



**CANADA – CERTAINES MESURES AFFECTANT LE SECTEUR DE LA
PRODUCTION D'ÉNERGIE RENOUVELABLE**

**CANADA – MESURES RELATIVES AU PROGRAMME DE
TARIFS DE RACHAT GARANTIS**

AB-2013-1

Rapports de l'Organe d'appel

Note du Secrétariat:

L'Organe d'appel remet les présents rapports sous la forme d'un document unique constituant deux rapports de l'Organe d'appel distincts: WT/DS412/AB/R et WT/DS426/AB/R. La page de couverture, les pages d'introduction, les sections 1 à 5 et les annexes sont communes aux deux rapports. Toutes les pages du document portent deux cotes, à savoir WT/DS412/AB/R et WT/DS426/AB/R, à l'exception des pages suivantes: les pages JPN-155 et JPN-156 de la section 6, qui portent la cote du rapport de l'Organe d'appel WT/DS412/AB/R et contiennent les constatations et conclusions figurant dans ce rapport; et les pages EU-157 et EU-158 de la section 6, qui portent la cote du rapport de l'Organe d'appel WT/DS426/AB/R et contiennent les constatations et conclusions figurant dans ce rapport.

Table des matières

1	INTRODUCTION.....	15
2	ARGUMENTS DES PARTICIPANTS ET PARTICIPANTS TIERS	25
2.1	Allégations d'erreur formulées par le Canada – Appelant.....	25
2.1.1	Article III:8 a) du GATT de 1994.....	25
2.1.2	Article 11 du Mémoire d'accord – "revendus dans le commerce"	28
2.2	Arguments du Japon – Intimé	31
2.2.1	Article III:8 a) du GATT de 1994.....	31
2.2.2	Article 11 du Mémoire d'accord – "revendus dans le commerce"	32
2.3	Arguments de l'Union européenne – Intimé	34
2.3.1	Article III:8 a) du GATT de 1994.....	34
2.3.2	Article 11 du Mémoire d'accord – "revendus dans le commerce"	36
2.4	Allégations d'erreur formulées par le Japon – Autre appelant.....	39
2.4.1	Ordre dans lequel le Groupe spécial a traité les allégations formulées par le Japon au titre de l'Accord SMC et ses allégations au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994	39
2.4.2	Allégations au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994	40
2.4.2.1	Constatation du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG comportent l'"acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés"	40
2.4.2.2	Interprétation et application par le Groupe spécial du mot "pour" dans le membre de phrase "pour les besoins des pouvoirs publics"	41
2.4.2.3	Interprétation et application par le Groupe spécial de l'expression "pour être revendus dans le commerce"	42
2.4.3	Décision du Groupe spécial d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne l'allégation "autonome" formulée par le Japon au titre de l'article III:4 du GATT de 1994	43
2.4.4	Allégations au titre de l'Accord SMC	45
2.4.4.1	Article 1.1 a) – "Contribution financière" ou "soutien des revenus ou des prix"	45
2.4.4.2	Article 1.1 b) – "Avantage"	47
2.4.4.3	Article 11 du Mémoire d'accord – "Avantage"	50
2.5	Allégations d'erreur formulées par l'Union européenne – Autre appelant	51
2.5.1	Rapport entre l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994.....	51
2.5.2	Allégations au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994	53
2.5.2.1	Constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux "régissent" l'acquisition d'électricité.....	53
2.5.2.2	Interprétation par le Groupe spécial de l'expression "besoins des pouvoirs publics"	54
2.5.3	Allégations au titre de l'Accord SMC	56
2.5.3.1	Article 1.1 b) – "Avantage"	56
2.5.3.2	Article 11 du Mémoire d'accord – "Avantage"	58
2.6	Arguments du Canada – Intimé.....	60
2.6.1	Ordre dans lequel le Groupe spécial a traité les allégations du Japon au titre de l'Accord SMC, de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994.....	60
2.6.2	Relation entre l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994	60
2.6.3	Allégations au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994	61
2.6.3.1	Constatation du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG comportent l'"acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés"	61
2.6.3.2	Constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux "régissent" l'acquisition d'électricité.....	62

2.6.3.3	Interprétation par le Groupe spécial de l'expression "besoins des pouvoirs publics"	62
2.6.3.4	Interprétation par le Groupe spécial du mot "pour" dans l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics"	63
2.6.3.5	Interprétation par le Groupe spécial de l'expression "pour être revendus dans le commerce"	64
2.6.3.6	Demande du Canada concernant l'action de compléter l'analyse	65
2.6.4	Décision du Groupe spécial d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne l'allégation "autonome" du Japon au titre de l'article III:4 du GATT de 1994	66
2.6.5	Allégations au titre de l'Accord SMC	66
2.6.5.1	Article 1.1 a) – "Contribution financière" ou "soutien des revenus ou des prix"	66
2.6.5.2	Article 1.1 b) – "Avantage"	68
2.6.5.3	Article 11 du Mémoire d'accord – "Avantage"	70
2.7	Arguments des participants tiers	71
2.7.1	Australie	71
2.7.2	Brésil	72
2.7.3	Chine	74
2.7.4	Inde	74
2.7.5	Norvège	75
2.7.6	Arabie saoudite	75
2.7.7	Turquie	76
2.7.8	États-Unis	76
3	QUESTIONS SOULEVÉES DANS LE PRÉSENT APPEL.....	78
4	CONTEXTE ET APERÇU GÉNÉRAL DES MESURES EN CAUSE	80
4.1	Réseaux d'électricité	80
4.2	Marché de l'électricité de l'Ontario	82
4.3	Le programme TRG.....	88
5	ANALYSE DE L'ORGANE D'APPEL	90
5.1	Ordre dans lequel le Groupe spécial a examiné les allégations du Japon au titre de l'Accord SMC et les allégations de ce dernier au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994.....	90
5.2	Applicabilité de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux mesures relevant de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et de la Liste exemplative y annexée.....	92
5.2.1	Constatations du Groupe spécial	93
5.2.2	Allégations et arguments présentés en appel	94
5.2.3	L'article III:8 a) du GATT de 1994 est-il applicable aux mesures qui relèvent de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et de la Liste exemplative y annexée?	95
5.3	Article III:8 a) du GATT de 1994.....	98
5.3.1	Constatations du Groupe spécial	99
5.3.2	Allégations et arguments présentés en appel	101
5.3.3	Interprétation de l'article III:8 a) du GATT de 1994	103
5.3.4	Application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux faits des présents différends.....	110
5.4	Le Groupe spécial a-t-il dûment appliqué le principe d'économie jurisprudentielle lorsqu'il s'est abstenu de formuler une constatation au sujet de l'allégation "autonome" formulée par le Japon au titre de l'article III:4 du GATT de 1994?.....	112

5.5	Allégations au titre de l'Accord SMC.....	117
5.5.1	Article 1.1 a) – "Contribution financière" ou "soutien des revenus ou des prix"	117
5.5.1.1	Constatations du Groupe spécial	118
5.5.1.2	Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que le programme et les contrats TRG étaient des "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics au regard de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC	119
5.5.1.3	Le Groupe spécial a-t-il fait erreur en appliquant le principe d'économie jurisprudentielle au sujet des allégations selon lesquelles les mesures en cause constituent un "soutien des revenus ou des prix"?	126
5.5.2	Article 1.1 b) – "Avantage"	127
5.5.2.1	Constatations du Groupe spécial	129
5.5.2.2	Point de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'Union européenne et le Japon n'avaient pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC	131
5.5.2.3	Question de savoir si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que l'Union européenne et le Japon n'avaient pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC	146
5.5.2.4	Action de compléter l'analyse	146
6	CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS FIGURANT DANS LE RAPPORT DE L'ORGANE D'APPEL WT/DS412/AB/R	JPN-155
6	CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS FIGURANT DANS LE RAPPORT DE L'ORGANE D'APPEL WT/DS426/AB/R	EU-157
ANNEXE 1	NOTIFICATION D'UN APPEL PRÉSENTÉE PAR LE CANADA.....	159
ANNEXE 2	NOTIFICATION D'UN AUTRE APPEL PRÉSENTÉE PAR LE JAPON	161
ANNEXE 3	NOTIFICATION D'UN AUTRE APPEL PRÉSENTÉE PAR L'UNION EUROPÉENNE	165
ANNEXE 4	DÉCISION PROCÉDURALE DE L'ORGANE D'APPEL	168

AFFAIRES CITÉES DANS LES PRÉSENTS RAPPORTS

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Australie – Saumons</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Australie – Mesures visant les importations de saumons</i> , WT/DS18/AB/R, adopté le 6 novembre 1998
<i>Brésil – Pneumatiques rechapés</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés</i> , WT/DS332/AB/R, adopté le 17 décembre 2007
<i>Canada – Aéronefs</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils</i> , WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999
<i>Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS70/AB/RW, adopté le 4 août 2000
<i>Canada – Automobiles</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i> , WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopté le 19 juin 2000
<i>Canada – Automobiles</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i> , WT/DS139/R, WT/DS142/R, adopté le 19 juin 2000, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R
<i>Canada – Énergie renouvelable</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable</i> , WT/DS412/R et WT/DS412/R/Add.1, distribué aux Membres de l'OMC le 19 décembre 2012 [appel en cours]
<i>Canada – Exportations de blé et importations de grains</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés</i> , WT/DS276/AB/R, adopté le 27 septembre 2004
<i>Canada – Exportations de blé et importations de grains</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés</i> , WT/DS276/R, adopté le 27 septembre 2004, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS276/AB/R
<i>Canada – Périodiques</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Certaines mesures concernant les périodiques</i> , WT/DS31/AB/R, adopté le 30 juillet 1997
<i>Canada – Produits laitiers</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers</i> , WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, adopté le 27 octobre 1999
<i>Canada – Programme de tarifs de rachat garantis</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis</i> , WT/DS426/R et WT/DS426/R/Add.1, distribué aux Membres de l'OMC le 19 décembre 2012 [appel en cours]
<i>CE – Amiante</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant</i> , WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001
<i>CE – Bananes III</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes</i> , WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>CE – Bananes III</i>	Rapports du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes</i> , WT/DS27/R/ECU (Équateur) / WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND (Guatemala et Honduras) / WT/DS27/R/MEX (Mexique) / WT/DS27/R/USA (États-Unis), adoptés le 25 septembre 1997, modifiés par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R
<i>CE – Certaines questions douanières</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Certaines questions douanières</i> , WT/DS315/R, adopté le 11 décembre 2006, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS315/AB/R
<i>CE – Hormones</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998
<i>CE – Sardines</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines</i> , WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
<i>CE – Subventions à l'exportation de sucre</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre</i> , WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, adopté le 19 mai 2005
<i>CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs</i> , WT/DS316/AB/R, adopté le 1 ^{er} juin 2011
<i>Chili – Système de fourchettes de prix</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles</i> , WT/DS207/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
<i>Chine – Droits de propriété intellectuelle</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Chine – Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter</i> , WT/DS362/R, adopté le 20 mars 2009
<i>Chine – Matières premières</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières</i> , WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adoptés le 22 février 2012
<i>Chine – Pièces automobiles</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Chine – Mesures affectant les importations de pièces automobiles</i> , WT/DS339/AB/R / WT/DS340/AB/R / WT/DS342/AB/R, adoptés le 12 janvier 2009
<i>Chine – Publications et produits audiovisuels</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels</i> , WT/DS363/R et WT/DS363/R/Corr.1, adopté le 19 janvier 2010, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS363/AB/R
<i>Corée – Boissons alcooliques</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Corée – Taxes sur les boissons alcooliques</i> , WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adopté le 17 février 1999
<i>Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée</i> , WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001
<i>États-Unis – Acier au carbone</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne</i> , WT/DS213/AB/R, adopté le 19 décembre 2002
<i>États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)</i> , WT/DS353/AB/R, adopté le 23 mars 2012

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits</i> , WT/DS176/AB/R, adopté le 1 ^{er} février 2002
<i>États-Unis – Bois de construction résineux IV</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada</i> , WT/DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004
<i>États-Unis – Bois de construction résineux IV</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada</i> , WT/DS257/R, adopté le 17 février 2004, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS257/AB/R
<i>États-Unis – Certains produits en provenance des CE</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes</i> , WT/DS165/AB/R, adopté le 10 janvier 2001
<i>États-Unis – Chemises et blouses de laine</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde</i> , WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, et WT/DS33/AB/R/Corr.1
<i>États-Unis – Coton upland</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland</i> , WT/DS267/AB/R, adopté le 21 mars 2005
<i>États-Unis – Coton upland</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland</i> , WT/DS267/R et WT/DS267/R/Add.1 à WT/DS267/R/Add.3, adopté le 21 mars 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS267/AB/R
<i>États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS267/AB/RW, adopté le 20 juin 2008
<i>États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine</i> , WT/DS379/AB/R, adopté le 25 mars 2011
<i>États-Unis – EPO</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)</i> , WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptés le 23 juillet 2012
<i>États-Unis – Essence</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules</i> , WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996
<i>États-Unis – Gluten de froment</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes</i> , WT/DS166/AB/R, adopté le 19 janvier 2001
<i>États-Unis – Thon II (Mexique)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon</i> , WT/DS381/AB/R, adopté le 13 juin 2012
<i>Inde – Automobiles</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Inde – Mesures concernant le secteur automobile</i> , WT/DS146/R, WT/DS175/R et WT/DS175/R/Corr.1, adopté le 5 avril 2002
<i>Indonésie – Automobiles</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i> , WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adopté le 23 juillet 1998

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Japon – Boissons alcooliques II</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Japon – Taxes sur les boissons alcooliques</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1 ^{er} novembre 1996
<i>Japon – DRAM (Corée)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée</i> , WT/DS336/AB/R et WT/DS336/AB/R/Corr.1, adopté le 17 décembre 2007
<i>Philippines – Spiritueux distillés</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Philippines – Taxes sur les spiritueux distillés</i> , WT/DS396/AB/R / WT/DS403/AB/R, adoptés le 20 janvier 2012
<i>Turquie – Riz</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Turquie – Mesures affectant l'importation de riz</i> , WT/DS334/R, adopté le 22 octobre 2007

ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LES PRÉSENTS RAPPORTS

Abréviation	Désignation
Accord SMC	Accord sur les subventions et les mesures compensatoires
Accord sur les ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
Accord sur les MIC	Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce
Accord sur l'OMC	Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce
AMP	Accord sur les marchés publics
CEO	Commission de l'énergie de l'Ontario
définitions types du programme TRG	Commission de l'énergie de l'Ontario, Tarifs de rachat garantis Appendice 1 – Définitions types (version 1.5.1), 15 juillet 2011 (pièce JPN-135 présentée au Groupe spécial)
directive TRG de 2009 du Ministre	directive datée du 24 septembre 2009 et adressée par le Vice-Premier Ministre et Ministre de l'énergie et de l'infrastructure au Président-Directeur général de l'Office de l'électricité de l'Ontario visant l'élaboration d'un programme de tarifs de rachat garantis (TRG) (pièce JPN-102 présentée au Groupe spécial)
exposé de l'OEO sur le barème de prix TRG proposé	OEO, exposé intitulé "Proposed Feed-in Tariff Price Schedule Stakeholder Engagement – Session 4", 7 avril 2009 (pièce CDA-46 présentée au Groupe spécial)
GATT de 1994	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994
GTR	grille tarifaire réglementée
HCI	Initiative concernant les contrats hydroélectriques
HEPCO	Commission hydroélectrique de l'Ontario
interprétations aux fins du programme TRG	interprétations aux fins du programme TRG des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux (pièce EU-7 présentée au Groupe spécial)
kW	kilowatt
kWh	kilowattheure
Loi de 1998 sur l'électricité	Loi de 1998 sur l'électricité, <i>ServiceOntario 1998</i> , chapitre 15, annexe A, modifiée (pièce JPN-5 présentée au Groupe spécial)
Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité	Loi modifiant la Loi de 1998 sur l'électricité, la Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, <i>ServiceOntario 2004</i> , chapitre 23 (pièces CDA-18 et JPN-8 présentées au Groupe spécial)
Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte	Loi portant promulgation de la Loi de 2009 sur l'énergie verte et visant à développer une économie verte, abrogeant la Loi de 2006 sur le leadership en matière de conservation de l'énergie et la Loi sur le rendement énergétique et modifiant d'autres lois, <i>ServiceOntario 2009</i> , chapitre 12 (pièce JPN-101 présentée au Groupe spécial)
manuel du marché de la SIERE	Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité, manuel du marché
Mémorandum d'accord	Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends

Abréviation	Désignation
Memorandum of Agreement	Memorandum of Agreement between Her Majesty the Queen in Right of the Province of Ontario as Represented by the Minister of Energy and Hydro One Inc., 27 March 2008 (pièce CDA-107 présentée au Groupe spécial)
MIC	mesure concernant les investissements et liées au commerce
MW	mégawatt
OEO	Office de l'électricité de l'Ontario
OMC	Organisation mondiale du commerce
OPG	Ontario Power Generation
ORD	Organe de règlement des différends
PHEO	prix horaire de l'énergie en Ontario
PJM Interconnection	région du centre du littoral de l'Atlantique des États-Unis
plaignants	le Japon et l'Union européenne
POSER	programme d'offre standard en matière d'énergie renouvelable
Procédures de travail	Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/6, 16 août 2010
Programme TRG	Programme de tarifs de rachat garantis de la Commission de l'énergie de l'Ontario
rapport du Groupe spécial concernant le Japon	rapport du Groupe spécial <i>Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable</i> (WT/DS412/R)
rapport du Groupe spécial concernant l'UE	rapport du Groupe spécial <i>Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis</i> , (WT/DS426/R)
rapport Hogan	Professeur William W. Hogan, Université de Harvard, "Overview of the Electricity System in the Province of Ontario", 21 décembre 2011 (pièce CDA-2 présentée au Groupe spécial)
rapports du Groupe spécial	rapport du Groupe spécial <i>Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable</i> (WT/DS412/R) et rapport du Groupe spécial <i>Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis</i> (WT/DS426/R)
règles du marché de la SIERE	Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité, règles régissant le marché de l'Ontario
RES	approvisionnement en énergie renouvelable
SAO	service d'approvisionnement ordinaire
SDL	société de distribution locale
SFIEO	Société financière de l'industrie de l'électricité de l'Ontario
SIERE	Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité
TRG	tarifs de rachat garantis

PIÈCES PRÉSENTÉES AU GROUPE SPÉCIAL CITÉES DANS LES PRÉSENTS RAPPORTS

Pièce	Désignation
CDA-2	Professor William W. Hogan, Harvard University, "Overview of the Electricity System in the Province of Ontario", 21 December 2011
CDA-6	Government of Ontario, <i>Ontario's Long-Term Energy Plan</i> (Queen's Printer for Ontario, 2010)
CDA-16	Page Web, Ontario Energy Board, "Electricity Prices: ... OEB's Role in Electricity Prices", disponible à l'adresse: < http://www.ontarioenergyboard.ca/OEB/Consumers/Electricity/Electricity+Prices#role >
CDA-18	An Act to amend the Electricity Act, 1998 and the Ontario Energy Board Act, 1998 and to make consequential amendments to other Acts, <i>ServiceOntario 2004</i> , Chapter 23
CDA-46	Ontario Power Authority, Presentation on "Proposed Feed-in Tariff Price Schedule Stakeholder Engagement – Session 4", 7 April 2009
CDA-52	Ontario Ministry of Energy, Request for Proposals for 300 MW of Renewable Energy Supply (RES I), issued 24 June 2004
CDA-53	Ontario Ministry of Energy, Request for Proposals for 1,000 MW of Renewable Energy Supply (RES II), issued 17 June 2005
CDA-54	Ontario Ministry of Energy, Request for Proposals for approximately 500 MW of Renewable Energy Supply (RES III), issued 22 August 2008
CDA-55	Ontario Power Authority, Joint Report to the Minister of Energy: Recommendations on a Standard Offer Program for Small Generators connected to a Distribution System, 17 March 2006
CDA-59	Electricity Conservation & Supply Task Force, Tough Choices: Addressing Ontario's Power Needs, Final Report to the Minister of Energy (January 2004)
CDA-64	Ontario Energy Board, EB-2009-0084, Report of the Board on the Cost of Capital for Ontario's Regulated Utilities, 11 December 2009
CDA-85	S. Arrowsmith, "Government Procurement in the WTO", <i>Studies in Transnational Economic Law</i> , Vol. 16 (Kluwer Law International, 2002), p. 53
CDA-106	Independent Electricity System Operator, Market Rules for the Ontario Market, Chapter 11 of the 7 March 2012 issue
CDA-107	Memorandum of Agreement between Her Majesty the Queen in Right of the Province of Ontario as Represented by the Minister of Energy and Hydro One Inc., 27 March 2008
CDA-128	S. Arrowsmith, "Government Procurement in the WTO", <i>Studies in Transnational Economic Law</i> , Vol. 16 (Kluwer Law International, 2002), p. 51
CDA-129	A. La Chimia and S. Arrowsmith, "Addressing Tied Aid: Towards a More Development-Oriented WTO?", <i>Journal of International Economic Law</i> , Vol. 12 (September 2009), pp. 707-747
EU-4	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Program Rules (version 1.5.1), 31 October 2011
EU-5	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Contract (version 1.5.1), 31 October 2011
EU-6	Ontario Power Authority, microFIT Contract (version 1.6.1), 31 October 2011
EU-7	Interprétations aux fins du programme TRG des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux
EU-20	European Wind and Energy Association, <i>The Economics of Wind Energy</i> (March 2009) (extraits)

Pièce	Désignation
JPN-5	Electricity Act of 1998, <i>ServiceOntario</i> 1998, Chapter 15, Schedule A, as amended
JPN-7	Page Web, Blake, Cassels & Graydon, "Overview of Electricity Regulation in Canada", disponible à l'adresse: < http://www.blakes.com/english/legal_updates/reference_guides/Overview%20of%20Electricity%20in%20Canada.pdf > (n'est plus disponible)
JPN-8	An Act to amend the Electricity Act, 1998 and the Ontario Energy Board Act, 1998 and to make consequential amendments to other Acts, <i>ServiceOntario</i> 2004, Chapter 23
JPN-11	Page Web, IESO, "Global Adjustment Archive", disponible à l'adresse: < http://www.ieso.ca/imoweb/b100/ga_archive.asp >
JPN-26	Ontario Power Authority, A Progress Report on Electricity Supply: Fourth Quarter 2010
JPN-30	FIT Price Schedule, 3 June 2011
JPN-31	microFIT Price Schedule, 13 August 2010
JPN-32	FIT Price Schedule, 13 August 2010
JPN-33	FIT Price Schedule, 2 July 2010
JPN-34	FIT Price Schedule, 24 September 2009
JPN-38	Ontario Power Authority, Micro Feed-In Tariff Program: Program Overview (2010)
JPN-41	Hydro One, News Release, "Hydro One Releases 2010 Year-End Financial Results", 10 February 2011, disponible à l'adresse: < http://www.hydroone.com/OurCompany/MediaCentre/Documents/NewsReleases2011/02_10_2011_Year-End_Financials.pdf >
JPN-43	Page Web, Hydro One, "Our Subsidiaries", disponible à l'adresse: < http://www.hydroone.com/OurCompany/Pages/OurSubsidiaries.aspx >
JPN-44	Page Web, Independent Electricity System Operator, "The Power System", disponible à l'adresse: < http://www.ieso.ca/imoweb/siteShared/power_system.asp >
JPN-46	Page Web, Electricity Distributors Association, "Delivering Safe, Reliable and Environmentally Responsible Electricity to Ontarians", July 2010, disponible à l'adresse: < http://www.eda-on.ca/eda/edaweb.nsf/0/762d9f4c8b3b490385257331004c49ba/\$FILE/DELIVERING_ECONOMIC_BENEFITS.pdf >
JPN-47	Page Web, IESO, "Find Your Local Utility", disponible à l'adresse: < http://www.ieso.ca/imoweb/siteshared/local_dist.asp?sid=ic >
JPN-48	Department of Justice Canada, Constitution Acts, 1867 to 1982, Part VI – Distribution of Legislative Powers, Sections 91-95
JPN-49	Page Web, Government of Ontario, "All Agencies List", disponible à l'adresse: < http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardsList.asp >
JPN-50	Page Web, Government of Ontario, "Agency Details, Ontario Power Authority", disponible à l'adresse: < http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardDetails.asp?boardID=141181 >
JPN-51	Page Web, Government of Ontario, "Agencies: Boards, Commissions, Councils, Authorities and Foundations", disponible à l'adresse: < http://www.ontario.ca/en/your_government/ONT06_018949.html >
JPN-52	Page Web, Government of Ontario, "About the Ministry of Energy", disponible à l'adresse: < http://www.energy.gov.on.ca/en/about/ >

Pièce	Désignation
JPN-55	Page Web, Ontario Power Authority, "Directives to OPA from Minister of Energy", disponible à l'adresse: < http://www.powerauthority.on.ca/about-us/directives-opa-minister-energy-and-infrastructure >
JPN-57	Page Web, Government of Ontario, "Agency Details, Independent Electricity System Operator", disponible à l'adresse: < http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardDetails.asp?boardID=128220 >
JPN-59	Page Web, Independent Electricity System Operator, "About the IESO", disponible à l'adresse: < http://www.ieso.ca/imoweb/about/about_the_ieso.asp >
JPN-62	Independent Electricity System Operator, Settlement Statements and Invoices: Marketplace Training (December 2010)
JPN-63	Page Web, Government of Ontario, "Agency Details, Ontario Energy Board", disponible à l'adresse: < http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardDetails.asp?boardID=764 >
JPN-64	Page Web, Ontario Energy Board, "What We Do", disponible à l'adresse: < http://www.ontarioenergyboard.ca/OEB/Industry/About+the+OEB/What+We+Do >
JPN-71	Ontario Energy Board, Retail Settlement Code, 1 October 2011 revision
JPN-75	Page Web, IESO, "Global Adjustment", disponible à l'adresse: < http://www.ieso.ca/imoweb/b100/b100_ga.asp >
JPN-79	Independent Electricity System Operator, Market Rules for the Ontario Market, Chapters 7 and 9 of the 12 October 2011 issue
JPN-80	Independent Electricity System Operator, Introduction to Ontario's Physical Markets: IESO Training (October 2011)
JPN-82	Independent Electricity System Operator, Market Manual, Part 5.5
JPN-84	Independent Electricity System Operator, <i>HST Guide for IESO Transactions</i> , Issue 26.0 (12 October 2011)
JPN-90	Page Web, Independent Electricity System Operator, "Retail Contracts", disponible à l'adresse: < http://www.ieso.ca/imoweb/siteshared/retailers.asp >
JPN-91	Independent Electricity System Operator brochure, "What You Need to Know About Changes to Electricity Prices Coming November 1, 2009: A Guide For Ontario's Public Sector"
JPN-101	An Act to enact the Green Energy Act, 2009 and to build a green economy, to repeal the Energy Conservation Leadership Act, 2006 and the Energy Efficiency Act and to amend other statutes, <i>ServiceOntario 2009</i> , Chapter 12
JPN-102	Directive datée du 24 septembre 2009 et adressée par le Vice-Premier Ministre et Ministre de l'énergie et de l'infrastructure de l'Ontario au Président-Directeur général de l'Office de l'électricité de l'Ontario visant l'élaboration d'un programme de tarifs de rachat garantis (TRG)
JPN-119	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Program Rules (version 1.5.1), 15 July 2011
JPN-120	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Program Rules (version 1.1), 30 September 2009
JPN-121	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Program Rules (version 1.2), 19 November 2009
JPN-122	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Program Rules (version 1.3.0), 9 March 2010
JPN-123	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Program Rules (version 1.3.1), 2 July 2010
JPN-124	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Program Rules (version 1.3.2), 29 October 2010

Pièce	Désignation
JPN-125	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Program Rules (version 1.4), 8 December 2010
JPN-126	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Program Rules (version 1.5), 3 June 2011
JPN-127	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Contract (version 1.5.1), 15 July 2011
JPN-128	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Contract (version 1.1), 30 September 2009
JPN-129	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Contract (version 1.2), 19 November 2009
JPN-130	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Contract (version 1.3.0), 9 March 2010
JPN-131	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Contract (version 1.3.1), 2 July 2010
JPN-132	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Contract (version 1.3.2), 29 October 2010
JPN-133	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Contract (version 1.4), 8 December 2010
JPN-134	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Contract (version 1.5), 3 June 2011
JPN-135	Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Appendix 1 – Standard Definitions (version 1.5.1), 15 July 2011
JPN-145	Ontario Power Authority, FIT Application Form, 1 December 2009
JPN-154	Règlement de l'Ontario 578/05 pris en application de la Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, intitulé "Prescribed Contracts Re Sections 78.3 and 78.4 of the Act", modifié
JPN-157	Ontario Power Authority, microFIT Rules (version 1.6.1), 10 August 2011
JPN-158	Ontario Power Authority, microFIT Rules (version 1.1), 30 September 2009
JPN-159	Ontario Power Authority, microFIT Rules (version 1.2), 19 November 2009
JPN-160	Ontario Power Authority, microFIT Rules (version 1.3), 10 December 2009
JPN-161	Ontario Power Authority, microFIT Rules (version 1.4), 2 July 2010
JPN-162	Ontario Power Authority, microFIT Rules (version 1.5), 25 August 2010
JPN-163	Ontario Power Authority, microFIT Rules (version 1.6), 8 December 2010
JPN-164	Ontario Power Authority, microFIT Contract (version 1.6.1), 10 August 2011
JPN-165	Ontario Power Authority, microFIT Contract (version 1.1), 30 September 2009
JPN-166	Ontario Power Authority, microFIT Contract (version 1.2), 19 November 2009
JPN-167	Ontario Power Authority, microFIT Contract (version 1.3), 10 December 2009
JPN-168	Ontario Power Authority, microFIT Contract (version 1.4), 2 July 2010
JPN-169	Ontario Power Authority, microFIT Contract (version 1.5), 25 August 2010
JPN-170	Ontario Power Authority, microFIT Contract (version 1.6), 8 December 2010
JPN-171	Ontario Power Authority, Conditional Offer of microFIT Contract (version 1.6.1)
JPN-229	Page Web, Canada Energy, "Mid and Peak Tier Time-of-Use Rate Rises 8% on May 1", article de presse, <i>The Toronto Star</i> , 19 April 2012, disponible à l'adresse: < http://www.canadaenergy.ca/ >
JPN-230	Page Web, My Rate Energy Ontario, Canada, "Price Protection for Electricity", disponible à l'adresse: < http://myrateenergy.ca/electricity-info.php >

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL**Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable (DS412)**

AB-2013-1

Section de l'Organe d'appel:

Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis (DS426)Ramírez-Hernández, Président de la section
Bhatia, membre
Unterhalter, membreCanada,
appelant/intimé
Japon,
autre appelant/intimé/participant tiers
Union européenne,
*autre appelant/intimé/participant tiers*Arabie saoudite, *participant tiers*
Australie, *participant tiers*
Brésil, *participant tiers*
Corée, *participant tiers*
Chine, *participant tiers*
El Salvador, *participant tiers*
États-Unis, *participant tiers*
Honduras, *participant tiers*¹
Inde, *participant tiers*
Mexique, *participant tiers*
Norvège, *participant tiers*
Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu,
Kinmen et Matsu, *participant tiers*
Turquie, *participant tiers*²**1 INTRODUCTION**

1.1. Le Canada, le Japon et l'Union européenne font chacun appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans les rapports du Groupe spécial *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable*³ et *Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis*⁴ (rapports du Groupe spécial).⁵ Le Groupe spécial a été établi⁶ pour examiner les plaintes du Japon⁷ et de l'Union européenne⁸ (les plaignants) concernant certaines prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux du

¹ Dans le différend DS412 uniquement

² Dans le différend DS426 uniquement.

³ WT/DS412/R, 19 décembre 2012 (rapport du Groupe spécial concernant le Japon (DS412)).

⁴ WT/DS426/R, 19 décembre 2012 (rapport du Groupe spécial concernant l'UE (DS426)).

⁵ Le Groupe spécial a remis ses constatations sous la forme d'un document unique contenant deux rapports distincts, ayant en commun la page de couverture, la table des matières et les sections I à VII (y compris les constatations du Groupe spécial), et des conclusions et recommandations distinctes pour le différend engagé par le Japon et pour le différend engagé par l'Union européenne.

⁶ À ses réunions des 20 juillet 2011 et 20 janvier 2012, l'Organe de règlement des différends (l'ORD) a établi deux Groupes spéciaux, comme l'avaient demandé, respectivement, le Japon dans le document WT/DS412/5 et l'Union européenne dans le document WT/DS426/5, conformément à l'article 6 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord). (Rapports du Groupe spécial, paragraphe 1.4)

Le 6 octobre 2011, le Directeur général a déterminé la composition du Groupe spécial saisi du différend DS412. S'agissant du différend DS426, les parties ayant donné leur accord, la même composition a été arrêtée le 23 janvier 2012 pour le Groupe spécial. À la suite de consultations tenues avec les parties, les Groupes spéciaux saisis de ces deux différends ont décidé d'harmoniser leurs calendriers dans toute la mesure du possible, conformément à l'article 9:3 du Mémoire d'accord. Comme dans les rapports du Groupe spécial, les Groupes spéciaux chargés des différends DS412 et DS426 sont désignés ci-après collectivement comme étant le "Groupe spécial". (Voir *ibid.*, paragraphes 1.6 et 1.7 et note de bas de page 5 y relative.)

⁷ Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon, WT/DS412/5.

⁸ Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Union européenne, WT/DS426/5.

programme de tarifs de rachat garantis (le programme TRG) établi par la province canadienne de l'Ontario.

1.2. Les mesures en cause dans les présents différends, telles qu'elles ont été identifiées par le Groupe spécial⁹, sont les suivantes:

a. le programme TRG, tel qu'il est attesté par les mesures suivantes:

- i. la Loi de 1998 sur l'électricité¹⁰, telle qu'elle a été modifiée, y compris en particulier la partie II (Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité), la partie II.1 (Office de l'électricité de l'Ontario) et la partie II.2 (Gestion de l'approvisionnement en électricité, de la capacité de production et de la demande d'électricité), y compris en particulier l'article 25.35 (programme de tarifs de rachat garantis);
- ii. la Loi portant promulgation de la Loi de 2009 sur l'énergie verte et visant à développer une économie verte, abrogeant la Loi de 2006 sur le leadership en matière de conservation de l'énergie et la Loi sur le rendement énergétique et modifiant d'autres lois¹¹ (la Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte), y compris en particulier l'annexe B portant modification de la Loi de 1998 sur l'électricité;
- iii. la Loi modifiant la Loi de 1998 sur l'électricité, la Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois¹² (la Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité), y compris en particulier l'annexe A, articles 29 à 32, promulguant la partie II.1 de la Loi de 1998 sur l'électricité, et les articles 33 à 38, promulguant la partie II.2 de la Loi de 1998 sur l'électricité, et l'annexe B, articles 17 et 18, promulguant les articles 78.3 et 78.4 de la Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario;
- iv. le Règlement de l'Ontario 578/05 pris en application de la Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario et intitulé "Prescribed Contracts Re Sections 78.3 and 78.4 of the Act"¹³;
- v. le manuel du marché de la Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité ("SIERE"), y compris en particulier la partie 5.5 ("Physical Markets Settlement Statements")¹⁴;
- vi. les règles du marché de la SIERE, y compris en particulier le chapitre 7 ("System Operations and Physical Markets"), le chapitre 9 ("Settlements and Billing") et le chapitre 11 ("Definitions")¹⁵;
- vii. la directive TRG, datée du 24 septembre 2009 et adressée par M. George Smitherman, Vice-Premier Ministre et Ministre de l'énergie et de l'infrastructure à M. Colin Anderson, Président-Directeur général de l'Office de l'électricité de l'Ontario (l'"OEO"), enjoignant l'OEO d'élaborer un programme de tarifs de rachat garantis (TRG) et d'inclure une prescription imposant aux requérants de présenter un plan pour la réalisation des objectifs concernant la teneur en éléments nationaux (c'est-à-dire ontariens) énoncés dans les règles TRG¹⁶ (la directive TRG de 2009 du Ministre);

⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 2.1.

¹⁰ *ServiceOntario 1998*, Chapter 15, Schedule A (pièce JPN-5 présentée au Groupe spécial).

¹¹ *ServiceOntario 2009*, Chapter 12 (pièce JPN-101 présentée au Groupe spécial).

¹² *ServiceOntario 2004*, Chapter 23 (pièces CDA-18 et JPN-8 présentées au Groupe spécial).

¹³ Tel que modifié (pièce JPN-154 présentée au Groupe spécial).

¹⁴ IESO, Market Manual, Part 5.5 (pièce JPN-82 présentée au Groupe spécial).

¹⁵ IESO, Market Rules for the Ontario Market, chapitres 7 et 9, date de parution: 12 octobre 2011 (pièce JPN-79 présentée au Groupe spécial), et chapitre 11, date de parution: 7 mars 2012 (pièce CDA-106 présentée au Groupe spécial).

¹⁶ Pièce JPN-102 présentée au Groupe spécial.

- viii. toutes les versions des règles TRG¹⁷ et des règles microTRG¹⁸ publiées par l'OEO depuis le début du programme TRG;
 - ix. toutes les versions du contrat TRG, y compris les modalités et conditions générales, pièces, et définitions types¹⁹, et du contrat microTRG, y compris les appendices, ainsi que l'offre conditionnelle du contrat microTRG²⁰, publiées par l'OEO depuis le début du programme TRG;
 - x. toutes les versions du formulaire de demande TRG²¹ et du formulaire de demande microTRG en ligne, publiées par l'OEO depuis le début du programme TRG;
 - xi. toutes les versions du barème de prix TRG²² et du barème de prix microTRG²³ publiées par l'OEO depuis le début du programme TRG; et
 - xii. toutes les versions des interprétations aux fins du programme TRG des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux²⁴ (les interprétations aux fins du programme TRG) publiées par l'OEO depuis le début du programme TRG;
- b. les contrats TRG individuels pour les sources d'énergie éolienne ou solaire photovoltaïque, exécutés par l'OEO depuis le début du programme TRG; et
 - c. les contrats microTRG individuels pour les sources d'énergie solaire photovoltaïque, exécutés par l'OEO depuis le début du programme TRG.

1.3. Le programme TRG est un dispositif mis en œuvre par les pouvoirs publics de l'Ontario et leurs organismes en 2009, au moyen duquel les producteurs d'électricité produite à partir de certaines formes d'énergie renouvelable perçoivent un prix garanti par kilowattheure (kWh) d'électricité injectée dans le réseau d'électricité de l'Ontario, dans le cadre de contrats conclus pour une durée de 20 ans ou de 40 ans.²⁵ La participation au programme TRG est ouverte aux installations implantées en Ontario qui produisent de l'électricité exclusivement à partir d'une ou de plusieurs des sources d'énergie renouvelables suivantes: éolienne, solaire photovoltaïque, biomasse renouvelable, biogaz, gaz d'enfouissement et énergie hydraulique.²⁶ Le programme est administré par l'OEO et mis en œuvre au moyen de l'application d'un ensemble de règles standard, de contrats types et, pour chaque catégorie de technologies de production, de prix standard.²⁷ Le programme est divisé en deux filières: i) la filière TRG – pour les projets avec une capacité de production d'électricité supérieure à 10 kilowatts (kW) mais de 10 mégawatts (MW) au maximum pour les projets solaires photovoltaïques ou de 50 MW au maximum pour les projets hydrauliques; et ii) la filière microTRG – pour les projets avec une capacité de production d'électricité allant jusqu'à 10 kW.²⁸ La filière microTRG est destinée à offrir "une approche simplifiée pour permettre l'élaboration de projets de microproduction d'énergie renouvelable en Ontario", afin d'attirer des participants tels que les propriétaires de logements, les agriculteurs et les petites entreprises".²⁹ Seuls les projets qui satisfont à toutes les conditions spécifiques d'admissibilité et qui peuvent être

¹⁷ Pièces JPN-119 à JPN-126 et EU-4 présentées au Groupe spécial.

¹⁸ Pièces JPN-157 à JPN-163 présentées au Groupe spécial.

¹⁹ Pièces JPN-127 à JPN-134 et EU-5 présentées au Groupe spécial.

²⁰ Pièces JPN-164 à JPN-171 et EU-6 présentées au Groupe spécial.

²¹ Voir la pièce JPN-145 présentée au Groupe spécial.

²² Pièces JPN-30, JPN-32, JPN-33 et JPN-34 présentées au Groupe spécial.

²³ Voir la pièce JPN-31 présentée au Groupe spécial.

²⁴ Voir la pièce EU-7 présentée au Groupe spécial.

²⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.64.

²⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.66 (faisant référence aux règles TRG (version 1.5.1), article 2.1 a); et à OPA Feed-in Tariff Appendix 1 – Standard Definitions (version 1.5.1), 15 juillet 2011, (FIT Standard Definitions) (pièce JPN-135 présentée au Groupe spécial), Définitions n° 215 et 216).

²⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.67.

²⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.66 (faisant référence aux règles TRG (version 1.5.1), article 2.1 a) iii); et aux règles microTRG (version 1.6.1), article 2.1 a) iv)).

²⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.209 (citant OPA, Micro Feed-in Tariff Program: Program Overview (2010) (pièce JPN-38 présentée au Groupe spécial), page 1 et section 1.2 a); et les règles microTRG (version 1.6.1), article 1.1).

raccordés au réseau d'électricité de l'Ontario se verront proposer un contrat TRG ou microTRG par l'OEO et seront de ce fait autorisés à participer au programme TRG.³⁰

1.4. Dans le cadre de la filière TRG, les installations de production d'électricité utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque doivent respecter des "niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux" auxquels l'élaboration et la construction de ces installations doivent se conformer.³¹ La filière microTRG impose aussi des niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux mais uniquement aux installations de production utilisant la technologie solaire photovoltaïque.³² Le "niveau de la teneur en éléments nationaux" pour une installation participant à l'une ou l'autre filière du programme TRG est calculé conformément à une méthode qui indique diverses "activités désignées" et un "pourcentage admissible" associé.³³ Pour chaque activité désignée qui est effectuée en relation avec une installation, un pourcentage admissible associé doit être atteint. Le niveau de la teneur en éléments nationaux d'un projet "est déterminé en additionnant les pourcentages admissibles associés à toutes les activités désignées qui ont été effectuées en relation avec le projet en question".³⁴ Les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux prescrits dans le cadre des deux filières du programme TRG sont indiqués dans le tableau 1.

Tableau 1 – Niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux prescrits au titre du programme TRG

	Éolien (TRG)		Solaire photovoltaïque (TRG)		Solaire photovoltaïque (microTRG)	
Date repère pour l'exploitation commerciale	2009-2011	2012-	2009-2010	2011-	2009-2010*	2011-
Niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux	25%	50%	50%	60%	40%	60%

* Les demandes microTRG relatives aux projets solaires photovoltaïques reçues par l'OEO le 8 octobre 2010 ou avant cette date peuvent satisfaire au niveau prescrit de 40% pour la teneur en éléments nationaux.

Source: Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.158, tableau 1, et note de bas de page 310 y relative.

1.5. D'autres renseignements sur les aspects factuels des présents différends sont exposés de façon plus détaillée aux paragraphes 2.1 et 7.9 à 7.68 des rapports du Groupe spécial, et dans la section 4 des présents rapports.

1.6. Les plaignants ont l'un et l'autre allégué que les mesures contestées étaient incompatibles avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC), l'article 2:1 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MIC) et l'article III:4 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT de 1994). Plus spécifiquement, le Japon présente les allégations suivantes:

- a. par le biais du programme TRG ainsi que des contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques, le Canada accorde et maintient des subventions prohibées qui sont subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, en violation de l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC;
- b. les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux du programme TRG ainsi que des contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques accordent au matériel japonais de production d'énergie renouvelable un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires originaires de l'Ontario, en violation de l'article III:4 du GATT de 1994; et

³⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.68 (faisant référence aux règles TRG (version 1.5.1), articles 2, 3 et 5.2; et aux règles microTRG (version 1.6.1), articles 2, 3 et 4.1).

³¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.9.

³² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.64.

³³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.159.

³⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.160.

