États-Unis, le secteur non manufacturier inclut les secteurs des industries extractives, de la sylviculture et de la pêche, dont aucun n'entre dans le champ d'application de la définition de l'agriculture de l'OMC. Le poisson et les produits à base de poisson figurent dans cette classification sous la rubrique autres produits alimentaires (209). Par conséquent, le revenu exonéré se rapportant à cette catégorie doit être déduit aux fins du calcul de la subvention globale.

A.28 Isoler le revenu exonéré correspondant à la rubrique 209 de la classification type des branches de production des États-Unis pose un problème car le seul degré de désagrégation du revenu exonéré

¹⁴⁹ Première communication, paragraphe 88.

¹⁵⁰ Nous rappelons que, dans la présente affaire, le Groupe spécial au titre de l'article 21:5 a rendu une décision distincte selon laquelle le régime FSC/ETI constituait une violation de l'*Accord sur l'agriculture* en plus d'une violation de l'*Accord SMC*. L'Organe d'appel a confirmé cette constatation (Rapport de l'Organe d'appel au titre de l'article 21:5, paragraphe 256 d)). Nous relevons également, en ce qui concerne la déduction des produits agricoles évoquée ici, que si une évaluation distincte était faite du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages résultant de la violation de l'*Accord sur l'agriculture*, cela pourrait constituer une base distincte pour la suspension de concessions qui n'amoindrirait en aucun cas le droit à des contre-mesures au titre de l'*Accord SMC*.

¹⁵¹ Voir l'*Accord sur l'agriculture*, Annexe 1.

¹⁵² OMC, *Unfinished Business*.

dont l'arbitre dispose est le niveau des 13 secteurs utilisé dans le modèle des Communautés européennes. À notre avis, il n'existe que deux options pour faire une estimation compatible avec la définition de l'agriculture de l'OMC: soit déduire les produits alimentaires du calcul global, ce qui revient à sous-estimer la valeur réelle, soit les faire figurer dans le calcul global, qui serait alors une surestimation.

A.29 C'est la seconde approche qui a été choisie pour le calcul étant donné que le poisson et les produits à base de poisson sont classés dans la catégorie des autres produits alimentaires. Ce classement laisserait supposer que ces produits ne sont pas, par définition, des produits essentiels de la classification. L'hypothèse posée est que si cette catégorie avait été suffisamment importante en termes de production, elle se serait vu attribuer une rubrique spécifique dans la classification. Nous reconnaissons que cette approche n'est pas parfaite, d'autant que ces catégories n'ont pas été structurées en fonction des secteurs clés qui utilisent le programme FSC. Il est tout à fait possible qu'une part substantielle du revenu exonéré de la catégorie des produits alimentaires soit concentrée dans la catégorie du poisson et des produits à base de poisson, mais il est impossible d'en calculer le chiffre sans disposer des données pertinentes.

d) Conclusion

A.30 En l'absence de toute information qui permettrait de dissocier le poisson et les produits à base de poisson de la catégorie des produits alimentaires, on peut calculer la composante non agricole de la subvention en soustrayant le revenu exonéré provenant des secteurs de l'agriculture, des produits alimentaires et du tabac.

4. Recalcul de la valeur de la subvention

A.31 Compte tenu de ce qui est dit à la section précédente, on trouvera dans le tableau A.3 la répartition sectorielle du revenu exonéré. Si l'on soustrait le revenu exonéré provenant des secteurs de l'agriculture, des produits alimentaires et du tabac, on obtient une valeur totale de 5 843,2 millions de dollars. À partir de là, on peut calculer la valeur estimée de la subvention en 2000 selon les méthodes proposées par les Communautés européennes et les États-Unis, et on l'obtiendra en multipliant le montant du revenu exonéré par 0,65.

A.32 La subvention estimée selon la méthode des États-Unis s'élève ainsi à 3 798 millions de dollars (tableau A.1). En utilisant la même procédure pour les Communautés européennes, on obtient un revenu exonéré de 7 860 millions de dollars et, en utilisant leur méthode, on arrive à une estimation correspondante de la subvention globale de 5 332 millions de dollars.

C. CONCLUSION

A.33 Compte tenu des chiffres obtenus sur la base du calcul effectué, nous notons que le montant final de la subvention selon l'approche des États-Unis est de 3 739 millions de dollars alors que le montant final selon l'approche des Communautés européennes est de 5 332 millions de dollars.

A.34 Selon nous, les deux modes de calcul présentent des avantages et des inconvénients. Nous rappelons par ailleurs que nous ne sommes pas censés calculer un montant exact, mais déterminer si le montant des contre-mesures proposées par les Communautés européennes, soit 4 043 millions de dollars, est approprié. Dans ces circonstances, nous constatons que le montant de 4 043 millions de dollars, qui s'inscrit dans la fourchette des valeurs raisonnables calculées sur la base des méthodes respectives des deux parties, peut être considéré comme une approximation raisonnable de la valeur effective de la subvention pour l'année 2000.

Tableau A.1 - Calcul de la valeur de la subvention pour l'année 2000

	États-Unis	Communautés européennes
Taux de croissance de l'utilisation du régime FSC	0,01 par an	0,106886 par an
Revenu exonéré des FSC en 2000		
Exportations totales des États-Unis*	781 918 millions de dollars	781 918 millions de dollars
Valeur de la subvention non ajustée en 2000	3 869 millions de dollars	5 577 millions de dollars
Ajustement		
Services (-0,57%)	22 millions de dollars	
Ajustement ETI (+7,2%)	278 millions de dollars	401 millions de dollars
Valeur estimée, agriculture comprise	4 125 millions de dollars	5 988 millions de dollars
Valeur estimée, agriculture non comprise	3 739 millions de dollars	5 332 millions de dollars

* Source: OMC (2002), www.wto.org.

Tableau A.2 – Classification type des branches de production des États-Unis

Agriculture	
010	Production agricole – cultures
020	Production agricole – élevage et spécialités animales
070	Services agricoles
Sylviculture et pêche	
080	Sylviculture
090	Pêche, chasse et piégeage
Produits alimentaires et produits apparentés	
201	Produits carnés
202	Produits laitiers
203	Fruits et légumes en conserve
204	Produits de minoterie
205	Produits de boulangerie
208	Boissons
209	Autres produits alimentaires et produits apparentés
210	Tabac

Tableau A.3 - Revenu exonéré avant impôt (millions de dollars)

	1996	États-Unis 2000	CE 2000
Agriculture	118,7	165,3	222,9
Autres secteurs non manufacturiers	435,6	644,8	818,3
Produits alimentaires	153,3	214,2	287,9
Tabac	153,6	214,2	288,5
Bois d'œuvre	30,3	42,1	56,9
Papier	74,5	103,7	139,9
Produits chimiques	729,8	1 018,2	1 370,9
Caoutchouc	24,4	33,8	45,8
Métaux de première fusion	44,2	61,6	83,0
Produits métalliques ouvrés	59,9	83,4	112,5
Matériel non électrique	742,5	1 036,3	1 394,8
Matériel électrique	911,7	1 272,2	1 712,6
Matériel de transport	644,3	898,8	1 210,3
Instruments scientifiques	254,4	355,4	478,0
Autres produits manufacturés	137,0	202,1	257,3
TOTAL	4 513,9	6 346,1	8 479,5
Total hors agriculture	4 088,4	5 752,4	7 680,2

Source: OMC, sur la base des communications des parties.