- c. le programme TRG et les contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques constituent des mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) qui sont incompatibles avec les dispositions de l'article III du GATT de 1994 et sont donc contraires à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.³⁵

1.7. Pour sa part, l'Union européenne a allégué ce qui suit:

- a. le Canada enfreint l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC car le programme TRG et ses contrats connexes établis par les pouvoirs publics de l'Ontario sont des subventions au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC qui sont accordées en étant subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, à savoir subordonnées à l'utilisation de matériel et de composants pour installations de production d'énergie renouvelable produits en Ontario de préférence aux mêmes matériel et composants importés d'autres Membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), y compris l'Union européenne;
- b. le Canada enfreint l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, conjointement avec le paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord, parce que le programme TRG et ses contrats connexes établis par les pouvoirs publics de l'Ontario sont des MIC qui prescrivent l'achat ou l'utilisation par des entreprises de matériel et de composants pour installations de production d'énergie renouvelable d'origine ou de source ontarienne; et
- c. le Canada enfreint l'article III:4 du GATT de 1994 parce que le programme TRG et ses contrats connexes établis par les pouvoirs publics de l'Ontario sont des MIC relevant du paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord sur les MIC et, en tout état de cause, parce qu'ils imposent aux producteurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux qui affectent la vente, l'achat et l'utilisation sur le marché intérieur de matériel et de composants pour la production d'énergie renouvelable, en accordant un traitement moins favorable aux produits similaires originaires de l'Union européenne.³⁶

1.8. Les rapports du Groupe spécial ont été distribués aux Membres de l'OMC le 19 décembre 2012.

1.9. Dans ses rapports, le Groupe spécial a expliqué qu'il avait décidé d'examiner d'abord les allégations des plaignants au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994 avant de traiter les allégations au titre de l'Accord SMC. Il a expliqué, à cet égard, que "les plaignants affirm[aient], et que le Canada ne contest[ait] pas, que les mesures en cause [étaient] des mesures concernant les investissements et liées au commerce qui affect[aient] les importations de matériel et de composants pour la production d'énergie renouvelable".³⁷ Cela l'incitait à penser que, "en comparaison avec l'Accord SMC et l'article III:4 du GATT de 1994, c'[était] l'Accord sur les MIC qui concern[ait] le plus directement, le plus spécifiquement et le plus en détail les aspects du programme TRG, ainsi que des contrats TRG et microTRG, qui [étaient] au centre des préoccupations des plaignants".³⁸ Le Groupe spécial a déclaré qu'il procéderait donc comme suit:

Cela étant, nous commencerons notre évaluation des allégations des plaignants en l'axant sur celles qui sont présentées au titre de l'Accord sur les MIC. Toutefois, il ressort clairement des termes de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC que, pour entreprendre cette évaluation, nous devons aussi nécessairement nous forger un avis sur le bien-fondé des allégations des plaignants concernant la compatibilité des mesures contestées avec l'article III:4 du GATT de 1994. Par conséquent, dans la section qui suit, nous évaluerons simultanément le bien-fondé des allégations

³⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 3.1.

³⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 3.4.

³⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.70.

³⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.70 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel CE – *Bananes III*, paragraphe 204).

présentées par les plaignants tant au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC qu'au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.³⁹

1.10. En réponse aux allégations des plaignants au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994, le Canada a invoqué l'article III:8 a) du GATT de 1994, faisant valoir que le programme TRG n'était pas assujéti aux obligations énoncées à l'article III. Il a fait valoir que cela tenait au fait que les lois et prescriptions qui établissaient et mettaient en œuvre le programme étaient des lois et prescriptions qui régissaient l'acquisition d'électricité renouvelable pour la réalisation de l'objectif des pouvoirs publics qui était d'assurer aux consommateurs ontariens un approvisionnement en électricité provenant de sources propres, et "non pour que cette électricité soit revendue dans le commerce ou serve à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce".⁴⁰ Tant le Japon que l'Union européenne ont contesté l'avis du Canada selon lequel les mesures en cause relevaient de l'article III:8 a) du GATT de 1994.⁴¹ L'Union européenne a répliqué en outre que l'article III:8 a) ne s'appliquait pas aux mesures relevant de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative y annexée.⁴²

1.11. Le Groupe spécial a donc considéré qu'il devait résoudre les trois questions suivantes:

- a. la question de savoir si les mesures en cause étaient des MIC au sens de l'article premier de l'Accord sur les MIC⁴³;
- b. dans l'affirmative, la question de savoir si le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC excluait l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux mesures contestées⁴⁴; et
- c. dans la mesure où le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative n'excluait pas la possibilité d'appliquer l'article III:8 a) aux mesures contestées, la question de savoir si ces mesures étaient du type décrit à l'article III:8 a) du GATT de 1994.⁴⁵

1.12. Premièrement, le Groupe spécial a constaté que "le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG, dans la mesure où ils envisage[aient] et impos[aient] un "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux", constitu[aient] des MIC au sens de l'article premier de l'Accord sur les MIC".⁴⁶ Deuxièmement, il a rejeté l'argument de l'Union européenne concernant l'applicabilité de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux mesures relevant du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative annexée à l'Accord sur les MIC. Il a estimé que, "[é]tant donné les termes de l'article 2:1, il serait ... inapproprié d'inférer du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative que les MIC ayant les caractéristiques décrites dans ce paragraphe ser[aient] *toujours* incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994, indépendamment de la question de savoir si elles [pouvaient] être visées par les termes de l'article III:8 a) du GATT de 1994".⁴⁷

1.13. Le Groupe spécial a ensuite évalué les mesures à la lumière des divers éléments de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Il a constaté i) "que les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG constituaient une "acquisition" au sens donné à ce terme à l'article III:8 a)"; et ii) "que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" prescrit au titre du programme TRG, et appliqué par le biais des contrats TRG et microTRG, était l'une des "prescriptions régissant" l'"acquisition" d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario".⁴⁸ Toutefois, il a constaté que l'"acquisition" d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG était effectuée "pour [une] reven[te] dans le commerce".⁴⁹ À la lumière de la dernière constatation intermédiaire, il a conclu ce qui suit:

³⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.70. (note de bas de page omise)

⁴⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.86 (faisant référence à la première communication écrite du Canada au Groupe spécial (DS412), paragraphe 67).

⁴¹ Voir les rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.74 à 7.77 et 7.81 à 7.85.

⁴² Voir les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.80.

⁴³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.108.

⁴⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.113.

⁴⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.113.

⁴⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.112.

⁴⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.120. (italique dans l'original)

⁴⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.152.

⁴⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.151.

[N]ous constatons que les mesures en cause ne sont pas visées par les termes de l'article III:8 a) et que, par conséquent, le Canada ne peut pas invoquer l'article III:8 a) du GATT de 1994 pour exclure l'application de l'article III:4 du GATT de 1994 au "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" que contestent les plaignants.⁵⁰

1.14. Ayant constaté que les mesures en cause n'étaient pas visées par les termes de l'article III:8 a), le Groupe spécial a ensuite évalué ces mesures au regard du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC. Il a constaté ce qui suit:

... la conformité avec le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" non seulement implique l'"achat ou l'utilisation" de produits provenant d'une source nationale, au sens du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative, mais encore "est nécessaire" pour que les producteurs d'électricité utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque puissent participer au programme TRG et, par conséquent, "obtenir un avantage" au sens du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative. Nous sommes donc convaincus que les mesures contestées sont des MIC relevant du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative et que, eu égard à l'article 2:2 et au texte introductif du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative, elles sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994, et donc aussi incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.⁵¹

1.15. En conséquence, s'agissant des allégations du Japon et de l'Union européenne au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994, le Groupe spécial a conclu ce qui suit:

À la lumière des constatations que nous avons formulées dans cette section des présents rapports, nous concluons que le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG, sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994.⁵²

1.16. S'agissant des allégations des plaignants au titre de l'Accord SMC, le Groupe spécial a noté la position du Japon selon laquelle les mesures en cause étaient des "transferts directs de fonds" et des "transferts directs potentiels de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC. À titre subsidiaire, le Japon déclarait que les mesures étaient un "soutien des revenus ou des prix", au sens de l'article 1.1 a) 2).⁵³ L'argument "fondamental" de l'Union européenne était que les mesures contestées constituaient un "soutien des revenus ou des prix". L'Union européenne faisait aussi valoir que les mesures en cause pouvaient être qualifiées de "transferts directs de fonds". À titre subsidiaire, elle soutenait que les mesures en cause étaient des "transferts directs potentiels de fonds" au sens de l'alinéa i) ou "une action de charger ou d'ordonner" au sens de l'alinéa iv) de l'article 1.1 a) 1).⁵⁴ À l'inverse, le Canada affirmait que la seule qualification juridique qui puisse être donnée au programme TRG et aux contrats connexes était celle de contributions financières sous la forme d'"achats de biens" par les pouvoirs publics.⁵⁵

1.17. Le Groupe spécial a déterminé que la qualification juridique appropriée du programme TRG et des contrats TRG et microTRG était celle de "contribution financière" sous la forme d'"achats de biens" par les pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.⁵⁶ En outre, il n'a pas souscrit à l'argument des plaignants selon lequel ces mesures pourraient aussi être qualifiées juridiquement de "transferts directs de fonds" aux fins de l'Accord SMC.⁵⁷ Il a aussi conclu que les mesures en cause ne pouvaient pas être des "transferts directs potentiels de fonds" au sens de l'alinéa i) ni une forme de contribution financière impliquant de la part des pouvoirs publics l'action de charger ou d'ordonner au sens de l'alinéa iv) de l'article 1.1 a) 1).⁵⁸ En outre, pour des raisons d'économie jurisprudentielle, il a décidé de ne pas formuler de constatation sur le point de savoir si

⁵⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.152.

⁵¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.166.

⁵² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.167.

⁵³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.169.

⁵⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.176.

⁵⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.181.

⁵⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.222.

⁵⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.243.

⁵⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.248.

les mesures en cause pouvaient être qualifiées juridiquement de "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.⁵⁹

1.18. Ayant déterminé que les mesures constituaient une contribution financière, le Groupe spécial a ensuite examiné si elles conféraient un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Il a fait observer, à cet égard, que le principal argument des plaignants était qu'en l'absence du programme TRG, un marché de gros concurrentiel de l'électricité en Ontario ne pourrait pas permettre aux producteurs TRG contestés de mener des opérations commercialement viables. Pour étayer cet argument, les plaignants proposaient un certain nombre de points de repère pour le prix de l'électricité sur le marché de gros concurrentiel, ou des valeurs supplétives pour ce point de repère, qui démontraient selon eux que le programme TRG assurait une "rémunération plus qu'adéquate" pour les achats d'électricité effectués par l'OEO dans le cadre des contrats TRG et microTRG.⁶⁰

1.19. Le Groupe spécial est convenu avec les plaignants qu'"il ne [pouvait] y avoir qu'un marché pertinent aux fins de l'analyse de l'avantage, à savoir le marché de l'électricité qui [était] produite à partir de toutes les sources d'énergie, y compris l'énergie solaire et l'énergie éolienne".⁶¹ Il a ensuite examiné l'allégation des plaignants selon laquelle le marché de gros de l'électricité administré par la SIERE serait le point de repère "du marché" approprié aux fins de l'analyse au titre de l'article 1.1 b). Dans ce contexte, il avait constaté que "le marché de gros administré par la SIERE ne parv[enait] pas à son prix d'équilibre (le PHEO) par le jeu de l'offre et de la demande non affectées par les politiques des pouvoirs publics de l'Ontario".⁶² Par conséquent, il a constaté ce qui suit:

... le marché de gros de l'électricité qui existe actuellement en Ontario n'est pas un marché sur lequel s'exerce une concurrence effective. En fait, il est peut-être plus approprié de qualifier le marché de gros de l'électricité en Ontario comme faisant partie d'un réseau d'électricité qui est défini sur presque tous les aspects par des décisions de politique générale et des règlements des pouvoirs publics de l'Ontario concernant l'approvisionnement diversifié nécessaire pour assurer à la province un approvisionnement en électricité sûr, fiable et durable à long terme, ainsi que la manière dont les coûts de ce réseau seront récupérés.⁶³

1.20. En conséquence, le Groupe spécial a constaté que le "prix horaire de l'énergie en Ontario" (le PHEO) et l'ensemble des dérivés du PHEO que les plaignants avaient présentés⁶⁴ ne pouvaient pas servir de points de repère appropriés aux fins de l'analyse de l'avantage.⁶⁵ Il a aussi rejeté quatre marchés de l'électricité hors province – à savoir l'Alberta, au Canada, ainsi que l'État de New York, la Nouvelle-Angleterre et les États du centre du littoral de l'Atlantique (la PJM Interconnection) aux États-Unis, que les plaignants avaient présentés comme des valeurs supplétives possibles pour le prix sur le marché de gros en Ontario.⁶⁶

1.21. Le Groupe spécial a ensuite constaté que l'application d'un critère relatif au marché de gros concurrentiel ne prendrait pas en compte le fait qu'un marché de gros concurrentiel de l'électricité n'attirerait pas le volume d'investissement nécessaire pour assurer un approvisionnement fiable en électricité et que, pour l'instant, cet objectif pouvait être atteint uniquement au moyen de l'intervention des pouvoirs publics dans ce qui serait autrement des résultats inacceptables sur le marché concurrentiel. Sur la base de ce raisonnement, il a constaté qu'il ne serait pas approprié de déterminer si le programme TRG et les contrats TRG et microTRG conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC en comparant les modalités et conditions de participation au programme TRG avec celles qui seraient offertes aux producteurs participant à un marché de gros

⁵⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.249.

⁶⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.276.

⁶¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.318. (italique dans l'original)

⁶² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.298.

⁶³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.308.

⁶⁴ À savoir, le "tarif de gros" moyen pondéré en 2010 pour les producteurs autres que les producteurs TRG et ceux qui relèvent du programme d'offre standard en matière d'énergie renouvelable (programme POSER), et le prix payé par les consommateurs de détail dans le cadre de la "grille tarifaire réglementée" (GTR) en 2010.

⁶⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.308 et note de bas de page 610 y relative.

⁶⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.308.

de l'électricité sur lequel s'exerçait une concurrence effective.⁶⁷ Par conséquent, le Groupe spécial a constaté que le Japon et l'Union européenne n'avaient pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.⁶⁸

1.22. Ayant rejeté les points de repère proposés par les plaignants et constaté que ceux-ci n'avaient pas établi l'existence d'un avantage, le Groupe spécial a formulé sa propre suggestion quant à ce qui pouvait être, selon lui, un point de repère approprié dans les circonstances de l'espèce. Il a indiqué qu'"un moyen de déterminer si les mesures contestées confér[aient] un avantage ... consisterait à les évaluer par rapport aux types de transactions d'achat dans des conditions de pleine concurrence qui existeraient sur un marché de gros de l'électricité dont les paramètres généraux [étaient] définis par les pouvoirs publics de l'Ontario".⁶⁹ À son avis, cette approche pourrait être utilisée pour déterminer si les mesures contestées confèrent un avantage en comparant "le taux de rendement obtenu par les producteurs TRG en vertu des modalités et conditions des contrats TRG et microTRG avec le coût moyen du capital au Canada pour des projets ayant un profil de risque comparable pendant la même période".⁷⁰ Le Groupe spécial a cependant déclaré que "le dossier des présents différends ne cont[enait] pas de renseignements appropriés" pour effectuer cette analyse.⁷¹

1.23. À la lumière des constatations exposées plus haut, le Groupe spécial a conclu, dans son rapport concernant le Japon (DS412):

- a. que le Japon avait établi que les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux prescrits dans le cadre du programme TRG et mis en œuvre par le biais des contrats TRG et microTRG individuels exécutés depuis le début du programme TRG mettaient le Canada en situation de violation de ses obligations au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4 du GATT de 1994⁷²; et
- b. que le Japon n'avait pas établi que le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG éoliens et solaires photovoltaïques individuels exécutés depuis le début du programme TRG constituaient des subventions, ou prévoyaient l'octroi de subventions, au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC, et que le Canada avait donc agi d'une manière incompatible avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.⁷³

1.24. Dans son rapport concernant l'UE (DS426), le Groupe spécial a conclu:

- a. que l'Union européenne avait établi que les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux prescrits dans le cadre du programme TRG et mis en œuvre par le biais des contrats TRG et microTRG individuels exécutés depuis le début du programme TRG mettaient le Canada en situation de violation de ses obligations au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4 du GATT de 1994⁷⁴; et
- b. que l'Union européenne n'avait pas établi que le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG éoliens et solaires photovoltaïques individuels exécutés depuis le début du programme TRG constituaient des subventions, ou prévoyaient l'octroi de subventions, au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC, et que le Canada avait donc agi d'une manière incompatible avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.⁷⁵

1.25. Le Groupe spécial a formulé la recommandation suivante à la fois dans son rapport concernant le Japon (DS412) et dans son rapport concernant l'UE (DS426):

⁶⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.312.

⁶⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.328 ii).

⁶⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.322. (note de bas de page omise)

⁷⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.323.

⁷¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.326.

⁷² Rapport du Groupe spécial concernant le Japon (DS412), paragraphe 8.2.

⁷³ Rapport du Groupe spécial concernant le Japon (DS412), paragraphe 8.3.

⁷⁴ Rapport du Groupe spécial concernant l'UE (DS426), paragraphe 8.6.

⁷⁵ Rapport du Groupe spécial concernant l'UE (DS426), paragraphe 8.7.

Nous recommandons que le Canada rende ses mesures conformes à ses obligations au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994.⁷⁶

1.26. Le 5 février 2013, le Canada a notifié à l'Organe de règlement des différends (l'ORD), conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord), son intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par les rapports du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, et a déposé une déclaration d'appel⁷⁷ et une communication en tant qu'appelant conformément aux règles 20 et 21, respectivement, des Procédures de travail pour l'examen en appel⁷⁸ (les Procédures de travail). Le 11 février 2013, le Japon et l'Union européenne ont chacun notifié à l'ORD, conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémoire d'accord, leur intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial correspondant et de certaines interprétations du droit données par le Groupe spécial, et ont chacun déposé une déclaration d'un autre appel⁷⁹ et une communication en tant qu'autre appelant conformément à la règle 23 des Procédures de travail. Le 25 février 2013, le Canada, le Japon et l'Union européenne ont chacun déposé une communication en tant qu'intimé.⁸⁰ Le 26 février 2013, l'Australie a déposé une communication en tant que participant tiers et, le 27 février 2013, l'Arabie saoudite, le Brésil, la Chine et les États-Unis ont chacun déposé une communication en tant que participant tiers.⁸¹ Le même jour, la Corée, El Salvador, le Honduras⁸², l'Inde, le Mexique, la Norvège, le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu et la Turquie⁸³ ont chacun notifié leur intention de comparaître à l'audience en tant que participant tiers.⁸⁴ Par ailleurs, le 27 février 2013, le Japon et l'Union européenne ont chacun notifié leur intention de comparaître à l'audience en tant que participant tiers dans le différend engagé par l'autre plaignant.⁸⁵

1.27. Le 12 février 2013, l'Organe d'appel a reçu du Canada, du Japon et de l'Union européenne des lettres lui demandant d'autoriser le public à suivre l'audience dans la présente procédure d'appel. Le Canada a demandé à l'Organe d'appel d'autoriser le public à suivre les déclarations orales et les réponses aux questions des participants et des participants tiers qui acceptaient de les rendre publiques. Il a proposé que le public soit autorisé à suivre l'audience au moyen d'une télédiffusion simultanée en circuit fermé, la transmission pouvant être interrompue si les participants jugeaient nécessaire d'examiner des renseignements confidentiels, ou si un participant tiers avait indiqué son souhait de préserver la confidentialité de sa déclaration orale. Dans sa lettre, le Japon appuyait la demande du Canada, indiquant qu'il souhaitait aussi rendre publiques ses déclarations et ses réponses aux questions de l'Organe d'appel lors de l'audience, et qu'il souscrivait à la demande du Canada tendant à ce que l'Organe d'appel tienne une audience ouverte dans le présent appel. Il acceptait aussi que le public soit autorisé à suivre l'audience au moyen d'une diffusion vidéo simultanée en circuit fermé. Pour sa part, l'Union européenne a déclaré qu'elle était d'accord et s'associait à la demande d'ouverture de l'audience présentée par le Canada.

1.28. Le 13 février 2013, la section de l'Organe d'appel connaissant du présent appel a invité les tierces parties à se prononcer par écrit sur les demandes des participants visant l'ouverture de l'audience au public. Le 18 février 2013, la section a reçu des réponses de l'Arabie saoudite, de

⁷⁶ Rapport du Groupe spécial concernant le Japon (DS412), paragraphe 8.5; rapport du Groupe spécial concernant l'UE (DS426), paragraphe 8.9.

⁷⁷ WT/DS412/10, WT/DS426/9 (joint en tant qu'annexe 1 aux présents rapports).

⁷⁸ WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

⁷⁹ WT/DS412/11 (Japon) (joint en tant qu'annexe 2 aux présents rapports); WT/DS426/10 (Union européenne) (joint en tant qu'annexe 3 aux présents rapports). Le 12 février 2013, l'Union européenne a envoyé une lettre au Secrétariat de l'Organe d'appel indiquant qu'il y avait une "erreur matérielle" dans sa déclaration d'un autre appel et demandant l'autorisation de la corriger. Conformément à la règle 18 5) des Procédures de travail, la section a ménagé au Canada, au Japon et aux tierces parties la possibilité de présenter par écrit des observations sur cette demande. Aucune objection à la demande de l'Union européenne n'a été reçue. Le 15 février, la section de l'Organe d'appel connaissant du présent appel a autorisé la correction à apporter à la déclaration d'un autre appel de l'Union européenne, comme celle-ci l'avait demandé dans sa lettre du 12 février 2013.

⁸⁰ Conformément aux règles 22 et 23 4) des Procédures de travail.

⁸¹ Conformément à la règle 24 1) des Procédures de travail.

⁸² Dans le différend DS412 uniquement.

⁸³ Dans le différend DS426 uniquement.

⁸⁴ Conformément à la règle 24 2) des Procédures de travail.

⁸⁵ Conformément à la règle 24 2) des Procédures de travail.

l'Australie, du Brésil, de la Chine, d'El Salvador, des États-Unis, de l'Inde, du Mexique, de la Norvège et de la Turquie. Dans leurs observations respectives, l'Arabie saoudite, le Brésil, la Chine, El Salvador, l'Inde, le Mexique et la Turquie ont dit qu'ils n'avaient pas d'objection à ce que le public soit autorisé à suivre l'audience dans les présents différends. Le Brésil, la Chine, l'Inde, le Mexique et la Turquie ont souligné que cela était sans préjudice des vues systémiques de chacun sur la question de l'ouverture au public des auditions des groupes spéciaux et des audiences de l'Organe d'appel. L'Arabie saoudite a dit qu'elle n'avait pas d'objection à ce que le public soit autorisé à suivre l'audience dans les présents différends. L'Australie, les États-Unis et la Norvège ont indiqué leur soutien à la demande des participants visant à ce que le public soit autorisé à suivre l'audience. L'Arabie saoudite, la Chine et l'Inde ont indiqué qu'elles souhaitaient préserver la confidentialité de leurs déclarations et de leurs réponses aux questions lors de l'audience.

1.29. Le 19 février 2013, la section a rendu une décision procédurale accédant aux demandes d'ouverture de l'audience au public présentées par le Canada, le Japon et l'Union européenne et adoptant des procédures additionnelles pour la tenue de l'audience. La décision procédurale est jointe en tant qu'annexe 4 aux présents rapports.

1.30. Les 7 et 12 mars 2013, l'Organe d'appel a reçu des mémoires d'*amici curiae* non demandés émanant, respectivement, d'une société d'électricité et d'un universitaire. Les participants et les participants tiers ont eu la possibilité d'exprimer leurs vues à l'audience au sujet de ces mémoires. La section n'a pas jugé nécessaire de s'appuyer sur ces *amici curiae* pour rendre sa décision.

1.31. L'audience dans présent appel a eu lieu les 14-15 mars 2013.⁸⁶ Le public a suivi l'audience au moyen d'une télédiffusion simultanée en circuit fermé dans une salle séparée. La transmission a été interrompue pendant les déclarations des participants tiers ayant indiqué leur souhait de préserver la confidentialité de leurs communications. Les participants et huit des participants tiers (Arabie saoudite, Australie, Brésil, Chine, États-Unis, Inde, Norvège et Turquie⁸⁷) ont fait des déclarations liminaires.⁸⁸ Les participants et les participants tiers ont répondu aux questions posées par les membres de la section connaissant de l'appel.

1.32. Le 30 avril 2013, le Japon et l'Union européenne ont demandé à l'Organe d'appel de remettre deux rapports dans un document unique, avec des sections distinctes contenant les constatations et conclusions pour chaque plaignant.⁸⁹ Le 1^{er} mai 2013, le Canada a eu la possibilité de réagir aux demandes du Japon et de l'Union européenne, et n'y a pas fait objection.

2 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS ET PARTICIPANTS TIERS

2.1 Allégations d'erreur formulées par le Canada – Appelant

2.1.1 Article III:8 a) du GATT de 1994

2.1. Le Canada demande à l'Organe d'appel d'infirmier la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes sont incompatibles avec

⁸⁶ Le 5 février 2013, l'Organe d'appel a reçu une lettre du Japon demandant que la date de l'audience ne soit pas programmée pendant la période allant du 11 au 13 mars 2013. Du fait que le plan de travail pour l'appel établi par la section prévoyait que l'audience se tiendrait les 14-15 mars 2013, il n'a pas été nécessaire que la section examine plus avant la demande du Japon.

⁸⁷ Du fait que la Turquie était tierce partie dans la procédure du Groupe spécial uniquement dans le différend DS426, elle a été invitée à limiter sa déclaration à ce différend. Le Honduras était tierce partie dans la procédure du Groupe spécial uniquement dans le différend DS412 et a donc été invité à limiter sa déclaration à ce différend. Le Honduras, toutefois, n'a pas fait de déclaration orale.

⁸⁸ Le 6 mars 2013, le Japon a envoyé au Secrétariat de l'Organe d'appel une lettre dans laquelle il indiquait que le temps de parole de 20 minutes qui lui avait été attribué par la section pour présenter sa déclaration orale n'était pas suffisant pour lui permettre de traiter les nombreux points que le Canada avait soulevés dans sa communication en tant qu'intimé. La section a décidé d'accorder cinq minutes supplémentaires au Japon, ainsi qu'au Canada et à l'Union européenne, pour la présentation de leurs déclarations orales.

⁸⁹ Dans une lettre datée du 13 février 2013, le Japon a indiqué qu'il acceptait la jonction des procédures d'appel dans ces deux différends, auxquels toutes les tierces parties étaient invitées à participer. Il a dit toutefois qu'il croyait comprendre que la section avait invité toutes les tierces parties dans les deux différends à participer à la présente procédure d'appel conjointe à la condition que, dans leurs communications et déclarations orales, les participants tiers traitent uniquement les questions dont il était fait appel dans le(s) différend(s) pour lequel/lesquels ils étaient tierces parties lors de la procédure du Groupe spécial.

l'article III:4 du GATT de 1994 et l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, et de constater, au lieu de cela, que le programme TRG et les contrats TRG satisfont aux conditions préalables de l'article III:8 a) et qu'ils ne sont donc pas visés par les obligations énoncées à l'article III:4 du GATT de 1994 ou à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.⁹⁰ Il allègue que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les mesures en cause ne relevaient pas de l'article III:8 a) du GATT de 1994, parce que l'électricité produite à partir de sources renouvelables dans le cadre de ce programme était achetée par les pouvoirs publics de l'Ontario "pour être revendu[e] dans le commerce", et formule deux allégations d'erreur au sujet de l'interprétation par le Groupe spécial de ce membre de phrase.

2.2. Premièrement, le Canada affirme que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article III:8 a) en mettant l'accent sur la question de savoir s'il y avait "reven[te] dans le commerce" d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario tout en négligeant d'interpréter dûment les mots "with a view to" (pour) figurant à l'article III:8 a). Il allègue que le Groupe spécial n'a pas examiné le sens ordinaire des mots "with a view to" et n'a donc pas donné effet à ces mots. Il note que le sens ordinaire de l'expression "with a view to" est "with the aim or object of attaining, effecting, or accomplishing something"⁹¹ (dans le but ou en ayant pour objet d'atteindre, de donner effet à, ou d'accomplir quelque chose). Selon lui, ce sens ordinaire n'a jamais été contesté par les plaignants ni par le Groupe spécial. Le Canada affirme donc qu'un achat "pour [une] reven[te] dans le commerce" est un achat effectué dans le but d'une "reven[te] dans le commerce".

2.3. En outre, le Canada fait valoir que le Groupe spécial n'a pas pris en compte les mots "pour les besoins des pouvoirs publics" comme contexte immédiat du membre de phrase "non pas pour être revendus dans le commerce". Il fait référence à la déclaration du Groupe spécial selon laquelle le membre de phrase "et non pas pour être revendus dans le commerce" sert spécifiquement à éclairer et à limiter le sens par ailleurs relativement large de l'expression "besoins des pouvoirs publics", et fait valoir que ce membre de phrase peut uniquement éclairer le sens de l'expression "besoins des pouvoirs publics" s'il est interprété comme exigeant une "analyse du "but" et de la "visée" derrière l'achat".⁹² Il soutient que, dans le cadre du programme et des contrats TRG, les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité en vue "de contribuer à assurer un approvisionnement suffisant et fiable en électricité pour les Ontariens et de protéger l'environnement"⁹³, et qu'ils n'achètent pas l'électricité en vue d'une revente commerciale.

2.4. Deuxièmement, le Canada allègue que le Groupe spécial a donné une interprétation erronée des mots "revendus dans le commerce" figurant à l'article III:8 a). Il affirme que le Groupe spécial a fondé son évaluation uniquement sur les interprétations avancées par les parties au lieu de développer sa propre analyse. Il allègue aussi que ce faisant, le Groupe spécial a présenté de manière erronée les interprétations avancées par les parties. En particulier, alors qu'il avait dans un premier temps dûment reconnu la position des plaignants selon laquelle le membre de phrase "pour être revendus dans le commerce" signifiait "pour être vendu ou introduit dans les courants commerciaux ou sur un marché, indépendamment de tout profit"⁹⁴, le Groupe spécial, par la suite, a mis l'accent dans son application sur le point de savoir si Hydro One Inc.⁹⁵ et les "sociétés de distribution locale" (SDL ou distributeurs) étaient en concurrence avec les détaillants. Le Groupe spécial a aussi présenté de manière erronée l'interprétation par le Canada de l'expression "revendus dans le commerce". Alors que le Canada expliquait que l'expression "revendus dans le commerce" signifiait la revente dans l'intention fondamentale d'obtenir un bénéfice, le Groupe spécial a déclaré de manière erronée que le Canada interprétait l'expression "revendus dans le commerce" comme signifiant une revente avec bénéfice. Le Canada soutient que, si le Groupe spécial avait correctement interprété cette expression, il aurait conclu qu'une "revente dans le commerce" signifiait une revente dans l'intention fondamentale d'obtenir un bénéfice.

⁹⁰ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphes 7, 8 et 83.

⁹¹ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 34 (citant Oxford English Dictionary online, <<http://www.oed.com/viewdictionaryentry/Entry/223303>>, page 5, n° III.17.b).

⁹² Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 32.

⁹³ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 34.

⁹⁴ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 37 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.146).

⁹⁵ Nous notons que Hydro One Inc. est détenue et contrôlée en totalité par les pouvoirs publics de l'Ontario et exploite 97% du réseau de transport en Ontario. (Voir les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.34.)

2.5. Selon le Canada, l'interprétation du mot "commercial" par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)* dans le contexte de l'article 14 b) de l'Accord SMC, l'interprétation de l'expression "échelle commerciale" figurant à l'article 61 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) par le Groupe spécial *Chine – Droits de propriété intellectuelle*, et l'interprétation de l'expression "considérations d'ordre commercial" figurant à l'article XVII:1 b) du GATT de 1994 par le Groupe spécial *Canada – Exportations de blé et importations de grains* confirme que le sens des mots "revendus dans le commerce" est une revente dans l'intention fondamentale d'obtenir un bénéfice.⁹⁶ Le Canada soutient que ce sens est aussi compatible avec l'observation d'un auteur selon laquelle, dans le contexte de l'article III:8 a), une revente est commerciale si l'activité est menée en tant qu'activité lucrative, et non dans les cas où seule une redevance modique est perçue.⁹⁷

2.6. En ce qui concerne le programme et les contrats TRG, le Canada déclare que rien n'indique que les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité en vue d'une revente avec bénéfice. En fait, les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité dans le cadre du programme TRG afin de contribuer à assurer un approvisionnement suffisant et fiable en électricité pour les consommateurs de l'Ontario et de protéger l'environnement. Il déclare aussi que la Loi de 1998 sur l'électricité empêche l'OEO de faire quoi que ce soit en vue d'un profit car elle dispose que l'OEO exerce ses activités et mène ses affaires sans but lucratif.⁹⁸ En conséquence, il demande à l'Organe d'appel d'infirmar la constatation du Groupe spécial selon laquelle les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité dans le cadre du programme TRG "pour [une] reven[te] dans le commerce" et de constater, au lieu de cela, que les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario ne sont pas effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce".

2.7. Enfin, le Canada demande à l'Organe d'appel de compléter l'analyse au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994 en ce qui concerne la prescription "non pas ... pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce"; de constater que les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité "non pas ... pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce"; et d'infirmar la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 et l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Il affirme que les pouvoirs publics de l'Ontario n'utilisent pas l'électricité achetée par l'OEO pour fabriquer des marchandises car ils ne fabriquent aucune marchandise. En outre, indépendamment de ce qui est fait avec l'électricité achetée, les pouvoirs publics de l'Ontario n'achètent pas cette électricité en vue de produire des marchandises pour une vente avec bénéfice. Selon le Canada, les mesures en cause satisfont à tous les éléments de l'article III:8 a) et relèvent donc de cet article. En conséquence, elles ne sont pas visées par les obligations énoncées à l'article III du GATT de 1994 ou dans l'Accord sur les MIC.

2.8. En réponse aux questions posées à l'audience, le Canada a clarifié sa position concernant l'interprétation de l'expression "besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a). Selon lui, le contexte constitué par les mots "non pas pour être revendus dans le commerce" donne à penser que l'analyse concernant les "besoins des pouvoirs publics" doit aller au-delà du but déclaré des pouvoirs publics, qu'elle doit inclure une évaluation du point de savoir si les pouvoirs publics ont toujours fourni un certain produit et s'ils sont tenus de le faire en vertu de la Constitution, et

⁹⁶ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphes 40 à 44 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphes 465 à 490; et aux rapports des groupes spéciaux *Chine – Droits de propriété intellectuelle*, paragraphes 7.534, 7.535, 7.544 et 7.577; et *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphes 6.87 à 6.89, 6.96, 6.123 et 6.129).

⁹⁷ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphes 44 à 46 (faisant référence aux observations du Canada concernant les réponses de l'Union européenne et du Japon aux questions (deuxième série) du Groupe spécial, paragraphe 108, qui font référence à A. La Chimia et S. Arrowsmith, "Addressing Tied Aid: Towards a More Development-Oriented WTO?", *Journal of International Economic Law*, volume 12, n° 3 (2009) (pièce CDA-129 présentée au Groupe spécial), page 719; à la première communication écrite du Canada au Groupe spécial (DS412), paragraphe 90; et aux observations du Canada concernant les réponses de l'Union européenne et du Japon aux questions (deuxième série) du Groupe spécial, paragraphe 86, qui font référence à S. Arrowsmith, "Government Procurement in the WTO", *Studies in Transnational Economic Law*, volume 16 (Kluwer Law International, 2002), page 51 (pièce CDA-128 présentée au Groupe spécial).

⁹⁸ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 47 (faisant référence à la Loi de 1998 sur l'électricité (article 25.2 2)).

qu'elle doit prendre en compte le rôle des pouvoirs publics dans un pays donné, en mettant l'accent sur l'histoire, la Constitution et la législation de cet État.

2.9. En outre, également en réponse aux questions posées à l'audience, le Canada a traité l'objection de l'Union européenne à sa demande tendant à ce que l'Organe d'appel complète l'analyse et infirme la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 et l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, du fait que le Canada ne l'a pas expressément demandé dans sa déclaration d'appel. Il a fait valoir que ces demandes concernaient la "nature de la décision demandée" et que, conformément à la règle 22 2) b) iv) des Procédures de travail pour l'examen en appel, elles devaient être incluses dans la communication de l'appelant mais non dans la déclaration d'appel. Il a aussi fait valoir que sa déclaration d'appel et sa communication en tant qu'appelant avaient été communiquées simultanément à l'Union européenne, et que lorsque ces deux documents étaient lus conjointement, les erreurs qu'il alléguait et la réparation qu'il demandait étaient claires.

2.1.2 Article 11 du Mémoire d'accord – "revendus dans le commerce"

2.10. Le Canada allègue que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi, d'une manière contraire à l'article 11 du Mémoire d'accord, lorsqu'il a constaté que les pouvoirs publics de l'Ontario achetaient de l'électricité dans le cadre du programme TRG "pour [une] reven[te] dans le commerce" au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

2.11. Premièrement, le Canada affirme que le Groupe spécial a omis d'"examiner les éléments de preuve dont il dispos[ait] dans leur totalité" ou d'"évaluer la pertinence et la force probante" de tous les éléments de preuve" lorsqu'il a conclu que Hydro One Inc. et les distributeurs étaient en concurrence avec les détaillants en électricité.⁹⁹ Il explique que Hydro One, les distributeurs et les détaillants jouent des rôles très différents dans le réseau d'électricité de l'Ontario et ne sont pas en concurrence les uns avec les autres. Hydro One et les distributeurs fournissent le service de transport et de distribution physiques de l'électricité. À l'inverse, les détaillants ne transportent ni ne distribuent de l'électricité; en fait, ils vendent un produit financier – une couverture pour les prix de l'électricité. Les détaillants concluent avec les consommateurs des contrats portant sur un prix fixe pour la portion de leur facture d'électricité qui correspond au PHEO sur une certaine période.¹⁰⁰ Le Canada souligne qu'il a expliqué au Groupe spécial que "[l]es détaillants réalis[aient] leurs bénéfices par le biais de leurs contrats financiers distincts avec les utilisateurs finals" et "garantiss[aient] une certaine certitude en matière de prix".¹⁰¹ Il fait aussi observer que le Groupe spécial a reconnu que "les détaillants ... "vend[aient] des *contrats* aux entreprises et aux consommateurs".¹⁰² Ainsi, selon lui, les détaillants ont une fonction différente de celle de Hydro One et des distributeurs.

2.12. En outre, le Canada déclare que Hydro One et les distributeurs continuent de fournir leurs services au consommateur que celui-ci choisisse ou non de conclure un contrat avec un détaillant. Hydro One transporte toujours l'électricité et les distributeurs la distribuent toujours au consommateur ayant conclu un contrat avec un détaillant.¹⁰³ Le consommateur reçoit toujours une

⁹⁹ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 54 (citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 299 (note de bas de page omise)).

¹⁰⁰ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 50 (faisant référence aux deux sites Web de détaillants suivants: page Web de Canada Energy, article de presse "Mid and Peak Tier Time-of-Use Rate Rises 8% on May 1", *The Toronto Star*, 19 April 2012 (pièce JPN-229 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse: <<http://www.canadaenergy.ca/>>, page 2; et My Rate Energy Ontario, page Web Canada, "Price Protection for Electricity" (pièce JPN-230 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse: <<http://myrateenergy.ca/electricity-info.php>>, page 2).

¹⁰¹ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 51 (citant, respectivement, la déclaration liminaire du Canada à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 56; et les observations du Canada concernant les réponses de l'Union européenne et du Japon aux questions (deuxième série) du Groupe spécial, paragraphe 51).

¹⁰² Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 51 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.147, qui citent Government of Ontario, *Ontario's Long-Term Energy Plan* (Queen's Printer for Ontario, 2010) (pièce CDA-6 présentée au Groupe spécial), Appendice 1). (italique ajouté par le Canada)

¹⁰³ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 52 (faisant référence à la Loi de 1998 sur l'électricité, article 26 1): "Chaque transporteur ou distributeur assure aux producteurs, aux détaillants et aux consommateurs un accès non discriminatoire à ses réseaux de transport ou de distribution situés en

facture du distributeur et doit toujours payer une redevance pour le transport (effectué par Hydro One) et pour la distribution (effectuée par le distributeur) de l'électricité.¹⁰⁴ Le Canada fait valoir que, puisque les consommateurs doivent toujours payer Hydro One et les distributeurs pour le transport et la livraison de l'électricité, qu'ils choisissent ou non de conclure un contrat de couverture des prix avec un détaillant, les recettes de Hydro One et des distributeurs ne sont pas affectées par ce choix. En conséquence, Hydro One et les distributeurs ne sont pas concernés par le point de savoir si un consommateur conclut un contrat avec un détaillant, et ils ne sont pas en concurrence avec ces détaillants.

2.13. Deuxièmement, le Canada affirme que les éléments de preuve sur lesquels le Groupe spécial s'est appuyé n'étaient pas sa conclusion selon laquelle Hydro One et les distributeurs sont en concurrence avec les détaillants. Il fait aussi valoir que le Groupe spécial n'a pas fourni "des explications motivées et adéquates et un raisonnement cohérent" pour étayer ses constatations".¹⁰⁵

2.14. Le Canada identifie trois pièces sur lesquelles le Groupe spécial, selon les allégations, a fondé sa conclusion concernant la concurrence entre, d'une part, Hydro One et les distributeurs et, d'autre part, les détaillants. Il a examiné chaque pièce et fait observer qu'aucune ne mentionne Hydro One. De plus, alors que les pièces mentionnent les distributeurs, aucune d'entre elles ne donne à penser que ces distributeurs sont en concurrence avec les détaillants.

2.15. La première pièce identifiée par le Canada est l'article 29 de la Loi de 1998 sur l'électricité.¹⁰⁶ Le Canada note que l'article 29 indique simplement que les distributeurs doivent vendre de l'électricité à un consommateur dans le cas où un détaillant avec lequel celui-ci a conclu un contrat n'est pas en mesure de le faire. À son avis, cette déclaration renforce le rôle des distributeurs pour ce qui est d'assurer un approvisionnement stable en électricité et est incompatible avec la conclusion selon laquelle les distributeurs sont en concurrence avec les détaillants. Le Canada note aussi que la seule mention de la concurrence figurant à l'article 29 se trouve dans le paragraphe 4, qui traite de la "concurrence *entre les détaillants*".¹⁰⁷ Ce paragraphe ne traite pas de la concurrence entre les détaillants et les distributeurs.

2.16. La deuxième pièce est le Code de règlement au détail de la Commission de l'énergie de l'Ontario (CEO)¹⁰⁸, en particulier les articles 1.1, 2.7, 10.1, et 12. Le Canada reconnaît que l'article 1.1 fait bien référence à un "détaillant concurrentiel". Toutefois, il affirme que ce détaillant ne fait pas concurrence aux distributeurs. Il explique que l'expression "détaillant concurrentiel" est définie comme signifiant "une personne qui fournit au détail de l'électricité à des consommateurs qui ne reçoivent pas les SAO"¹⁰⁹; et que le "SAO", ou "service d'approvisionnement ordinaire" est "le service approuvé par la [CEO] ... qui ... établit les conditions minimales qu'un distributeur doit remplir en s'acquittant de son obligation de vendre de l'électricité au titre de l'article 29 de la *Loi sur l'électricité*".¹¹⁰ Ainsi, le Canada déclare qu'un "détaillant concurrentiel" est simplement un détaillant – une entité qui offre des prix fixes pour la portion PHEO de la facture d'électricité d'un consommateur sur une certaine période (la durée du contrat passé entre le consommateur et le détaillant) au lieu des prix réglementés fluctuants. En ce qui concerne l'article 2.7, il souligne que cet article fait obligation aux distributeurs de conclure des contrats avec les détaillants à la demande de ces derniers. Cela contredit, et non étaye, une conclusion selon laquelle les distributeurs sont en concurrence avec les détaillants. Par ailleurs, le Canada note que l'article 10.1 identifie les demandes de transaction de service auxquelles le Code de règlement au détail s'applique. Il souligne que les consommateurs peuvent choisir de passer un contrat avec un détaillant et payer un prix fixe pour la portion PHEO de leur facture d'électricité sur une période

Ontario conformément à son permis"; et article 29 1): "Le distributeur vend de l'électricité à toutes les personnes qui sont branchées à son réseau de distribution, à l'exception de celles qui l'informent par écrit qu'elles ne désirent pas lui en acheter"). Le Canada fait aussi référence au site Web de Canada Energy (pièce JPN-229 présentée au Groupe spécial), *supra*, note de bas de page 100, page 2.

¹⁰⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.57.

¹⁰⁵ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 55 (citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 299, qui citent, en l'approuvant, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, note de bas de page 618 relative au paragraphe 293).

¹⁰⁶ Pièce JPN-5 présentée au Groupe spécial.

¹⁰⁷ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 60. (italique ajouté par le Canada)

¹⁰⁸ Version révisée du 1^{er} octobre 2011 (pièce JPN-71 présentée au Groupe spécial).

¹⁰⁹ Code de règlement au détail, article 1.2, page 7.

¹¹⁰ Code de règlement au détail, article 1.2, page 11.

déterminée au lieu de payer le prix fluctuant. En conséquence, cela ne donne pas à penser qu'il y a concurrence entre les distributeurs et les détaillants. Enfin, le Canada mentionne l'article 12 comme confirmant simplement l'obligation des distributeurs de conclure des contrats avec les détaillants et comme étant donc incompatible avec l'affirmation selon laquelle il y a concurrence entre eux.

2.17. La troisième pièce identifiée par le Canada est l'extrait d'une page du site Web de la SIERE.¹¹¹ Selon le Canada, cette page Web confirme simplement qu'à la différence des distributeurs, les détaillants vendent un contrat de couverture des prix. En résumé, le Canada affirme que ni le site Web de la SIERE, ni les articles 1.1, 2.7, 10.1 et 12 du Code de règlement au détail, ni l'article 29 de la Loi de 1998 sur l'électricité n'étayaient la déclaration du Groupe spécial selon laquelle les distributeurs sont en concurrence avec les détaillants. Il considère donc qu'en se fondant sur ces pièces pour étayer sa conclusion, le Groupe spécial n'a pas procédé à "une évaluation objective des faits", comme il est prescrit à l'article 11 du Mémoire d'accord, "en omettant de "s'assurer que ses constatations factuelles soient dûment fondées sur [les] éléments de preuve"¹¹².

2.18. En conséquence, le Canada affirme que le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il s'est appuyé sur les constatations selon lesquelles Hydro One et les distributeurs étaient en concurrence avec les détaillants et selon lesquelles le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales tiraient profit de la revente d'électricité acquise dans le cadre du programme TRG pour conclure qu'il y avait "revente dans le commerce" d'électricité renouvelable en Ontario.

2.19. Le Canada conteste aussi la constatation du Groupe spécial selon laquelle le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales tirent profit de la revente d'électricité acquise dans le cadre du programme TRG. Il explique que le "mandat fondamental" de Hydro One "est d'assurer "de façon sûre, fiable et rentable le transport et la distribution d'électricité aux utilisateurs d'électricité de l'Ontario"¹¹³ et qu'"elle doit "donner la priorité aux investissements dans la capacité de transport et de distribution pour appuyer les projets nécessaires afin de maintenir en permanence la sécurité et la fiabilité du réseau"¹¹⁴. C'est en maintenant ce réseau que Hydro One obtient ses recettes. La CEO, qui régleme les aspects du réseau d'électricité de l'Ontario¹¹⁵, calcule le coût du maintien des actifs et ajoute un taux de rendement.¹¹⁶ Cette somme est ensuite recouvrée auprès des consommateurs par le biais du poste "livraison" des factures d'électricité.¹¹⁷ Le Canada fait valoir qu'en conséquence, les bénéfices de Hydro One sont sans rapport avec la quantité d'électricité que la société transporte à destination du réseau de distribution ou des consommateurs.

2.20. Le Canada ajoute que les distributeurs, de même, dégagent leurs bénéfices du maintien de leurs actifs. La CEO détermine le coût du maintien des actifs de distribution et y ajoute un taux de rendement.¹¹⁸ Cette somme est aussi recouvrée auprès des utilisateurs finals par le biais des frais de livraison indiqués sur les factures d'électricité. Par conséquent, comme dans le cas de Hydro

¹¹¹ Site Web de la SIERE, "Retail Contracts" (pièce JPN-90 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse: <<http://www.ieso.ca/imoweb/siteshared/retailers.asp>>.

¹¹² Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 71 (citant le rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 254 (note de bas de page omise); et faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel États-Unis – Acier au carbone, paragraphe 142; et États-Unis – Gluten de froment, paragraphes 161 et 162).

¹¹³ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 74 (citant Memorandum of Agreement between Her Majesty the Queen in Right of the Province of Ontario as Represented by the Minister of Energy and Hydro One Inc., 27 March 2008 (Memorandum of Agreement) (pièce CDA-107 présentée au Groupe spécial), page 1 (également cité dans la réponse du Canada à la question n° 13 a) (deuxième série) du Groupe spécial, paragraphes 41 et 42)).

¹¹⁴ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 74 (citant Memorandum of Agreement, page 2).

¹¹⁵ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 74 (faisant référence à la première communication écrite du Canada au Groupe spécial (DS412), paragraphe 23).

¹¹⁶ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 74 (faisant référence à la réponse du Canada à la question n° 15 (première série) du Groupe spécial, paragraphe 80; et à OEB, EB-2009-0084, Report of the Board on the Cost of Capital for Ontario's Regulated Utilities, 11 décembre 2009 (pièce CDA-64 présentée au Groupe spécial)).

¹¹⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.57.

¹¹⁸ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 75 (faisant référence à la réponse du Canada à la question n° 15 (première série) du Groupe spécial, paragraphe 81).

One et du transport d'électricité, les recettes des sociétés de distribution sont sans rapport avec la quantité d'électricité qu'elles livrent.¹¹⁹

2.21. Le Canada déclare que, même si Hydro One et les distributeurs devaient tirer profit d'une quelconque revente d'électricité, ils ne dégagent pas de bénéfices d'une quelconque revente de l'électricité achetée dans le cadre du programme TRG. Hydro One et les distributeurs sont payés pour le maintien de leurs actifs, indépendamment de la source de l'électricité qui est transportée et distribuée avec ces actifs. Par conséquent, selon le Canada, leurs recettes ne sont pas affectées par le programme TRG et l'achat d'électricité renouvelable effectué par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre de ce programme.

2.22. Pour ces raisons, le Canada considère que, en constatant que Hydro One et les distributeurs tiraient profit de la revente de l'électricité achetée dans le cadre du programme TRG, le Groupe spécial n'a pas procédé à une "évaluation objective des faits". En conséquence, le Groupe spécial ne s'est pas conformé à l'article 11 du Mémoire d'accord, en omettant de "s'assurer que ses constatations factuelles soient dûment fondées sur [les] éléments de preuve"¹²⁰, d'"examiner les éléments de preuve dont il dispos[ait] dans leur totalité"¹²¹, et d'"évaluer la pertinence et la force probante" de tous les éléments de preuve".¹²²

2.2 Arguments du Japon – Intimé

2.2.1 Article III:8 a) du GATT de 1994

2.23. Le Japon demande à l'Organe d'appel de confirmer, bien que suivant un raisonnement différent, la constatation du Groupe spécial selon laquelle le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes impliquent l'acquisition d'électricité "pour [une] reven[te] dans le commerce" au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Il soutient que l'appel du Canada deviendra dénué de fondement si l'Organe d'appel constate, conformément aux allégations du Japon en tant qu'autre appelant, que le programme et les contrats TRG ne sont pas une "acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics" au regard de l'article III:8 a). Il en est ainsi parce que l'évaluation de l'élément "pour être revendus dans le commerce" visé par l'appel du Canada présuppose une constatation positive de l'Organe d'appel concernant l'existence de l'"acquisition" par les pouvoirs publics de l'Ontario "pour les besoins des pouvoirs publics". Le Japon déclare que, par conséquent, l'Organe d'appel devrait, suivant la structure fondamentale et la logique de l'article III:8 a), commencer son analyse en traitant les allégations formulées par le Japon au sujet de l'existence de l'"acquisition" par les pouvoirs publics de l'Ontario "pour les besoins des pouvoirs publics". Si l'Organe d'appel devait convenir avec le Japon soit que le programme et les contrats TRG n'impliquent pas l'"acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés" soit que ces achats ne sont pas "pour" les besoins des pouvoirs publics, l'ensemble de l'appel du Canada deviendrait alors dénué de fondement.

2.24. En réponse aux allégations d'erreur formulées par le Canada, le Japon conteste, premièrement, l'interprétation par le Canada du mot "pour" et deuxièmement, la lecture que celui-ci donne des mots "revendus dans le commerce". Premièrement, le Japon fait valoir que, suivant la position du Canada selon laquelle le membre de phrase "pour être revendus dans le commerce" signifie qu'il doit y avoir l'intention de réaliser un bénéfice, un Membre de l'OMC pourrait exclure de ses obligations au titre de l'article III du GATT de 1994 toute revente de marchandises achetées antérieurement simplement en déclarant que cette revente ne visait pas à produire un rendement ou un bénéfice. Il allègue que cette approche ferait fi du contexte de

¹¹⁹ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 75 (faisant référence aux observations du Canada concernant les rapports intérimaires du Groupe spécial, page 3; et aux rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.149).

¹²⁰ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 76 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 254 (note de bas de page omise); et faisant référence, dans la note de bas de page 109, aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142: "Les groupes spéciaux ne peuvent pas non plus établir de constatations positives qui ne soient pas fondées sur les éléments de preuve contenus dans leur dossier" (note de bas de page omise); et *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphes 161 et 162).

¹²¹ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 76 (citant, à titre d'exemple, les rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 299).

¹²² Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 76 (citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 299 (note de bas de page omise)).

l'article III car elle permettrait aux Membres de l'OMC de contourner l'obligation d'accorder le traitement national et viderait ainsi de sens l'article III:4. Par ailleurs, dans la mesure où un bénéfice a été réalisé, le Membre pourrait faire valoir qu'il a obtenu ce bénéfice en s'acquittant de sa tâche pour les besoins des pouvoirs publics, et non en menant une activité de revente dans le commerce. Cela donnerait aux Membres la capacité illimitée de passer outre aux disciplines de l'article III concernant le traitement national simplement en affirmant que les mesures en cause n'ont pas été adoptées en vue de réaliser un bénéfice.

2.25. Deuxièmement, en réponse à l'affirmation du Canada selon laquelle le Groupe spécial a interprété de façon erronée les mots "revendus dans le commerce", le Japon déclare que le Groupe spécial a constaté à juste titre qu'il n'était pas nécessaire qu'une "reven[te] dans le commerce" implique forcément un profit. Il affirme que, indépendamment du point de savoir si un bénéfice quelconque est réalisé, le membre de phrase "pour être revendus dans le commerce" signifie que le produit en cause est acheté pour être revendu ou introduit dans les courants commerciaux ou sur le marché. Il fait valoir que les groupes spéciaux de l'OMC ont constaté que le mot "commercial" signifiait "engaged in commerce; of, pertaining to, or bearing on commerce"¹²³ (s'occupant de commerce; qui est relatif au commerce ou en rapport avec le commerce), et que rien dans cette acception n'implique la nécessité d'une intention de réaliser un bénéfice. En réponse à l'invocation par le Canada du rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, le Japon fait valoir que le mot "commercial" a été examiné dans le contexte de l'interprétation de l'expression "prêt commercial" figurant à l'article 14 b) de l'Accord SMC, et que le contexte de la présente affaire est très différent. Ce qui rend "commerciale" la revente d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme et des contrats TRG est le fait que cette électricité est injectée dans le réseau de transport, combinée avec toutes les autres électricités produites en Ontario, et livrée aux consommateurs en Ontario. Selon le Japon, l'observation du Groupe spécial selon laquelle "l'électricité achetée dans le cadre du programme TRG est consommée en passant exactement par les mêmes circuits que l'électricité provenant de toutes les autres sources de production" est le fait essentiel qui étaye la conclusion selon laquelle l'électricité est achetée par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme et des contrats TRG "pour être revendu[e] dans le commerce".¹²⁴

2.2.2 Article 11 du Mémoire d'accord – "revendus dans le commerce"

2.26. Si l'Organe d'appel considère que la concurrence avec d'autres entités est pertinente aux fins de l'évaluation du point de savoir s'il existe une "reven[te] dans le commerce", le Japon estime que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que Hydro One Inc. et les distributeurs étaient en concurrence avec le secteur privé sur le marché de l'électricité de l'Ontario.

2.27. Le Japon fait valoir que le fait que le Groupe spécial a reconnu que les détaillants du secteur privé "vend[aient] des contrats"¹²⁵ et qu'il en a tenu compte n'enlève rien à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle ces détaillants font concurrence à Hydro One et aux distributeurs pour vendre de l'électricité aux consommateurs en Ontario, ni ne rend cette conclusion non objective. Comme le Groupe spécial l'a déclaré dans son examen du contexte factuel, "[I]es consommateurs de détail soit achètent l'électricité à leurs SDL en fonction de l'utilisation, soit concluent un contrat d'électricité avec une SDL ou un détaillant en électricité agréé [du secteur privé]".¹²⁶ Autrement dit, les consommateurs en Ontario peuvent choisir à qui ils achètent leur électricité – soit aux distributeurs soit aux détaillants du secteur privé. Le Japon affirme que par conséquent, les distributeurs et les détaillants du secteur privé se font concurrence pour vendre de l'électricité aux consommateurs en Ontario.

¹²³ Communication du Japon en tant qu'intimé (DS412), paragraphe 35 (faisant référence aux rapports des groupes spéciaux *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 6.84; et *Chine – Droits de propriété intellectuelle*, paragraphe 7.534; qui citent l'un et l'autre *The New Shorter Oxford English Dictionary*, 4^{ème} édition, L. Brown (éd.) (Clarendon Press, 1993), volume 1, page 451).

¹²⁴ Communication du Japon en tant qu'intimé (DS412), paragraphe 35 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.147).

¹²⁵ Communication du Japon en tant qu'intimé (DS412), paragraphe 37 (citant la communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 51, qui cite les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.147).

¹²⁶ Communication du Japon en tant qu'intimé (DS412), paragraphe 37 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.57).

2.28. Le Japon rappelle la constatation du Groupe spécial selon laquelle 4 sociétés privées détiennent et exploitent 3% du réseau de transport¹²⁷ et 3 des 80 distributeurs sont des sociétés privées.¹²⁸ Il déclare que par conséquent, l'Ontario a établi un réseau d'électricité dans lequel Hydro One et les distributeurs appartenant aux administrations municipales peuvent faire concurrence à des sociétés de transport et de distribution privées dans la revente d'électricité aux consommateurs. Le Groupe spécial a reconnu ces faits dans son évaluation du point de savoir si l'électricité est acquise dans le cadre du programme TRG "pour être revendu[e] dans le commerce".

2.29. Par ailleurs, si l'Organe d'appel devait convenir avec le Canada que les mots "revendus dans le commerce" impliquent un élément profit, le Japon déclare que le Groupe spécial a constaté à juste titre que les pouvoirs publics de l'Ontario obtenaient un rendement financier de leur "revente" d'électricité aux consommateurs en Ontario, faisant ainsi de la "revente" une revente "dans le commerce" d'après la propre définition du Canada de ces mots. Il fait observer que l'appel du Canada ne fait que répéter son argument antérieur selon lequel l'OEO est censé s'acquitter de ses fonctions sans but lucratif, argument que le Groupe spécial a rejeté quand il a noté que "même si l'OEO ne réalis[ait] pas de bénéfice sur la revente d'électricité par le biais de Hydro One et des SDL, il [était] évident que le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales de la province tir[ai]ent profit de ces opérations".¹²⁹ De plus, le Groupe spécial a noté que c'était un fait émanant des propres réponses du Canada à ses questions.¹³⁰ Le Japon signale que le Canada lui-même reconnaît dans son appel cet aspect de l'analyse du Groupe spécial, en déclarant que "Hydro One tire profit" et que "[l]es distributeurs tirent aussi profit".¹³¹

2.30. Le Japon affirme que les éléments de preuve versés au dossier montrent aussi que Hydro One fonctionne comme une société "commerciale" qui réalise des "bénéfices commerciaux", même si son actionnaire unique est le gouvernement de l'Ontario. Par exemple, le rapport financier de Hydro One pour 2010 (qui était cité par le Groupe spécial) indique que la société a obtenu les principaux résultats financiers suivants: i) des recettes totales se montant à 5 124 millions de dollars canadiens (\$Can); ii) des recettes nettes de 232 millions de \$Can; iii) un revenu net de 591 millions de \$Can; et iv) des dividendes pour un montant de 28 millions de \$Can versés à son actionnaire, la province de l'Ontario.¹³² Tout bénéfice réalisé par Hydro One, s'il n'est pas réinvesti dans la société, reviendra en définitive aux pouvoirs publics et, par conséquent, le Groupe spécial a eu raison de conclure que les pouvoirs publics de l'Ontario tiraient profit de la revente d'électricité renouvelable.

2.31. Le Japon fait observer que, dans son appel, le Canada cherche à exclure Hydro One et les distributeurs locaux de sa propre définition des mots "dans le commerce" en qualifiant leurs bénéfices comme provenant, non pas de leurs activités de transport ou de distribution (c'est-à-dire de la revente dans le commerce d'électricité renouvelable), mais du "maintien de leurs actifs".¹³³ Or, en même temps, le Canada admet que ces bénéfices sont obtenus par le biais des "frais de livraison" figurant sur les factures d'électricité payées par les consommateurs. Le Japon rappelle qu'il fait valoir pour l'essentiel que ces faits indiquent que Hydro One n'"achète" pas de l'électricité "pour les besoins des pouvoirs publics". Toutefois, si l'Organe d'appel ne partage pas l'avis du Japon concernant cet argument, il devrait logiquement constater que ces "frais de livraison" sont fixés par kWh, et qu'ils sont donc réputés être indissociablement liés à la quantité d'électricité livrée aux consommateurs et consommée par eux. Les sources citées par le Canada précisent aussi que ces frais ou tarifs sont censés permettre aux distributeurs de "récupérer leurs coûts de

¹²⁷ Communication du Japon en tant qu'intimé (DS412), paragraphe 38 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.34 et note de bas de page 104 y relative).

¹²⁸ Communication du Japon en tant qu'intimé (DS412), paragraphe 38 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.35).

¹²⁹ Communication du Japon en tant qu'intimé (DS412), paragraphe 40 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.150).

¹³⁰ Voir les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.149.

¹³¹ Communication du Japon en tant qu'intimé (DS412), paragraphe 40 (citant, respectivement, la communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphes 74 et 75).

¹³² Communication du Japon en tant qu'intimé (DS412), paragraphe 41 (citant Hydro One, News Release, "Hydro One Releases 2010 Year-End Financial Results", 10 février 2011 (pièce JPN-41 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse:

<http://www.hydroone.com/OurCompany/MediaCentre/Documents/NewsReleases2011/02_10_2011_Year-End_Financials.pdf>).

¹³³ Communication du Japon en tant qu'intimé (DS412), paragraphe 42 (faisant référence à la communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphes 74 à 76).

distribution"¹³⁴ (c'est-à-dire le coût de la distribution d'électricité aux consommateurs). Le Japon considère par conséquent que cela ne peut pas être concilié avec l'affirmation du Canada selon laquelle les ""bénéfices" de Hydro One et des SDL "ne dépendent pas de la quantité d'électricité qu'ils transportent et distribuent et, par conséquent, ils ne tirent pas profit d'une quelconque revente d'électricité"".¹³⁵

2.32. En conséquence, le Japon demande à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial n'a pas omis de procéder à une évaluation objective des faits comme il est prescrit à l'article 11 du Mémoire d'accord en concluant que Hydro One et les distributeurs étaient en concurrence avec le secteur privé, y compris les détaillants en électricité du secteur privé, dans la revente d'électricité renouvelable en Ontario et que les pouvoirs publics de l'Ontario tiraient profit de la revente d'électricité dont il était allégué qu'elle était achetée dans le cadre du programme TRG et des contrats TRG et microTRG.

2.3 Arguments de l'Union européenne – Intimé

2.3.1 Article III:8 a) du GATT de 1994

2.33. L'Union européenne demande à l'Organe d'appel de confirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes impliquent l'acquisition d'électricité "pour [une] reven[te] dans le commerce" au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Elle conteste, premièrement, l'interprétation par le Canada du mot "pour" et deuxièmement, la lecture que le Canada donne des mots "revendus dans le commerce". En outre, elle conteste la demande du Canada tendant à ce que l'Organe d'appel complète l'analyse et infirme la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 et l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

2.34. Premièrement, en réponse à l'allégation du Canada selon laquelle le Groupe spécial a négligé d'interpréter correctement le mot "pour" figurant à l'article III:8 a), l'Union européenne soutient que l'analyse du Groupe spécial démontre que celui-ci a interprété conjointement les mots "revendus dans le commerce" et "non pas pour", et que la conclusion du Groupe spécial concerne les achats effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce".¹³⁶ Selon elle, la description du programme TRG donnée par le Groupe spécial montre que le but même de ce programme est la livraison d'un certain type d'électricité sur le marché de l'électricité de l'Ontario. En particulier, le programme TRG et les opérations de l'OEO qui en relèvent ont spécifiquement pour objet de faire en sorte que l'électricité provenant de sources renouvelables soit introduite sur le marché de l'électricité pour remplacer l'électricité produite par d'autres sources.

2.35. L'Union européenne souscrit à la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'intention déclarée quant à la raison pour laquelle les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité ne pourrait pas être déterminante pour la question de savoir si cet achat a été effectué "pour [une] reven[te] dans le commerce", parce qu'il s'agirait d'un critère purement subjectif et qui ne serait donc pas approprié. Au lieu de cela, l'interprétation devrait être fondée sur un critère objectif, axé sur les circonstances effectives de l'espèce. Les pouvoirs publics peuvent qualifier toute transaction donnée comme répondant à plusieurs objectifs de politique générale, mais pour qu'une transaction soit qualifiée comme étant "pour [une] reven[te] dans le commerce", il suffit d'établir que les marchandises sont destinées au marché au moment de leur achat.

2.36. En outre, l'Union européenne conteste l'affirmation du Canada selon laquelle le Groupe spécial s'est fondé uniquement sur les interprétations avancées par les parties au lieu de développer une analyse appropriée du mot "pour". Le Groupe spécial a souscrit à l'interprétation suggérée par l'Union européenne tout en rejetant explicitement l'interprétation proposée par le

¹³⁴ Communication du Japon en tant qu'intimé (DS412), paragraphe 42 (citant la communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 20, qui cite la page Web de la CEO, "Electricity Prices: ... OEB's Role in Electricity Prices" (pièce CDA-16, présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse: <<http://www.ontarioenergyboard.ca/OEB/Consumers/Electricity/Electricity+Prices#role>>).

¹³⁵ Communication du Japon en tant qu'intimé (DS412), paragraphe 42 (citant la communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 76).

¹³⁶ Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé (DS426), paragraphe 21 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.146 et 7.151).

Canada.¹³⁷ L'Union européenne reconnaît que le Groupe spécial aurait pu développer son raisonnement de façon plus détaillée; il est néanmoins clair qu'il a bien interprété le mot "pour" en l'espèce.

2.37. Deuxièmement, l'Union européenne conteste l'interprétation par le Canada des mots "revendus dans le commerce". Elle soutient que la clause "non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce" qui figure à l'article III:8 a) sert à éviter le contournement des disciplines de l'article III du GATT de 1994 en interdisant aux pouvoirs publics d'acheter sur une base discriminatoire dans les cas où le produit acheté retournera sur le marché directement ou indirectement en tant qu'intrant pour un autre produit. Elle affirme que cet objectif, ainsi que les versions française et espagnole du texte de l'article III:8 a) – en particulier les mots "revendus dans le commerce" et "*reventa comercial*" – étayent sa thèse selon laquelle l'expression "*commercial resale*" n'implique pas nécessairement que le produit en question doit être revendu avec bénéfice, mais prévoit simplement que le produit acheté doit être vendu ou être mis sur le marché par les circuits commerciaux ordinaires. L'Union européenne ajoute que les ventes à perte ne sont pas moins commerciales que les ventes avec bénéfice, et que la revente d'un produit à un prix inférieur au prix auquel il a été acheté ne rend pas "non commerciale" cette transaction.

2.38. En outre, l'Union européenne déclare que les mots "dans le commerce" sont utilisés à l'article III:8 a) afin de distinguer les achats effectués pour l'usage des pouvoirs publics des achats effectués pour des transactions ultérieures et l'introduction dans le commerce. Les mots "dans le commerce" n'ont pas été ajoutés à la disposition afin d'inclure l'idée de "profit", mais pour montrer clairement que l'article III:8 a) viserait les achats effectués pour les besoins des pouvoirs publics. Interpréter les mots "revendus dans le commerce" comme exigeant un bénéfice permettrait aux Membres de l'OMC de contourner les disciplines de l'article III car les gouvernements pourraient établir une discrimination à l'égard des produits importés puis introduire le produit national acheté sur le marché, provoquant ainsi les résultats que le principe du traitement national vise à éviter. Quant aux références faites par le Canada au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, au rapport du Groupe spécial *Chine – Droits de propriété intellectuelle*, et au rapport du Groupe spécial *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, l'Union européenne répond que dans ces rapports, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel n'ont pas interprété les mots "dans le commerce" figurant à l'article III:8 a), et que le même terme peut avoir des sens différents selon son contexte spécifique.

2.39. En outre, l'Union européenne demande à l'Organe d'appel de rejeter les demandes du Canada visant l'action de compléter l'analyse au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994 et l'infirmer la constatation selon laquelle le programme et les contrats TRG enfreignent l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994. La raison avancée par l'Union européenne est que la déclaration d'appel du Canada ne contient pas une demande tendant à ce que l'Organe d'appel soit infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994, soit complète l'analyse en ce qui concerne les deux éléments "pour être revendus dans le commerce" et "pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce" figurant à l'article III:8 a).

2.40. L'Union européenne affirme que le fait que le Canada n'a pas inclus ces demandes dans sa déclaration d'appel signifie que ces demandes ne relèvent pas de la compétence de l'Organe d'appel. Elle explique que le Canada n'a pas présenté un bref exposé de la nature de l'appel, y compris une référence au paragraphe 7.167 des rapports du Groupe spécial et au paragraphe 8.6 du rapport du Groupe spécial concernant l'UE, et qu'il n'a pas non plus indiqué la nature de la décision demandée au sujet de ces paragraphes, d'une manière contraire à la règle 20 2) d) des Procédures de travail pour l'examen en appel. Elle affirme en outre que l'Organe d'appel devrait s'abstenir d'examiner la demande du Canada visant l'action de compléter l'analyse au titre de l'article III:8 a) parce qu'elle n'est pas formulée comme une demande de compléter l'analyse mais comme une allégation de non-formulation par le Groupe spécial d'une constatation particulière.

2.41. Dans le cas où l'Organe d'appel déciderait de compléter l'analyse conformément à la demande du Canada, l'Union européenne affirme qu'il devrait constater que les pouvoirs publics de

¹³⁷ Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé (DS426), paragraphe 26 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.148 et 7.151).

l'Ontario achètent de l'électricité "pour [s'en] servir [pour] la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce" et qu'il n'est donc pas satisfait aux prescriptions de l'article III:8 a). Elle soutient que l'électricité achetée par les pouvoirs publics de l'Ontario est injectée dans le réseau pour être utilisée par les consommateurs en Ontario. Beaucoup d'entre eux sont des consommateurs industriels, qui fabriquent aussi, en utilisant cette électricité, d'autres produits destinés à la vente sur le marché. L'Union européenne ne partage pas l'avis du Canada selon lequel le membre de phrase "pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce" devrait être compris comme faisant référence aux actions des pouvoirs publics, et non aux actions d'autres opérateurs, car l'énoncé de l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'est pas "servir, pour les pouvoirs publics", mais "servir" sans autre qualification.

2.3.2 Article 11 du Mémorandum d'accord – "revendus dans le commerce"

2.42. L'Union européenne déclare sans fondement les allégations du Canada selon lesquelles le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, y compris des faits, comme il est prescrit à l'article 11 du Mémorandum d'accord, lorsqu'il a constaté que i) Hydro One Inc. et les distributeurs faisaient concurrence aux détaillants privés et que ii) Hydro One et les distributeurs tiraient profit de toute revente d'électricité renouvelable.

2.43. Tout d'abord, l'Union européenne fait observer qu'il suffirait que l'Organe d'appel examine l'allégation du Canada au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord si, à la suite de ces erreurs, la constatation finale du Groupe spécial selon laquelle les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité dans le cadre du programme TRG "pour [une] reven[te] dans le commerce" ne peut pas être admise. Elle considère que la constatation du Groupe spécial n'est subordonnée à aucune des constatations de fait contestées par le Canada. Elle note, à cet égard, que le Groupe spécial a déterminé à juste titre que les mots "revendus dans le commerce" n'impliquent pas toujours nécessairement un profit. Suivant la même interprétation, l'Organe d'appel peut considérer qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la deuxième question de fait soulevée par le Canada, à savoir si Hydro One et les distributeurs tirent profit de toute revente d'électricité renouvelable.

2.44. L'Union européenne estime que l'on peut arriver à la même conclusion au sujet de la première question de fait contestée par le Canada, à savoir la constatation selon laquelle Hydro One et les distributeurs sont en concurrence avec les détaillants. Elle signale que le Canada ne conteste pas la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'électricité achetée dans le cadre du programme TRG est consommée en passant exactement par les mêmes circuits que l'électricité provenant de toutes les autres sources de production. De même, le Canada ne conteste pas la constatation du Groupe spécial selon laquelle les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario, dans le cadre du programme TRG, "peuvent être considérés comme une première étape de la revente d'électricité aux consommateurs de détail, et donc de l'introduction de l'électricité dans le commerce".¹³⁸ Le Groupe spécial est convenu que les faits en cause (en particulier le fait que l'électricité achetée dans le cadre du programme TRG est consommée en passant par les mêmes circuits que l'électricité provenant de toutes les autres sources de production et est donc réintroduite dans le commerce) étayaient la qualification des mesures en cause comme étant prises "pour [une] reven[te] dans le commerce" et ne relevant donc pas de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Par conséquent, l'Union européenne fait valoir que la constatation finale du Groupe spécial n'était pas subordonnée aux questions de fait contestées par le Canada dans son appel.

2.45. Cela dit, l'Union européenne rappelle que l'Organe d'appel a précisé qu'un groupe spécial avait "[d]ans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, ... le droit de décider que certains éléments de preuve étaient plus importants que d'autres".¹³⁹ Ce faisant, l'Organe d'appel a aussi noté qu'un groupe spécial "n'[était] pas tenu d'examiner, dans son rapport, chacun des éléments de preuve sans exception"¹⁴⁰, et que, "compte tenu de la différence qui exist[ait] entre les rôles respectifs de l'Organe d'appel et des groupes spéciaux", il n'"empiéter[ait] [pas] à la légère" sur le pouvoir du

¹³⁸ Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé (DS426), paragraphe 44 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.148).

¹³⁹ Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé (DS426), paragraphe 45 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 161).

¹⁴⁰ Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé (DS426), paragraphe 45 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 202).

groupe spécial en matière d'établissement des faits¹⁴¹, et "ne pou[r]rait pas fonder une constatation d'incompatibilité au titre de l'article 11 simplement sur la conclusion qu'[il] aur[ait] pu aboutir à une constatation de fait différente de celle à laquelle le groupe spécial [était] arrivé".¹⁴² L'Union européenne souligne donc qu'une erreur dont il est allégué qu'elle a été commise par un groupe spécial n'équivaut pas dans tous les cas à une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.

2.46. L'Union européenne considère que le Groupe spécial a conclu à juste titre que, dans les faits, i) Hydro One et les distributeurs étaient en concurrence avec les détaillants privés, et ii) Hydro One et les distributeurs tiraient profit de la revente d'électricité renouvelable.

2.47. L'Union européenne affirme que la constatation de fait du Groupe spécial selon laquelle Hydro One et les distributeurs sont en concurrence avec les détaillants privés est solidement étayée par les éléments de preuve versés au dossier et que, par conséquent, l'Organe d'appel ne devrait pas empiéter sur le pouvoir discrétionnaire du Groupe spécial en tant que juge des faits. Premièrement, contrairement à ce que le Canada allègue, les détaillants en électricité agréés du secteur privé ne vendent pas simplement des contrats de couverture mais aussi l'électricité qui y est associée. L'Union européenne fait observer que, par ailleurs, le Groupe spécial a noté qu'il y avait "des éléments de preuve donnant à penser qu'un "négociant" en électricité dev[enait] propriétaire de cette électricité (et donc, selon nous, en pren[ait] possession) du fait qu'il l'achet[ait] à des producteurs et des grossistes pour la revendre".¹⁴³ Par ailleurs, comme la SIERE l'a noté, les détaillants achètent l'électricité sur le marché et dans le cadre de contrats conclus avec les producteurs. La CEO affiche sur son site Web une liste des fournisseurs d'électricité agréés pour la vente d'électricité dans la province¹⁴⁴, et les contrats de détail sont décrits comme étant un autre moyen d'acheter l'électricité, mais ils ne couvrent pas d'autres charges telles que les frais de livraison.¹⁴⁵ De même, le Canada lui-même a reconnu que "[p]our les clients ayant conclu un contrat avec des détaillants en électricité concurrentiels, l'électricité de gros et les produits et services connexes [étaient] achetés en leur nom par le détaillant en électricité et les tarifs applicables [étaient] ceux qui [étaient] indiqués dans les contrats de détail."¹⁴⁶ Cela donne à penser que les détaillants en électricité agréés du secteur privé deviennent bien propriétaires de l'électricité qu'ils achètent aux producteurs/distributeurs pour la revendre aux consommateurs finals. En tout état de cause, il y a revente d'électricité (peut-être associée à des services d'électricité) aux consommateurs finals.

2.48. En outre, l'Union européenne explique que, dans la section de ses rapports relative au contexte, le Groupe spécial a noté que les consommateurs de détail qui ne relevaient pas de la "grille tarifaire réglementée" (GTR) pouvaient passer un contrat de détail avec un distributeur ou un détaillant en électricité agréé, en payant un prix contractuel pour l'électricité pendant une période déterminée.¹⁴⁷ De fait, les consommateurs finals en Ontario peuvent choisir de payer les tarifs GTR de la CEO et acheter leur électricité auprès des distributeurs, ou ils peuvent décider de l'acheter auprès des détaillants en électricité agréés du secteur privé.¹⁴⁸ Autrement dit, les consommateurs finals peuvent choisir soit d'acheter auprès des distributeurs (et payer les prix réglementés fluctuants qui relèvent de la GTR) ou auprès des détaillants en électricité agréés du secteur privé (et payer des prix fixes couverts indépendamment de la GTR pendant une période particulière). L'Union européenne affirme donc qu'en ce sens, les détaillants en électricité agréés du secteur privé font concurrence à Hydro One et aux autres distributeurs pour vendre l'électricité et des services d'électricité aux consommateurs.

¹⁴¹ Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé (DS426), paragraphe 45 (citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151; *CE – Sardines*, paragraphe 299; et *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142).

¹⁴² Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé (DS426), paragraphe 45 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151).

¹⁴³ Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé (DS426), paragraphe 49 (citant les rapports du Groupe spécial, note de bas de page 462 relative au paragraphe 7.239).

¹⁴⁴ Site Web de la SIERE, "The Power System" (pièce JPN-44 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse: <http://www.ieso.ca/imoweb/siteShared/power_system.asp>.

¹⁴⁵ Brochure de la SIERE, "What You Need to Know About Changes to Electricity Prices Coming November 1, 2009: A Guide For Ontario's Public Sector" (pièce JPN-91 présentée au Groupe spécial).

¹⁴⁶ Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé (DS426), paragraphe 49 (citant le professeur William W. Hogan, Université de Harvard, "Overview of the Electricity System in the Province of Ontario", 21 décembre 2011 (Rapport Hogan) (pièce CDA-2 présentée au Groupe spécial), page 29).

¹⁴⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.59.

¹⁴⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.42.

2.49. En conséquence, l'Union européenne fait valoir que, dans les faits, les détaillants en électricité agréés du secteur privé ne font pas que vendre des contrats de couverture aux consommateurs. En fait, les détaillants font concurrence à Hydro One et aux distributeurs pour vendre l'électricité et des services d'électricité aux consommateurs finals, qui peuvent choisir entre l'achat de cette électricité aux prix réglementés fluctuants qui relèvent de la GTR ou à des prix fixes auprès des détaillants.

2.50. L'Union européenne affirme en outre que les éléments de preuve cités par le Groupe spécial dans la note de bas de page 297 de ses rapports – à savoir l'article 29 de la Loi de 1998 sur l'électricité¹⁴⁹, le Code de règlement au détail¹⁵⁰, et la page du site Web de la SIERE¹⁵¹ – étayent dûment sa constatation selon laquelle Hydro One et les distributeurs vendent l'électricité en concurrence avec les détaillants agréés du secteur privé. L'article 29 de la Loi de 1998 sur l'électricité de l'Ontario énonce l'obligation pour le distributeur de vendre de l'électricité. Contrairement à ce que le Canada allègue, l'article 29 ne fait pas que renforcer le rôle des distributeurs pour ce qui est d'assurer un approvisionnement stable en électricité mais montre aussi qu'il y a concurrence effective entre les distributeurs et les détaillants en électricité agréés du secteur privé. En particulier, il envisage la possibilité qu'un consommateur n'achète pas l'électricité au distributeur mais aux détaillants en électricité agréés du secteur privé, tout en imposant au distributeur l'obligation de vendre l'électricité aux consommateurs finals dans le cas où le détaillant en électricité agréé du secteur privé n'est pas en mesure de le faire pour une raison quelconque. Autrement dit, l'article 29 met en évidence le fait déjà mentionné que les consommateurs en Ontario peuvent choisir d'acheter l'électricité et des services d'électricité auprès des distributeurs ou auprès des détaillants en électricité agréés du secteur privé.

2.51. L'Union européenne ajoute que les articles 1.1, 2.7, 10.1, et 12 du Code de règlement au détail, auxquels le Groupe spécial fait référence, étayent de même la conclusion du Groupe spécial concernant l'existence d'une concurrence entre Hydro One et les distributeurs, d'une part, et les détaillants en électricité agréés du secteur privé, d'autre part. Dans ces articles, il est clairement dit que les consommateurs en Ontario peuvent choisir entre acheter l'électricité et des services d'électricité auprès des distributeurs (en régime SAO, et relever alors de la GTR de la CEO) et acheter l'électricité auprès des détaillants en électricité agréés du secteur privé. En particulier, l'article 10 explique comment il faut traiter les demandes des consommateurs qui souhaitent passer de l'électricité fournie en régime SAO à l'électricité fournie par un détaillant concurrentiel. En ce sens, il est évident que Hydro One et les distributeurs sont en concurrence avec les détaillants privés pour la vente d'électricité et la fourniture de services d'électricité.

2.52. Enfin, l'Union européenne déclare que la page du site Web de la SIERE, mentionnée par le Groupe spécial, explique que les consommateurs en Ontario peuvent aussi acheter leur électricité auprès des détaillants en électricité agréés du secteur privé et donne des renseignements détaillés sur les cas dans lesquels cette option pourrait être intéressante pour les consommateurs finals.

2.53. En résumé, l'Union européenne considère que les éléments de preuve cités par le Groupe spécial dans la note de bas de page 297 de ses rapports étayent de manière appropriée sa constatation de fait selon laquelle Hydro One et les distributeurs vendent l'électricité en concurrence avec les détaillants en électricité agréés du secteur privé. Ainsi, contrairement à ce que le Canada allègue, le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur.

2.54. En ce qui concerne la deuxième constatation du Groupe spécial contestée par le Canada au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord – à savoir que les pouvoirs publics de l'Ontario tirent profit de la revente d'électricité – l'Union européenne répond que le Groupe spécial a rejeté l'argument du Canada parce que "[les] distributeurs dégagent un bénéfice de leur service de distribution d'électricité au consommateur final, et non de la vente elle-même de l'électricité renouvelable".¹⁵² Selon le Groupe spécial, dans la mesure où le service que constituait la distribution d'électricité était nécessairement lié à la vente d'électricité en tant que "produit" et en

¹⁴⁹ Pièce JPN-5 présentée au Groupe spécial.

¹⁵⁰ Pièce JPN-71 présentée au Groupe spécial.

¹⁵¹ Page Web de la SIERE, "Retail Contracts" (pièce JPN-90 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse: <<http://www.ieso.ca/imoweb/siteshared/retailers.asp>>.

¹⁵² Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé (DS426), paragraphe 59 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.150, qui citent la déclaration liminaire du Canada à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 55).

était indissociable, rien ne permettait de conclure que les activités de revente de Hydro One et de la quasi-totalité des distributeurs n'avaient pas pour effet de dégager des bénéfices. Autrement dit, le Groupe spécial a conclu que, dans les faits, il n'était pas possible de faire la distinction entre la rémunération (et les bénéfices) provenant des services de distribution d'électricité (pour lesquels le maintien du réseau était nécessaire) et la rémunération (et les profits) provenant de la vente de l'électricité elle-même (circulant dans ce réseau). L'Union européenne fait observer que le Canada n'a indiqué aucun élément factuel que le Groupe spécial aurait écarté ou intentionnellement déformé et qui contredirait ses observations à cet égard.

2.55. En conséquence, de l'avis de l'Union européenne, le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que Hydro One et les distributeurs tiraient profit de la revente de l'électricité achetée par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG.

2.56. Au vu de ce qui précède, l'Union européenne estime que le Groupe spécial n'a pas omis de procéder à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, et qu'il a conclu à juste titre que i) l'électricité était vendue aux consommateurs par Hydro One et les distributeurs en concurrence avec les détaillants privés et que ii) les pouvoirs publics de l'Ontario tiraient profit de la revente d'électricité renouvelable. En tout état de cause, elle estime que ces constatations de fait n'étaient pas essentielles pour la constatation finale du Groupe spécial selon laquelle les achats d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG sont effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce". Même si elles l'étaient, le Groupe spécial a présenté un raisonnement adéquat et a étayé sa conclusion sur la base des éléments de preuve versés au dossier.

2.4 Allégations d'erreur formulées par le Japon – Autre appelant

2.4.1 Ordre dans lequel le Groupe spécial a traité les allégations formulées par le Japon au titre de l'Accord SMC et ses allégations au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994

2.57. Le Japon déclare que le Groupe spécial a décidé indûment de commencer son évaluation par les allégations du Japon au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994, au lieu de ses allégations au titre de l'Accord SMC.

2.58. Le Japon reconnaît que, dans l'affaire *Chili – Système de fourchettes de prix*, l'Organe d'appel a dit que "les arguments ... concernant l'ordre retenu par le Groupe spécial aux fins de son analyse [n'][étaient] [pas] assimilables à une "allégation d'erreur" distincte".¹⁵³ Il note toutefois que l'Organe d'appel a laissé entendre dans ce différend qu'un ordre d'analyse incorrect pouvait entraîner une évaluation incorrecte par un groupe spécial des questions de fait et de droit dans un différend particulier.

2.59. Le Japon rappelle qu'il avait fait valoir devant le Groupe spécial que l'évaluation devrait commencer par ses allégations au titre de l'Accord SMC parce que cet accord "trait[ait] expressément, et de manière détaillée" les mesures en cause en l'espèce.¹⁵⁴ Selon lui, il en est ainsi car ce que sa contestation visait en l'espèce était l'octroi aux producteurs TRG de subventions subordonnées à leur utilisation de matériel de production d'énergie renouvelable produit en Ontario de préférence au même matériel importé de l'étranger.

2.60. Le Japon note que le Groupe spécial a écarté son argument parce qu'aucune partie n'avait contesté que "les mesures en cause [étaient] des mesures concernant les investissements et liées au commerce qui affect[aient] les importations de matériel ... pour la production d'énergie renouvelable".¹⁵⁵ Par conséquent, le Groupe spécial a conclu que c'était l'Accord sur les MIC qui "concern[ait] le plus directement, le plus spécifiquement et le plus en détail"¹⁵⁶ les mesures en cause. Le Japon ne voit pas en quoi le fait qu'aucune partie n'ait contesté que les mesures en

¹⁵³ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 10 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix*, paragraphe 182).

¹⁵⁴ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 11 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 204).

¹⁵⁵ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 12 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.70).

¹⁵⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.70. (note de bas de page omise)

cause étaient des MIC fait de l'Accord sur les MIC l'accord qui "concerne le plus directement, le plus spécifiquement et le plus en détail" les mesures en cause. De fait, il affirme que le Groupe spécial n'a effectué aucune analyse effective du point de savoir quel accord traitait le plus spécifiquement, et en détail, les mesures en cause. En ne procédant pas à cette analyse, le Groupe spécial a donc fait erreur.

2.61. Le Japon souligne qu'il apparaît que le Groupe spécial est convenu que l'Accord SMC concernait le plus spécifiquement les mesures en cause puisqu'il a fondé son interprétation des "achats" par les pouvoirs publics visés à l'article III:8 a) du GATT de 1994 sur sa constatation concernant "la qualification juridique appropriée des mesures en cause au regard de l'article premier de l'Accord SMC".¹⁵⁷ Le Japon est donc "déconcerté"¹⁵⁸ par la décision du Groupe spécial de ne pas commencer son évaluation par les allégations du Japon au titre de l'Accord SMC, ce qui l'aurait amené à faire une évaluation correcte des questions de fait et de droit en l'espèce.

2.62. Le Japon fait valoir en outre que le Groupe spécial aurait dû commencer par l'Accord SMC, parce qu'une mesure corrective au titre de l'article 4.7 de cet accord réglerait le présent différend plus rapidement que ne le ferait la mesure corrective prévue à l'article 19:1 du Mémoire d'accord qui découlerait d'une violation du GATT de 1994 ou de l'Accord sur les MIC. Conformément à l'article 3:7 du Mémoire d'accord, le but du règlement des différends est "d'arriver à une solution positive des différends" et, en outre, l'article 3:3 dispose que le "règlement rapide" des différends est "indispensable au bon fonctionnement de l'OMC". En l'espèce, ce "règlement rapide" serait obtenu par une mesure corrective au titre de l'article 4.7 de l'Accord SMC, qui oblige le Membre défendeur à agir "sans retard" et dans un délai spécifié par le Groupe spécial, ce qui n'est pas obligatoire aux termes de l'article 19:1 du Mémoire d'accord, lequel prescrit que le Membre défendeur rende conformes les mesures jugées incompatibles.

2.63. Pour ces raisons, le Japon demande à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial a indûment commencé son évaluation par les allégations du Japon au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994. En outre, il affirme qu'au lieu de suivre l'approche du Groupe spécial, l'Organe d'appel devrait commencer son évaluation par les allégations du Japon au titre de l'Accord SMC.

2.64. À l'audience, le Japon a reconnu qu'il ne considérerait pas que le Groupe spécial ait l'obligation juridique de commencer son évaluation par l'Accord SMC. Il a aussi confirmé qu'il ne demandait pas à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial avait fait erreur et qu'il ne demandait pas non plus l'infirmer d'une constatation du Groupe spécial. Sa seule demande est donc que l'Organe d'appel lui-même commence l'évaluation par son allégation au titre de l'Accord SMC.

2.4.2 Allégations au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994

2.65. Le Japon demande à l'Organe d'appel de confirmer la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 et l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et de modifier, d'infirmer ou de déclarer sans fondement et sans effet juridique plusieurs constatations intermédiaires du Groupe spécial.

2.4.2.1 Constatation du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG comportent l'"acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés"

2.66. Le Japon allègue que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les pouvoirs publics de l'Ontario "ach[étaient]" de l'électricité. Il allègue aussi que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les pouvoirs publics de l'Ontario "ach[étaient]" de l'électricité dans le contexte de son allégation concernant l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC. Il soutient que si l'Organe d'appel souscrit à son affirmation dans le contexte de son allégation selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les pouvoirs publics de l'Ontario "ach[étaient]" des biens au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC, il doit alors pour les mêmes motifs infirmer la constatation du Groupe spécial au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994 selon laquelle les mesures en cause comportent l'"acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics".

¹⁵⁷ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 13 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.136).

¹⁵⁸ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 13.

2.67. Le Japon fait valoir que la structure du réseau d'énergie en Ontario – en particulier, la dissociation de la production, du transport et de la distribution d'électricité ainsi que l'attribution de chacune de ces fonctions avec les fonctions de réglementation correspondantes à des entités distinctes – donne à penser que les pouvoirs publics de l'Ontario n'assurent pas l'offre physique ou la vente d'électricité. En particulier, il déclare que l'OEO agit comme une entité financière pour apporter un soutien financier aux producteurs que les pouvoirs publics souhaitent promouvoir. Par contre, les questions relatives à l'approvisionnement stable en électricité sont traitées par d'autres entités, mais non par le biais d'achats d'électricité par les pouvoirs publics.¹⁵⁹ En outre, le Japon fait valoir que le fait que les pouvoirs publics permettent à des entités privées d'intervenir dans la production, le transport et la distribution d'électricité étaye l'affirmation selon laquelle les pouvoirs publics de l'Ontario "n'ont pas besoin"¹⁶⁰ d'acheter de l'électricité pour assurer un approvisionnement stable en électricité dans la province de l'Ontario.

2.4.2.2 Interprétation et application par le Groupe spécial du mot "pour" dans le membre de phrase "pour les besoins des pouvoirs publics"

2.68. Dans le cas où l'Organe d'appel n'infirmait pas la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures en cause comportent "l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés", le Japon fait appel, à titre conditionnel, de l'interprétation et de l'application par le Groupe spécial de l'expression "achetés pour les besoins des pouvoirs publics" et demande à l'Organe d'appel de compléter l'analyse et de constater que le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes ne comportent pas des "ach[ats] pour les besoins des pouvoirs publics". Il allègue que le Groupe spécial n'a pas interprété le sens de ce membre de phrase parce qu'il a simplement conclu qu'un achat de produits par un organe gouvernemental pour les besoins des pouvoirs publics ne pouvait pas constituer en même temps un achat de produits par les pouvoirs publics pour une revente dans le commerce et qu'il a appliqué la disposition sur la base de cette supposition et non d'une interprétation correcte de l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics".

2.69. Le Japon soutient qu'en supposant qu'un achat pour les "besoins des pouvoirs publics" ne pouvait pas équivaloir en même temps à un achat de produits par les pouvoirs publics "pour [une] reven[te] dans le commerce" au regard de l'article III:8 a), le Groupe spécial a négligé d'analyser si les achats dans le cadre du programme TRG étaient effectués "pour" les besoins des pouvoirs publics. De ce fait, le Groupe spécial n'a pas analysé s'il y avait "un lien véritable et authentique entre l'"achat" ... et le "besoin[] des pouvoirs publics" en cause" ni si les achats d'électricité étaient en fait effectués "véritablement et authentiquement" pour obtenir ou assurer un approvisionnement en électricité stable à partir de sources propres.¹⁶¹

2.70. Le Japon fait valoir que l'électricité n'est "acheté[e] pour les besoins des pouvoirs publics" que si l'achat est effectué "pour atteindre certains buts des pouvoirs publics ou avec l'objectif de réaliser ces buts".¹⁶² Il fait référence à l'affirmation du Canada selon laquelle l'objectif des pouvoirs publics qui sous-tend le programme et les contrats TRG est "de contribuer à assurer un approvisionnement en électricité suffisant et fiable en Ontario à partir de sources propres".¹⁶³ En conséquence, il soutient que pour que les achats d'électricité effectués par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG relèvent de l'article III:8 a), il aurait fallu que le Groupe spécial constate que ces achats étaient effectués véritablement et authentiquement pour obtenir ou assurer un approvisionnement en électricité stable à partir de sources d'énergie propres. Or il fait valoir que dans le cadre du marché de l'électricité de l'Ontario, où la production, le transport et la distribution d'électricité sont réalisés par des entités gouvernementales distinctes, les pouvoirs publics de l'Ontario ne sont pas obligés d'acheter de l'électricité pour assurer un approvisionnement en électricité stable. Selon lui, le but qui est d'assurer un approvisionnement en électricité stable n'exige pas en soi que l'entité gouvernementale produise, fournisse ou vende de l'électricité aux consommateurs. En outre, le Japon soutient que le fait que l'Ontario autorise de entités privées à distribuer l'électricité aux consommateurs confirme que les pouvoirs publics de l'Ontario n'ont pas besoin de prendre possession de l'électricité pour réaliser

¹⁵⁹ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphes 167, 165 et 40.

¹⁶⁰ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 41.

¹⁶¹ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphes 171 et 174, respectivement.

¹⁶² Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 174.

¹⁶³ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 174 (citant la première communication écrite du Canada au Groupe spécial (DS412), paragraphe 88).

leur but déclaré qui est d'assurer un approvisionnement en électricité stable aux consommateurs de l'Ontario.

2.71. Le Japon fait aussi référence aux rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés* et *Corée – Boissons alcooliques* pour affirmer que l'objet et le but du GATT de 1994 tels qu'ils sont reflétés à l'article III consistent à "éviter le protectionnisme, à garantir l'égalité des conditions de concurrence et à protéger les anticipations relatives à l'égalité des rapports de concurrence".¹⁶⁴ Selon lui, une interprétation de l'article III:8 a) conforme à cet objet et à ce but doit faire en sorte que l'exclusion des produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics du champ de l'obligation énoncée à l'article III ne soit pas large au point de permettre aux Membres de l'OMC de se soustraire aux obligations énoncées à l'article III simplement en attribuant un "but des pouvoirs publics" à une mesure particulière. Le Japon soutient que par conséquent, l'article III:8 a) doit être interprété comme prescrivant qu'un achat de produits par les pouvoirs publics soit effectué "véritablement et authentiquement" pour atteindre ou réaliser un but particulier des pouvoirs publics.¹⁶⁵

2.72. Enfin, le Japon affirme que les prescriptions du programme TRG relatives à la teneur en éléments nationaux compromettent l'objectif des pouvoirs publics consistant à assurer un approvisionnement en électricité à partir de sources propres, parce que ces prescriptions ont pour effet de limiter l'accès des producteurs à la meilleure technologie disponible sur le marché mondial.

2.4.2.3 Interprétation et application par le Groupe spécial de l'expression "pour être revendus dans le commerce"

2.73. Au cas où l'Organe d'appel rejetterait à la fois l'appel du Japon concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle les pouvoirs publics de l'Ontario "achètent" de l'électricité et l'appel du Japon concernant le fait que les mesures en cause comportent des "ach[ats] pour les besoins des pouvoirs publics", le Japon demande à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial n'a pas interprété correctement l'expression "revendus dans le commerce" en concluant que les bénéfices obtenus par les pouvoirs publics à la suite de la "revente" étaient des éléments de preuve pertinents qui en indiquaient la nature commerciale. Au lieu de cette conclusion erronée, l'Organe d'appel devrait constater que le membre de phrase "pour être revendus dans le commerce" signifie "pour être vendu dans les circuits commerciaux"¹⁶⁶ et que, dans la mesure où le programme et les contrats TRG comportent des achats d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario, ces achats sont effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce" parce que l'électricité est achetée pour être vendue ou introduite dans les courants commerciaux ou un marché, indépendamment du point de savoir si les pouvoirs publics dégagent un bénéfice de la revente.

2.74. Le Japon conteste la prise en compte du "profit" par le Groupe spécial lorsque celui-ci a conclu que "les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG étaient effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce" en se fondant en partie sur le fait que "le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales tir[aient] profit de la revente de l'électricité"¹⁶⁷. Faisant référence aux définitions données par le dictionnaire des mots "commercial" et "commerce", il soutient que les définitions de ces mots n'incluent aucun élément de profit. En outre, il fait référence aux rapports des Groupes spéciaux *Canada – Exportations de blé et importations de grains* et *Chine – Droits de propriété intellectuelle* à l'appui de son affirmation selon laquelle le mot "commercial" signifie "engaged in commerce; of, pertaining to, or bearing on commerce" (s'occupant de commerce; qui est relatif au commerce ou en rapport avec le commerce)¹⁶⁸ et selon laquelle ces définitions n'incluent aucun élément de "profit".

¹⁶⁴ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 175 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 221, qui citent le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphe 120).

¹⁶⁵ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 175.

¹⁶⁶ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 188. (italique omis)

¹⁶⁷ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 184 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.151).

¹⁶⁸ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 186 (citant les rapports des Groupes spéciaux *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 6.84; et *Chine – Droits*

2.75. En outre, le Japon fait référence au rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II* pour affirmer que le but de l'article III du GATT de 1994 est d'éviter le protectionnisme lorsque des taxes et des mesures de réglementation intérieures sont appliquées, et soutient qu'interpréter le membre de phrase "non pas pour être revendus dans le commerce" comme signifiant que le but n'est pas une revente avec bénéfice permettrait aux Membres d'adopter des mesures protectionnistes contraires à l'objectif de l'article III.¹⁶⁹ Selon cette interprétation, un Membre qui voudrait exclure un produit étranger particulier de son marché intérieur pourrait déclarer que son objectif est d'assurer un approvisionnement stable de ce produit dans l'intérêt du bien-être de ses consommateurs, établir un organe gouvernemental sans but lucratif chargé d'acheter des quantités de ce produit en prescrivant que celui-ci soit produit dans le pays, et ensuite revendre le produit aux consommateurs sans en tirer un bénéfice.

2.4.3 Décision du Groupe spécial d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne l'allégation "autonome" formulée par le Japon au titre de l'article III:4 du GATT de 1994

2.76. Le Japon affirme que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord et qu'il a appliqué de manière erronée le principe d'économie jurisprudentielle en n'examinant pas séparément son allégation selon laquelle le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes étaient incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994. Il note que le Groupe spécial a constaté que les mesures contestées étaient des MIC relevant du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC et qu'elles étaient par conséquent incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national énoncée à l'article III:4 du GATT de 1994. Ayant formulé cette constatation, le Groupe spécial a rejeté la demande du Japon tendant à ce qu'il effectue une analyse séparée des éléments de l'article III:4. Le Japon fait valoir que l'application par le Groupe spécial du principe d'économie jurisprudentielle était inappropriée et contraire à son devoir au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord sur deux aspects.

2.77. Premièrement, le Japon affirme que le Groupe spécial n'était pas en droit d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle parce qu'une constatation distincte au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 était requise pour assurer le règlement rapide du présent différend conformément à l'article 3:3 du Mémoire d'accord, dans le cas où l'Organe d'appel ne souscrirait pas à la qualification donnée par le Groupe spécial du programme et des contrats TRG comme étant des MIC ou des MIC relevant du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative.

2.78. Deuxièmement, le Japon souligne que les termes du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC et ceux de l'article III:4 du GATT de 1994 sont différents, de sorte que le Groupe spécial n'a pas examiné son allégation principale selon laquelle l'incitation à utiliser des parties et composants nationaux de préférence à ceux qui sont importés découlant des prescriptions du programme et des contrats TRG relatives à la teneur en éléments nationaux soumet les produits importés à un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires nationaux, ce qui est incompatible avec l'article III:4. Il explique que le Groupe spécial a analysé si, dans toutes les situations, l'application des niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux dans le cadre du programme et des contrats TRG exigeait qu'au moins quelques produits de source ontarienne soient utilisés et qu'il a conclu qu'en effet, une telle prescription existait bien.¹⁷⁰ Bien que le Japon souscrive à cette conclusion, il note que le critère prévu à l'article III:4 est différent et, en fait, plus large. Il affirme à cet égard que l'incitation à utiliser des produits nationaux qui découle d'une prescription relative à la teneur en éléments nationaux à laquelle il peut être satisfait en utilisant des biens ou services, telle qu'elle existe dans le programme et les contrats TRG, suffit pour répondre au critère plus large du "traitement moins favorable" énoncé à l'article III:4. Selon lui, le fait que le Groupe spécial n'a pas formulé de

de propriété intellectuelle, paragraphe 7.534, qui citent l'un et l'autre *The New Shorter Oxford English Dictionary*, Lesley Brown (éd.) (Clarendon Press, 1993), volume 1, page 451).

¹⁶⁹ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 187 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 19).

¹⁷⁰ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 149 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.158 à 7.163).

conclusion au titre de l'article III:4 affecte la mise en œuvre qui peut être exigée et peut donc "[n]e régler que partiellement la question en cause".¹⁷¹

2.79. Le Japon demande à l'Organe d'appel de compléter l'analyse et d'établir la constatation au titre de l'article III:4 que le Groupe spécial n'a pas, à tort, formulée. Pour aider l'Organe d'appel à établir une constatation distincte au titre de l'article III:4, le Japon rappelle brièvement les arguments qu'il a avancés pendant la procédure du Groupe spécial, tout en notant que le Canada n'a pas contesté que, dans le cas où l'article III:8 a) du GATT de 1994 ne serait pas d'application, le programme et les contrats TRG seraient incompatibles avec ses obligations au titre de l'article III:4.

2.80. Pour ce qui est de savoir si le matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué localement en Ontario et celui qui est importé du Japon sont des "produits similaires", le Japon fait valoir que ces produits ont un rapport de concurrence direct sur le marché. Il déclare qu'il n'y a aucune différence substantielle entre le matériel national et le matériel importé en ce qui concerne leurs propriétés physiques, les utilisations finales, les perceptions des consommateurs et les classements tarifaires – c'est-à-dire qu'ils ont en commun toutes les quatre catégories de "caractéristiques" indiquées par l'Organe d'appel comme étant pertinentes dans une analyse de la "similarité".¹⁷²

2.81. Le Japon affirme ensuite que les règles du programme et des contrats TRG relatives à la teneur en éléments nationaux sont des "prescriptions". Il explique qu'un producteur d'énergie renouvelable qui souhaite obtenir les tarifs subventionnés offerts par le programme TRG accepte volontairement, en demandant et en exécutant un contrat TRG ou microTRG, l'obligation de se conformer à diverses conditions, y compris le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux applicable à son projet solaire photovoltaïque (TRG et microTRG) ou éolien (TRG).

2.82. Le Japon affirme en outre que les prescriptions du programme et des contrats TRG relatives à la teneur en éléments nationaux "affect[ent]" la "vente", l'"achat" ou l'"utilisation" de matériel de production d'énergie renouvelable "sur le marché intérieur".¹⁷³ Cela tient au fait que ces prescriptions incitent les producteurs d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque implantés en Ontario à choisir du matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué en Ontario de préférence au même matériel fabriqué à l'étranger. Ces prescriptions modifient de ce fait les conditions de concurrence en faveur des produits fabriqués en Ontario, et ont "un effet sur"¹⁷⁴ la vente, l'achat ou l'utilisation de ces produits en Ontario.

2.83. Enfin, le Japon fait valoir que les prescriptions du programme et des contrats TRG relatives à la teneur en éléments nationaux soumettent le matériel de production d'énergie renouvelable importé à un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé à des produits similaires originaires de l'Ontario. Il fait observer que cette analyse est axée sur la question de savoir si le programme et les contrats TRG modifient les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment des produits importés.¹⁷⁵ Il explique ensuite qu'en prescrivant l'utilisation de produits ou de services originaires de l'Ontario aux fins de l'obtention de tarifs d'électricité supérieurs à ceux du marché, le programme TRG crée nécessairement des incitations, ou une préférence en matière d'achat, parmi les producteurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque implantés en Ontario en faveur du matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué en Ontario, ce qui stimule la production nationale de ce matériel. Les "grilles de teneur en éléments nationaux" exigent que ces producteurs utilisent au moins quelques produits originaires de l'Ontario pour atteindre les niveaux minima requis de teneur en ces éléments, confirmant ainsi la préférence accordée aux produits fabriqués localement par rapport aux produits d'origine étrangère. Le Japon note que le Groupe

¹⁷¹ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 143 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 403).

¹⁷² Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 99 et 101.

¹⁷³ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 147.

¹⁷⁴ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 147 (faisant référence aux rapports des Groupes spéciaux *Turquie – Riz*, paragraphes 7.221 et 7.222; et *Canada – Automobiles*, paragraphe 10.80; et au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 158).

¹⁷⁵ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 148 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 135; et aux rapports des Groupes spéciaux *Turquie – Riz*, paragraphe 7.232; et *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 7.1532).

spécial lui-même en est convenu sur ce dernier point dans son analyse au titre du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC.¹⁷⁶

2.84. En conséquence, le Japon demande à l'Organe d'appel de constater que l'application par le Groupe spécial du principe d'économie jurisprudentielle au sujet de son allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 était inappropriée et contraire à l'article 11 du Mémoire d'accord. Il demande en outre à l'Organe d'appel de compléter l'analyse et de constater que, parce qu'ils imposent aux producteurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux qui affectent la vente, l'achat ou l'utilisation de matériel pour la production d'énergie renouvelable sur le marché intérieur, ce qui entraîne un traitement moins favorable pour les produits similaires originaires du Japon, le programme et les contrats TRG sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994, indépendamment de toute conclusion au titre de l'Accord sur les MIC.

2.85. À l'audience, le Japon a précisé en quoi les obligations de mise en œuvre incombant au Canada pourraient être différentes si le Groupe spécial avait formulé une constatation de violation en relation avec l'allégation "autonome" du Japon au titre de l'article III:4. Selon lui, le Canada pourrait abaisser les prescriptions du programme TRG relatives à la teneur en éléments nationaux jusqu'au point où il pourrait y être satisfait exclusivement par l'utilisation de services locaux. Le Japon était d'avis qu'une constatation du Groupe spécial au titre de l'article III:4 et l'Accord sur les MIC ne permettrait pas de remédier à cette situation mais que celle-ci aurait été couverte si le Groupe spécial avait formulé une constatation "autonome" au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

2.4.4 Allégations au titre de l'Accord SMC

2.4.4.1 Article 1.1 a) – "Contribution financière" ou "soutien des revenus ou des prix"

2.86. Le Japon fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC en qualifiant le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes d'"ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics. Il ne conteste pas les constatations du Groupe spécial selon lesquelles: i) l'OEO paie pour "l'électricité fournie"; ii) les pouvoirs publics de l'Ontario (par l'intermédiaire de leur mandataire Hydro One Inc., qui exploite 97% des lignes de transport en Ontario) prennent possession de l'électricité pendant son transport vers les consommateurs finals; et iii) les lois, règlements et contrats de l'Ontario qualifient les mesures contestées d'"acquisition" ou d'"ach[at d']électricité".¹⁷⁷ Toutefois, il affirme que le Groupe spécial n'a pas déterminé la qualification juridique appropriée des mesures contestées sur la base d'une évaluation de leurs caractéristiques les plus essentielles et pertinentes. Pour identifier et clarifier la véritable nature ou les principales caractéristiques d'une mesure, un groupe spécial doit apprécier pleinement tous les faits pertinents et les circonstances qui les entourent, ce qui peut inclure la question de savoir si et jusqu'à quel point cette mesure servirait à réaliser un objectif de politique générale déclaré. En particulier, le Japon allègue que le Groupe spécial a fait abstraction de la décision de politique générale prise par les pouvoirs publics de l'Ontario, à savoir dissocier la production, le transport et la distribution de l'électricité, pour atteindre leur objectif consistant à assurer un approvisionnement en électricité stable en Ontario, ainsi que de la conception et du fonctionnement du programme et des contrats TRG dans le cadre du marché de l'électricité de l'Ontario. Il ajoute que ni l'OEO ni les pouvoirs publics de l'Ontario n'effectuent de versements pour l'électricité produite dans le cadre du programme TRG aux fins de la propre consommation des pouvoirs publics ou de l'utilisation en vue de fournir des services publics aux résidents de l'Ontario.

2.87. Le Japon fait valoir qu'il n'est pas approprié de qualifier les mesures en cause d'"ach[ats] de[] de biens" par les pouvoirs publics pour trois raisons. Premièrement, l'OEO joue le rôle d'entité de financement, et non d'entité d'achat, parce qu'il ne prend jamais possession de l'électricité. Hydro One, entité gouvernementale distincte, est celle qui reçoit l'électricité fournie. Deuxièmement, les pouvoirs publics de l'Ontario cherchent à réaliser leurs objectifs concernant leur réseau d'électricité par le biais des rôles attribués aux différentes entités dans le réseau d'électricité et les programmes de l'Ontario, et non en achetant eux-mêmes de l'électricité. À cet

¹⁷⁶ Communication du Japon en tant qu'autre appellant (DS412), paragraphe 148 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.163).

¹⁷⁷ Communication du Japon en tant qu'autre appellant (DS412), paragraphes 30 et 31.

égard, la promotion d'une production respectueuse de l'environnement se fait par le financement fourni dans le cadre du programme d'offre standard en matière d'énergie renouvelable (POSER) et du programme TRG. Troisièmement, le fait que les pouvoirs publics de l'Ontario permettent à des entités privées de jouer le rôle de fournisseur d'électricité pour les consommateurs en Ontario montre qu'ils n'ont pas besoin de prendre possession de l'électricité (c'est-à-dire de l'acheter) pour réaliser leur objectif consistant à assurer un approvisionnement en électricité stable aux consommateurs de l'Ontario.

2.88. Le Japon soutient qu'il est correct de qualifier les mesures en cause de "transferts directs de fonds" et "transferts directs potentiels de fonds" aux termes de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC. En premier lieu, il explique que les mesures constituent des "transferts directs de fonds" parce que l'OEO recouvre auprès des consommateurs, par le biais de l'"ajustement global", les "paiements contractuels" qu'il doit au titre des contrats TRG et microTRG et les distribue aux producteurs TRG. En second lieu, il précise que les mesures sont des "transferts directs potentiels de fonds" car les producteurs TRG ont droit à des paiements garantis pour l'électricité fournie pendant toute la durée d'un contrat TRG ou microTRG. À titre subsidiaire, il fait valoir que le programme et les contrats TRG peuvent aussi être qualifiés de "soutien des revenus ou des prix" aux termes de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC parce que les pouvoirs publics de l'Ontario contribuent aux prix et aux revenus dont bénéficient les producteurs TRG et encouragent la production nationale de matériel utilisé par les producteurs TRG pour produire de l'énergie.

2.89. En conséquence, le Japon fait valoir que le Groupe spécial a commis une erreur de droit au regard de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC en déterminant que la qualification juridique appropriée du programme et des contrats TRG était celle d'"achats de biens" par les pouvoirs publics aux termes de l'article 1.1 a) 1) iii). Il demande à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial et de conclure, au lieu de cela, qu'il est approprié de qualifier le programme et les contrats TRG comme étant "une pratique des pouvoirs publics [qui] comporte un transfert direct de fonds ... ou des transferts directs potentiels de fonds" ou "une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix".¹⁷⁸ À titre subsidiaire, si l'Organe d'appel convient avec le Groupe spécial que ces mesures sont dûment qualifiées d'"achats de biens", il demande à l'Organe d'appel de modifier la constatation formulée par le Groupe spécial à cet égard pour constater que ces mesures peuvent être qualifiées en outre de "transfert[s] direct[s] de fonds", de "transferts directs potentiels de fonds", ou de "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.

2.90. En outre, le Japon fait valoir que, pour rejeter les arguments des plaignants selon lesquels les mesures en cause peuvent aussi être qualifiées de "transferts directs de fonds" ou de "transferts directs potentiels de fonds", le Groupe spécial a constaté en fait que les alinéas i) et iii) de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC s'excluaient mutuellement. À son avis, cette constatation découle de l'observation du Groupe spécial selon laquelle: "[n]ous ne voyons aucun moyen d'interpréter l'article 1.1 a) 1) i) et iii) d'une manière qui nous permette de conclure ... que les "achats de biens" par les pouvoirs publics pourraient aussi être qualifiés juridiquement de "transferts directs de fonds".¹⁷⁹ Le Japon affirme que rien n'interdit à un groupe spécial de déterminer qu'une mesure peut être qualifiée de multiples façons au titre de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC, du moment que ses constatations sont fondées sur une interprétation correcte des caractéristiques pertinentes de la mesure et une évaluation objective des faits. Il allègue que cette conclusion découle du rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), dans lequel l'Organe d'appel a indiqué que "[l]'article 1.1 a) 1) ... ne défin[issait] pas explicitement la relation qui [était] censée exister entre les alinéas constitutifs" et que la structure de cette disposition "n'exclu[ait] pas expressément qu'une *transaction* puisse être visée par plus d'un alinéa".¹⁸⁰ Il fait valoir que, malgré ces constatations de l'Organe d'appel, la constatation formulée par le Groupe spécial en l'espèce équivaut à conclure que l'article 1.1 a) 1) exclut en effet expressément que des "achats de biens" par les pouvoirs publics soient aussi qualifiés de "transferts directs de fonds" ou de "transferts directs potentiels de fonds".

¹⁷⁸ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 48.

¹⁷⁹ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 49 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.246).

¹⁸⁰ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 50 (citant, respectivement, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 613 et note de bas de page 1287 y relative). (italique ajouté par le Japon)

2.91. Par ailleurs, le Japon rejette l'invocation par le Groupe spécial du principe d'interprétation des traités dit de l'effet utile pour exclure la possibilité que les "achats de biens" par les pouvoirs publics puissent aussi être qualifiés de "transferts directs de fonds" ou de "transferts directs potentiels de fonds". À son avis, le Groupe spécial a lui-même reconnu qu'"il exist[ait] des situations distinctes dans lesquelles un achat de biens ne [pouvait] pas être aussi un transfert direct de fonds, à savoir la situation dans laquelle le paiement au titre de l'achat n'[était] pas de nature monétaire".¹⁸¹ Le Japon soutient en outre que le principe d'interprétation des traités dit de l'effet utile n'exclut pas l'utilisation d'un texte conventionnel aux fins de confirmation. En effet, si les rédacteurs avaient omis les mots "achètent des biens" dans l'article 1.1 a) 1) iii), "cela aurait ménagé la possibilité pour certains Membres de faire valoir que l'omission d'"ach[ats] de[] biens", en particulier dans une liste exhaustive telle que l'article 1.1 a) 1), devrait être interprétée comme signifiant que les transferts de fonds effectués par les pouvoirs publics en échange de la réception de biens ne devraient pas être considérés comme des contributions financières".¹⁸²

2.92. De l'avis du Japon, la constatation du Groupe spécial selon laquelle il ne pouvait pas conclure que les "achats de biens" par les pouvoirs publics pourraient aussi être qualifiés juridiquement de "transferts directs de fonds" constitue une erreur de droit et le Japon demande à l'Organe d'appel de la déclarer sans fondement et sans effet juridique. Il demande donc à l'Organe d'appel de constater que le programme et les contrats TRG peuvent être qualifiés de "transferts directs de fonds" ou de "transferts directs potentiels de fonds", indépendamment de la question de savoir s'ils peuvent aussi être qualifiés d'"achats de biens" par les pouvoirs publics.

2.93. Enfin, le Japon fait valoir que le Groupe spécial a appliqué indûment le principe d'économie jurisprudentielle au sujet de son allégation selon laquelle le programme et les contrats TRG constituent un "soutien des revenus ou des prix" aux termes de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC et qu'il n'a pas de ce fait procédé à une évaluation objective de la question comme il est prescrit à l'article 11 du Mémoire d'accord. En particulier, il fait valoir que l'application par le Groupe spécial du principe d'économie jurisprudentielle était inappropriée car le Groupe spécial n'a pas expliqué pour quelle raison ses constatations (c'est-à-dire son raisonnement et sa conclusion) au sujet de l'argument concernant l'avantage avancé par le Japon en relation avec ses allégations relatives à la "contribution financière" étaient précisément applicables à l'argument concernant l'avantage avancé par le Japon en relation avec son allégation relative au "soutien des revenus ou des prix". Il demande à l'Organe d'appel de constater que les mesures contestées peuvent être qualifiées de "soutien des revenus ou des prix", et de constater l'existence d'un avantage en ce qui concerne cette qualification du programme TRG et des contrats TRG et microTRG.

2.4.4.2 Article 1.1 b) – "Avantage"

2.94. Le Japon allègue en appel que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, et qu'il n'a pas procédé à une évaluation objective comme le prescrit l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que les plaignants n'avaient pas établi un point de repère approprié ou une hypothèse par rapport auxquels l'"avantage" serait évalué, et en écartant divers points de repère proposés par le Japon et un autre élément de substitution décrit par le Groupe spécial.

2.95. Le Japon affirme que le Groupe spécial a conclu que divers éléments de substitution proposés n'étaient pas des points de repère appropriés parce que le marché pertinent "devait être un marché sur lequel s'exer[çait] une concurrence effective", où les prix étaient "établis par le jeu libre de contraintes de l'offre et de la demande, et non au moyen d'une intervention des pouvoirs publics"¹⁸³ et que certains objectifs – à savoir, assurer un réseau d'électricité fiable et viser des objectifs en matière de santé et d'environnement – pouvaient être réalisés uniquement sur un marché avec l'"intervention des pouvoirs publics", ce qui rendait les marchés concurrentiels impropres à l'utilisation comme points de repère. Le Japon soutient que, outre qu'il s'agit d'une interprétation et d'une application erronées de l'article 1.1 b), cela entraîne un examen entaché de

¹⁸¹ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 53 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.246).

¹⁸² Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 54. (italique dans l'original; note de bas de page omise)

¹⁸³ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 65 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.275).

partialité (c'est-à-dire non objectif) de la question de l'avantage, ce qui est incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord.

2.96. Le Japon estime que l'hypothèse correcte est simplement celle qui correspond à une situation "en l'absence de" la politique en question. Selon lui, l'historique du marché de l'électricité de l'Ontario ainsi que la conception, la structure et le fonctionnement du programme TRG ne permettent qu'une seule conclusion: le programme TRG permet à des producteurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque qui, autrement, ne le feraient pas, d'intervenir sur le marché de l'Ontario. Cela, à lui seul constitue un avantage. Le Japon déclare que la majorité du Groupe spécial n'a pas expliqué pourquoi il n'en était pas ainsi.

2.97. Selon le Japon, la question de savoir si les mesures contribuent ou non à certains objectifs de politique générale devrait être dénuée de pertinence pour la détermination du point de repère approprié. Le Japon déclare que, comme le membre dissident du Groupe spécial l'a laissé entendre, une subvention peut permettre aux pouvoirs publics de réaliser certains buts de politique générale qui ne seraient pas réalisés dans les conditions du marché existantes en l'absence de cette subvention. Il note que "les pouvoirs publics ont régulièrement recours à des subventions ou à d'autres formes d'avantages pour obtenir des résultats que le "marché" à lui seul ne permet pas d'obtenir".¹⁸⁴ Il partage l'avis exprimé dans l'opinion dissidente selon lequel la nécessité des mesures en cause sans lesquelles les producteurs ne pourraient même pas opérer confirme le fait que ces mesures constituent un avantage dans les conditions du marché existantes. Il fait valoir que l'approche suivie par la majorité du Groupe spécial permettrait que des subventions non réglementées soient accordées en vue d'un but des pouvoirs publics, ouvrant ainsi une "large brèche"¹⁸⁵ dans l'Accord SMC. Il note aussi que des obligations telles que la prohibition de subventions subordonnées à l'utilisation de produits locaux qui est énoncée à l'article 3 de l'Accord SMC ne limitent pas la capacité des Membres d'accorder des subventions aux fins de l'environnement ou de la santé.

2.98. Le Japon affirme qu'en constatant que l'existence d'un avantage n'avait été établie, uniquement à la lumière des principes directeurs définis par l'article 14 d) de l'Accord SMC, le Groupe spécial a mis à tort l'accent sur le niveau ou le montant de l'avantage, et non sur l'existence d'un avantage. Il note que l'article 14 d) n'exclut pas une constatation de l'existence d'un avantage mais prévoit une méthode particulière pour calculer le montant de l'avantage que les Membres doivent spécifier dans leur propre droit interne aux fins de l'imposition de mesures compensatoires. Selon lui, il apparaît que la majorité du Groupe spécial elle-même a reconnu les limites de l'article 14 d) et le fait qu'il pouvait y avoir plus d'une façon de démontrer l'existence d'un avantage.¹⁸⁶ Le Japon estime que, même fondée sur le cadre de l'article 14 d), une comparaison des prix TRG avec le prix de gros moyen pondéré ou le prix du produit GTR établirait elle-même l'existence d'un avantage.

2.99. Le Japon fait valoir que le Groupe spécial n'a pas saisi la différence notable entre ce que les producteurs d'électricité non renouvelable escomptent percevoir et ce que les producteurs TRG perçoivent. Par exemple, il soutient que les producteurs TRG perçoivent actuellement des prix qui sont de deux à onze fois plus élevés que le prix de gros moyen pondéré. À son avis, l'importance de la différence entre les prix perçus par les producteurs TRG et ceux qui sont perçus par les producteurs autres que les producteurs TRG ne laisse aucun doute quant à l'existence d'un avantage. Selon lui, il n'y a aucune raison de penser que sur un marché moins réglementé, "concurrentiel", les prix autres que les prix TRG seraient tant soit peu proches des prix TRG.

2.100. En outre, le Japon allègue qu'après avoir décidé indûment de s'appuyer exclusivement sur le cadre de l'article 14 d) de l'Accord SMC, le Groupe spécial a choisi un point de repère du marché inapproprié. Il soutient que cela a entraîné un examen de la question de l'avantage qui était entaché de partialité, incompatible avec l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et l'article 11 du Mémoire d'accord.

2.101. Premièrement, le Japon déclare que l'hypothèse ou le point de repère du marché corrects seraient le marché actuel de l'électricité de l'Ontario, exception faite des producteurs TRG

¹⁸⁴ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 84.

¹⁸⁵ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 72.

¹⁸⁶ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 99 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.271 et 7.272).

d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque, car ceux-ci "n'existeraient pas" en l'absence du programme TRG.¹⁸⁷ Il affirme que le rejet par le Groupe spécial de ce point de repère possible comme étant faussé par la réglementation des pouvoirs publics repose sur une interprétation incorrecte de la constatation formulée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*. Il note que dans ce différend, la question principale concernait l'importance d'un avantage, et non son existence. Il fait observer que, pour mesurer l'importance d'un avantage, il importe à l'évidence de savoir si le prix du marché avec lequel le prix courant est comparé est lui-même influencé par les politiques des pouvoirs publics. Or, pour montrer l'existence d'un avantage, il suffit que cet autre prix de vente soit inférieur au prix courant. Le Japon estime que la comparaison ne serait "tautologique" que si le prix du marché était faussé uniquement en raison du programme TRG ou de toute autre intervention des pouvoirs publics ciblant les producteurs TRG. À son avis, cela n'est "manifestement pas le cas" en l'espèce.¹⁸⁸

2.102. Passant au point de repère de substitution de la majorité du Groupe spécial, le Japon fait valoir que ce point de repère exigerait aussi qu'une subvention ait été accordée. Il soutient que l'"opinion erronée" de la majorité du Groupe spécial "sur le point de repère approprié" a amené celle-ci à suggérer une approche subsidiaire concernant l'avantage qui était fondée sur "un marché artificiel de l'énergie éolienne et solaire photovoltaïque", c'est-à-dire un marché où les distributeurs commerciaux agiraient avec l'obligation imposée par les pouvoirs publics d'acquérir de l'électricité auprès de producteurs exploitant des centrales éoliennes et solaires photovoltaïques.¹⁸⁹ Alors qu'il estime que cette méthode conduirait néanmoins à conclure à l'existence d'un avantage, le Japon conteste le recours à un tel marché artificiel. À son avis, cela remplace simplement l'intervention actuelle des pouvoirs publics par une autre: l'obligation pour les distributeurs commerciaux d'acheter de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque.

2.103. Le Japon fait aussi valoir qu'il n'y a aucun fondement textuel dans l'article 1.1 b) qui permette de prendre en compte la protection de l'environnement dans une analyse de l'avantage. Il déclare qu'il n'y a dans l'Accord SMC aucun fondement juridique permettant de justifier par des motifs tels que la protection de l'environnement, une subvention par ailleurs prohibée au titre de l'article 3.1, ce qui, selon lui, "est compréhensible car les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux ne sont pas pertinentes pour des buts tels que la protection de l'environnement ou la préservation de la santé humaine".¹⁹⁰ Il précise qu'il n'a "absolument aucune objection à la promotion de l'énergie renouvelable par le Canada, qui peut être un moyen déterminant de réduire les émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions", mais que "la promotion de l'énergie renouvelable doit être compatible avec les obligations des Membres dans le cadre de l'OMC".¹⁹¹ Il estime que la prise en compte de la protection de l'environnement par la majorité du Groupe spécial dans son évaluation du point de repère approprié constituait une erreur de droit au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

2.104. En outre, selon le Japon, l'approche du Groupe spécial est essentiellement fondée sur les coûts et ne prend pas en compte, à tort, le côté de la demande du marché de l'électricité. Le Japon soutient que la majorité du Groupe spécial n'a pas pris en compte, à tort, la "réalité du marché", à savoir qu'"il n'existe pas nécessairement une demande pour chaque bien ou service à un prix supérieur, voire égal, à son coût".¹⁹² Il estime que selon cette approche, les distributeurs commerciaux seraient obligés de payer un prix qui couvre les coûts de production des producteurs plus un taux de rendement raisonnable, mais que la majorité du Groupe spécial n'a pas considéré la question de savoir si la demande en Ontario soutiendrait effectivement un prix qui couvre entièrement ces coûts. À son avis, aucun consommateur rationnel n'achèterait jamais, en fait, de l'électricité à des prix supérieurs aux coûts supportés par les producteurs d'énergie solaire photovoltaïque et éolienne. Il fait valoir en outre qu'une interprétation de l'"avantage" "fondée sur les coûts" "subvertirait l'idée centrale de la façon dont les subventions sont réglementées dans l'Accord SMC et aboutirait à des résultats absurdes".¹⁹³

¹⁸⁷ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 104.

¹⁸⁸ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 104 (citant et mentionnant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 93).

¹⁸⁹ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 108.

¹⁹⁰ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 107.

¹⁹¹ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 107.

¹⁹² Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 109. (italique dans l'original)

¹⁹³ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 113.

2.105. Le Japon note aussi que l'approche hypothétique subsidiaire du Groupe spécial s'appuie sur des marchés distincts créés artificiellement, contredisant à la propre constatation du Groupe spécial concernant l'existence d'un seul marché de l'électricité en Ontario. Il estime que cette contradiction équivaut à une infraction à l'article 11 du Mémoire d'accord.

2.106. Enfin, le Japon affirme que le Groupe spécial a formulé des constatations contradictoires au titre de l'Accord SMC et de l'Accord sur les MIC. D'une part, le Groupe spécial a dit que la simple participation au programme TRG pouvait être considérée comme un "avantage" au sens de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC.¹⁹⁴ D'autre part, il n'a pas constaté que la participation au programme TRG, à elle seule, assurerait des opérations économiquement viables et constituerait un "avantage" aux fins de l'Accord SMC. Le Japon affirme que cette contradiction atteste que la majorité du Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des faits au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.

2.4.4.3 Article 11 du Mémoire d'accord – "Avantage"

2.107. Le Japon présente un appel conditionnel additionnel au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord dans le cas où l'Organe d'appel rejetterait son argument principal concernant l'avantage formulé au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Il demande à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord lorsqu'il a conclu qu'il ne pouvait pas résoudre la question de l'avantage suivant l'approche subsidiaire de la question qu'il avait suggérée.¹⁹⁵

2.108. Bien qu'à son avis, le point de repère de substitution de la majorité du Groupe spécial soit vicié parce qu'il aboutit effectivement à une analyse de l'avantage fondée sur les coûts, le Japon déclare que la majorité du Groupe spécial aurait pu constater l'existence d'un avantage en effectuant une analyse d'après le point de repère de substitution qu'elle proposait. À cet égard, il soutient qu'il y a bien dans le dossier du Groupe spécial des éléments de preuve suffisants pour permettre à celui-ci de compléter l'analyse proposée. Il fait valoir que le Groupe spécial a déterminé qu'aux termes des contrats TRG et microTRG, les projets éoliens et solaires photovoltaïques recevraient un flux de revenus régulier sur une période de 20 ans, pour autant que les pouvoirs publics de l'Ontario ne fassent pas défaut sur les versements exigibles au titre des contrats. Il affirme que le "risque principal"¹⁹⁶ pour les producteurs TRG en activité est le risque de défaut souverain de la part des pouvoirs publics de l'Ontario, ce qui permettrait une comparaison avec le rendement des obligations à long terme du gouvernement de l'Ontario. Bien que le Groupe spécial ait reconnu que le taux de rendement des fonds propres avant impôt utilisé pour établir le barème de prix TRG en 2009 était de 15,8%, il n'a pas comparé ces 15,8% avec le rendement des obligations à long terme du gouvernement de l'Ontario, qui était de 4,25% en 2009.¹⁹⁷

2.109. Le Japon fait observer qu'au lieu de cela, l'analyse du Groupe spécial est axée sur une comparaison des taux de rendement cibles pour les producteurs TRG et les services publics réglementés de l'Ontario (centrales nucléaires et hydroélectriques produisant en charge de base). Il affirme que, même suivant cette analyse, le Groupe spécial aurait dû constater l'existence d'un avantage. Premièrement, il note que le Groupe spécial a dit que le taux de rendement pour les autres services publics réglementés "pourrait se monter à 12,96%", et il relève que ce chiffre est "inférieur au taux de rendement cible avant impôt de 15,8% fixé par l'OEO" pour les producteurs TRG.¹⁹⁸ Deuxièmement, "le chiffre de 12,96% est fondé sur l'estimation la *plus extrême* d'une prime de risque appropriée pour les services publics d'électricité".¹⁹⁹ Le Japon estime que le chiffre de 9,75% – prime de risque moyenne calculée par la CEO pour toutes les technologies de production d'énergie – serait le point de repère approprié. Il note que ce taux est même inférieur au taux de rendement des fonds propres après impôt de 11% fixé par l'OEO pour

¹⁹⁴ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 117.

¹⁹⁵ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 119 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.322 à 7.327).

¹⁹⁶ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 122.

¹⁹⁷ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 123 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.325 et 7.326 et aux notes de bas de page 636 et 641 y relatives).

¹⁹⁸ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 124 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.326 et note de bas de page 641 y relative).

¹⁹⁹ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 124. (italique dans l'original)

les producteurs TRG.²⁰⁰ Troisièmement, il conteste la conclusion du Groupe spécial selon laquelle une comparaison des taux de rendement pour les producteurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque avec ceux des services publics d'électricité réglementés de l'Ontario "n'est pas appropriée en raison des "différences techniques importantes" entre les exploitations".²⁰¹ Il affirme que le Groupe spécial a constaté ce qui suit: les installations d'énergie solaire photovoltaïque et éolienne "ressemblent à celles qui produisent en charge de base"²⁰²; les services publics réglementés de l'Ontario ont un risque plus élevé que les projets TRG éoliens et solaires photovoltaïques parce qu'ils ne perçoivent pas de prix garantis par les pouvoirs publics pendant 20 ans; et les services publics réglementés obtiennent des taux de rendement plus bas que ceux des projets TRG éoliens et solaires photovoltaïques. Selon le Japon, l'existence d'un avantage en l'espèce est indéniable. À son avis, le fait que le Groupe spécial n'a pas conclu qu'il existait un avantage suivant son approche subsidiaire constitue un manquement de sa part à l'obligation de procéder à un examen objectif de la question comme le prescrit l'article 11 du Mémorandum d'accord.²⁰³ Le Japon demande à l'Organe d'appel de compléter l'analyse s'il rejette l'argument principal concernant l'avantage formulé par le Japon au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

2.110. Si l'Organe d'appel devait constater que les mesures contestées constituent des subventions au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC, le Japon lui demande de compléter l'analyse et de constater que les mesures contestées sont incompatibles avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.

2.111. Le Japon déclare que le Canada n'a jamais contesté que si le programme et les contrats TRG étaient des "subventions", ils étaient incompatibles avec l'article 3.1 b) et 3.2. Néanmoins, il rappelle les arguments qu'il a formulés devant le Groupe spécial selon lesquels, étant donné que les mesures contestées sont des subventions prohibées au titre de l'article 3 de l'Accord SMC, elles sont "réputées spécifiques" au sens de l'article 2.3 de l'Accord SMC. Il affirme que les subventions TRG sont "subordonnées ... à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés", à la fois en droit et en fait, parce qu'elles sont conditionnelles ou dépendent du respect des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux du programme TRG (spécifiquement, les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux).²⁰⁴

2.5 Allégations d'erreur formulées par l'Union européenne – Autre appelant

2.5.1 Rapport entre l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994

2.112. L'Union européenne estime que le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'article 2:1 et 2:2 de l'Accord sur les MIC, lu conjointement avec le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de cet accord, lorsqu'il a constaté que ces dispositions n'excluaient pas l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux mesures contestées.

2.113. L'Union européenne considère qu'il faut donner du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC une lecture harmonieuse et globale pour donner sens et effet à toutes leurs dispositions. Comme le Groupe spécial l'a fait observer²⁰⁵, l'article III:8 du GATT de 1994 est une disposition relative au "champ d'application". Cet article exclut certaines mesures adoptées par les pouvoirs publics de l'obligation d'accorder le traitement national énoncée à l'article III du GATT de 1994. Autrement

²⁰⁰ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 124 (faisant référence à OEB, EB-2009-0084, Report on the Cost of Capital for Ontario's Regulated Utilities (pièce CDA-64 présentée au Groupe spécial), tableau 1, page 38).

²⁰¹ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 124 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.326).

²⁰² Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 124 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.19).

²⁰³ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 124 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.19 et 7.326 et note de bas de page 641 y relative; et à OEB, EB-2009-0084, Report of the Board on the Cost of Capital for Ontario's Regulated Utilities, 11 December 2009 (pièce CDA-64 présentée au Groupe spécial), tableau 1, page 38).

²⁰⁴ Le Japon note que cela est indiqué expressément, entre autres, dans la Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte, la Directive TRG de 2009 du Ministre et dans toutes les versions des règles TRG et microTRG et des contrats TRG et microTRG. (Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphes 128 à 130)

²⁰⁵ Rapports du Groupe spécial, note de bas de page 263 relative au paragraphe 7.113.

dit, on ne peut jamais dire des mesures relevant de l'article III:8 a) qu'elles sont incompatibles avec une partie quelconque de l'article III (y compris l'article III:4), parce que l'article III ne s'applique pas à ces mesures.

2.114. Selon l'Union européenne, la qualification de l'article III:8 a) du GATT de 1994 comme étant une disposition relative au "champ d'application" a des conséquences importantes lorsqu'on examine le texte de l'article 2 de l'Accord sur les MIC. À cet égard, l'Union européenne oppose le texte de l'article 2:1 et celui de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC. L'article 2:1 fait référence à l'article III du GATT de 1994 et, ce faisant, inclut l'article III "dans son ensemble".²⁰⁶ Pour sa part, l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC prévoit une liste exemplative de mesures qui sont nécessairement incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994. L'article 2:2 de l'Accord sur les MIC ne fait pas référence à l'article III du GATT de 1994 "dans son ensemble", ni ne qualifie d'une manière quelconque les mots "sont incompatibles avec" (par exemple, il ne précise pas "incompatibles avec les termes de l'article III:4"). L'Union européenne interprète cette différence de libellé comme signifiant que le raisonnement du Groupe spécial est valable uniquement en ce qui concerne les MIC autres que les mesures spécifiques définies dans la Liste exemplative. S'agissant des mesures qui relèvent de la Liste exemplative, la question de savoir si elles pourraient échapper à une qualification de violation grâce à l'applicabilité de l'article III:8 a) du GATT de 1994 ne se pose plus parce que l'Accord sur les MIC a réglé la question de manière définitive. De l'avis de l'Union européenne, le premier paragraphe de la Liste exemplative indique que les Membres sont convenus que les types de mesures qui y sont énumérés ne pourraient en aucun cas échapper à une qualification de violation au regard de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

2.115. L'Union européenne allègue que l'interprétation du Groupe spécial "altère la nature et la fonction"²⁰⁷ de l'article 2:1 et 2:2 et de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC. La raison en est le fait que l'approche du Groupe spécial annule en grande partie les effets de l'article 2:2 et de la Liste exemplative en relation avec l'obligation générale énoncée à l'article 2:1. L'Union européenne explique que l'article 2:2 et la Liste exemplative visent à détailler et préciser l'obligation générale énoncée à l'article 2:1. Étant plus spécifiques et plus précis, l'article 2:2 et la Liste exemplative éclairent l'application de l'article 2:1 (et non l'inverse, comme l'a soutenu le Groupe spécial). L'Union européenne fait observer que, par contre, l'interprétation qu'elle propose n'est pas "incompatible avec les termes clairs de l'article 2:1"²⁰⁸, parce que l'application d'une règle spécifique, qui vise à désigner explicitement un sous-ensemble de mesures incompatibles avec l'article III du GATT de 1994 (notamment en relation avec le quatrième paragraphe de cet article) n'est en rien contradictoire avec la nature de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC en tant qu'obligation horizontale qui s'applique à toutes les MIC.

2.116. En outre, l'Union européenne affirme que l'interprétation du Groupe spécial "ne prend pas en compte" l'objet et le but de l'Accord sur les MIC, qui sont "d'élaborer" des dispositions "complémentaires" ou "additionnelles" par rapport à celles qui existent déjà".²⁰⁹ Elle fait observer que si l'article 2:2 et la Liste exemplative devaient être lus "comme exprimant simplement une évidence"²¹⁰ – à savoir que les types de mesures énumérés dans l'Annexe établissent une discrimination à l'égard des marchandises importées – sans autre incidence, ils seraient largement redondants.

2.117. En résumé, l'Union européenne fait valoir qu'une interprétation correcte de l'article 2:1 et 2:2, lu conjointement avec le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative, devrait amener à conclure que les MIC énumérées dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994. En pareils cas, l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'est pas d'application.

2.118. Compte tenu de ce qui précède, l'Union européenne déclare que le Groupe spécial a interprété et appliqué de manière erronée l'article 2:1 et 2:2, lu conjointement avec le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC, lorsqu'il a

²⁰⁶ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 31 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.61).

²⁰⁷ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 33.

²⁰⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.119.

²⁰⁹ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 35. (note de bas de page omise)

²¹⁰ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 35.

constaté que ces dispositions n'interdisaient pas l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux mesures contestées. En conséquence, l'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'infirmar cette constatation du Groupe spécial.

2.119. L'Union européenne demande en outre à l'Organe d'appel de compléter l'analyse et d'appliquer correctement l'interprétation juridique exposée plus haut aux constatations de fait du Groupe spécial et aux faits non contestés figurant dans le dossier. Elle affirme que les mesures en cause dans le présent différend correspondent exactement à la description donnée au paragraphe 1 a) de la Liste exemplative, à savoir que ce sont des mesures "auxquelles il est nécessaire de se conformer pour obtenir un avantage, et qui prescrivent ... qu'une entreprise achète ou utilise des produits d'origine nationale ou provenant de toute source nationale".²¹¹ L'Union européenne fait observer que le Groupe spécial est arrivé à la même conclusion. En conséquence, elle demande à l'Organe d'appel de constater que l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'est pas applicable en l'espèce. En outre, à la suite de cette constatation, elle demande à l'Organe d'appel de confirmer, bien qu'en modifiant le raisonnement, la constatation finale du Groupe spécial selon laquelle les mesures contestées sont des MIC relevant du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative et selon laquelle, eu égard à l'article 2:2 et au texte introductif du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC, ces mesures sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 et, donc également incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

2.5.2 Allégations au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994

2.120. L'Union européenne demande à l'Organe d'appel de confirmer la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 et l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, mais aussi de modifier, d'infirmar ou de déclarer sans fondement et sans effet juridique plusieurs constatations intermédiaires du Groupe spécial.

2.5.2.1 Constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux "régissent" l'acquisition d'électricité

2.121. L'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'infirmar la constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux visant le matériel de production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque dans les contrats TRG et microTRG "régissent" l'acquisition alléguée d'électricité aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Elle allègue que le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'article III:8 a) en formulant cette constatation. L'Union européenne demande également à l'Organe d'appel de compléter l'analyse et de constater au lieu de cela que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux ne "régissent" pas l'acquisition d'électricité. Selon elle, le Groupe spécial n'a pas dûment pris en considération le lien entre les mots "acquisition" et "produits achetés". À son avis, les "lois, règlements et prescriptions" au sens de l'article III:8 a) doivent se rapporter à l'objet de l'acquisition – à savoir les "produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics" – pour "régir" cette acquisition. L'article III:8 a) ne vise pas les prescriptions ou conditions qui ne sont pas liées aux "caractéristiques intrinsèques" ou à la nature du produit acheté.²¹² Sinon, il autoriserait des prescriptions discriminatoires allant bien au-delà de l'objet effectif de l'acquisition en cause et touchant de vastes domaines d'activité économique, contournant ainsi l'objectif de l'article III du GATT de 1994.

2.122. L'Union européenne soutient que les prescriptions des mesures en cause relatives à la teneur en éléments nationaux ne sont pas visées par l'article III:8 a) parce qu'elles concernent le matériel de production, un produit qui est différent et "complètement dissocié" du produit acheté par les pouvoirs publics, à savoir l'électricité.²¹³ Elle allègue que le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'il y avait une relation étroite entre les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux et l'électricité achetée par les pouvoirs publics parce que ces prescriptions concernaient "le matériel même qui [était] nécessaire et utilisé" pour produire l'énergie achetée par les pouvoirs

²¹¹ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 38 (faisant référence à la première communication écrite de l'Union européenne au Groupe spécial (DS426), paragraphes 148 à 153).

²¹² Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 51.

²¹³ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 53.

publics et parce que le respect des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux était une "condition préalable nécessaire" pour l'acquisition alléguée d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario.²¹⁴ Le Groupe spécial n'a pas pris en compte le fait que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux imposées pour le matériel de production n'ont rien à voir avec les caractéristiques intrinsèques ou la nature des produits finals.

2.123. Dans sa déclaration liminaire à l'audience, l'Union européenne a dit que les conditions relatives à l'acquisition ne relevaient pas toutes automatiquement des termes de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Elle a fait valoir que les règles régissant l'activité d'acquisition, comme les règles imposant des délais ou des seuils ou déterminant le type de procédure à suivre dans le contexte d'un processus d'appel d'offres, étaient visées par l'article III:8 a). En outre, les conditions régissant le produit et ses caractéristiques, comme les "spécifications techniques", sont aussi visées. Cependant, l'Union européenne fait valoir que les conditions exogènes par rapport à l'objet du contrat, comme les prescriptions relatives à l'origine du matériel utilisé pour produire l'électricité acquise dans le cadre du programme TRG, ne relèvent pas de l'article III:8 a) parce qu'elles n'ont "aucun lien rationnel" avec les attributs de l'électricité acquise.²¹⁵ En réponse aux questions posées à l'audience, elle a répondu à l'argument avancé par le Canada sur la base de l'article XVI de l'Accord sur les marchés publics (AMP), à savoir que, du fait qu'ils étaient tous liés par les obligations énoncées dans le GATT, les signataires de l'AMP n'auraient pas eu besoin de prohiber des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux visant les intrants pour les produits achetés par les pouvoirs publics si ces prescriptions ne relevaient pas de l'article III:8 a) et étaient donc, en tout état de cause, prohibées en vertu de l'article III:4 du GATT de 1994. L'Union européenne a répondu que la référence du Canada à des "intrants" était inappropriée parce que le programme TRG et les contrats connexes ne concernaient pas les intrants incorporés dans le produit final (l'électricité). Par contre, les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux en cause concernent le matériel et les composants utilisés pour produire de l'électricité. L'Union européenne a ajouté que le champ d'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 et celui de l'article XVI de l'AMP étaient différents parce que la deuxième disposition visait non seulement les marchandises et les fournisseurs, mais aussi les services, et parce qu'elle allait au-delà de la question de la teneur en éléments nationaux.

2.5.2.2 Interprétation par le Groupe spécial de l'expression "besoins des pouvoirs publics"

2.124. L'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'infirmer ou de déclarer sans fondement et sans effet juridique la déclaration du Groupe spécial selon laquelle l'expression "besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a) peut être interprétée comme englobant tout achat effectué par les pouvoirs publics "pour l'un de leurs buts déclarés".²¹⁶ Au cas où l'Organe d'appel, en réponse à l'appel du Canada, infirmerait la constatation du Groupe spécial selon laquelle les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG sont effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce", l'Union européenne lui demande d'infirmer ou de modifier le raisonnement du Groupe spécial quant au sens de l'expression "besoins des pouvoirs publics", de compléter l'analyse et de constater que l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG n'est pas effectuée "pour les besoins des pouvoirs publics".²¹⁷

2.125. L'Union européenne soutient que l'expression "achetés pour les besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a) fait uniquement référence aux "achats de biens par les pouvoirs publics qui sont nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches et de leurs fonctions".²¹⁸ Par conséquent, ces biens devront "être effectivement utilisés ou consommés par les pouvoirs publics dans le contexte de leurs tâches administratives ou de l'exercice de leurs fonctions publiques".²¹⁹ L'Union européenne note que le mot "*purposes*" dans la version anglaise de l'article III:8 a) correspond aux mots et "*necesidades*" et "besoins" dans les versions espagnole et française des accords visés. Ces mots n'ont pas tout à fait le même sens et, par conséquent, pour interpréter la

²¹⁴ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 56 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.127).

²¹⁵ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 53.

²¹⁶ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 60 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.138 (note de bas de page omise)).

²¹⁷ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 61.

²¹⁸ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 60.

²¹⁹ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 60.

disposition conformément à l'article 33 3) de la Convention de Vienne sur le droit des traités²²⁰ (Convention de Vienne), il faut comprendre l'article III:8 a) du GATT de 1994 comme faisant référence à des achats effectués "aux fins" ou "pour les besoins" des pouvoirs publics, ou à des achats de biens qui seront utilisés par les pouvoirs publics pour leur propre consommation ou dans l'exercice de leurs fonctions.²²¹

2.126. Selon l'Union européenne, le facteur décisif est la question de savoir si les biens achetés seront ou non utilisés d'une manière ou autre par les pouvoirs publics. Le mot "besoins" employé à l'article III:8 a) devrait être compris comme faisant référence à une situation dans laquelle les différents organismes et structures gouvernementaux seraient dans l'incapacité d'exercer leurs fonctions sans utiliser effectivement les biens achetés. Ces besoins ou ces fins peuvent inclure les achats de biens effectués par les pouvoirs publics pour être en mesure de fournir des services publics aux citoyens. L'Union européenne soutient que les fonctions exercées généralement par les autorités publiques sont délimitées par leurs propres pouvoirs constitutionnels. Des gouvernements différents peuvent avoir des besoins ou des fins qui varient en fonction des différents rôles que les pouvoirs publics peuvent jouer dans les différentes sociétés. Alors qu'il ne faudrait pas définir dans l'abstrait le champ des fonctions gouvernementales visées à l'article III:8 a), il peut être utile de prendre en considération les fonctions gouvernementales habituelles du Membre concerné. L'Union européenne dit que l'Organe d'appel a adopté une approche semblable dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)* à propos de la question de savoir, pour interpréter l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC, si une entité est investie d'un pouvoir gouvernemental.²²²

2.127. Les besoins ou les fins des pouvoirs publics ne peuvent pas inclure des achats visant à assurer la conformité avec un quelconque objectif déclaré de politique publique, que les biens soient utilisés ou non par les pouvoirs publics, car sinon les achats des pouvoirs publics visant à "protéger les producteurs locaux contre les importations" au titre d'une politique déclarée échapperaient à l'obligation d'accorder le traitement national énoncée à l'article III du GATT de 1994.²²³ L'Union européenne soutient que l'article XVII:2 du GATT de 1994 constitue le contexte pertinent et que l'historique de la négociation donne à penser que les articles III:8 a) et XVII:2 devraient être interprétés de manière harmonieuse, en ce sens que les expressions "for governmental purposes" et "government needs" (pour les besoins des pouvoirs publics) sont synonymes du membre de phrase "produits destinés à être immédiatement ou finalement consommés par les pouvoirs publics".²²⁴

2.128. Enfin, au cas où l'Organe d'appel infirmerait la constatation du Groupe spécial selon laquelle les achats d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG sont effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce", comme le Canada le demande, l'Union européenne demande à l'Organe d'appel de compléter l'analyse et de constater que les achats d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG ne sont pas effectués "pour les besoins des pouvoirs publics". À cet égard, elle fait valoir que les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario ne sont pas effectués "pour les besoins des pouvoirs publics" car cette électricité n'est pas utilisée par eux. Si l'électricité achetée par les pouvoirs publics n'est pas utilisée par ceux-ci pour leur propre consommation ou dans l'exercice de fonctions gouvernementales telles que la fourniture de services publics, ces achats ne relèvent pas de l'article III:8 a) du GATT de 1994. L'Union européenne soutient que la création d'un réseau d'électricité assurant un approvisionnement stable, fiable et suffisant en électricité provenant de sources renouvelables est un objectif politique légitime, mais n'est pas en soi la fourniture d'un service public.

²²⁰ Faite à Vienne le 23 mai 1969, Recueil des traités des Nations Unies, volume 1155, page 331.

²²¹ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphes 74 et 75.

²²² Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 77 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 297).

²²³ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 80.

²²⁴ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 85.

2.5.3 Allégations au titre de l'Accord SMC

2.129. L'Union européenne n'a pas fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures contestées équivalent à des "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.

2.5.3.1 Article 1.1 b) – "Avantage"

2.130. L'Union européenne allègue que le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. En particulier, elle remet en question l'analyse par le Groupe spécial du point de savoir s'il y a eu un "avantage" par rapport à un point de repère du marché. L'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial selon lesquelles elle n'a pas établi l'existence d'un avantage et de déclarer sans fondement et sans effet juridique les constatations et observations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.276 à 7.327 de ses rapports. Elle demande également à l'Organe d'appel de compléter l'analyse pour constater qu'étant donné que les producteurs TRG n'obtiendraient pas de rémunération sur le marché en l'absence du programme TRG, les mesures contestées confèrent un avantage aux termes de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. L'Union européenne déclare que, comme les constatations du Groupe spécial concernant l'avantage sont erronées, il en va de même de la conclusion finale du Groupe spécial selon laquelle elle n'a pas établi que le programme et les contrats TRG constituaient des subventions ou prévoyaient l'octroi de subventions incompatibles avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC. Elle demande à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial et de compléter l'analyse pour constater que les mesures contestées équivalent à des subventions prohibées au titre de l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC, et de recommander que le Canada retire ses subventions prohibées sans retard, comme le prescrit l'article 4.7 de l'Accord SMC.

2.131. L'Union européenne conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle elle n'a pas pu établir si la rémunération assurée aux producteurs TRG était "adéquante" par rapport à un "critère du marché" – à savoir un marché de gros concurrentiel de l'électricité. Le Groupe spécial a constaté que les prix effectifs relevés en Ontario ne pouvaient pas servir de point de repère pertinent du marché car ils étaient faussés par l'intervention des pouvoirs publics. Par conséquent, une hypothèse de "marché" conjectural fondée sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité ne pourrait pas non plus être utilisée car ce marché ne permettrait pas d'atteindre les objectifs fixés par les pouvoirs publics en Ontario.²²⁵ L'Union européenne estime que le Groupe spécial a entrepris à tort d'examiner des hypothèses de marché afin de faire une comparaison pour déterminer l'adéquation de la rémunération quand, en réalité, la détermination de l'existence d'un avantage était beaucoup plus simple.

2.132. Selon l'Union européenne, le Groupe spécial n'a pas pris en compte les "conditions du marché existantes" effectives en Ontario, qui montraient déjà qu'en l'absence du programme TRG, la rémunération assurée par ce programme aux producteurs TRG n'était pas disponible et ne pouvait pas l'être. L'Union européenne soutient que la "simple justification de l'existence" du programme TRG "montrait clairement" que ces incitations gouvernementales étaient nécessaires sur un marché tel que celui de l'Ontario, où l'approvisionnement en électricité produite au moyen des technologies éolienne et solaire photovoltaïque ne pouvait pas être assuré par les seules forces du marché et nécessitait donc un soutien des pouvoirs publics.²²⁶ Par conséquent, selon elle, le Groupe spécial a constaté à tort qu'elle n'avait pas établi si la rémunération assurée aux producteurs TRG était "adéquante".

2.133. L'Union européenne rappelle que l'article 14 d) de l'Accord SMC, qui peut être pertinent dans les cas où les mesures contestées équivalent à une contribution financière sous la forme d'"un ach[at] de[] biens" par les pouvoirs publics, dispose que l'"ach[at] de[] biens" par les pouvoirs publics ne sera pas considéré comme conférant un avantage, à moins que l'achat ne s'effectue moyennant une rémunération plus qu'adéquante. Elle fait valoir que lorsqu'on fait une comparaison au titre de l'article 14 d), il peut ne pas être nécessaire d'avoir recours à des hypothèses de marché conjectural ou à des valeurs supplétives dans les cas où il est incontesté qu'en l'absence d'achats des pouvoirs publics, les "conditions du marché existantes" montrent que

²²⁵ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphes 146 et 147 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.313 b) et c)).

²²⁶ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 147.

le produit considéré ne pourrait pas être vendu car, par exemple, il existe des produits substituables identiques ou semblables qui sont vendus à des prix nettement inférieurs.

2.134. S'agissant des faits en l'espèce, l'Union européenne fait valoir que le Groupe spécial n'a pas appliqué correctement le critère pertinent lorsqu'il a examiné les "conditions du marché existantes" en Ontario. Elle fait observer que le Groupe spécial a constaté que le marché du produit pertinent aux fins de la détermination de l'existence d'un avantage devrait être le marché de l'électricité, plutôt que le segment correspondant à l'électricité produite au moyen des technologies éolienne et solaire photovoltaïque. L'Union européenne déclare que "ce que le bénéficiaire aurait obtenu du marché" en Ontario, c'était simplement une absence totale de rémunération (d'où la nécessité d'un soutien public par le biais du programme TRG)" et que cela était "parfaitement clair d'après le dossier en l'espèce".²²⁷ Elle fait valoir que, lorsque des biens identiques ou substituables produits au moyen d'autres technologies de production donnaient lieu à une rémunération nettement inférieure, le Groupe spécial aurait dû arriver "sans grande difficulté" à une conclusion quant à l'existence d'un avantage.²²⁸

2.135. Selon l'Union européenne, la nature même du programme TRG indique que celui-ci a été mis en place pour atteindre l'objectif politique d'un approvisionnement en énergie diversifié particulier comprenant des sources de production d'énergie renouvelable que les "conditions du marché existantes" en Ontario ne pouvaient pas rendre possible. D'après elle, les communications du Canada indiquent que le programme TRG a été créé afin de susciter de nouvelles opérations de production d'énergie renouvelable, attendu que la structure de marché établie en Ontario ne permettait pas l'entrée d'un nombre suffisant de nouveaux producteurs, en particulier de producteurs utilisant des sources d'énergie de remplacement et d'énergie renouvelable. L'Union européenne note que les objectifs déclarés du programme TRG étaient notamment d'"accroître la capacité de fourniture d'énergie renouvelable pour assurer une production adéquate et réduire les émissions", d'"établir des incitations en faveur de l'investissement dans les technologies d'énergie renouvelable" et de "promouvoir de nouvelles industries vertes grâce à de nouveaux investissements et à la création d'emplois", ainsi que de "faciliter l'expansion d'installations de production d'énergie renouvelable diverses quant à la taille, la technologie et la configuration".²²⁹ Elle relève que le Groupe spécial a reconnu que "les conditions existantes de l'offre et de la demande en Ontario donn[ai]ent à penser qu'un marché de gros concurrentiel de l'électricité n'attirerait pas le volume d'investissement dans la capacité de production nécessaire pour assurer un approvisionnement fiable en électricité et que, pour l'instant, cet objectif [pouvait] être atteint uniquement au moyen de l'intervention des pouvoirs publics dans ce qui serait autrement des résultats inacceptables sur le marché concurrentiel".²³⁰

2.136. L'Union européenne déclare qu'en ce qui concerne l'article 14 d), ce que le bénéficiaire aurait obtenu du marché ne se limite pas au niveau des prix mais comprend toutes les conditions et modalités de la transaction faisant partie de cette "rémunération". Elle déclare que d'une part, le programme TRG assure une rémunération aux producteurs TRG sous la forme de "tarifs garantis à un certain niveau et ... pour une période de 20 ans, y compris des conditions généreuses de progressivité des prix, protégeant ainsi les producteurs TRG contre tout risque de marché".²³¹ Elle souligne que ces conditions sont accordées indépendamment de la taille ou de la capacité de production du projet, notant qu'il est garanti aux producteurs TRG qu'il leur sera acheté autant d'électricité qu'ils pourront en produire. Elle fait valoir que d'autre part, une telle rémunération n'était pas disponible sur le marché pertinent de l'Ontario car il y a d'autres technologies de production concurrentes qui produisent aussi de l'électricité à des coûts d'exploitation inférieurs. L'Union européenne fait valoir qu'en absence du programme TRG, les producteurs TRG ne bénéficieraient pas sur le marché des éléments inclus dans la rémunération TRG. Elle pense que cette idée semble se retrouver aussi dans l'opinion dissidente.

2.137. En outre, l'Union européenne note que dans les affaires concernant des subventions prohibées au titre de l'article 3 de l'Accord SMC, il n'est pas nécessaire de quantifier l'avantage.

²²⁷ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 160.

²²⁸ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 162. (note de bas de page omise)

²²⁹ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 161 (citant, respectivement, la directive TRG de 2009 du Ministre, page 1; et les règles TRG (version 1.5.1), article 1.1).

²³⁰ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 161 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.312).

²³¹ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 163.

Elle fait observer que l'Organe d'appel n'a pas besoin d'identifier le point de repère pertinent pour établir le montant de l'avantage conféré par le programme TRG, mais qu'il suffit en fait d'effectuer une analyse qui permet de déterminer l'existence d'un avantage au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, quel qu'en soit le montant.

2.138. L'Union européenne considère que l'opinion dissidente exprime comme elle l'idée que le fait que le marché de l'Ontario ne peut pas permettre à lui seul d'atteindre tous les objectifs de politique générale (tels que les externalités positives pour l'environnement que le marché ne prend pas en compte) ne signifie pas que ce "marché" devrait être rejeté en tant que point de comparaison pertinent pour déterminer l'existence d'un avantage. Selon elle, c'est précisément ce "marché" qui est pertinent pour la détermination de l'existence d'un avantage.²³² L'Union européenne signale que l'article 8.2 c) de l'Accord SMC exprime l'intention des rédacteurs de l'Accord, à savoir que les contributions financières accordées par les pouvoirs publics en vue d'un objectif particulier de politique générale qui ne peut pas être réalisé par les seules forces du marché peuvent constituer des subventions au sens de l'Accord SMC.

2.139. Enfin, l'Union européenne relève la constatation formulée par le Groupe spécial dans le contexte des allégations au titre de l'Accord sur les MIC, selon laquelle "la *simple participation* au programme TRG peut être considérée comme l'obtention d'un "avantage"". ²³³ Elle ne comprend pas sur quelle base le Groupe spécial a constaté que les conditions de rémunération assurées par le programme TRG en soi équivalaient à un "avantage" (*advantage*) au sens du texte introductif du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC, mais non à un "avantage" (*benefit*) au sens de l'Accord SMC, sachant que l'Organe d'appel a déclaré que le terme "*benefit*" englobait une forme d'"avantage". ²³⁴ De l'avis de l'Union européenne, la même analyse qui avait permis au Groupe spécial de constater que le programme TRG conférait un avantage (*advantage*) au sens de l'Accord sur les MIC aurait dû l'amener à conclure que le programme TRG conférait un avantage (*benefit*) au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

2.140. L'Union européenne demande à l'Organe d'appel de compléter l'analyse compte tenu du fait qu'en l'absence du programme TRG, les producteurs TRG n'auraient pas obtenu dans les "conditions du marché existantes" en Ontario la rémunération assurée par le programme TRG.

2.5.3.2 Article 11 du Mémoire d'accord – "Avantage"

2.141. À titre subsidiaire, l'Union européenne déclare que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord. Elle dit que le Groupe spécial n'a pas pris en considération la totalité des éléments de preuve, tels qu'elle les avait présentés et fait valoir, lorsqu'il a constaté que même sur la base de son hypothèse subsidiaire, elle n'avait pas établi l'existence d'un "avantage". Selon elle, le refus du Groupe spécial de prendre en considération ses arguments et les éléments de preuve qui lui auraient permis de compléter son analyse suivant sa propre hypothèse de "marché" conjectural s'appuyait sur un raisonnement incohérent et l'application erronée du principe d'économie jurisprudentielle.

2.142. L'Union européenne rappelle que, dans ses observations concernant une autre approche possible de la détermination de l'existence d'un avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, le Groupe spécial "s'est appuyé sur une hypothèse de "marché" conjectural dans laquelle l'objectif de politique générale consistant à assurer un approvisionnement diversifié adéquat était réalisé moyennant l'obligation imposée par les pouvoirs publics aux distributeurs d'acheter de l'électricité auprès de producteurs utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque"²³⁵, mais dans laquelle la réglementation n'empêcherait pas une concurrence effective entre les producteurs d'électricité éolienne et électricité solaire photovoltaïque.

2.143. L'Union européenne considère qu'il y a dans le dossier des éléments de preuve suffisants pour permettre au Groupe spécial de constater l'existence d'un avantage, même suivant l'hypothèse de marché conjectural qu'il suggérerait, ou une autre hypothèse fondée sur des

²³² Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 166.

²³³ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 168 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.165 (italique dans l'original)).

²³⁴ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 169 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 153).

²³⁵ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 182.

négociations de prix entre les producteurs potentiels et les pouvoirs publics. Elle rappelle ses communications au Groupe spécial qui indiquent que, lorsque l'État peut choisir les producteurs, il peut "obtenir de chaque producteur le prix le plus bas possible par la négociation directe ou par un processus d'appel d'offres qui permettra d'acheter à des prix ne dépassant pas les coûts spécifiques majorés du bénéfice attendu par chaque soumissionnaire"²³⁶ et que "les prédécesseurs du programme TRG étaient administrés sur la base des meilleurs prix offerts par les producteurs dans le cadre d'un processus d'appel d'offres".²³⁷

2.144. Selon l'Union européenne, cela et d'autres éléments versés au dossier montrent que la rémunération assurée à la suite d'un processus d'appel d'offres en Ontario aboutissait à des tarifs nettement moindres. En particulier, l'Union européenne signale la manière dont le prédécesseur du programme TRG (les initiatives concernant l'approvisionnement en énergie renouvelable (RES)) avait suivi en 2004-2008 un processus concurrentiel de passation de marché. Les prix concurrentiels les plus élevés qui avaient été proposés dans le cadre de ces appels d'offres (une moyenne divulguée de 8,4 cents par kWh et une offre la plus élevée estimée à 9,4 cents par kWh) étaient "bien inférieurs à n'importe lequel des tarifs garantis dans le cadre du programme TRG".²³⁸

2.145. L'Union européenne souligne que le programme TRG "garantit un minimum de bénéfices aux producteurs TRG quel que soit le marché, ce qui n'est pas le cas pour tout producteur, qui doit être concurrentiel au niveau des prix".²³⁹ Elle considère qu'une analyse des "éléments structurels" du programme TRG (à savoir les conditions types en matière de tarifs et de garanties) aurait dû permettre au Groupe spécial de compléter l'analyse et de constater l'existence d'un "avantage" suivant sa propre hypothèse subsidiaire. Elle rappelle qu'au stade du réexamen intérimaire elle avait souligné que même selon l'approche suggérée par le Groupe spécial, il y avait dans le dossier des renseignements suffisants pour permettre de déterminer l'existence d'un avantage, et qu'elle avait demandé au Groupe spécial de compléter son analyse sur la base qu'elle suggérait "ou sur toute autre" base, "compte tenu des renseignements déjà disponibles dans le dossier".²⁴⁰

2.146. En outre, l'Union européenne allègue que le Groupe spécial n'a pas pris en considération la totalité des éléments de preuve parce qu'il s'est appuyé sur un raisonnement incohérent et une application "erronée" du principe d'économie jurisprudentielle. Elle déclare que le seul raisonnement qu'a tenu le Groupe spécial quant à la raison pour laquelle il n'a pas pris en considération les éléments de preuve qu'elle avait présentés était que, ayant rejeté l'argument du Canada selon lequel il existait un marché distinct pour l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque, il n'était pas nécessaire d'évaluer le bien-fondé des arguments subsidiaires avancés par l'Union européenne pour démontrer que même selon l'argumentation du Canada, les contrats TRG et microTRG équivalaient à des contributions financières qui conféraient un avantage.²⁴¹

2.147. En outre, l'Union européenne fait valoir que, d'une part, le Groupe spécial a constaté qu'un marché de gros distinct de l'électricité produite au moyen des technologies éolienne et solaire photovoltaïque "ne serait pas l'élément central approprié" de l'analyse de l'avantage en l'espèce, tandis que, d'autre part, il appliquait un critère qui exigerait une comparaison entre la rémunération dans le cadre du programme TRG et la rémunération que les producteurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque obtiendraient spécifiquement dans le cadre d'une

²³⁶ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 186 (faisant référence à la déclaration finale de l'Union européenne à la deuxième réunion du Groupe spécial (DS426), paragraphe 11).

²³⁷ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 185 (faisant référence à la deuxième communication écrite de l'Union européenne au Groupe spécial (DS426), paragraphe 85).

²³⁸ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphes 189 et 190 (citant OPA, Joint Report to the Minister of Energy: Recommendations on a Standard Offer Program for Small Generators connected to a Distribution System, 17 March 2006 (pièce CDA-55 présentée au Groupe spécial), pages 17 et 20; et rapport Hogan, page 34).

²³⁹ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 187 (faisant référence aux observations de l'Union européenne concernant la réponse du Canada à la question n° 17 (deuxième série) du Groupe spécial, paragraphe 19).

²⁴⁰ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphes 191 et 192 (faisant référence aux observations de l'Union européenne concernant le rapport intérimaire du Groupe spécial, pages 6 et 7).

²⁴¹ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 197.

hypothèse de "marché" conjectural.²⁴² Elle considère que cela constitue un raisonnement incohérent et une application erronée du principe d'économie jurisprudentielle, d'une manière contraire aux obligations du Groupe spécial au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. L'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle elle n'a pas établi l'existence d'un avantage, de compléter l'analyse sur la base des arguments et des éléments de preuve non contestés qu'elle a présentés, et de constater que les mesures contestées confèrent un avantage aux termes de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.²⁴³

2.148. L'Union européenne allègue que, à la suite des erreurs du Groupe spécial concernant l'"avantage", la conclusion finale du Groupe spécial selon laquelle elle n'a pas établi que les mesures contestées constituaient des subventions ou prévoyaient l'octroi de subventions incompatibles avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC est également erronée. Elle demande à l'Organe d'appel d'infirmer cette constatation, de compléter l'analyse et de constater que ces mesures équivalent à des subventions prohibées. Elle demande en outre à l'Organe d'appel de recommander que le Canada retire ses subventions prohibées sans retard comme il est prescrit à l'article 4.7 de l'Accord SMC. Au cas où l'Organe d'appel ne serait pas en mesure de compléter l'analyse au sujet de l'une quelconque des demandes présentées par l'Union européenne, celle-ci lui demande de déclarer sans fondement et sans effet juridique les constatations et conclusions formulées par le Groupe spécial au paragraphe 7.328 ii) de ses rapports et au paragraphe 8.7 de son rapport concernant l'UE (DS426).²⁴⁴

2.6 Arguments du Canada – Intimé

2.6.1 Ordre dans lequel le Groupe spécial a traité les allégations du Japon au titre de l'Accord SMC, de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994

2.149. Dans sa communication d'intimé, le Canada n'a pas traité l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial avait fait erreur en commençant son évaluation par les allégations du Japon au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994, au lieu de ses allégations au titre de l'Accord SMC.

2.6.2 Relation entre l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994

2.150. Le Canada affirme que le Groupe spécial a constaté à juste titre que l'Accord sur les MIC n'excluait pas l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux prescriptions du programme TRG relatives à la teneur en éléments nationaux.

2.151. Le Canada note l'argument de l'Union européenne selon lequel le Groupe spécial "n'a pas pris en compte" la différence entre les termes employés aux paragraphes 1 et 2 de l'article 2 de l'Accord sur les MIC.²⁴⁵ Selon lui, au lieu d'étayer l'interprétation de l'Union européenne, la référence à l'article III:4 du GATT de 1994 qui figure à l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC l'affaiblit. Le Canada explique qu'en qualifiant les mesures indiquées dans la Liste exemplative de MIC figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC comme étant incompatibles avec "l'obligation d'accorder le traitement national prévue au paragraphe 4 de l'article III" du GATT de 1994, et non avec "l'article III", l'article 2:2 ne traite pas la compatibilité des mesures énumérées dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC avec l'article III du GATT de 1994 dans son ensemble, y compris l'article III:8 a).

2.152. Le Canada rejette également l'argument de l'Union européenne selon lequel l'interprétation du Groupe spécial rend l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et la Liste exemplative "pour l'essentiel redondants".²⁴⁶ Il dit que "le simple fait qu'une mesure établit manifestement une discrimination à l'égard des produits importés ne signifie pas qu'elle satisfait à tous les éléments de l'article III:4".²⁴⁷ Il ajoute que l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC identifie non seulement les

²⁴² Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphes 198 et 199.

²⁴³ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 204.

²⁴⁴ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 206.

²⁴⁵ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 28 (faisant référence à la communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphes 31 et 32).

²⁴⁶ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 30 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 27).

²⁴⁷ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 30.

mesures qui sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994, mais plus spécifiquement les mesures qui sont incompatibles avec cette disposition et peuvent aussi être qualifiées de MIC. Par ailleurs, il note que la liste est "exemplative" et, par conséquent, hormis toute autre fonction, donne des exemples des types de mesures qui sont à la fois des MIC et incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national prévue à l'article III:4 du GATT de 1994.

2.153. Le Canada fait valoir en outre que l'Union européenne "néglige"²⁴⁸ le fait que le contexte du paragraphe 1 de la Liste exemplative affaiblit son interprétation de ce paragraphe. Il souligne que la Liste exemplative contient aussi, au paragraphe 2, des exemples de MIC qui sont incompatibles avec l'article XI:1 du GATT de 1994. Il note en outre que l'article XI:2 contient une disposition relative au "champ d'application" semblable à celle de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Il fait l'analogie entre l'article XI:2 et l'article III:8 a) quant à leur relation avec la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC. Il estime que, par conséquent, si l'interprétation que donne l'Union européenne de l'effet de la Liste exemplative de MIC qui sont incompatibles avec l'article III:4 est correcte, tel doit aussi être l'effet de la Liste exemplative de MIC qui sont incompatibles avec l'article XI:1 du GATT de 1994. Autrement dit, suivant le raisonnement de l'Union européenne, les MIC qui sont énumérées dans la Liste exemplative comme étant incompatibles avec l'article XI:1 doivent être exclues du champ d'application de l'article XI:2. Or le Canada déclare qu'une comparaison entre l'article XI:2 et les MIC énumérées dans la Liste exemplative comme étant incompatibles avec l'article XI:1 du GATT de 1994 montre que cette thèse "est indéfendable".²⁴⁹ Il souligne que la Liste exemplative contient des mesures qui pourraient "clairement"²⁵⁰ relever du champ d'application de l'article XI:2 du GATT de 1994. À titre d'exemple, il se réfère aux mesures qui "restreignent l'importation, par une entreprise, de produits servant ou liés à sa production locale". Il fait valoir que ces mesures peuvent "clairement"²⁵¹ relever du champ d'application de l'article XI:2 c) ii), qui dispose que "[l]es dispositions du paragraphe premier du présent article ne s'étendront pas aux ... [r]estrictions à l'importation de tout produit de l'agriculture ou des pêches ... nécessaires à l'application de mesures gouvernementales ayant pour effet ... de résorber un excédent temporaire du produit national similaire".

2.154. Par conséquent, le Canada affirme que l'interprétation par l'Union européenne de l'article 2:2 et du paragraphe 1 de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC est incompatible avec le texte et son contexte. Il déclare donc que l'Union européenne n'a pas fourni de motifs permettant d'infirmar la décision du Groupe spécial selon laquelle l'Accord sur les MIC n'exclut pas l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux prescriptions du programme TRG relatives à la teneur en éléments nationaux.

2.6.3 Allégations au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994

2.155. Le Canada demande à l'Organe d'appel de confirmer les constatations du Groupe spécial concernant les questions soulevées au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994 dans les autres appels formés par l'Union européenne et le Japon.

2.6.3.1 Constatation du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG comportent l'"acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés"

2.156. Le Canada soutient que le Groupe spécial a constaté à juste titre que les pouvoirs publics de l'Ontario "achetaient" de l'électricité dans le cadre du programme TRG. Selon lui, le Groupe spécial a dûment pris en considération les faits suivants, à savoir que les fonds transférés aux fournisseurs étaient censés payer pour l'électricité qui était injectée dans le réseau électrique de l'Ontario; que les pouvoirs publics de l'Ontario prenaient "possession" de l'électricité parce qu'ils dirigeaient la circulation de cette électricité vers et dans ce réseau par le biais des instructions de la SIERE; et que la Loi de 1998 sur l'électricité, la directive TRG de 2009 du Ministre, les contrats TRG et microTRG, et d'autres documents connexes qualifiaient tous les mesures contestées comme étant une "acquisition" ou un "achat" d'électricité.

²⁴⁸ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 32.

²⁴⁹ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 33.

²⁵⁰ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 33.

²⁵¹ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 33.

2.157. En réponse à l'argument du Japon selon lequel l'attribution de la production, du transport et de la distribution d'électricité à des entités différentes en Ontario semble indiquer que les pouvoirs publics de l'Ontario n'"achètent" pas de l'électricité, le Canada fait valoir que peu importe quel organe spécifique des pouvoirs publics de l'Ontario prend matériellement possession de l'électricité du moment que les pouvoirs publics de l'Ontario en prennent possession. Il déclare aussi que le Japon néglige le fait que le Groupe spécial a constaté qu'une entité pouvait acheter un produit même si elle n'en prenait pas "matériellement possession". Selon le Groupe spécial, même s'il n'y a pas transfert de la possession matérielle d'un produit, il peut y avoir "achat" si l'acheteur obtient "un droit de propriété"²⁵² sur le produit, et le Canada affirme que le Groupe spécial a effectivement constaté que l'OEO avait un droit de propriété sur l'électricité fournie dans le cadre des contrats TRG et microTRG.

2.6.3.2 Constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux "régissent" l'acquisition d'électricité

2.158. Le Canada soutient que le Groupe spécial a constaté à juste titre que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux "régissaient" l'acquisition d'électricité. Selon lui, le Groupe spécial a estimé à juste titre que, du fait que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux devaient être respectées par les producteurs désirant participer au programme TRG, ces prescriptions "régissaient" l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG. L'Union européenne fait valoir que l'interprétation du Groupe spécial permet à des prescriptions discriminatoires d'aller bien au-delà de l'objet effectif de l'acquisition en cause, affectant de grands secteurs d'activité économique, ce qui serait inconciliable avec l'objectif de l'article III du GATT de 1994. En réponse à cet argument, le Canada affirme que l'Union européenne fait abstraction de l'objectif du paragraphe 8 a) de l'article III, qui permet d'inclure les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux visant les intrants pour les produits qui sont achetés par les pouvoirs publics. Il soutient que cette disposition a été incluse dans l'article III du GATT de 1994 afin de permettre aux Membres d'appliquer une politique publique par le biais d'acquisitions par les pouvoirs publics.

2.159. Par ailleurs, le Canada se réfère à l'article XVI:1 de l'AMP, qui interdit d'imposer des conditions sur les intrants pour le produit qui est acheté. Il fait valoir que, étant donné que les signataires de l'AMP sont tous liés par les obligations énoncées dans le GATT, ils n'auraient pas eu besoin de prohiber des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux visant les intrants pour les produits achetés par les pouvoirs publics si ces prescriptions ne relèvent pas de l'article III:8 a) et sont donc, en tout état de cause, prohibées par l'article III:4 du GATT de 1994. En outre, il se réfère à l'article XVI:2 de l'AMP, qui autorise les pays en développement à négocier des exemptions aux disciplines concernant les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux visant les intrants pour les produits qui sont achetés par les pouvoirs publics. Il fait valoir qu'il n'aurait pas été nécessaire d'inclure cette exemption si les pays en développement étaient néanmoins assujettis à ces disciplines au titre du GATT de 1994. De plus, il allègue que l'Union européenne ne prend pas en compte l'observation d'un auteur selon laquelle "il est clair"²⁵³ que les prescriptions imposées sur les intrants pour les produits achetés par les pouvoirs publics relèvent de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

2.6.3.3 Interprétation par le Groupe spécial de l'expression "besoins des pouvoirs publics"

2.160. Le Canada estime que le Groupe spécial a interprété correctement l'expression "besoins des pouvoirs publics" (*governmental purposes*). En particulier, il appuie la déclaration du Groupe spécial selon laquelle le sens ordinaire de l'expression "besoins des pouvoirs publics" est relativement "large"²⁵⁴ et peut englober tous les trois sens proposés par les parties, y compris celui qui est proposé par le Canada, à savoir qu'un achat pour les "besoins des pouvoirs publics" est un achat effectué pour un but déclaré des pouvoirs publics. Il soutient que l'interprétation par

²⁵² Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 38 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.228 et 7.229).

²⁵³ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 54 (citant S. Arrowsmith, "Government Procurement in the WTO", *Studies in Transnational Economic Law*, volume 16 (Kluwer Law International, 2002), page 53 (pièce CDA-85 présentée au Groupe spécial)).

²⁵⁴ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 59 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.140).

l'Union européenne du terme "*purposes*" comme signifiant "*needs*" (besoins) n'est pas étayée par les définitions du terme "*purpose*" (but) données par les dictionnaires. Selon le Canada, l'expression "besoins des pouvoirs publics" doit être interprétée dans son contexte avec le membre de phrase "et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce", et ce membre de phrase confirme que l'expression "besoins des pouvoirs publics" fait également référence à la finalité ("pour") ou au "but" qui sous-tend l'achat. Par conséquent, le Canada fait valoir que l'examen doit porter sur le "but" ou la "finalité" qui sous-tend l'achat et sur le point de savoir si cet achat est gouvernemental ou commercial.

2.161. Le Canada déclare aussi que, même si l'expression "*governmental purposes*" fait référence aux "besoins" (*needs*) des pouvoirs publics, comme l'Union européenne le fait valoir, on ne voit pas bien pourquoi les achats effectués pour les besoins (*needs*) des pouvoirs publics sont uniquement ceux qui sont destinés à la consommation ou l'utilisation matérielle par les pouvoirs publics. En ce qui concerne la référence de l'Union européenne à l'historique de la négociation de l'article III:8 a) et à son argument selon lequel la disposition faisait initialement référence à des achats pour "l'utilisation par les pouvoirs publics" (*governmental use*), le Canada affirme que l'Union européenne n'a pas expliqué pourquoi les négociateurs de la disposition avaient en fin de compte choisi le mot "*purposes*" au lieu du mot "*use*".

2.162. Par ailleurs, en réponse à l'argument de l'Union européenne selon lequel le contexte de l'article XVII:2 du GATT de 1994 étaye son interprétation de l'expression "besoins des pouvoirs publics", le Canada fait valoir que l'inclusion du mot "*use*" (pour leur compte) à l'article XVII:2 montre clairement que les négociateurs ont décidé de ne pas inclure ce terme au moment de décrire les achats relevant de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

2.6.3.4 Interprétation par le Groupe spécial du mot "pour" dans l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics"

2.163. Le Canada soutient que le Groupe spécial a correctement interprété le mot "pour" dans l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics". En réponse à l'argument du Japon selon lequel le Groupe spécial a négligé d'analyser s'il y avait un "lien véritable et authentique entre l'achat" ... et le "besoin[] des pouvoirs publics" en cause²⁵⁵, le Canada affirme que le Japon formule un nouvel argument et qu'il ne conteste donc pas une "question[] de droit couverte[]" par le rapport du Groupe spécial" ni une "interprétation[] du droit donnée[]" par celui-ci", comme il est prescrit à l'article 17 du Mémoire d'accord. Le Canada affirme que cette question ne relève pas du mandat de l'Organe d'appel au titre de l'article 17:6 du Mémoire d'accord parce qu'il n'a jamais été demandé au Groupe spécial de définir le terme "pour" de la manière qui est maintenant proposée par le Japon. Il déclare que l'appel concernant cette question est également exclu du champ d'application de l'article 17:6 parce que les faits figurant dans le dossier du Groupe spécial sont insuffisants pour permettre à l'Organe d'appel de l'évaluer, étant donné que la question n'a pas été invoquée devant le Groupe spécial.

2.164. À titre subsidiaire, si l'Organe d'appel constate que cette question lui a été soumise à bon droit, le Canada affirme que la définition du dictionnaire du terme "pour" qui a été avancée par le Japon n'étaye pas son interprétation de ce terme employé à l'article III:8 a) du GATT de 1994. En réponse à l'argument du Japon selon lequel l'objet et le but du GATT de 1994 donnent à penser qu'une interprétation de l'article III:8 a) devrait "faire en sorte que l'exclusion des produits "achetés pour les besoins des pouvoirs publics" ne soit pas large au point de permettre aux Membres de l'OMC de se soustraire à leurs obligations au titre de l'article III simplement en attribuant un "objectif des pouvoirs publics" à une mesure restrictive pour le commerce particulière"²⁵⁶, le Canada exprime son accord. De l'avis du Canada, "l'article III:8 a) devrait être interprété "comme prescrivant qu'un achat de produits par les pouvoirs publics soit effectué véritablement et authentiquement *pour atteindre ou réaliser* un but particulier des pouvoirs publics", comme l'a fait valoir le Japon".²⁵⁷ Selon le Canada, toutefois, cela ne veut pas dire que seuls les achats qui sont nécessaires pour réaliser un but particulier des pouvoirs publics relèvent

²⁵⁵ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 171.

²⁵⁶ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 71 (citant la communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 175).

²⁵⁷ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 71 (citant la communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 175 (italique dans l'original)).

de l'article III:8 a). Le Canada déclare que la décision des négociateurs du GATT de ne pas inclure un critère de nécessité dans l'article III:8 a) était un choix délibéré.

2.6.3.5 Interprétation par le Groupe spécial de l'expression "pour être revendus dans le commerce"

2.165. Le Canada allègue que le Japon comme le Groupe spécial ont mal interprété l'expression "revendus dans le commerce". Il se réfère aux arguments formulés dans son appel de l'interprétation par le Groupe spécial du membre de phrase "pour être revendus dans le commerce", où il dit qu'une "revente dans le commerce" est une revente faite dans l'intention fondamentale d'obtenir un bénéfice. Il fait valoir que le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*²⁵⁸ étaye son interprétation de l'expression "revendus dans le commerce". En réponse à la contestation par le Japon de l'interprétation que donne le Groupe spécial de cette expression, le Canada fait valoir que l'interprétation du Japon de l'expression "revendus dans le commerce" comme signifiant une revente "dans les courants commerciaux ou sur un marché"²⁵⁹ est incorrecte parce que les définitions que donnent les dictionnaires du terme "commerce" incluent les transactions effectuées dans l'intention de réaliser un bénéfice.

2.166. De plus, le Canada affirme que l'interprétation du Japon "néglige"²⁶⁰ le fait que l'expression "dans le commerce" qualifie le mot "revendus" employé à l'article III:8 a). La "revente" d'un produit signifie nécessairement que le produit sera "vendu dans les circuits commerciaux". Par conséquent, une "revente dans le commerce" ne peut pas signifier la même chose. L'ajout de l'expression "dans le commerce" doit qualifier la "revente" d'une certaine manière. Selon le Canada, l'expression "dans le commerce" qualifie la "revente" en ce sens qu'elle précise que la revente doit être effectuée dans l'intention fondamentale d'obtenir un bénéfice. Le Canada allègue en outre que l'interprétation du Japon fait abstraction du contexte pertinent constitué par l'expression "besoins des pouvoirs publics". L'intention d'introduire un produit "dans les circuits commerciaux" peut néanmoins avoir un caractère "gouvernemental". Le Canada donne l'exemple de l'achat par les pouvoirs publics de livres destinés aux bibliothèques locales et de vaccins. Le fait que les pouvoirs publics récupèrent une partie du coût d'achat de ces produits ne diminue pas le caractère gouvernemental de cet achat. De l'avis du Canada, l'achat ne perd son caractère gouvernemental et ne devient commercial que si les pouvoirs publics cherchent à en tirer un bénéfice.

2.167. Le Canada fait valoir que le Japon comme le Groupe spécial ont mal interprété le mot "pour" employé à l'article III:8 a) du GATT de 1994. Il se réfère aux arguments formulés dans son appel de l'interprétation par le Groupe spécial du membre de phrase "pour être revendus dans le commerce". Il affirme que tant le Japon que le Groupe spécial n'ont pas examiné le sens ni l'effet du mot "pour" et, au lieu de cela, ont mis l'accent uniquement sur le sens de l'expression "revendus dans le commerce". En conséquence, le Japon et le Groupe spécial se sont focalisés à tort sur le point de savoir s'il y avait une revente dans le commerce de l'électricité qui était achetée dans le cadre du programme TRG, au lieu de la finalité de l'achat de cette électricité.

2.168. Le Canada se réfère à l'argument du Japon selon lequel son interprétation est contraire à l'objet et au but du GATT de 1994 parce qu'elle permettrait à un Membre qui souhaite exclure un produit étranger particulier de son marché intérieur de déclarer comme but la volonté d'assurer un approvisionnement stable de ce produit dans l'intérêt du bien-être de ses consommateurs, d'établir un organe gouvernemental sans but lucratif chargé d'acheter des quantités de ce produit, en prescrivant que celui-ci soit produit dans le pays, et de revendre ensuite ce produit aux consommateurs sans en tirer un bénéfice. Le Canada soutient que cela est inexact parce que le Japon néglige le fait qu'un achat doit être effectué pour les "besoins des pouvoirs publics et non pas pour [une] reven[te] dans le commerce", et que les besoins des pouvoirs publics ne peuvent pas avoir pour but d'exclure un produit étranger d'un marché intérieur.

²⁵⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 478. (note de bas de page omise)

²⁵⁹ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 10 (faisant référence à la communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphes 182 à 188).

²⁶⁰ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 77.

2.169. Le Canada déclare en outre que le caractère gouvernemental d'un achat dépendra en partie du rôle joué par les pouvoirs publics dans un pays donné et du rôle de ces pouvoirs publics dans la fourniture du produit en cause. Il soutient que si les pouvoirs publics n'ont pas de tout temps fourni le produit et ne sont pas mandatés par la constitution pour le faire, cela indiquera que l'achat du produit dans l'intérêt allégué des consommateurs n'est pas effectivement effectué pour les besoins des pouvoirs publics.

2.6.3.6 Demande du Canada concernant l'action de compléter l'analyse

2.170. Dans le cas où l'Organe d'appel compléterait l'analyse au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994, le Canada dit que les éléments de preuve versés au dossier démontrent que les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité provenant de sources éolienne et solaire photovoltaïque dans le cadre du programme TRG "pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour [qu'elle soit] revendu[e] dans le commerce ou "serv[e] à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce". Il soutient que les facteurs pertinents pour la qualification du but qui sous-tend l'achat sont le rôle des pouvoirs publics dans un pays donné (y compris leur mandat constitutionnel et législatif), les buts déclarés des pouvoirs publics qui sous-tendent l'achat, et le point de savoir si les pouvoirs publics ont l'intention de tirer profit de la revente ou de l'utilisation du produit. Selon le Canada, l'application de ces trois éléments montre que l'électricité a été achetée par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG "pour [un] besoin[] des pouvoirs publics et non pas pour être revendu[e] dans le commerce ou pour servir la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce".

2.171. S'agissant du premier élément, le Canada soutient que le but qui sous-tend l'achat d'électricité dans le cadre du programme TRG est le but des pouvoirs publics qui est de contribuer à assurer un approvisionnement suffisant et fiable en électricité provenant de sources propres pour les Ontariens. S'agissant du deuxième élément, il fait valoir que les pouvoirs publics de l'Ontario jouent un rôle important pour ce qui est d'assurer la fourniture d'un approvisionnement suffisant et fiable en électricité provenant de sources propres. Il affirme que la Loi constitutionnelle de 1982 du Canada²⁶¹ donne aux provinces canadiennes, y compris l'Ontario, le pouvoir de "légiférer dans les domaines suivants... aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique"²⁶², et que les pouvoirs publics de l'Ontario ont invoqué ce pouvoir pour s'engager expressément par voie législative à assurer aux Ontariens un approvisionnement fiable et suffisant en électricité provenant de sources propres. Le Canada fait valoir que les pouvoirs publics de l'Ontario jouent un rôle important sur tous les aspects du réseau d'électricité de la province. Les pouvoirs publics de l'Ontario, avec les administrations municipales locales, sont propriétaires de la majeure partie du réseau de transport et de distribution qui approvisionne matériellement en électricité les consommateurs ontariens. Ils contrôlent le flux d'électricité par l'entremise de leur mandataire, la SIERE, et réglementent le prix de l'électricité et le coût de la fourniture matérielle d'électricité par l'entremise de leur mandataire, la CEO. Le Canada déclare aussi que les pouvoirs publics de l'Ontario sont propriétaires de la plupart des actifs de production d'électricité en Ontario par l'entremise de leur mandataire, Ontario Power Generation (OPG), et qu'ils complètent aussi la production d'électricité en achetant de l'électricité par l'entremise de leur mandataire, l'OEO.

2.172. S'agissant du troisième élément, le Canada dit que l'OEO est dans l'impossibilité de tirer profit d'un aspect quelconque de ses opérations, y compris l'achat d'électricité dans le cadre du programme TRG. À cet égard, il note que l'article 25.2 2) de la Loi de 1998 sur l'électricité, qui s'intitule "But non lucratif", dispose que "[l]'OEO exerce ses activités et mène ses affaires sans but lucratif". En résumé, selon le Canada, le rôle des pouvoirs publics de l'Ontario, leurs buts déclarés lorsqu'ils achètent de l'électricité renouvelable et leur mandat à "but non lucratif" en ce qui concerne l'achat et toute revente ou utilisation d'électricité confirment tous que le but des pouvoirs publics de l'Ontario qui sous-tend l'achat d'électricité dans le cadre du programme TRG a un caractère gouvernemental et non commercial.

²⁶¹ La Loi constitutionnelle de 1982 a été adoptée en tant qu'Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (RU), 1982, chapitre 11, entrée en vigueur le 17 avril 1982.

²⁶² Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 90 (faisant référence à Department of Justice Canada, Constitution Acts, 1867 to 1982, Part VI – Distribution of Legislative Powers (pièce JPN-48 présentée au Groupe spécial), article 92A 1) c)).

2.173. Le Canada soutient que cette conclusion est étayée par les constatations du Groupe spécial. Il dit que le Groupe spécial n'a pas examiné directement le but de l'achat d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG, mais a bien reconnu que le programme TRG avait deux objectifs fondamentaux, à savoir encourager la participation de nouvelles installations de production utilisant des sources d'énergie renouvelables au réseau ontarien d'électricité, et stimuler l'investissement local dans la production de matériel de production d'énergie renouvelable. Il se réfère aussi aux constatations du Groupe spécial selon lesquelles les objectifs du programme TRG "sont poursuivis par l'exécution des contrats TRG et microTRG"²⁶³ et à la constatation du Groupe spécial selon laquelle "l'un des objectifs fondamentaux du programme TRG est d'assurer l'investissement dans de nouvelles installations de production afin de diversifier l'approvisionnement de l'Ontario et d'aider à combler le déficit de l'offre qui devrait résulter de la fermeture d'ici 2014 des installations fonctionnant au charbon de la province".²⁶⁴

2.6.4 Décision du Groupe spécial d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne l'allégation "autonome" du Japon au titre de l'article III:4 du GATT de 1994

2.174. Le Canada n'a pas traité dans sa communication d'intimé l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial avait fait erreur en ne formulant pas de constatation au sujet de l'allégation "autonome" du Japon au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. À l'audience, il a noté que le Groupe spécial avait bien formulé une constatation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 et a dit qu'il ne voyait pas pourquoi il aurait fallu que le Groupe spécial formule une constatation additionnelle concernant l'allégation "autonome" du Japon au titre de l'article III:4.

2.6.5 Allégations au titre de l'Accord SMC

2.6.5.1 Article 1.1 a) – "Contribution financière" ou "soutien des revenus ou des prix"

2.175. En ce qui concerne la contestation par le Japon de la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures en cause constituent des "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics, le Canada estime que le Groupe spécial a constaté, à juste titre que le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes constituaient une "contribution financière" sous la forme d'"ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics. Il dit que cette constatation du Groupe spécial est conforme au critère juridique pertinent, qui impose d'effectuer une évaluation factuelle de la transaction en cause pour en déterminer la "qualité inhérente ou essentielle".²⁶⁵ À cet égard, le Canada signale l'"analyse approfondie [effectuée par le Groupe spécial] du programme TRG, de son fondement juridique, du mandat et des pouvoirs de l'OEO, des contrats TRG et microTRG, de la nature intangible de l'électricité et du rôle de Hydro One Inc. et de la SIERE pour constater qu'OPG pay[e] pour "l'électricité fournie" au réseau d'électricité de l'Ontario".²⁶⁶ Il souligne que le Groupe spécial a constaté qu'un "échange" de certaines obligations fondamentales entre les producteurs et OPG était un élément "essentiel" des contrats TRG et microTRG.²⁶⁷ En particulier, les fournisseurs TRG et microTRG doivent injecter de l'électricité dans le réseau d'électricité de l'Ontario et, en contrepartie, l'OEO accepte d'effectuer les paiements prévus dans les contrats TRG et microTRG.

2.176. Le Canada conteste les arguments du Japon selon lesquels le Groupe spécial a fait erreur en qualifiant les mesures en cause d'"achats de biens" par les pouvoirs publics. En réponse à l'allégation du Japon selon laquelle "ce sont d'autres entités gouvernementales et non l'OEO qui prennent effectivement possession de l'électricité produite dans le cadre du programme TRG"²⁶⁸, il déclare que le Groupe spécial a constaté, à juste titre que la possession par l'entité acheteuse effective n'était pas nécessaire pour que l'existence d'"achats de biens" par les pouvoirs publics

²⁶³ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 96 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.216).

²⁶⁴ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 96 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.223 (italique dans l'original)).

²⁶⁵ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 108.

²⁶⁶ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 111 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.223 et 7.224).

²⁶⁷ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphes 103 et 104.

²⁶⁸ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 113 (faisant référence à la communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 39).

soit constatée. Selon le Groupe spécial, il peut y avoir achat même sans transfert de la possession matérielle d'un produit si l'acheteur obtient "un droit de propriété"²⁶⁹ sur le produit. De l'avis du Canada, le Groupe spécial a effectivement constaté que l'OEO avait, en vertu des contrats TRG et microTRG, un droit de propriété sur l'électricité dont il ordonnait l'injection dans le réseau. Peu importe quelle entité gouvernementale prend matériellement possession de l'électricité car la possession matérielle n'est pas nécessaire pour qu'un achat soit effectué.

2.177. En ce qui concerne les arguments du Japon selon lesquels "l'objectif déclaré de l'Ontario consistant à assurer un approvisionnement stable en électricité n'exige pas que les pouvoirs publics achètent de l'électricité"²⁷⁰, et la présence de parties privées dans le réseau d'électricité de l'Ontario "démontre que l'Ontario n'a pas besoin de prendre possession de l'électricité ni d'en acheter pour répondre au besoin d'assurer un approvisionnement stable"²⁷¹, le Canada fait valoir que le point de savoir si un achat par les pouvoirs publics est nécessaire ou si des entités privées fournissent de l'électricité est dénué de pertinence aux fins de la qualification juridique appropriée du programme et des contrats TRG au regard de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC.²⁷²

2.178. En ce qui concerne l'affirmation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les alinéas i) et iii) de l'article 1.1 a) 1) s'excluaient mutuellement, le Canada estime que le Groupe spécial a constaté, à juste titre que le programme TRG ne pouvait pas être dûment qualifié à la fois de "transfert[s] direct[s] de fonds" et d'"ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics. À son avis, les règles coutumières d'interprétation ne permettent pas de gommer la distinction entre les "transfert[s] direct[s] de fonds" et les "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics car cela viderait de son sens la référence explicite aux "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics à l'alinéa iii). Le Canada rappelle la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la déclaration de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) n'équivaut pas à une constatation selon laquelle des "transactions dûment qualifiées d'"achats de biens" peuvent aussi constituer des "transferts directs de fonds"²⁷³. À son avis, la constatation du Groupe spécial est entièrement compatible avec la déclaration de l'Organe d'appel. En particulier, même si, dans un sens général, "[l]a structure de [l'article 1.1 a) 1)] n'exclut pas ... qu'une transaction puisse être visée par plus d'un alinéa"²⁷⁴, le Canada souligne que dans la présente affaire, dans laquelle les mêmes aspects de la même mesure sont en cause, il n'est pas possible de les qualifier dûment à la fois d'"achats de biens" par les pouvoirs publics et de "transferts directs de fonds".

2.179. Le Canada estime que le Groupe spécial a dûment appliqué le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne la qualification par le Japon des mesures en cause comme étant un "soutien des revenus ou des prix". Il note que l'Organe d'appel a précisé que les groupes spéciaux n'étaient pas tenus d'examiner chaque allégation juridique formulée par un plaignant. L'application du principe d'économie jurisprudentielle est appropriée lorsqu'une constatation n'est pas nécessaire pour régler complètement la question en cause. Le Canada fait valoir que l'appel du Japon concernant cette question devrait être rejeté parce que les arguments des plaignants relatifs à l'"avantage" en ce qui concerne le "soutien des revenus ou des prix" étaient "essentiellement les mêmes" que ceux qui avaient trait à la "contribution financière". À cet égard, il souligne que l'argument du Japon relatif à l'"avantage" en ce qui concerne le "soutien des revenus ou des prix" est entièrement fondé sur les points de repère du "marché" allégués qui sont proposés dans le contexte de la détermination du point de savoir si un "avantage" a été conféré par une "contribution financière".²⁷⁵ Comme la majorité du Groupe spécial a rejeté dans sa totalité l'allégation du Japon relative à l'"avantage" en ce qui concerne la "contribution financière", y compris tous les points de repère du "marché" allégués, le fondement de l'allégation du Japon relative à l'"avantage" en ce qui concerne le "soutien des revenus ou des prix" a été rejeté dans sa totalité par le Groupe spécial. Par conséquent, l'issue du différend n'aurait pas été différente si le

²⁶⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.228 et 7.229.

²⁷⁰ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 113 (faisant référence à la communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 40).

²⁷¹ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 113 (faisant référence à la communication du Japon en tant qu'autre appelant, (DS412), paragraphe 41).

²⁷² Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphes 39 et 114.

²⁷³ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 116 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.247).

²⁷⁴ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 117.

²⁷⁵ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 125.

Groupe spécial n'avait pas appliqué le principe d'économie jurisprudentielle au sujet de l'allégation du Japon relative au "soutien des revenus ou des prix".

2.180. Subsidiairement, si l'Organe d'appel décide d'infirmer l'application par le Groupe spécial du principe d'économie jurisprudentielle, le Canada fait valoir que le Japon n'a pas établi que le programme TRG constituait une forme de "soutien des revenus ou des prix". Selon lui, l'expression "soutien des revenus ou des prix" ne signifie pas seulement que les revenus ou les prix doivent être maintenus au moyen de mesures gouvernementales, mais implique également que les niveaux de revenus ou de prix ont été établis par l'offre et la demande (c'est-à-dire par un marché) avant l'intervention des pouvoirs publics. Le Canada souligne que l'OEO ne réagit pas à un quelconque signal du marché indiquant quand il doit intervenir sur le marché pour acheter suffisamment d'électricité renouvelable afin de maintenir un certain niveau de prix dans le cadre du programme TRG.²⁷⁶ Enfin, dans le contexte de la prescription de l'article XVI du GATT de 1994 selon laquelle le soutien des revenus ou des prix "a directement ou indirectement pour effet d'accroître les exportations d'un produit ... ou de réduire les importations", le Canada fait valoir que le Japon n'a pas présenté d'éléments de preuve donnant à penser que les importations en Ontario d'électricité éolienne ou solaire avaient fléchi à la suite du programme TRG ou que les exportations d'électricité éolienne ou solaire avaient augmenté. En conséquence, le Japon n'a pas satisfait aux conditions permettant de constater que les mesures contestées sont un "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2).

2.6.5.2 Article 1.1 b) – "Avantage"

2.181. Le Canada dit que tant l'Union européenne que le Japon adoptent la conclusion "en l'absence de" formulée par le membre dissident du Groupe spécial en ce qui concerne l'"avantage", à savoir que l'existence d'un "avantage" peut être constatée car en l'absence du programme TRG, les producteurs d'énergie éolienne et solaire dans le cadre de ce programme "n[e] seraient pas présents autrement".²⁷⁷ Il estime que la question de savoir si un avantage est conféré doit, en fait, être axée sur le point de savoir si les termes de la transaction montrent que les pouvoirs publics ont payé davantage qu'un prix "adéquat" pour cette forme spécifique d'électricité, avec ses qualités intrinsèques spécifiques.

2.182. Le Canada allègue qu'une approche appropriée de l'évaluation du point de savoir si un avantage est conféré devrait prendre en compte le sens ordinaire de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, dans le contexte pertinent de l'article 14 et de la jurisprudence y relative. Il se réfère à la jurisprudence de l'Organe d'appel concernant la pertinence de l'article 14 d) de l'Accord SMC en tant qu'orientation pour l'interprétation de l'article 1.1 b). Il rappelle que, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a dit que l'article 14 d) "met[tait] en lumière le fait qu'un point de repère approprié du marché résult[ait] d'un examen des conditions selon lesquelles les biens ... en cause seraient échangés, aux conditions du marché".²⁷⁸ Il rappelle en outre que, s'agissant de l'expression "rémunération adéquate", "[l]e terme "remuneration" (rémunération) est défini comme "reward, recompense; payment, pay" (récompense, rétribution, salaire). Ainsi, un avantage est conféré lorsque les pouvoirs publics fournissent des biens à un bénéficiaire et, en échange, reçoivent une rétribution ... insuffisante ...".²⁷⁹ Il dit que, dans le cas d'un "ach[at] de[] biens" par les pouvoirs publics, un avantage est conféré uniquement lorsque les pouvoirs publics achètent des biens à un bénéficiaire et versent une rétribution ou une compensation plus que suffisante pour ces biens.

2.183. En ce qui concerne la question de savoir si l'article 14 d) de l'Accord SMC se rapporte à l'existence ou au montant d'un avantage, le Canada souligne que l'article 14 d) commence par le membre de phrase "l'achat de biens par les pouvoirs publics ne sera pas considéré comme conférant un avantage, à moins que ... l'achat ne s'effectue moyennant une rémunération plus

²⁷⁶ En outre, le Canada souligne que le soutien des prix devrait également modifier le prix du marché du bien en question pour les autres vendeurs sur ce marché et que le Japon n'a pas formulé une telle allégation. (Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 132)

²⁷⁷ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 138 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 9.23).

²⁷⁸ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 163 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 975).

²⁷⁹ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 164 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 84 (note de bas de page omise)).

qu'adéquate".²⁸⁰ Il estime que l'article 14 d) démontre que la question de savoir si un avantage est conféré dépend du prix payé par les pouvoirs publics et que cette disposition porte sur l'existence d'un avantage dans le contexte d'un "ach[at] de[] biens" par les pouvoirs publics et non pas simplement sur la manière de calculer le montant de l'avantage.

2.184. Le Canada convient que, dans un sens général, l'Organe d'appel a constaté qu'un "avantage" (*benefit*) était un avantage (*advantage*) conféré à un bénéficiaire et qu'il était déterminé au moyen d'une comparaison fondée sur le point de savoir si le bénéficiaire était "mieux loti" qu'il ne le serait en l'absence de la contribution. Toutefois, la comparaison effective requise dans une analyse spécifique de l'avantage doit être effectuée en comparant les conditions d'une "contribution financière" des pouvoirs publics avec les conditions offertes sur le marché pour une transaction comparable. De l'avis du Canada, une analyse appropriée de l'avantage suppose un achat sur le marché hypothétique et la question centrale est de savoir si les conditions d'une contribution financière sont plus avantageuses qu'une transaction semblable entre deux entités privées non liées sur le marché. Selon le Canada, le point de repère le plus approprié pour évaluer l'"adéquation de la rémunération" des prix TRG serait les prix de l'électricité tant éolienne que solaire établis dans le cadre d'une transaction dans des conditions de pleine concurrence entre des entités privées en Ontario. À l'audience, le Canada a dit que le dossier du Groupe spécial ne contenait pas d'éléments de preuve en ce sens.

2.185. Le Canada allègue que l'approche des plaignants ne tient pas compte de la distinction entre une "contribution financière" et un "avantage ... conféré". Il dit que l'architecture de l'article 1.1 est claire et que la définition d'une "subvention" comporte deux éléments distincts. Il déclare que, selon l'approche préconisée par les plaignants, le simple octroi d'une "contribution financière" par les pouvoirs publics devient l'"avantage". Chaque fois que les pouvoirs publics achètent un bien pour lequel il n'y a pas de demande dans le secteur privé, le fait de cet achat lui-même démontrerait un avantage conféré quel que soit le prix auquel l'achat est effectué. Le Canada donne l'exemple de l'achat par les pouvoirs publics de véhicules blindés ou de vaccins, notant que suivant l'approche du plaignant, si ces biens n'étaient pas achetés sur le marché en l'absence de l'achat par les pouvoirs publics, un avantage serait alors conféré quel que soit le prix d'achat. Selon le Canada, cela viderait de son sens l'article 1.1 b).

2.186. Le Canada conteste l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle lorsque les "conditions du marché existantes" montrent qu'un tel produit ne pourrait pas être vendu, la comparaison est effectuée entre "quelque chose" et "rien", et il y a un avantage. Selon lui, le critère permettant de constater l'existence d'un "avantage" est très clair – une "rémunération plus qu'adéquate". Par conséquent, le Japon et l'Union européenne n'ont pas prouvé que l'achat par l'Ontario d'électricité éolienne et solaire dans le cadre du programme TRG "s'effectu[ait] moyennant une rémunération plus qu'adéquate".²⁸¹

2.187. Le Canada rappelle qu'à son avis, dans les circonstances limitées dans lesquelles les prix sont faussés par la position dominante des pouvoirs publics en tant qu'acheteur de biens, des points de repère de substitution peuvent être utilisés. Toutefois, ces valeurs supplétives doivent néanmoins se rapporter aux "conditions du marché existantes" dans le pays d'achat. Le Canada soutient que l'Union européenne fait abstraction du fait que c'est une constatation de distorsion dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV* qui a amené l'Organe d'appel à reconnaître que les prix pratiqués sur un tel marché ne pouvaient pas être utilisés aux fins d'une comparaison appropriée. Il dit que l'opinion dissidente exprimait "le même avis que celui de la majorité, à savoir que tous les points de repère proposés par les plaignants [étaient] inappropriés", et que "les résultats en matière de prix sur le marché de gros administré par la SIERE (le PHEO) [étaient] notablement faussés par les actions et politiques des pouvoirs publics de l'Ontario".²⁸² Il souligne aussi que ce membre dissident a dit que les points de repère proposés ne représentaient pas les prix établis sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité en Ontario.

2.188. Le Canada allègue que l'approche préconisée par les plaignants ne prend pas en compte les constatations de fait formulées par l'ensemble du Groupe spécial (y compris le membre dissident) au sujet de la nature du réseau d'électricité ontarien. En particulier, dans leurs

²⁸⁰ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 179. (italique ajouté par le Canada)

²⁸¹ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 180.

²⁸² Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 149 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphe 9.10).

arguments concernant l'"avantage" (qui sont fondés sur les conclusions du membre dissident), les plaignants présumant que le programme TRG amène sur le marché des producteurs qui en seraient autrement exclus en raison de la concurrence. À cet égard, le Canada ne pense pas comme l'Union européenne et le Japon que ce soit un fait incontesté qu'en l'absence du programme TRG, les producteurs TRG n'auraient pas fait leur entrée sur le marché. Selon lui, cela ne prend pas en compte les constatations de fait du Groupe spécial selon lesquelles, en l'absence du programme TRG, de nouveaux venus négocieraient probablement avec l'Ontario un prix pour l'électricité éolienne et solaire, et le mécanisme de "marché" administré par la SIERE n'est pas un "marché" approprié aux fins de l'analyse de l'"avantage". Le Canada souligne qu'en Ontario, les pouvoirs publics représentent le côté demande de la transaction d'achat pertinente et déterminent quels producteurs peuvent participer au réseau d'électricité de la province, et que les producteurs, indépendamment de la forme de production, ne se font pas concurrence.

2.189. En ce qui concerne l'allégation de l'Union européenne selon laquelle l'existence d'un avantage aurait dû être établie "sans grande difficulté"²⁸³ et sa référence à la décision du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), le Canada distingue cette situation de celle en l'espèce. Il note que le Groupe spécial dans le différend en question examinait des "recettes abandonnées" aux termes de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'Accord SMC. Il reconnaît que certaines formes de "contributions financières" des pouvoirs publics ne sont pas assorties de conditions qui appellent une comparaison avec les conditions sur le marché. Elles "ne sont pas assorties de conditions en soi de la même façon que le sont les participations au capital social, les prêts, les garanties de prêt, la fourniture de biens et de services et l'achat de biens".²⁸⁴ Selon le Canada, dans le cas des dons et des recettes abandonnés, "le fait de l'action des pouvoirs publics (c'est-à-dire la "contribution financière" elle-même) peut fort bien démontrer l'octroi d'un avantage".²⁸⁵ Toutefois, le Canada estime que, conformément au traitement par l'Organe d'appel de ces "contributions financières" comme étant des "achats de biens", tel n'est pas le cas pour les "contributions financières" qui sont assorties de conditions.

2.6.5.3 Article 11 du Mémoire d'accord – "Avantage"

2.190. En réponse aux arguments de l'Union européenne et du Japon selon lesquels il y avait des éléments de preuve suffisants versés au dossier pour permettre au Groupe spécial de constater l'existence d'un "avantage" sur la base des observations de la majorité du Groupe spécial concernant la façon dont une analyse appropriée de l'avantage aurait pu être effectuée, le Canada répond que, bien que le Groupe spécial ait offert des "observations" en réponse aux demandes spécifiques des plaignants, il est clair que ces "observations" n'étaient pas des constatations. Il estime que le Groupe spécial a reconnu qu'il incombait aux plaignants d'établir le bien-fondé de leurs allégations et que ce n'était pas son rôle. Par ailleurs, le Canada relève que ces observations sont simplement les vues que la majorité du Groupe spécial a exprimées au sujet d'une approche subsidiaire de l'"avantage" à la demande des plaignants.

2.191. Répondant à l'allégation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en ne formulant pas de constatation au sujet de l'existence d'un avantage sur la base des arguments de l'Union européenne, le Canada déclare que la majorité du Groupe spécial a eu raison de dire que les "observations" soulevaient "plusieurs questions et points factuels importants [qu'il aurait fallu examiner et trancher] pour pouvoir effectuer une analyse en ce sens".²⁸⁶ Considérant que ces observations ne sont pas des constatations, le Canada fait valoir que l'allégation de l'Union européenne au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord "est sans effet".²⁸⁷

2.192. Le Canada rejette également les allégations formulées par le Japon devant le Groupe spécial selon lesquelles le prix de gros moyen pondéré et le prix du produit GTR pouvaient étayer la constatation de l'existence d'un avantage parce que, en l'absence du programme TRG, les

²⁸³ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 185 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 162 (note de bas de page omise)).

²⁸⁴ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 186.

²⁸⁵ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 186.

²⁸⁶ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 206 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.327).

²⁸⁷ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 206.

producteurs en question ne seraient pas sur le "marché" de gros de l'électricité de l'Ontario.²⁸⁸ Il soutient que la déclaration du Japon selon laquelle les prix non affectés sont sensiblement inférieurs aux prix TRG, étant donné l'importance de la différence entre les points de repère initiaux du Japon et les prix TRG, "fait abstraction du fait que l'ensemble du Groupe spécial, y compris le membre dissident, a rejeté en bloc tous ces points de repère parce qu'ils ne représentaient pas des prix déterminés par les forces du marché".²⁸⁹ À cet égard, le Canada rappelle que le Groupe spécial a constaté que les offres de prix des producteurs sur ce "marché" n'étaient "pas motivées par la nécessité de couvrir les coûts marginaux de production (comme cela serait habituellement le cas sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité ...)".²⁹⁰ En fait, la motivation première des producteurs est de s'assurer qu'ils reçoivent l'ordre de produire en charge commandée afin de percevoir leur rémunération à des tarifs réglementés ou contractuels. Le Canada fait valoir que "[s]ur cette base, le Groupe spécial a rejeté le PHEO et les points de repère dérivés du PHEO proposés par le Japon et l'Union européenne", en constatant que "la qualification la plus appropriée" à donner du mécanisme d'équilibre du marché de gros administré par la SIERE qui déterminait le PHEO était en fait "celle d'outil permettant à la SIERE de prendre les décisions de contrôle-commande requises pour équilibrer l'offre et la demande *physiques* d'électricité".²⁹¹ Il dit que le membre dissident du Groupe spécial est convenu que le PHEO était "directement lié à la politique ... de l'Ontario en matière de fixation des prix de l'électricité et à [ses] décisions concernant l'approvisionnement diversifié"²⁹² et a conclu que le PHEO, ses dérivés et les points de repère hors province proposés "ne représent[ai]ent pas un prix établi sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité en Ontario".²⁹³

2.193. Pour ces raisons, le Canada demande à l'Organe d'appel de rejeter les autres appels formés par les plaignants et de confirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les plaignants n'ont pas démontré que l'achat par l'Ontario d'électricité éolienne et solaire dans le cadre du programme TRG constituait une "subvention" qui était incompatible avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.

2.7 Arguments des participants tiers

2.7.1 Australie

2.194. S'agissant des allégations présentées au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994, l'Australie partage les préoccupations exprimées par l'Union européenne au sujet de l'interprétation par le Groupe spécial de l'expression "besoins des pouvoirs publics". Elle appuie la demande de l'Union européenne visant à ce que l'Organe d'appel infirme ou déclare sans fondement et sans effet juridique la déclaration du Groupe spécial selon laquelle l'expression "besoins des pouvoirs publics" est relativement large et peut englober le sens proposé par le Canada, à savoir qu'il peut y avoir achat pour les "besoins des pouvoirs publics" chaque fois que les pouvoirs publics achètent un produit pour l'un de leurs buts déclarés.²⁹⁴ De l'avis de l'Australie, l'interprétation par le Groupe spécial de l'expression "for governmental purposes" (pour les besoins des pouvoirs publics) n'est pas compatible avec le sens ordinaire du terme "purposes", les versions française et espagnole de l'article III:8 a), ou l'historique de la négociation de l'article XVII:2 du GATT de 1994, qui impliquent tous la notion d'avantage ou d'utilisation pratiques de la part des pouvoirs publics, et non un achat effectué pour un but des pouvoirs publics. L'Australie convient avec le Japon que si tout achat effectué par un organe gouvernemental pour un but déclaré des pouvoirs publics devait être visé par l'article III:8 a), comme le Canada le laisse entendre, alors un

²⁸⁸ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 208 (faisant référence à la communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 85).

²⁸⁹ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 210 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.293 à 7.298 et 9.8 à 9.10).

²⁹⁰ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 211 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.298).

²⁹¹ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 211 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.298 (italique dans l'original)).

²⁹² Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 212 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphe 9.10).

²⁹³ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 212 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphe 9.10).

²⁹⁴ Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 6 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.139).

Membre de l'OMC pourrait contourner les disciplines de l'article III simplement en intervenant comme intermédiaire sur un marché donné.

2.195. S'agissant de la détermination de l'existence d'un "avantage" au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, l'Australie a déclaré à l'audience qu'elle considérait que la question pertinente était de savoir si la contribution financière était accordée à des conditions qui conféraient un avantage au bénéficiaire. Elle a souligné qu'il n'y avait rien d'intrinsèquement répréhensible dans une subvention; l'Accord SMC exige simplement que les Membres évitent d'avoir recours à des subventions qui sont prohibées ou qui causent des effets défavorables sur le commerce. L'Australie a toutefois dit que, si l'établissement de l'existence d'une subvention était une tâche trop lourde, de nombreux programmes des pouvoirs publics censés être soumis aux disciplines de l'Accord SMC échapperaient à l'examen. Elle a dit que, si la décision de la majorité du Groupe spécial était maintenue, il pourrait alors être difficile de soumettre à l'Accord SMC tout programme de soutien des pouvoirs publics. En effet, la détermination d'un point de repère du marché deviendrait difficile et l'évaluation du point de savoir s'il y a subvention pourrait être indûment entravée sur tout marché sur lequel les pouvoirs publics interviennent en ce qui concerne le prix.

2.196. À l'audience, l'Australie a ajouté que les indications figurant à l'article 14 d) de l'Accord SMC ne constituaient pas un critère exclusif permettant de déterminer si un avantage était conféré. Elle a rappelé que, dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, l'Organe d'appel a constaté que le sens ordinaire du terme "benefit" (avantage) englobait à l'évidence une forme d'avantage, et que, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a expliqué que, pour identifier cet avantage, une comparaison était nécessaire pour déterminer si le bénéficiaire de la contribution financière était "mieux loti"²⁹⁵ qu'il ne l'aurait été autrement, en l'absence de l'action des pouvoirs publics. De l'avis de l'Australie, cette jurisprudence constitue le critère juridique approprié et le Groupe spécial aurait dû en faire la base de son examen, au lieu de chercher à déterminer si les producteurs TRG avaient obtenu une rémunération plus qu'adéquate au sens de l'article 14 d) de l'Accord SMC. L'Australie a dit que, étant donné que le Groupe spécial avait constaté l'existence d'un avantage au regard de l'Accord sur les MIC, une constatation de l'existence d'un "avantage" au regard de l'Accord SMC aurait dû être formulée sans grande difficulté.

2.197. Enfin, l'Australie a indiqué à l'audience qu'elle souscrivait à l'approche du membre dissident du Groupe spécial s'agissant de déterminer l'existence d'un "avantage". En particulier, elle a dit que le programme TRG conférait un avantage parce que les producteurs d'électricité qui fournissaient de l'électricité d'origine éolienne ou solaire photovoltaïque ne pourraient pas entrer sur le marché à moins que les pouvoirs publics de l'Ontario n'achètent cette électricité à des prix élevés par le biais des contrats TRG et microTRG. Ainsi, le programme TRG accorde un avantage aux producteurs TRG et confère, par conséquent, un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

2.7.2 Brésil

2.198. Le Brésil allègue que l'interprétation par le Groupe spécial des mots "besoins des pouvoirs publics" et "non pas pour être revendus dans le commerce" figurant à l'article III:8 a) du GATT de 1994 amalgame deux prescriptions juridiques différentes en une seule et rend ainsi une partie du texte de cette disposition redondante et sans effet juridique. Selon le Brésil, le fait que le Groupe spécial n'a pas pris en considération l'emploi de la conjonction "et" qui relie ces deux expressions à l'article III:8 a) équivaut à établir que la simple existence d'une "revent[e] dans le commerce" suffit pour écarter totalement l'applicabilité de cette disposition, quelle que soit sa raison d'être ou sa relation avec la première prescription de cette disposition, à savoir l'achat de marchandises pour les "besoins des pouvoirs publics". Le Brésil considère que, si cette interprétation devait l'emporter, l'expression "besoins des pouvoirs publics" serait rendue inutile. En l'espèce, le Groupe spécial n'est jamais parvenu à une conclusion en ce qui concerne la question de savoir si les achats d'électricité dans le cadre du programme TRG étaient effectués pour les "besoins des pouvoirs publics". De l'avis du Brésil, afin d'évaluer si une mesure ne relève pas du champ d'application de l'article III:8 a), il serait nécessaire d'analyser les deux prescriptions séparément.

2.199. En outre, le Brésil considère que le but de toute action des pouvoirs publics peut être interprété uniquement au cas par cas et devrait être envisagé au vu des fonctions exercées par les

²⁹⁵ Déclaration liminaire de l'Australie à l'audience.

pouvoirs publics considérés dans chaque secteur de l'économie. Il déclare que la plupart des pouvoirs publics ont la responsabilité constitutionnelle ou légale de fournir certains services à leurs citoyens – tels que les services concernant la santé, l'éducation, l'eau, l'électricité, les transports et la sécurité publique – et que la fourniture de ces services constitue un "besoin[]" des pouvoirs publics" au sens de l'article III:8 a).

2.200. Le Brésil déclare aussi que, si les négociateurs avaient souhaité restreindre le sens de l'expression "besoins des pouvoirs publics" aux achats effectués par des organes gouvernementaux pour leur propre usage ou consommation, ils l'auraient fait expressément, comme ils l'ont fait à l'article XVII:2 du GATT de 1994. Il soutient que les achats de marchandises effectués par les pouvoirs publics ne peuvent pas tous être considérés comme des achats effectués pour les "besoins des pouvoirs publics" au sens de l'article III:8 a), parce que cela permettrait aux pouvoirs publics d'un Membre de l'OMC de contourner les disciplines de l'article III en intervenant comme intermédiaire sur un marché donné. En fait, le Brésil estime que, pour effectuer une analyse appropriée au titre de l'article III:8 a), il faut comparer la conception, la structure et les principes de base globaux d'un programme d'acquisition avec le cadre juridique et réglementaire du Membre défendeur pour déterminer "si l'achat des marchandises à l'examen se rapporte véritablement à une fonction exercée par les pouvoirs publics dans le secteur spécifique de l'économie de ce Membre, compte tenu des objectifs de politique légitimes dans la société de cet État".²⁹⁶

2.201. À l'audience, le Brésil a aussi dit que la jurisprudence développée dans le contexte de l'article XX du GATT de 1994 donnait des orientations utiles pour évaluer si un programme d'acquisition des pouvoirs publics visait à répondre à un besoin des pouvoirs publics. Selon lui, ces orientations signifient qu'il faut examiner si la mesure apporte une contribution à la réalisation de son objectif. Le Brésil a fait valoir que les deux autres éléments du "critère de la nécessité" – à savoir le "caractère restrictif" de la mesure et l'importance de l'objectif recherché – n'étaient pas aussi pertinents dans le contexte de l'article III:8 a), étant donné qu'un programme d'acquisition discriminatoire des pouvoirs publics serait nécessairement restrictif et qu'il semblait qu'il n'y ait aucun critère permettant d'établir une hiérarchie entre les différents besoins des pouvoirs publics dans le contexte de cette disposition.

2.202. S'agissant de la détermination de l'existence d'un "avantage" au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, le Brésil fait valoir que la conclusion formulée par la majorité du Groupe spécial selon laquelle le programme TRG ne confère pas un avantage était fondée sur une analyse erronée du marché de l'électricité de l'Ontario. En particulier, il soutient que la conclusion de la majorité du Groupe spécial selon laquelle aucun des points de repère présentés par les plaignants n'était approprié pour évaluer l'existence d'un avantage va "à l'encontre" des décisions antérieures de l'Organe d'appel.²⁹⁷ Le Brésil souscrit à l'opinion dissidente selon laquelle le fait qu'un marché concurrentiel pourrait ne pas exister en l'absence d'une intervention des pouvoirs publics, ou qu'il ne peut pas réaliser tous les objectifs fixés par les pouvoirs publics, ne signifie pas qu'il ne puisse pas être utilisé comme point de repère aux fins de l'analyse de l'avantage.

2.203. D'après le Brésil, il "semble plutôt évident" que "si un producteur qui accroît sa part de marché à la suite d'une contribution financière est "mieux loti" par rapport aux "conditions du marché existantes", alors un producteur qui n'avait pas une entreprise viable économiquement et qui entre sur le marché grâce à une contribution financière sera également "mieux loti" par rapport aux "conditions du marché existantes"". ²⁹⁸ Selon lui, il est "clair" qu'en l'espèce, les producteurs d'électricité solaire photovoltaïque et éolienne sont "mieux lotis" par rapport aux "conditions du marché existantes" simplement parce qu'ils sont devenus des intervenants du marché bénéficiant d'une participation à long terme garantie sur le marché.²⁹⁹ Cela indique clairement que les contrats TRG et microTRG confèrent un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

²⁹⁶ Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 27.

²⁹⁷ Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 36 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 982 et 1122 (le deuxième paragraphe fait référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 480); et *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 172).

²⁹⁸ Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 46.

²⁹⁹ Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 44.

2.204. Le Brésil souligne que les subventions ne sont pas, en elles-mêmes et à elles seules, incompatibles avec les accords visés pour autant qu'elles ne soient pas prohibées au titre de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, et qu'elles peuvent être appropriées pour promouvoir des objectifs légitimes.

2.7.3 Chine

2.205. S'agissant des allégations formulées au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994, la Chine soutient l'appel de l'Union européenne concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux sont des "prescriptions régissant" l'acquisition d'électricité au sens de cette disposition. Elle fait valoir que, parce que le terme "acquisition" figurant à l'article III:8 a) est liée à l'expression "produits achetés", la disposition ne s'applique pas à l'acquisition de n'importe quel produit, mais uniquement à l'acquisition de produits relevant de l'article III. La Chine soutient que les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux pour le matériel de production dans le cadre du programme TRG n'ont qu'un lien ténu avec l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario, et que ceux-ci peuvent acheter de l'électricité en l'absence de ces niveaux minima. Elle estime qu'il est donc difficile de justifier l'application de l'article III:8 a) en ce qui concerne les prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux pour le matériel de production.

2.206. En outre, la Chine conteste l'affirmation du Canada selon laquelle le membre de phrase "pour être revendus dans le commerce" figurant à l'article III:8 a) doit être interprété comme faisant référence à l'intention derrière l'achat. Selon elle, cette prescription exige un examen des éléments de preuve, et non de l'intention déclarée d'un organe gouvernemental. La Chine affirme que l'interprétation donnée par le Canada peut aboutir à la "situation absurde"³⁰⁰ dans laquelle une transaction relèverait de l'article III:8 a) tant qu'un organe gouvernemental allègue ne pas avoir l'intention d'effectuer une revente dans le commerce, même si cet organe procède effectivement à une revente dans le commerce. Elle conteste aussi l'interprétation par le Canada des mots "revendus dans le commerce" comme faisant référence à une revente avec l'intention sous-jacente d'en tirer un bénéfice. Elle déclare qu'une revente peut être considérée comme se faisant "dans le commerce" au sens de l'article III:8 a) même si elle n'implique pas un bénéfice. De plus, la Chine allègue que l'interprétation par le Canada du membre de phrase "pour être revendus dans le commerce" rend le mot "pour" redondant, parce que, d'après le Canada, tant les mots "revendus dans le commerce" que le mot "pour" font référence au but ou à l'intention des pouvoirs publics. Elle déclare que, lorsqu'il s'agit de déterminer si une revente se fait "dans le commerce" au sens de l'article III:8 a), l'existence d'un bénéfice ne devrait pas être le critère juridique permettant de trancher la question, mais uniquement un facteur à prendre en compte.

2.7.4 Inde

2.207. Conformément à la règle 24 2) des Procédures de travail, l'Inde a choisi de ne pas présenter de communication en tant que participant tiers. À l'audience, elle a dit que le Groupe spécial avait raison de constater qu'au regard de l'article III:8 a) du GATT de 1994, il pouvait y avoir achat pour les "besoins des pouvoirs publics" chaque fois que les pouvoirs publics achetaient des marchandises pour l'un de leurs buts déclarés. Elle considérerait que l'affirmation du Japon selon laquelle le champ de l'expression "besoins des pouvoirs publics" se limitait aux achats effectués pour le propre usage des pouvoirs publics restreignait indûment le champ de cette expression. S'agissant de l'interprétation des mots "revendus dans le commerce" figurant à l'article III:8 a), l'Inde a indiqué que l'accent devait être mis sur la nature de la vente, c'est-à-dire, la question de savoir s'il s'agissait d'une action qui visait un objectif de politique des pouvoirs publics.

2.208. En outre, l'Inde a exprimé son désaccord au sujet de l'allégation du Japon selon laquelle les mesures en cause constituaient un "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC. Selon elle, l'acceptation de l'interprétation donnée par le Japon signifierait que toute réglementation des prix pour les services publics ou les services pourrait être susceptible d'être contestée comme étant une subvention, quelles que soient la nature et l'intention de cette intervention sur les prix. De l'avis de l'Inde, une surveillance réglementaire qui assure simplement la fixation des prix en fonction des principes du marché ne peut pas être qualifiée de subvention.

³⁰⁰ Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphe 15.

2.209. S'agissant de la détermination de l'existence d'un "avantage" au regard de l'article 1.1 b), l'Inde contestait l'argument du Japon et de l'Union européenne selon lequel le programme TRG conférerait un "avantage" parce que, à son avis, en l'absence de ce programme, il n'y aurait pas de demande d'énergie renouvelable. Elle a demandé instamment à l'Organe d'appel de rejeter cette allégation car, suivant ce raisonnement, il n'y aurait pas de marché pour l'énergie renouvelable. Selon elle, le point de repère de substitution proposé par la majorité du Groupe spécial était approprié et devrait être confirmé par l'Organe d'appel. L'Inde a fait observer que, alors qu'il aurait peut-être été possible de déterminer si un avantage était conféré en examinant si les taux de rendement étaient notablement supérieurs au coût moyen du capital au Canada pour des projets ayant un profil de risque comparable, les faits versés au dossier ne corroboraient pas une constatation en ce sens.

2.7.5 Norvège

2.210. Conformément à la règle 24 2) des Procédures de travail, la Norvège a choisi de ne pas présenter de communication en tant que participant tiers. À l'audience, elle s'est dite préoccupée par l'interprétation du Groupe spécial selon laquelle l'expression "besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a) du GATT de 1994 était relativement large et pouvait englober toutes les situations dans lesquelles les pouvoirs publics achetaient un produit pour l'un de leurs buts déclarés. À son avis, cette interprétation permettrait que tout achat effectué par les pouvoirs publics constitue un achat "pour les besoins des pouvoirs publics", car tout achat en ce sens comportera un certain but.

2.211. La Norvège convenait avec le Groupe spécial qu'un achat effectué "pour [une] reven[te] dans le commerce" ne pouvait pas, en même temps, être considéré comme un "produit[] acheté[] pour les besoins des pouvoirs publics". Cependant, étant donné que l'expression "besoins des pouvoirs publics" avait un sens indépendant, elle considérait que le Groupe spécial avait fait erreur en fondant son évaluation conjointe des deux prescriptions uniquement sur sa conclusion concernant le sens du membre de phrase "pour être revendus dans le commerce", et en ne formulant donc pas de conclusion sur l'interprétation de l'expression "besoins des pouvoirs publics".³⁰¹

2.7.6 Arabie saoudite

2.212. S'agissant de la détermination de l'existence d'un "avantage" au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, l'Arabie saoudite affirme que le Groupe spécial a considéré à juste titre que l'article 14 d) de l'Accord SMC était pertinent dans les présents différends. Elle relève que l'article 14 d) décrit comment l'adéquation de la rémunération doit être déterminée par rapport aux "conditions du marché existantes" (prevailing market conditions) pour les biens en question dans le pays d'achat. Elle estime que le mot "marché" figurant à l'article 14 d) est censé désigner le marché du pays dans lequel la mesure en question des pouvoirs publics a été adoptée et que le mot "prevailing" qualifiant les conditions du marché veut dire "existing" (existantes).³⁰²

2.213. L'Arabie saoudite estime que l'expression "rémunération ... adéquate" ne signifie pas la maximisation du profit ni n'implique que le but d'une transaction doive être le prix le plus élevé pour le vendeur ou le prix le plus bas pour l'acheteur. Elle convient avec le Groupe spécial qu'"[i]l n'est pas nécessaire que le "marché" pertinent soit un marché "pur" qui soit exempt du moindre degré d'intervention des pouvoirs publics".³⁰³ À l'audience, elle a demandé à l'Organe d'appel de confirmer que l'intervention des pouvoirs publics n'excluait pas l'utilisation d'un point de repère relatif aux prix intérieurs.

2.214. En outre, l'Arabie saoudite déclare que le rejet par le Groupe spécial des points de repère externes est fondé parce que ces points de repère sont appropriés uniquement dans des situations "très limitée[s]".³⁰⁴ Elle met en garde contre le fait qu'un point de repère externe qui ne reflète pas les conditions du marché intérieur est une mesure arbitraire qui pourrait annuler les avantages

³⁰¹ Déclaration liminaire de la Norvège à l'audience.

³⁰² Communication de l'Arabie saoudite en tant que participant tiers, paragraphe 9.

³⁰³ Communication de l'Arabie saoudite en tant que participant tiers, paragraphe 15 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.274 (note de bas de page omise)).

³⁰⁴ Communication de l'Arabie saoudite en tant que participant tiers, paragraphe 19 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 102).

comparatifs du pays visé par l'enquête. Selon elle, les points de repère fondés sur les coûts dans le pays ont des avantages distincts en tant qu'éléments de substitution aux points de repère fondés sur les prix dans le pays, en particulier par opposition aux points de repère externes. Par exemple, les points de repère fondés sur les coûts dans le pays peuvent être adaptés aux circonstances uniques du pays, de la branche de production et des entreprises concernés pour refléter les conditions du marché existantes dans le pays d'achat. Ainsi, l'Arabie saoudite demande à l'Organe d'appel de confirmer, en règle générale, et conformément au texte de l'article 14 d), que les points de repère fondés sur les coûts dans le pays doivent être préférés aux points de repère externes parce que ces derniers exigent inévitablement des ajustements conjecturaux pour refléter les conditions du marché intérieur.

2.7.7 Turquie

2.215. Conformément à la règle 24 2) des Procédures de travail, la Turquie a choisi de ne pas présenter de communication en tant que participant tiers. À l'audience, en ce qui concerne l'article III:8 a) du GATT de 1994, elle a fait valoir que les mesures qui étaient exemptées des obligations énoncées à l'article III en vertu de l'application de l'article III:8 a) comprenaient également des mesures contraires à l'article III:4, telles que celles qui étaient énumérées dans la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC. Elle a aussi dit que, bien qu'ils constituent une seule prescription, les mots "besoins des pouvoirs publics" et "non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce" devaient être analysés séparément. Par conséquent, elle ne partage pas l'avis du Groupe spécial selon lequel des produits achetés "pour les besoins des pouvoirs publics" ne peuvent pas équivaloir en même temps à des produits achetés par les pouvoirs publics "pour être revendus dans le commerce".³⁰⁵

2.7.8 États-Unis

2.216. Les États-Unis examinent cinq aspects de l'interprétation et de l'application par le Groupe spécial de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Premièrement, ils contestent la constatation du Groupe spécial selon laquelle il existait une "relation étroite"³⁰⁶ entre le produit acquis par les pouvoirs publics (à savoir l'électricité) et les produits affectés par les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux (à savoir le matériel de production) dans le cadre du programme TRG. Selon eux, l'emploi du mot "régissant" à l'article III:8 a) indique que les "lois, règlements et prescriptions" doivent se rapporter directement à l'acquisition par les pouvoirs publics d'un produit spécifique.

2.217. Deuxièmement, les États-Unis conviennent avec l'Union européenne que les produits achetés par les pouvoirs publics doivent être utilisés dans l'exercice de leurs fonctions, y compris la consommation par les pouvoirs publics, ou par la fourniture de biens ou de services à leurs citoyens. Troisièmement, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial a correctement interprété et appliqué le terme "pour" figurant à l'article III:8 a) du GATT de 1994. Ils font valoir que le Groupe spécial a examiné le "but" de l'achat ou le "besoin" auquel il répond et a conclu à juste titre que les pouvoirs publics de l'Ontario achetaient de l'électricité dans le but de la revendre dans le commerce, parce qu'ils achetaient de l'électricité en sachant parfaitement qu'ils avaient la ferme intention de la revendre sur le marché à des consommateurs privés au lieu de l'utiliser pour leurs besoins.

2.218. Quatrièmement, les États-Unis font valoir que les mots "revendus dans le commerce" devraient être interprétés comme signifiant "pour être vendus sur le marché".³⁰⁷ En incluant dans son champ d'application les achats effectués par les pouvoirs publics "pour les besoins des pouvoirs publics" et en excluant ceux qui sont effectués pour une "reven[te] dans le commerce", l'article III:8 a) vise à établir une distinction entre les achats effectués pour des raisons "gouvernementales" et ceux qui sont effectués pour des raisons "commerciales", et précise donc qu'"un achat aboutissant à une revente dans le commerce n'est pas un achat effectué pour les besoins des pouvoirs publics, et inversement".³⁰⁸ Cinquièmement, en ce qui concerne le membre

³⁰⁵ Déclaration liminaire de la Turquie à l'audience (DS426).

³⁰⁶ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphe 18 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.127).

³⁰⁷ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphe 10.

³⁰⁸ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphe 12.

de phrase "pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce", les États-Unis font valoir que cette disposition ne se limite pas à une utilisation pour la production par les pouvoirs publics de marchandises destinées à la vente dans le commerce, mais qu'elle s'applique de même aux marchandises achetées par les pouvoirs publics pour servir à la production par le secteur privé de marchandises destinées à la vente dans le commerce.

2.219. S'agissant de la relation entre l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994, les États-Unis conviennent avec le Groupe spécial qu'une mesure exemptée des obligations énoncées à l'article III du GATT de 1994 en vertu du paragraphe 8 a) ne contreviendrait pas à l'obligation d'accorder le traitement national prévue au paragraphe 4 du fait qu'elle est incluse dans la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC. Ils font observer que l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et la Liste exemplative n'établissent pas d'obligations indépendantes. En fait, un manquement à l'obligation d'accorder le traitement national au regard de l'article 2 de l'Accord sur les MIC se produit uniquement s'il y a violation de l'article III du GATT de 1994, ce qui ne sera pas le cas si une des exceptions qui y sont prévues est d'application.

2.220. Pour ce qui est de déterminer si les mesures en cause confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, les États-Unis considèrent que la majorité du Groupe spécial a fait erreur à plusieurs égards. Premièrement, ils considèrent que la constatation de la majorité du Groupe spécial selon laquelle les producteurs TRG ne seraient "pas en mesure de mener des opérations viables"³⁰⁹ sur un marché de gros concurrentiel en Ontario en l'absence du programme TRG aurait dû amener le Groupe spécial à constater que le programme TRG et les contrats TRG et microTRG sont des contributions financières assorties de conditions "plus favorables que celles auxquelles le bénéficiaire avait accès sur le marché"³¹⁰ et confèrent donc un avantage. En outre, comme l'Union européenne et le Japon, les États-Unis notent que le Groupe spécial a constaté que la garantie des prix était un "avantage"³¹¹ en relation avec l'Accord sur les MIC et ils considèrent que cela aurait dû éclairer la question de savoir si la garantie de ces tarifs conférait un avantage aux fins de l'Accord SMC.

2.221. Deuxièmement, les États-Unis déclarent qu'il n'y a à l'article 1.1 b) aucune prescription imposant de démontrer l'existence d'un "avantage" sur la base d'un marché purement concurrentiel, et que l'article 14 ne constitue pas non plus un contexte qui permettrait de parvenir à cette conclusion. Ils rappellent que la majorité du Groupe spécial a conclu que le terme "marché" figurant à l'article 14 d) désignait "un marché sur lequel s'exer[çait] une concurrence effective"³¹² en s'appuyant uniquement sur les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV* concernant l'utilisation acceptable par l'autorité chargée de l'enquête de points de repère autres que les prix pratiqués par le secteur privé dans le pays. Les États-Unis soulignent que la tâche d'un groupe spécial au titre de l'article 1.1 b) est de déterminer l'existence d'un avantage, et non d'en calculer le montant. Ils notent également que dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, l'Organe d'appel a employé le membre de phrase "peut utiliser un point de repère autre que les prix pratiqués dans le secteur privé"³¹³, et qu'il n'a pas constaté que l'autorité chargée de l'enquête devait s'appuyer sur un point de repère fondé uniquement sur un marché concurrentiel théorique ou recourir à un marché concurrentiel effectif hors du marché en cause. Les États-Unis soulignent aussi que, même si le PHEO n'est pas, à lui seul, une base appropriée pour un point de repère, il peut néanmoins jouer un rôle en tant qu'élément d'un point de repère. Par conséquent, la majorité du Groupe spécial a fait erreur en rejetant tous points de repère qui étaient issus du PHEO.

2.222. Les États-Unis font valoir qu'il n'est pas exigé qu'un point de repère concernant l'avantage inclue les choix de politique générale des pouvoirs publics. En particulier, ils contestent la position exprimée par la majorité du Groupe spécial selon laquelle un point de repère approprié concernant l'avantage doit "refléter" la situation particulière en Ontario", à savoir les décisions de politique

³⁰⁹ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphe 24.

³¹⁰ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphe 24 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 974).

³¹¹ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, note de bas de page 28 relative au paragraphe 23 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.165 et 7.166).

³¹² Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphe 31 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.275).

³¹³ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, note de bas de page 53 relative au paragraphe 34 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 103). (souligné par les États-Unis)

générale ... au sujet du niveau d'approvisionnement et des sources d'énergie"³¹⁴, parce que cela équivaut à une prescription selon laquelle un point de repère approprié doit "réfléter certains choix de politique générale faits par les pouvoirs publics".³¹⁵ Les États-Unis ne voient aucun fondement textuel pour une telle interprétation et font observer que toute subvention reflète une décision de politique générale. Ils conviennent donc avec le Japon qu'"[e]xiger que le point de repère applicable soit ajusté pour refléter la politique des pouvoirs publics risquerait ... de rendre impossible la constatation de l'existence d'une subvention".³¹⁶

2.223. Les États-Unis font observer que, lorsqu'un mandat des pouvoirs publics pour l'achat d'un niveau donné d'électricité de sources vertes suffit en lui-même pour que ce type d'électricité entre sur le marché, il n'y aura pas nécessairement d'incidence sur les prix de l'électricité. Il en serait ainsi, par exemple, dans les cas où le coût de production de l'électricité de sources vertes – bien que plus élevé – est proche du coût de production de l'électricité issue de sources traditionnelles. Les États-Unis considèrent que le point de repère hypothétique proposé par la majorité du Groupe spécial impliquant un mandat imposé par les pouvoirs publics pour l'acquisition d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque illustre en fait l'erreur de son approche. Même avec un tel mandat, si le coût est nettement supérieur au coût de production de l'électricité issue de sources traditionnelles, un producteur rationnel ne s'engagera pas dans le secteur des énergies vertes à moins que les prix ne soient suffisamment élevés pour couvrir le coût de production de l'électricité de sources vertes (y compris un retour sur investissement).

2.224. En outre, rappelant que le Groupe spécial a rejeté les points de repère proposés par les plaignants sur la base du PHEO, les États-Unis soutiennent que la majorité du Groupe spécial a fait erreur lorsqu'elle a rejeté les prix de gros et de détail parce qu'ils étaient "dérivés" du PHEO.³¹⁷ Ils signalent que les prix de gros et de détail ne sont pas dérivés uniquement du PHEO mais aussi de l'ajustement global.³¹⁸ Ils estiment que la majorité du Groupe spécial aurait dû prendre ces points de repère en considération au lieu de les rejeter simplement au motif qu'ils sont des "dérivés du PHEO".³¹⁹

2.225. À l'audience, les États-Unis ont fait valoir qu'en achetant de l'électricité produite à partir de sources éolienne et solaire photovoltaïque, les pouvoirs publics de l'Ontario créaient une demande qui n'existerait pas autrement. Cela est étayé par le fait que les producteurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque n'entreraient pas sur le marché "en l'absence" du programme TRG, en raison de leurs coûts plus élevés. Les États-Unis ont souligné qu'en accordant une contribution financière permettant à des producteurs qui ne seraient pas viables autrement de pénétrer sur le marché, le programme TRG conférait un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

3 QUESTIONS SOULEVÉES DANS LE PRÉSENT APPEL

3.1. Les questions soulevées dans le présent appel sont les suivantes, à savoir:

- a. si l'analyse des allégations du Japon dans le présent appel devrait commencer par les allégations du Japon au titre de l'Accord SMC (question soulevée par le Japon);
- b. en ce qui concerne la relation entre l'article III du GATT de 1994 et l'Accord sur les MIC, si le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'article 2:1 et 2:2 de l'Accord sur les MIC, lu conjointement avec le paragraphe 1) a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC, lorsqu'il a constaté que ces dispositions n'excluaient pas l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux mesures contestées (question soulevée par l'Union européenne);

³¹⁴ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphe 38 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.312).

³¹⁵ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphe 38.

³¹⁶ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphe 40 (faisant référence à la communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 97).

³¹⁷ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphe 47.

³¹⁸ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphe 47 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.55).

³¹⁹ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphe 48.

-
- c. en ce qui concerne l'interprétation et l'application par le Groupe spécial de l'article III:8 a) du GATT de 1994, si le Groupe spécial:
- i. a fait erreur en constatant que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux en cause "régissaient" l'acquisition d'électricité (question soulevée par l'Union européenne);
 - ii. a fait erreur en constatant que le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes comportaient l'"acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés" (question soulevée par le Japon);
 - iii. a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" (appels conditionnels formés par le Japon et l'Union européenne);
 - iv. a fait erreur en prenant en considération les éléments de preuve relatifs au profit comme facteur pertinent pour évaluer si les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG étaient effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce" (question soulevée à titre conditionnel par le Japon);
 - v. a fait erreur en constatant que les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG étaient effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce" (question soulevée par le Canada); et
 - vi. n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi, d'une manière contraire à l'article 11 du Mémoire d'accord, lorsqu'il a constaté que les mesures en cause comportaient des achats "pour [une] reven[te] dans le commerce". Plus spécifiquement, si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que:
 - Hydro One Inc. et les sociétés de distribution locale vendaient de l'électricité en concurrence avec les détaillants agréés du secteur privé (question soulevée par le Canada); et
 - le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales tiraient profit de la revente de l'électricité achetée dans le cadre du programme TRG aux consommateurs (question soulevée par le Canada);
- d. si le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de ses devoirs au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord et s'il a appliqué de manière erronée le principe d'économie jurisprudentielle en ne formulant pas une constatation d'incompatibilité avec l'article III:4 du GATT de 1994 indépendamment de ses constatations concernant l'Accord sur les MIC (question soulevée par le Japon);
- e. en ce qui concerne l'article 1.1 a) de l'Accord SMC, si:
- i. le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'il ne pouvait pas conclure que les "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics pouvaient aussi être juridiquement qualifiés de "transfert[s] direct[s] de fonds" (question soulevée par le Japon);
 - ii. le Groupe spécial a fait erreur en constatant que le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes étaient des "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics (question soulevée par le Japon); et
 - iii. même si le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes étaient qualifiés d'"ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics, alors ils peuvent aussi être qualifiés de "transfert[s] direct[s] de fonds", de "transferts directs potentiels de fonds" ou de "soutien des revenus ou des prix" (question soulevée par le Japon);
- f. si le Groupe spécial a fait erreur en appliquant le principe d'économie jurisprudentielle au sujet de l'allégation du Japon selon laquelle les mesures en cause pouvaient être qualifiées juridiquement de "soutien des revenus ou des prix" au regard de

l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC, et a donc agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord (question soulevée par le Japon); et

- g. en ce qui concerne l'interprétation et l'application par le Groupe spécial de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, si le Groupe spécial:
 - i. a fait erreur en constatant que l'Union européenne et le Japon n'avaient pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage (question soulevée par le Japon et par l'Union européenne); et
 - ii. n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord en constatant que l'Union européenne et le Japon n'avaient pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage (question soulevée par le Japon et par l'Union européenne).

4 CONTEXTE ET APERÇU GÉNÉRAL DES MESURES EN CAUSE

4.1 Réseaux d'électricité

4.1. Avant de traiter les allégations formulées par les participants en appel, nous présentons un aperçu général des mesures en cause et exposons brièvement certains faits pertinents identifiés par le Groupe spécial. Pour plus de détails à cet égard, il faudrait se reporter aux rapports du Groupe spécial.³²⁰ Nous notons que certaines des constatations de fait du Groupe spécial semblent faire référence aux marchés de l'électricité en général, alors que d'autres semblent faire référence au marché de l'électricité de l'Ontario en particulier. Dans la mesure où nous reproduisons les déclarations du Groupe spécial qui semblent se rapporter aux marchés de l'électricité en général, nous le faisons parce que nous estimons qu'elles sont spécifiquement applicables aux circonstances des présents différends, et non pas nécessairement parce que nous sommes d'avis qu'elles reflètent nécessairement les caractéristiques de tous les marchés de l'électricité.

4.2. L'électricité est fournie aux consommateurs au moyen de lignes de transport à haute tension qui relient les producteurs aux distributeurs et aux gros consommateurs et au moyen de lignes de distribution à basse tension qui acheminent l'électricité jusqu'aux consommateurs individuels. Afin d'assurer l'intégrité du réseau d'électricité dans son ensemble, il est nécessaire de maintenir un équilibre continu de l'offre et de la demande entre les producteurs et les consommateurs. Les réseaux d'acheminement d'électricité risquent de ne pas fonctionner si la quantité d'électricité demandée (appelée "charge") est supérieure ou inférieure à la quantité d'électricité fournie pour un laps de temps donné. En particulier, lorsque des déséquilibres importants se produisent, les réseaux d'électricité peuvent être déstabilisés, ce qui provoque des creux de tension, des coupures de courant ou, dans les cas extrêmes, une panne générale d'électricité.³²¹ En raison de la nécessité de maintenir un équilibre continu entre l'offre et la demande sur la totalité d'un réseau d'électricité, des échanges bilatéraux non coordonnés entre acheteurs et vendeurs d'électricité ne peuvent pas avoir lieu.³²² En conséquence, "l'ensemble des réseaux d'électricité exige une sorte de mécanisme central de coordination pour faire en sorte que la production fournie par les producteurs soit exactement égale à la quantité demandée par les consommateurs".³²³

4.3. Étant donné que l'électricité ne peut pas être stockée en grande quantité et que la demande d'électricité fluctue au cours de toute journée³²⁴, les réseaux d'électricité satisfont généralement la demande en utilisant des technologies de production diversifiées, qui ont chacune des structures

³²⁰ Voir, en particulier, les rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.9 à 7.68 et 7.195 à 7.219.

³²¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.11.

³²² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.12.

³²³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.12 (faisant référence au Professeur William W. Hogan, Université de Harvard, "Overview of the Electricity System in the Province of Ontario", 21 décembre 2011 (Rapport Hogan) (pièce CDA-2 présentée au Groupe spécial), page 13).

³²⁴ Le Groupe spécial a constaté que, étant donné qu'il n'y avait pas de proches substituts de l'électricité, la demande d'électricité était pour l'essentiel insensible aux prix à court terme (c'est-à-dire qu'elle était relativement inélastique par rapport aux prix). La demande d'électricité fluctue donc au cours d'une journée, d'une semaine, d'un mois ou d'une année, lorsqu'elle varie sous l'influence d'autres facteurs que les prix (par exemple, la température de l'air et les heures de jour). (Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.13)

de coûts et des besoins opérationnels différents. Le Groupe spécial a constaté que les "installations [de production d'électricité] [pouvaient] être décrit[e]s comme étant en "charge de base", "charge intermédiaire" ou "charge de pointe", selon le moment et la durée de leur fonctionnement, selon qu'elles [pouvaient] augmenter ou diminuer rapidement leur production d'une manière contrôlée ("capacité de produire en charge commandée") et selon que leurs coûts [étaient] essentiellement fixes ou variables".³²⁵ En particulier, il a constaté que la production en charge de base était la partie de la fourniture diversifiée d'un réseau électrique qui devait pouvoir être opérationnelle à la fois durant les périodes creuses et les périodes de pointe de la demande.³²⁶ Les exemples types de production en charge de base sont les centrales hydroélectriques³²⁷ et les centrales nucléaires.³²⁸ Cette fonction, toutefois, peut aussi être assurée par d'autres technologies (par exemple le charbon) selon la diversification de l'approvisionnement dans une juridiction donnée et le coût des carburants.³²⁹ La production en charge intermédiaire, quant à elle, fournit de l'électricité lorsque la puissance appelée sur le réseau est supérieure à son niveau minimal mais encore en deçà de son niveau maximal.³³⁰ Elle est fréquemment assurée par les centrales au charbon et les centrales au gaz naturel.³³¹ Enfin, les producteurs en charge de pointe ont généralement une forte capacité de produire en charge commandée et ne peuvent opérer que de manière ponctuelle, habituellement à des moments où la demande est proche de la limite de capacité de l'ensemble du réseau.³³² Les turbines à gaz à cycle simple constituent un exemple d'installations en charge de pointe. La capacité des installations d'ajuster leur niveau de production rapidement (c'est-à-dire leur capacité de production en charge commandée) est généralement la plus faible pour les installations en charge de base et la plus élevée pour les installations en charge de pointe.³³³ En outre, le Groupe spécial a constaté que les installations de production d'électricité utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque ressemblaient à celles qui produisaient en charge de base en ce sens que leurs coûts étaient pour l'essentiel des dépenses d'investissement mais qu'elles en différaient en ce sens qu'elles avaient un taux d'utilisation de capacité plus faible, en raison du caractère intermittent de leur production.³³⁴

4.4. Le Groupe spécial a noté que "[l]es demandes hors charge commandée représent[ai]ent la majeure partie de l'énergie consommée en Ontario".³³⁵ Il a expliqué en outre que la demande d'électricité était pour l'essentiel insensible aux prix à court terme (c'est-à-dire qu'elle est relativement inélastique).³³⁶ Par conséquent, la courbe de la demande peut être représentée par une ligne (quasiment) verticale dans un diagramme offre/demande classique.³³⁷ Le Groupe spécial a aussi constaté que, sur un marché de gros de l'électricité où il y avait une concurrence effective, la représentation graphique des soumissions présentées par les producteurs, comparées à leur production définissait une courbe de l'offre d'électricité.³³⁸ Il a décrit la courbe de l'offre d'un

³²⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.14.

³²⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.15.

³²⁷ La capacité des producteurs en charge de base de produire en charge commandée est généralement limitée. Toutefois, les centrales hydroélectriques constituent une exception en ce sens que leur production peut être augmentée ou diminuée relativement à bref délai. (Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.15)

³²⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.15.

³²⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.15.

³³⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.16.

³³¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.16.

³³² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.17.

³³³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.280. Le Groupe spécial a noté toutefois que "[b]ien que l'hydroélectricité soit habituellement classée comme puissance en charge de base, certains types d'installations hydroélectriques [pouvaient] être en charge commandée". (*Ibid.* (faisant référence au rapport Hogan, page 5))

³³⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.19 et 7.280. Le Groupe spécial a constaté que les installations de production utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque étaient considérées comme intermittentes parce que la puissance était produite uniquement à certains moments du jour et/ou de la nuit. En particulier, les turbines éoliennes produisent de l'électricité uniquement lorsque le vent souffle, et l'électricité provenant de sources d'énergie solaire photovoltaïque est produite seulement durant la journée. (*Ibid.*)

³³⁵ Rapports du Groupe spécial, note de bas de page 526 relative au paragraphe 7.279 (citant IESO, Introduction to Ontario's Physical Markets: IESO Training (October 2011) (pièce JPN-80 présentée au Groupe spécial), page 4).

³³⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.279 (faisant référence à IESO, Introduction to Ontario's Physical Markets: IESO Training (October 2011) (pièce JPN-80 présentée au Groupe spécial), page 4). En particulier, le Groupe spécial a expliqué que la demande d'électricité était relativement inélastique parce qu'il n'y avait pas de proches substituts de l'électricité et qu'il y avait une absence de signaux de prix aisément observables du côté de la demande. (*Ibid.*)

³³⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.279.

³³⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.281 (faisant référence au rapport Hogan, page 16).

éventail type de producteurs "comme une fonction de pente positive qui monte brusquement lorsque la production s'approche de la limite de la capacité du marché".³³⁹ Il a expliqué en outre que l'intersection de l'offre et de la demande déterminait le prix d'équilibre du marché et le volume d'électricité.³⁴⁰ En raison de la forte inclinaison des courbes de l'offre et de la demande sur les marchés types de l'électricité, les prix peuvent être extrêmement instables, montant ou baissant nettement en réponse à de petites variations de la demande et/ou de l'offre.³⁴¹ Selon le Groupe spécial, "[c]ela n'est pas nécessairement un aspect indésirable sur un marché de l'électricité".³⁴² Le Groupe spécial a cité en exemple une situation dans laquelle des prix élevés encourageaient les ménages et les entreprises à moins consommer le produit rare et incitaient aussi les producteurs en place à augmenter leur production et de nouvelles entreprises à entrer sur le marché en investissant dans de nouvelles opérations de production.³⁴³ Par conséquent, il a constaté que, quand bien même un marché de l'électricité "bien conçu" assurerait des incitations suffisantes pour les investissements dans de nouvelles opérations de production d'électricité, "ce marché théorique idéal ne s'[était] pas encore concrétisé dans beaucoup de réseaux électriques, y compris en Ontario".³⁴⁴ Il a déclaré que "l'une des principales raisons à cela [était] qu'il [était] compliqué d'incorporer une réactivité appropriée du côté de la demande aux signaux de prix du côté de l'offre en période de pénurie".³⁴⁵

4.5. Le Groupe spécial a expliqué qu'en partie en raison de l'absence d'une demande plus réactive sur les marchés de l'électricité, les pouvoirs publics dans beaucoup de pays ont cherché à contrôler la volatilité des prix en intervenant sur le marché. En conséquence, de nombreux pays ont pâti d'investissements insuffisants dans la production car les prix pratiqués sur leur marché de gros "organisé" n'étaient pas autorisés à atteindre un niveau qui, à long terme, permettrait aux producteurs de récupérer intégralement le coût global de leurs investissements (y compris les coûts fixes et les coûts irrécupérables).³⁴⁶ Dans une telle situation, désignée dans le rapport Hogan et par le Groupe spécial comme étant le problème des "fonds manquants", "[l]es investisseurs privés ne seront pas prêts à financer la construction de nouvelles installations de production à ces conditions; et en l'absence de ces investissements, le marché de l'électricité ne pourra pas répondre de manière fiable à la demande future d'électricité".³⁴⁷ Le Groupe spécial a constaté que le problème des "fonds manquants" touchait à la fois les technologies de production classiques et les technologies éolienne et solaire photovoltaïque plus onéreuses.³⁴⁸

4.2 Marché de l'électricité de l'Ontario

4.6. Les pouvoirs publics de l'Ontario ont établi la Commission hydroélectrique de l'Ontario (HEPCO) en 1906.³⁴⁹ La HEPCO, rebaptisée Ontario Hydro en 1974, était organisée en tant que "service public intégré verticalement et chargé de fonctions de production, de transport et de distribution".³⁵⁰ La Loi de 1998 sur la concurrence dans le secteur de l'énergie, qui portait promulgation de la Loi de 1998 sur l'électricité³⁵¹, autorisait l'"éclatement"³⁵² d'Ontario Hydro en cinq entités qui lui ont succédé: i) la Société indépendante de gestion du marché de l'électricité rebaptisée par la suite "Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité" (SIERE), qui est un "organisme" du gouvernement de l'Ontario³⁵³ qui "administre les marchés de l'électricité de

³³⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.281.

³⁴⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.282.

³⁴¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.282.

³⁴² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.282.

³⁴³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.282.

³⁴⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.282 (citant le rapport Hogan, pages 16 et 17, respectivement).

³⁴⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.282 (faisant référence au rapport Hogan, page 16).

³⁴⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.283 (faisant référence au rapport Hogan, pages 13 et 15 à 19).

³⁴⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.283 (faisant référence au rapport Hogan, pages 17 à 19).

³⁴⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.283 (faisant référence au rapport Hogan, page 17).

³⁴⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.21.

³⁵⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.22.

³⁵¹ *ServiceOntario 1998*, Chapter 15, Schedule A, modifiée (pièce JPN-5 présentée au Groupe spécial).

³⁵² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.22 (citant Government of Ontario, *Ontario's Long-Term Energy Plan* (Queen's Printer for Ontario, 2010) (pièce CDA-6 présentée au Groupe spécial), page 5).

³⁵³ En tant qu'"organisme" du gouvernement de l'Ontario, la SIERE relève de la "responsabilité législative" du Ministère de l'énergie du gouvernement de l'Ontario. (Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.39 (faisant référence aux pages Web du gouvernement de l'Ontario "All Agencies List" (pièce JPN-49 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse

l'Ontario et exploite et entretient le réseau qu'elle gère afin d'assurer la coordination en temps réel de l'offre et de la demande d'électricité³⁵⁴; ii) Ontario Power Generation (OPG), qui a hérité des actifs productifs d'Ontario Hydro; iii) Hydro One Inc., qui a reçu le réseau de transport et les entreprises de distribution locale en milieu rural d'Ontario Hydro; iv) la Société financière de l'industrie de l'électricité de l'Ontario (SFIEO) qui a hérité des autres actifs et du passif d'Ontario Hydro, y compris les contrats conclus avec des "producteurs d'électricité privés"; et v) l'Office de la sécurité des installations électriques, qui a été chargé de réglementer la sécurité du réseau.³⁵⁵

4.7. En outre, le Groupe spécial a constaté que la Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario désignait la Commission de l'énergie de l'Ontario (CEO), "organisme" du gouvernement de l'Ontario, comme organe de réglementation des "secteurs de l'électricité et du gaz naturel de la province conformément à l'intérêt public".³⁵⁶ Dans le secteur de l'électricité, la CEO fixe les tarifs de transport et de distribution, détermine les prix qui seront perçus par les actifs "réglementés" d'OPG pour l'électricité injectée dans le réseau électrique de l'Ontario, et tient à jour la "grille tarifaire réglementée" (la "GTR"), qui établit les prix payés par les consommateurs de détail qui achètent de l'électricité à des "sociétés de distribution locale" (SDL).³⁵⁷

4.8. En mai 2002, le marché de gros de l'électricité de l'Ontario a été ouvert à la concurrence.³⁵⁸ Il était escompté que la restructuration du secteur de l'électricité susciterait des investissements privés dans la production d'électricité. Toutefois, bien que le prix de l'électricité ait augmenté de 30% dans les mois qui avaient suivi l'ouverture du marché³⁵⁹, les investissements attendus ne sont pas concrétisés.³⁶⁰ Au lieu de cela, selon le Groupe spécial, les prix relativement élevés de l'électricité ont amené les pouvoirs publics de l'Ontario à geler temporairement les prix de l'électricité pour les usagers résidentiels et institutionnels et les petites entreprises.³⁶¹ En particulier, le Groupe spécial a constaté qu'"en plus des problèmes de volatilité des prix associés aux attributs intrinsèques des marchés de gros concurrentiels de l'électricité, une combinaison d'autres facteurs façonnant l'interaction de l'offre et de la demande d'électricité en Ontario a[vait] affecté le fonctionnement du marché de gros concurrentiel qui existait entre mai et novembre 2002".³⁶² Ces facteurs comprenaient: les températures très élevées de l'été 2002, qui

<<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardsList.asp>>; "About the Ministry of Energy" (pièce JPN-52 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <<http://www.energy.gov.on.ca/en/about/>>; et "Agency Details, Independent Electricity System Operator" (pièce JPN-57 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardDetails.asp?boardID=128220>>; et à la page Web de la SIERE "About the IESO" (pièce JPN-59 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <http://www.ieso.ca/imoweb/about/about_the_ieso.asp>))

³⁵⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.40 (faisant référence à la Loi de 1998 sur l'électricité, article 5). Le Groupe spécial a constaté qu'en particulier, la SIERE gère le marché de gros de l'électricité de l'Ontario, ce qui signifiait qu'elle surveillait et dirigeait la circulation de l'électricité à travers le réseau qu'elle gère, et réglait les paiements entre les intervenants du marché. (*Ibid.*, paragraphe 7.40)

³⁵⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.22 (faisant référence au rapport Hogan, pages 20 et 21).

³⁵⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.42 (faisant référence aux pages Web du gouvernement de l'Ontario "All Agencies List" (pièce JPN-49 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardsList.asp>>; et "Agency Details, Ontario Energy Board" (pièce JPN-63 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardDetails.asp?boardID=764>>; et à la page Web de la CEO "What We Do" (pièce JPN-64 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <<http://www.ontarioenergyboard.ca/OEB/Industry/About+the+OEB/What+We+Do>>).

³⁵⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.42.

³⁵⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.285 (faisant référence à la première communication écrite du Canada au Groupe spécial (DS412), paragraphe 25). Entre mai et novembre 2002, l'électricité produite par des installations représentant 94% de la capacité de production de l'Ontario a été achetée et vendue sur le marché de gros à des prix fixés au moyen d'un mécanisme d'équilibre du marché administré par la Société indépendante de gestion du marché. (*Ibid.* (faisant référence aux réponses du Canada aux questions n° 1 et 19 (deuxième série) du Groupe spécial; et à la première communication écrite du Canada au Groupe spécial (DS412), paragraphe 22 iv)) L'éventail des technologies de production d'électricité employées en 2002 comprenait les centrales nucléaires, au charbon, hydroélectriques et fonctionnant au pétrole/gaz, qui représentaient ensemble plus de 99% de la capacité totale disponible (29 523 mégawatts) et de la production totale d'électricité (149 690 gigawatt-heures) en 2002. (*Ibid.*, paragraphe 7.286 (faisant référence à la réponse du Canada à la question n° 1 (deuxième série) du Groupe spécial))

³⁵⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.287 (faisant référence à Government of Ontario, *Ontario's Long-Term Energy Plan* (Queen's Printer for Ontario, 2010) (pièce CDA-6 présentée au Groupe spécial), page 6).

³⁶⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.23.

³⁶¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.23.

³⁶² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.289. (note de bas de page omise)

avaient fait grimper la demande à des niveaux auxquels ne pouvaient pas répondre les fournisseurs existants sans de fortes augmentations des prix; le retard dans la relance de la production à l'unité 4 de la centrale nucléaire de Pickering; l'incidence de la faillite d'Enron sur les marchés financiers et la défaillance temporaire du marché du négoce de l'énergie à long terme; ainsi que le retrait des marchés financiers du secteur de l'électricité.³⁶³

4.9. Le Groupe spécial a constaté qu'en raison des problèmes rencontrés au cours de l'expérience d'ouverture du marché de 2002, les pouvoirs publics de l'Ontario avaient décidé de restructurer à nouveau le réseau d'électricité de la province en 2004 en promulguant la Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité.³⁶⁴ Cette loi a créé l'Office de l'électricité de l'Ontario (OEO) en tant qu'"organisme" du gouvernement de l'Ontario chargé de gérer l'approvisionnement et les ressources en électricité de l'Ontario afin de répondre aux besoins à moyen et long terme de la province".³⁶⁵ L'OEO relève de la "responsabilité législative" du Ministère de l'énergie du gouvernement de l'Ontario, dont il reçoit et exécute les directives.³⁶⁶ Le Groupe spécial a constaté que l'OEO exerçait, parmi ses objectifs fixés par la loi:

des activités favorisant la réalisation des objectifs fixés en matière de suffisance, de fiabilité et de sécurité de l'approvisionnement et des ressources en électricité de l'Ontario; [et]

... des activités facilitant la diversification des sources d'approvisionnement en électricité en encourageant l'utilisation de sources d'énergie et de technologies propres, y compris des sources d'énergie renouvelable et des sources d'énergie de remplacement; ...³⁶⁷

Le Groupe spécial a constaté en outre que, pour atteindre ces objectifs, l'OEO avait été habilité à:

conclure des contrats portant sur l'approvisionnement en électricité et la capacité de production en Ontario ou à l'extérieur de la province; [et]

... conclure des contrats portant sur l'approvisionnement en électricité et la capacité de production provenant de sources d'énergie renouvelable et de sources d'énergie de remplacement afin d'aider le gouvernement de l'Ontario à atteindre des objectifs en matière de développement et d'utilisation de ces sources d'énergie et de technologies connexes; ...³⁶⁸

4.10. Sous sa forme actuelle, le réseau d'électricité de l'Ontario est un réseau "hybride" partiellement libéralisé où des entités tant publiques que privées participent aux activités de production, de transport, de distribution et de vente au détail.³⁶⁹ Les pouvoirs publics de l'Ontario,

³⁶³ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.287 à 7.289 (faisant référence à Government of Ontario, *Ontario's Long-Term Energy Plan* (pièce CDA-6 présentée au Groupe spécial), page 6; à la réponse du Canada à la question n° 1 g) (deuxième série) du Groupe spécial; à la première communication écrite du Japon au Groupe spécial (DS412), paragraphe 25; et à Electricity Conservation and Supply Task Force, *Tough Choices: Addressing Ontario's Power Needs, Final Report to the Minister of Energy* (January 2004) (pièce CDA-59 présentée au Groupe spécial), page 84).

³⁶⁴ An Act to amend the Electricity Act, 1998 and the Ontario Energy Board Act, 1998 and to make consequential amendments to other Acts, *ServiceOntario 2004*, Chapter 23 (pièces CDA-18 et JPN-8 présentées au Groupe spécial). Voir les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.24.

³⁶⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.37 (faisant référence aux pages Web du gouvernement de l'Ontario "All Agencies List" (pièce JPN-49 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardsList.asp>>; et "Agency Details, Ontario Power Authority", (pièce JPN-50 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardDetails.asp?boardID=141181>>).

³⁶⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.37 (faisant référence à la page Web du gouvernement de l'Ontario "About the Ministry of Energy" (pièce JPN-52 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <<http://www.energy.gov.on.ca/en/about/>>; et à la page Web de l'OEO "Directives to OPA from Minister of Energy" (pièce JPN-55 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <<http://www.powerauthority.on.ca/about-us/directives-opa-minister-energy-and-infrastructure>>).

³⁶⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.37 (citant la Loi de 1998 sur l'électricité, article 25.2 1) c) et d)).

³⁶⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.37 (citant la Loi de 1998 sur l'électricité, article 25.2 5) b) et c)).

³⁶⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.25 (citant le rapport Hogan, page 21).

toutefois, "continuent de jouer un rôle déterminant pour tous les aspects du fonctionnement du réseau".³⁷⁰ Il y a trois groupes de producteurs en Ontario: i) les actifs appartenant à l'État d'OPG, société entièrement détenue par les pouvoirs publics de l'Ontario³⁷¹; ii) les producteurs d'électricité privés, qui sont des producteurs privés ayant conclu des contrats de fourniture avec Ontario Hydro dans les années 1980 et 1990³⁷²; et iii) les "producteurs d'électricité indépendants", qui comprennent tous les autres producteurs en Ontario ayant démarré leurs activités depuis la restructuration du marché de gros.³⁷³ Le Groupe spécial a présenté dans un tableau la production diversifiée d'électricité qui existait en Ontario en 2010:

Tableau 2 – Production diversifiée d'électricité en Ontario

Technologie de production	Part de la capacité installée en 2010	Part approximative de la production projetée en 2010	Type de capacité	Dépenses d'investissement relatives	Coût d'exploitation relatif par kWh	Capacité relative de production en charge commandée
Nucléaire	31%	52%	Charge de base	Élevées	Bas	Faible
Hydroélectrique	22%	19%	Charge de base, charge de pointe, renouvelable	Élevées	Bas	Faible pour les barrages au fil de l'eau, élevée pour les bassins de retenue
Charbon	12%	8%	Intermédiaire	Moyennes	Bas	Élevée
Gaz et pétrole	25%	15%	Charge de pointe	Basses	Élevé	Élevée
Éolienne	4%	2%	Intermittente, renouvelable	Très élevées	Très bas	Faible
Solaire photovoltaïque	0,3%	<0,1%	Intermittente, renouvelable	Très élevées	Très bas	Faible
Bioénergie	0,7%	1%	Intermédiaire, renouvelable	Moyennes	Bas	Faible
Conservation	5%	4%	Charge de base, charge de pointe	s.o.	s.o.	s.o.

Source: Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.280, tableau 2.

4.11. Les producteurs dont la capacité est supérieure à 10 mégawatts (MW) sont généralement raccordés au réseau de transport.³⁷⁴ Le Groupe spécial a constaté que Hydro One Networks Inc., une filiale de Hydro One Inc., détenait et exploitait 97% du réseau de transport en Ontario.³⁷⁵ Les

³⁷⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.25.

³⁷¹ OPG a produit environ 58% de toute l'électricité produite en Ontario en 2010. Ses centrales nucléaires et ses installations hydroélectriques de production en charge de base sont classées comme étant des "actifs réglementés d'OPG" et perçoivent pour l'électricité un prix fixé par la CEO. Les autres installations hydroélectriques et au charbon "non réglementées" détenues par OPG perçoivent le prix horaire de l'énergie en Ontario (le PHEO) pour la fourniture d'électricité. (Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.27)

³⁷² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.26. Le Groupe spécial a constaté que les prix payés aux producteurs privés pour l'électricité fournie, qui avaient été négociés il y a 20 ans, étaient réputés être "généralement plus élevés que le PHEO". (*Ibid.*, paragraphe 7.31)

³⁷³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.26. Le Groupe spécial a constaté que les producteurs d'électricité indépendants, qui fournissaient environ 40% de l'approvisionnement en électricité de l'Ontario, percevaient des prix qui étaient négociés ou fixés dans le cadre de différents types d'initiatives et de contrats de l'OEO, y compris: les contrats d'approvisionnement en énergie propre ("CES") pour le gaz naturel; les demandes de proposition relevant du programme d'approvisionnement en énergie renouvelable ("RES") I, II et III; l'Initiative concernant les contrats hydroélectriques (HCI) pour les installations hydroélectriques raccordées au réseau et n'appartenant pas à OPG; les demandes de proposition relevant du programme de cogénération chaleur-électricité ("CHP") I, II et III; le programme d'offre standard en matière d'énergie renouvelable ("POSER"); et le programme TRG. (*Ibid.*, paragraphe 7.28)

³⁷⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.33.

³⁷⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.34 (faisant référence au site Web de Hydro One, "Our Subsidiaries" (pièce JPN-43 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <<http://www.hydroone.com/OurCompany/Pages/OurSubsidiaries.aspx>>. Le Groupe spécial a constaté que

3% restants sont détenus et exploités par quatre autres sociétés privées. Les producteurs qui sont raccordés au réseau de transport doivent s'enregistrer auprès de la SIERE. Ceux dont la capacité est égale ou inférieure à 10 MW sont généralement raccordés au réseau de distribution par le biais d'une SDL.³⁷⁶ Hydro One détient et exploite environ un quart du réseau de distribution de l'Ontario. Le reste du réseau de distribution de l'Ontario est actuellement exploité par 80 SDL, dont 77 appartiennent aux administrations municipales.³⁷⁷

4.12. Le Groupe spécial a constaté que le prix de l'électricité vendue au niveau de gros en Ontario était établi par la SIERE au moyen d'un mécanisme utilisant les "empilements" d'offres et de demandes³⁷⁸ afin de déterminer, pour chaque intervalle de cinq minutes: i) quels producteurs fournissent de l'électricité et quels consommateurs en consomment; ii) la quantité d'électricité à fournir et à consommer; et iii) le "prix d'équilibre du marché" pour cette électricité.³⁷⁹ Le prix d'équilibre du marché est donc fixé toutes les cinq minutes à l'intersection des empilements d'offres et de demandes sur le marché de gros de la SIERE. La moyenne des 12 prix d'équilibre du marché déterminés au cours d'une heure constitue, quant à elle, le "prix horaire de l'énergie en Ontario" (PHEO).³⁸⁰

4.13. Les producteurs du marché de l'électricité de l'Ontario dont les tarifs ne sont pas réglementés ni contractuels perçoivent le prix d'équilibre du marché/PHEO pour l'électricité qu'ils injectent dans le réseau. Le Groupe spécial a constaté que "[l]es seuls producteurs qui [percevaient] *uniquement* le PHEO [étaient] les installations hydroélectriques non réglementées d'OPG et deux de ses installations au charbon"³⁸¹, qui entraînent pour 8% dans la production d'électricité en Ontario.³⁸² Par contre, les installations représentant 92% de la capacité de production d'électricité de l'Ontario en 2010 ne perçoivent pas le PHEO, mais un tarif contractuel ou réglementé.³⁸³ Un ajustement est effectué pour ces producteurs afin de compenser la différence entre le prix d'équilibre du marché/PHEO et le prix contractuel ou réglementé du producteur.³⁸⁴ Cet ajustement est appelé "ajustement global" et constitue une charge supportée soit par les

"Hydro One [était] une société holding entièrement détenue par les pouvoirs publics de l'Ontario, dont elle [était] un "mandataire"." (Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.147)

³⁷⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.33 et 7.35 (faisant référence au site Web de Hydro One, "Distribution-connected Generators" (pièce JPN-45 présentée au Groupe spécial); et Electricity Transmission and Distribution in Ontario (pièce JPN-36 présentée au Groupe spécial), page 4).

³⁷⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.35 (faisant référence à la page Web de Hydro One, "Our Subsidiaries" (pièce JPN-43 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <<http://www.hydroone.com/OurCompany/Pages/OurSubsidiaries.aspx>>; à la page Web de l'Electricity Distributors Association, "Delivering Safe, Reliable and Environmentally Responsible Electricity to Ontarians", July 2010 (pièce JPN-46 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <[http://www.eda-on.ca/eda/edaweb.nsf/0/762d9f4c8b3b490385257331004c49ba/\\$FILE/DELIVERING_ECONOMIC_BENEFITS.pdf](http://www.eda-on.ca/eda/edaweb.nsf/0/762d9f4c8b3b490385257331004c49ba/$FILE/DELIVERING_ECONOMIC_BENEFITS.pdf)>; à la page Web de Blake, Cassels & Graydon, "Overview of Electricity Regulation in Canada" (pièce JPN-7 présentée au Groupe spécial), pages 11 et 16, consultée à l'adresse: <http://www.blakes.com/english/legal_updates/reference_guides/Overview%20of%20Electricity%20in%20Canada.pdf>, (n'est plus disponible); et à la page Web de la SIERE, "Find Your Local Utility" (pièce JPN-47 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <http://www.ieso.ca/imoweb/siteshared/local_dist.asp?sid=ic>).

³⁷⁸ Le Groupe spécial croyait comprendre que le "système d'empilement" de la SIERE fonctionnait comme suit:

Le "système d'empilement" de la SIERE repose sur l'idée que certains producteurs peuvent facilement faire varier leur production d'électricité alors que d'autres ne le peuvent pas et, de même, que certains consommateurs peuvent facilement faire varier leur consommation d'électricité et d'autres non. Les producteurs et les consommateurs qui peuvent facilement varier leur production ou leur consommation sont appelés producteurs et consommateurs "en charge commandée" et reçoivent de la SIERE, toutes les cinq minutes, des instructions de "contrôle-commande" indiquant la quantité à fournir ou à consommer. Les producteurs et consommateurs qui ne peuvent pas facilement varier leur production ou consommation d'électricité sont dits "hors charge commandée"; ils ne reçoivent pas d'instruction de "contrôle-commande" de la SIERE mais leur offre et leur demande sont en fait considérées fixes et placées automatiquement par la SIERE au début des empilements d'offres et de demandes.

(Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.46)

³⁷⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.45.

³⁸⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.51.

³⁸¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.296 (faisant référence à la première communication écrite du Canada, paragraphe 38). (italique dans l'original)

³⁸² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.27.

³⁸³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.296.

³⁸⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.53.

consommateurs finals, soit par les producteurs d'électricité, selon le rapport entre le prix d'équilibre du marché/PHEO et le prix contractuel ou réglementé. Par exemple, si le prix d'équilibre du marché/PHEO est inférieur au prix réglementé ou contractuel, l'ajustement global sera un nombre positif représentant une charge pour les consommateurs qui devra être payée aux producteurs. Toutefois, si le prix d'équilibre du marché/PHEO est supérieur au prix réglementé ou contractuel, l'ajustement global sera un nombre négatif représentant une charge pour les producteurs qui devra être payée aux consommateurs. Le Groupe spécial a constaté que "[l']ajustement global a[vait] été constamment positif depuis au moins 2009".³⁸⁵

4.14. Du fait que la plupart des producteurs qui participent au marché de gros administré par la SIERE ne perçoivent pas uniquement le PHEO, mais un prix plus élevé établi par la CEO (50% de la capacité) ou dans le cadre de contrats conclus avec l'OEO ou la SFIEO (42% de la capacité)³⁸⁶, la principale motivation qui sous-tend les offres de prix d'un producteur est d'être choisi pour produire de l'électricité en charge commandée, et non de couvrir ses coûts marginaux de production.³⁸⁷ Le Groupe spécial a donc constaté ce qui suit:

... les offres de prix associées aux soumissions d'offre d'un producteur sur le marché de gros administré par la SIERE ne sont pas motivées par la nécessité de couvrir les coûts marginaux de production ... mais par la nécessité pour chaque producteur d'être choisi pour injecter de l'électricité dans le réseau de l'Ontario afin de percevoir ses prix contractuels ou réglementés. Par conséquent, le marché de gros administré par la SIERE ne parvient pas à son prix d'équilibre (le PHEO) par le jeu de l'offre et de la demande non affectées par les politiques des pouvoirs publics de l'Ontario.³⁸⁸

4.15. La SIERE est par ailleurs chargée d'effectuer les règlements pour le marché "physique" de l'électricité sur lequel les participants achètent et vendent de l'énergie, à savoir recouvrer auprès des consommateurs les paiements afférents à l'électricité consommée et distribuer ces fonds aux producteurs d'électricité.³⁸⁹

4.16. Les prix de détail sont généralement déterminés en additionnant le prix d'équilibre du marché/PHEO, l'ajustement global, d'autres redevances et charges et la charge additionnelle au titre de la distribution visant à couvrir le coût de la livraison de l'électricité au consommateur.³⁹⁰ Les consommateurs de détail soit achètent l'électricité à leurs SDL en fonction de l'utilisation, soit concluent un contrat d'électricité avec une SDL ou un détaillant en électricité agréé.³⁹¹ Le Groupe spécial a constaté que "dans le premier cas, le consommateur de détail [payait] le produit électricité conformément à la GTR de la CEO et, dans le deuxième cas, conformément à un contrat conclu avec le détaillant".³⁹² Dans le cadre de ce contrat de détail, les consommateurs "[paient] l'électricité consommée pendant une période déterminée à un prix contractuel majoré de l'ajustement global".³⁹³

³⁸⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.55 (faisant référence à la page Web de la SIERE "Global Adjustment Archive" (pièce JPN-11 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <http://www.ieso.ca/imoweb/b100/ga_archive.asp>). Le Groupe spécial a expliqué que "[l]e montant total de l'ajustement global à payer aux producteurs [était] réparti entre les consommateurs au prorata de la quantité d'électricité qu'ils consomment[aient], quels que soient les producteurs qui la fourniss[aient] au moment où elle [était] consommée". (*Ibid.*, paragraphe 7.56 (faisant référence à IESO, *HST Guide for IESO Transactions*, Issue 26.0, 12 October 2011 (pièce JPN-84 présentée au Groupe spécial), section 8.11, page 35))

³⁸⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.296 (faisant référence à la première communication écrite du Canada au Groupe spécial (DS412), paragraphe 37).

³⁸⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.297.

³⁸⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.298.

³⁸⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.60 (faisant référence à IESO, *Settlement Statements and Invoices: Marketplace Training* (December 2010) (pièce JPN-62 présentée au Groupe spécial), page 1).

³⁹⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.57.

³⁹¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.57.

³⁹² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.57. (note de bas de page omise) Le Groupe spécial a aussi noté que les prix GTR variaient selon le type de compteur utilisé par le client (compteur classique ou intelligent). (*Ibid.*, paragraphe 7.58)

³⁹³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.59 (faisant référence à la page Web de la SIERE "Global Adjustment" (pièce JPN-75 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <http://www.ieso.ca/imoweb/b100/b100_ga.asp>).

4.3 Le programme TRG

4.17. Le programme de tarifs de rachat garantis (programme TRG)³⁹⁴ est un dispositif mis en œuvre par les pouvoirs publics de l'Ontario pour augmenter la fourniture d'électricité produite à partir de certaines sources d'énergie renouvelable dans le réseau d'électricité ontarien.³⁹⁵ C'est la troisième d'une série d'initiatives adoptées par les pouvoirs publics de l'Ontario depuis 2004 pour diversifier l'approvisionnement en énergie et contribuer à remplacer les installations au charbon.³⁹⁶ Le programme TRG a été lancé formellement par l'OEO en 2009 conformément à la directive du Ministre de l'énergie et de l'infrastructure de l'Ontario³⁹⁷ (directive TRG de 2009 du Ministre) agissant en vertu de la Loi de 1998 sur l'électricité, modifiée par la Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte.³⁹⁸ Les producteurs participant au programme TRG "perçoivent un prix garanti par kWh d'électricité injectée dans le réseau d'électricité de l'Ontario, dans le cadre de contrats conclus avec l'OEO pour une durée de 20 ans ou de 40 ans".³⁹⁹ La participation au programme TRG est ouverte aux installations implantées en Ontario qui produisent de l'électricité à partir des sources d'énergie renouvelable suivantes: éolienne, solaire photovoltaïque, biomasse renouvelable, biogaz, gaz d'enfouissement et énergie hydraulique.⁴⁰⁰

4.18. Le programme TRG est divisé en deux filières: i) la filière TRG – pour tous les projets de production d'énergie renouvelable avec une capacité de production d'électricité supérieure à 10 kilowatts (kW), à l'exception des projets solaires photovoltaïques, qui doivent avoir une capacité supérieure à 10 kW et de 10 MW au maximum, ainsi que des projets hydrauliques, qui doivent avoir une capacité supérieure à 10 kW et de 50 MW au maximum; et ii) la filière microTRG – pour les projets ayant une capacité de production d'électricité allant jusqu'à 10 kW. Les participants à la filière microTRG sont généralement des ménages, des exploitations agricoles ou des entreprises qui mettent en œuvre des petits projets de production.⁴⁰¹

4.19. L'OEO met en œuvre le programme TRG au moyen de l'application d'un ensemble de règles standard, de contrats types (à savoir les contrats TRG et microTRG) et, pour chaque catégorie de technologies de production, de prix standard. Les règles standard figurent dans plusieurs instruments, dont les règles TRG et règles microTRG élaborées par l'OEO⁴⁰², les règles du marché

³⁹⁴ Les plaignants contestent la compatibilité avec les règles de l'OMC du programme TRG, des contrats TRG individuels pour l'utilisation des sources d'énergie éolienne ou solaire photovoltaïque et des contrats microTRG individuels pour l'utilisation des sources d'énergie solaire photovoltaïque, exécutés par l'OEO depuis le début du programme TRG. Ils font valoir que le programme TRG est attesté par un certain nombre de mesures énumérées *supra* au paragraphe 1.2.

³⁹⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.65.

³⁹⁶ Le Groupe spécial a constaté que les deux initiatives antérieures étaient le programme RES I (2004), II (2005) et III (2008) et le programme POSER (2006). Il a déterminé en outre ce qui suit:

Au titre de l'initiative RES, l'OEO a attribué des contrats d'approvisionnement par le biais d'un processus d'adjudication qui fixait les prix de l'électricité fournie aux niveaux de la soumission la moins-disante qui satisfaisait aux conditions spécifiées ... Au titre du programme POSER, les prix payés aux producteurs d'énergie solaire photovoltaïque sont essentiellement fondés sur le principe de la récupération des coûts. Pour les producteurs relevant du programme POSER qui produisent de l'énergie autre que l'énergie solaire, les prix sont fondés sur les prix appliqués dans le cadre de l'initiative RES.

(Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.29 (note de bas de page omise))

³⁹⁷ Directive datée du 24 septembre 2009 et adressée par M. George Smitherman, Vice-Premier Ministre et Ministre de l'énergie et de l'infrastructure, à M. Colin Anderson, Président-Directeur général de l'Office de l'électricité de l'Ontario (OEO), enjoignant l'OEO d'élaborer un programme de tarifs de rachat garantis (TRG) (pièce JPN-102 présentée au Groupe spécial) et d'inclure une prescription imposant aux requérants de présenter un plan pour la réalisation des objectifs concernant la teneur en éléments nationaux (c'est-à-dire ontariens) énoncés dans les règles TRG.

³⁹⁸ Loi portant promulgation de la Loi de 2009 sur l'énergie verte et visant à développer une économie verte, abrogeant la Loi de 2006 sur le leadership en matière de conservation de l'énergie et la Loi sur le rendement énergétique et modifiant d'autres lois, *ServiceOntario 2009*, chapitre 12 (pièce JPN-101 présentée au Groupe spécial). Voir les rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.65 et 7.195.

³⁹⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.64.

⁴⁰⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.66. Dans le cadre du programme TRG, des contrats de 20 ans sont attribués pour tous les combustibles renouvelables autres que l'énergie hydraulique. Des contrats de 40 ans sont attribués aux installations hydroélectriques. (*Ibid.*, paragraphes 7.64 et 7.195)

⁴⁰¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.66 (faisant référence à l'annexe des règles TRG (version 1.5.1), article 2.1 a) iii); et aux règles microTRG (version 1.6.1), article 2.1 a) iv)).

⁴⁰² Les règles TRG et microTRG exposent, entre autres choses: i) les prescriptions en matière d'admissibilité des projets et de candidature; ii) les critères de raccordement du projet au réseau d'électricité

de la SIERE⁴⁰³ et le manuel du marché de la SIERE.⁴⁰⁴ Le Groupe spécial a constaté que pour bien comprendre les droits et obligations contractuels des parties, il fallait lire les contrats TRG et microTRG conjointement avec, respectivement, les règles TRG et microTRG.⁴⁰⁵

4.20. Une entité qui conclut un contrat TRG ou microTRG est tenue, entre autres, de construire, d'exploiter et d'entretenir l'installation agréée de production conformément à toutes les lois et réglementations pertinentes et d'injecter l'électricité produite dans le réseau d'électricité de l'Ontario. En contrepartie de l'exécution de ces obligations et d'autres obligations contractuelles, elle sera rémunérée conformément aux modalités du contrat en question, selon une formule qui est fondée sur un "prix contractuel" standard établi par l'OEO.⁴⁰⁶

4.21. Outre ces obligations, le programme TRG impose des "niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux" auxquels il doit être satisfait dans l'élaboration et la construction des installations de production d'électricité solaire photovoltaïque participant aux deux filières du programme TRG et des installations de production d'électricité éolienne participant à la filière TRG. Les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux ne s'appliquent pas aux projets admissibles utilisant l'une quelconque des autres sources d'énergie renouvelable visées par le programme TRG.⁴⁰⁷ Les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux applicables qui sont prescrits au titre des deux filières du programme TRG sont résumés dans le tableau 1 du paragraphe 1.4 des présents rapports.

4.22. Dans la filière TRG, le "niveau de la teneur en éléments nationaux" pour une installation est calculé conformément à la méthode indiquée dans l'annexe D du contrat TRG. Cette annexe contient quatre grilles de teneur en éléments nationaux différentes, qui indiquent chacune diverses *activités désignées* et un *pourcentage admissible* associé.⁴⁰⁸ Les deux grilles de teneur en éléments nationaux correspondant à la filière microTRG figurent dans l'appendice C du contrat microTRG.⁴⁰⁹ Pour chaque activité désignée qui est effectuée en relation avec une installation contractuelle, un pourcentage admissible associé doit être atteint.⁴¹⁰ Le niveau de la teneur en éléments nationaux d'un projet est déterminé en additionnant les pourcentages admissibles associés à toutes les activités désignées qui ont été effectuées en relation avec le projet en question. Le Groupe spécial a constaté qu'en application du niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux imposé par le programme TRG, au moins certains *produits* de source ontarienne (en particulier du matériel et des composants pour la production d'énergie renouvelable) devaient être utilisés par les fournisseurs TRG et microTRG utilisant la technologie solaire photovoltaïque et par les producteurs TRG utilisant la technologie éolienne.⁴¹¹

de l'Ontario; et iii) un aperçu général de certains des principaux aspects du contrat correspondant, comme la durée, le prix et le règlement des paiements. (Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.199 et 7.210)

⁴⁰³ Le Groupe spécial a constaté que "[l]es règles du marché de la SIERE régiss[aient] le réseau géré par celle-ci, y compris les conditions et modalités selon lesquelles les paiements dus aux producteurs d'électricité participant aux "marchés administrés par la SIERE" ser[aient] réglés". (Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.204)

⁴⁰⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.67. Le Groupe spécial a constaté que la partie 5.5 du manuel du marché de la SIERE contenait des instructions détaillées sur la façon dont l'ajustement global devait être déterminé et réglé. (*Ibid.*, paragraphe 7.54 (faisant référence au manuel du marché de la SIERE, partie 5.5 (pièce JPN-82 présentée au Groupe spécial), sections 1.6.7 et 1.6.11))

⁴⁰⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.199 et 7.210.

⁴⁰⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.68 (faisant référence aux règles TRG (version 1.5.1), articles 7.1 a), 7.1 b), et 10.1 a); au barème de prix TRG, 3 juin 2011 (pièce JPN-30 présentée au Groupe spécial); au contrat TRG (version 1.5.1), article 3.1 et annexe B; et au barème de prix microTRG, 13 août 2010 (pièce JPN-31 présentée au Groupe spécial)).

⁴⁰⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.64.

⁴⁰⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.159 (faisant référence au contrat TRG (version 1.5.1), annexe D).

⁴⁰⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.159 et 7.161 (faisant référence aux règles microTRG (version 1.6.1), Définitions, pages 14 à 16).

⁴¹⁰ À titre d'exemple, le Groupe spécial a expliqué que "lorsque les pales de la turbine éolienne pour un projet éolien [auraient] été "moulées en Ontario" et que l'"instrumentation à l'intérieur des pales [aurait] été assemblée en Ontario", l'installation contractuelle atteindr[ait] un pourcentage admissible de 16%". (Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.160)

⁴¹¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.163.

4.23. Les prix contractuels TRG et microTRG sont établis par l'OEO et publiés dans les barèmes de prix TRG et microTRG.⁴¹² Ces prix sont censés couvrir les frais de développement, plus un taux de rendement raisonnable sur la durée des contrats TRG et microTRG.⁴¹³ Le Groupe spécial a constaté que "[l]e taux de rendement des fonds propres après impôt utilisé pour établir le barème de prix TRG en 2009 était de 11%".⁴¹⁴ L'OEO est contractuellement responsable en dernier ressort de tous les paiements afférents aux contrats TRG et microTRG. Cependant, dans la pratique, les paiements effectifs sont versés à la fois par l'OEO, la SIERE et les SDL pertinentes.⁴¹⁵ En particulier, selon le processus de règlement des paiements aux fournisseurs TRG raccordés au réseau de transport, dans le cas où l'ajustement global est positif, la SIERE transfère le prix d'équilibre du marché/PHEO directement aux producteurs TRG, tandis que l'ajustement global est payé aux producteurs par l'OEO.⁴¹⁶ Par contre, les fournisseurs TRG et microTRG raccordés au réseau de distribution reçoivent la totalité de leurs paiements contractuels (c'est-à-dire le PHEO majoré de l'ajustement global) de la SDL à laquelle ils sont raccordés. La SDL concernée demande ensuite le remboursement de l'ajustement global à l'OEO par l'intermédiaire de la SIERE.⁴¹⁷

5 ANALYSE DE L'ORGANE D'APPEL

5.1 Ordre dans lequel le Groupe spécial a examiné les allégations du Japon au titre de l'Accord SMC et les allégations de ce dernier au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994

5.1. Nous commençons par l'allégation du Japon concernant l'ordre d'analyse correct pour ses allégations au titre du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC⁴¹⁸, d'une part, et de l'Accord SMC, d'autre part.

5.2. Devant le Groupe spécial, le Japon et l'Union européenne ont formulé des allégations au titre de l'Accord SMC, de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994. Les plaignants ont demandé au Groupe spécial d'évaluer ces allégations en axant d'abord son examen sur celles qui étaient présentées au titre de l'Accord SMC, parce que cet accord traitait le plus spécifiquement et le plus en détail les mesures en cause, y compris en ce qui concerne la nature de la mesure corrective qui pouvait être prise au cas où il serait constaté qu'il y avait violation. Par contre, le Canada a fait valoir que le Groupe spécial devrait examiner d'abord les allégations au titre de l'article III:4 du

⁴¹² Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.202 et 7.213 (faisant référence aux règles TRG (version 1.5.1), articles 7.1 a), 7.1 b) et 10.1 a); aux règles microTRG (version 1.6.1), article 5.2 et définitions; au barème de prix TRG, 3 juin 2011 (pièce JPN-30 présentée au Groupe spécial); et au barème de prix microTRG, 13 août 2010 (pièce JPN-31 présentée au Groupe spécial)).

⁴¹³ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.202 et 7.213. Le Groupe spécial a constaté ce qui suit: Les prix contractuels applicables aux mesures en cause ont été déterminés à l'aide d'un modèle d'actualisation des flux financiers tenant compte de dépenses d'investissement "raisonnables" (à savoir les "frais de développement, de construction et d'équipement liés au projet"), de frais d'exploitation et d'entretien "raisonnables" (à savoir les "dépenses de personnel et d'entretien liées au projet, y compris les dépenses d'investissement en cours et les taxes foncières"), et de frais de raccordement "raisonnables" (à savoir les "frais de raccordement liés au projet, dans l'hypothèse de l'absence de frais de mise à niveau importants"). (*Ibid.*, paragraphe 7.202 (note de bas de page omise))

Le Groupe spécial a déterminé en outre que "[p]our certaines technologies, un pourcentage spécifié du prix contractuel augmenter[ait] chaque année sur la base des hausses de l'indice des prix à la consommation". (Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.202 (note de bas de page omise)) Les prix de l'électricité produite par les projets éoliens peuvent faire l'objet d'une progressivité annuelle, alors que les prix applicables aux projets utilisant les technologies solaires photovoltaïques ne le peuvent pas. (*Ibid.*, paragraphe 7.30)

⁴¹⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.29. Voir aussi le paragraphe 7.202 (faisant référence à la réponse du Canada aux questions n° 26 (première série) et n° 12 (deuxième série) du Groupe spécial; et à OPA, Presentation on "Proposed Feed-in Tariff Price Schedule Stakeholder Engagement – Session 4", 7 April 2009 (pièce CDA-46 présentée au Groupe spécial) (exposé de l'OEO sur le barème de prix TRG proposé, diapositive 30).

⁴¹⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.68, 7.204 et 7.213.

⁴¹⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.62 et 7.204.

⁴¹⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.63. Le Groupe spécial a constaté qu'après avoir réglé à un fournisseur la totalité de son paiement contractuel, "la SDL pertinente demander[ait] ... à recouvrer auprès de l'OEO, par l'intermédiaire de la SIERE, tout montant payé au-delà du prix de gros de l'électricité pour l'électricité acheminée par le fournisseur en question". (*Ibid.*, paragraphe 7.205 (notes de bas de page omises))

⁴¹⁸ Dans cette partie de son appel, le Japon ne laisse pas entendre qu'il existe un ordre d'analyse particulier entre l'Accord sur les MIC et le GATT de 1994.

GATT de 1994, parce que cette disposition traitait le plus spécifiquement et le plus en détail l'élément central de la contestation des plaignants, à savoir le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux prescrit dans le cadre du programme TRG et des contrats TRG et microTRG connexes.⁴¹⁹

5.3. Le Groupe spécial a noté tout d'abord que le Canada ne contestait pas l'affirmation des plaignants selon laquelle les mesures en cause étaient des mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) qui affectaient les importations de matériel et de composants pour la production d'énergie renouvelable. À son avis, "[c]ela donne à penser que, en comparaison avec l'Accord SMC et l'article III:4 du GATT de 1994, c'est l'Accord sur les MIC qui concerne le plus directement, le plus spécifiquement et le plus en détail les aspects du programme TRG, ainsi que des contrats TRG et microTRG, qui sont au centre des préoccupations des plaignants".⁴²⁰ Sur cette base, le Groupe spécial a décidé de commencer son évaluation des allégations des plaignants en l'axant sur les allégations présentées au titre de l'Accord sur les MIC. Il a fait observer, cependant, qu'examiner les allégations au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC impliquait aussi qu'il fallait évaluer le bien-fondé des allégations des plaignants au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. En conséquence, le Groupe spécial a évalué simultanément le bien-fondé des deux séries d'allégations présentées par les plaignants.⁴²¹

5.4. Dans sa communication en tant qu'autre appelant, le Japon a fait valoir que le Groupe spécial aurait dû commencer son évaluation par l'allégation du Japon au titre de l'Accord SMC.⁴²² Cependant, à l'audience, il a précisé qu'il se bornait, dans le cadre du présent appel, à nous demander de commencer notre propre analyse par les allégations d'erreur relatives à l'Accord SMC. Il ne suggère pas que nous infirmions ou modifions une constatation ou une interprétation du droit formulées par le Groupe spécial, ni ne laisse entendre que la décision du Groupe spécial de commencer son évaluation par l'Accord SMC constituait une erreur de droit ou avait amené le Groupe spécial à ne pas procéder à une évaluation objective de la question, d'une manière contraire à l'article 11 du Mémoire d'accord.⁴²³

5.5. Tant les obligations de traitement national figurant à l'article III:4 du GATT de 1994 et dans l'Accord sur les MIC que les disciplines énoncées à l'article 3.1 b) de l'Accord SMC sont des obligations cumulatives. L'article III:4 du GATT de 1994 et l'Accord sur les MIC, ainsi que l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, interdisent l'utilisation de prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux dans certaines circonstances. Ces dispositions concernent le comportement discriminatoire. Nous n'y voyons rien qui indique qu'il y a un ordre d'analyse obligatoire à suivre lorsque des allégations sont formulées au titre l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC, d'une part, et de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, d'autre part. Le Japon n'a pas non plus fait valoir que le traitement de son allégation au titre de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC préjugerait d'une certaine manière notre évaluation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC.

5.6. Nous sommes conscients du fait que dans plusieurs différends antérieurs, l'examen des questions concernant l'ordre d'analyse a consisté à chercher à déterminer quel était l'accord qui "trait[ait] expressément, et de manière détaillée" les mesures en cause.⁴²⁴ Le Japon et l'Union européenne ont l'un et l'autre souligné devant le Groupe spécial que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux qui faisaient partie du programme TRG et des contrats TRG et microTRG étaient l'élément central de leurs plaintes.⁴²⁵ Nous notons que l'Accord sur les MIC traite spécifiquement des mesures concernant les investissements et liées au commerce des marchandises ou MIC. Il ne régleme rien d'autre. Les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux sont un type de MIC réglementé par l'Accord sur les MIC. Un des exemples figurant dans la Liste exemplative annexée à l'Accord sur les MIC fait spécifiquement référence à des prescriptions visant le fait "qu'une entreprise achète ou utilise des produits d'origine nationale ou provenant de toute source nationale, qu'il soit spécifié qu'il s'agit de produits déterminés, d'un

⁴¹⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.69.

⁴²⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.70. (note de bas de page omise)

⁴²¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.70.

⁴²² Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphes 10 à 15.

⁴²³ Réponse du Japon aux questions posées à l'audience.

⁴²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 204. Voir aussi les rapports des Groupes spéciaux *Indonésie – Automobiles*, paragraphes 14.61 à 14.63; *CE – Bananes III*, paragraphes 7.185 à 7.187; *Canada – Automobiles*, paragraphes 10.63 et 10.64; et *Inde – Automobiles*, paragraphes 7.157 à 7.162.

⁴²⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.6, 7.7 et 7.70.

volume ou d'une valeur de produits, ou d'une proportion du volume ou de la valeur de sa production locale".⁴²⁶ L'Accord SMC traite spécifiquement des subventions. Il définit quels comportements des pouvoirs publics constituent des subventions, classe les différents types de subventions et établit différentes réglementations pour chaque type de subvention. L'Accord SMC décrit en outre les voies de recours dont disposent les Membres de l'OMC affectés par des subventions et donne des indications détaillées sur la manière dont les enquêtes nationales en matière de droits compensateurs devraient être menées. Les prescriptions du programme TRG et des contrats TRG et microTRG connexes relatives à la teneur en éléments locaux sont contestées par le Japon au titre de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC. Cette disposition réglemente les subventions dites subventions au remplacement des importations, qui sont l'un des deux seuls types de subventions prohibées par l'Accord SMC. En même temps, l'Accord SMC réglemente un plus large éventail de mesures. Par conséquent, sur la base de l'analyse exposée plus haut, nous ne sommes pas persuadés qu'en comparaison avec le GATT de 1994 et l'Accord sur les MIC, l'Accord SMC puisse être décrit comme réglementant plus "expressément et de manière [plus] détaillée"⁴²⁷ les mesures contestées en l'espèce.

5.7. Le Japon a mis l'accent sur les différences entre les voies de recours prévues dans l'Accord SMC et la mesure corrective prévue à l'article 19 du Mémoire d'accord.⁴²⁸ La voie de recours spécifique prévue à l'article 4.7 de l'Accord SMC est une considération importante. Dans l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, la voie de recours prévue à l'article 4.7 était la raison pour laquelle l'Organe d'appel a constaté que le groupe spécial avait appliqué indûment le principe d'économie jurisprudentielle en ne formulant pas de constatations au titre de l'Accord SMC après avoir constaté une violation de l'Accord sur l'agriculture.⁴²⁹ Alors que la différence de voie de recours serait pertinente pour une décision sur le point de savoir s'il serait nécessaire ou non d'examiner les allégations au titre de l'Accord SMC, ayant formulé des constatations au titre du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC, nous ne pensons pas qu'elle soit pertinente en l'espèce pour ce qui est de savoir quelle allégation examiner en premier. En tout état de cause, il ne s'agit pas ici d'une affaire dans laquelle le Groupe spécial a appliqué le principe d'économie jurisprudentielle; le Groupe spécial a formulé des constatations au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC. Il a ensuite examiné les allégations du Japon au titre de l'Accord SMC et a constaté que le Japon n'avait pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.⁴³⁰ Le Japon a fait appel de la constatation du Groupe spécial concernant l'avantage et nous examinons l'appel du Japon dans la section 5.5.2 des présents rapports.

5.8. Les questions relatives à l'ordre chronologique peuvent devenir pertinentes pour un examen logique d'allégations au titre de différents accords. Cependant, aucune question de ce type ne se pose en l'espèce. Le Groupe spécial a examiné les allégations au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC, puis les allégations au titre de l'Accord SMC. Le Japon n'a pas indiqué pourquoi le fait de commencer l'analyse par l'Accord SMC pourrait aboutir à un résultat différent par rapport au fait de commencer par le GATT de 1994 et l'Accord sur les MIC, comme le Groupe spécial l'a fait en l'espèce. Nous ne voyons aucune obligation, en l'espèce, de commencer l'analyse par les allégations au titre de l'Accord SMC. En définitive, la décision, en l'espèce, de commencer l'analyse par les allégations au titre de l'Accord SMC ou par celles qui sont présentées au titre du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC relevait de la marge discrétionnaire du Groupe spécial.⁴³¹ Celui-ci a choisi de commencer l'analyse par les allégations au titre du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC. Nous considérons qu'il y a une certaine utilité pratique à suivre le même ordre que le Groupe spécial. Par conséquent, nous rejetons la demande du Japon visant à ce que nous commencions notre évaluation par les allégations d'erreur relatives à l'Accord SMC.

5.2 Applicabilité de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux mesures relevant de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et de la Liste exemplative y annexée

5.9. Nous examinons maintenant l'allégation de l'Union européenne selon laquelle l'article III:8 a) du GATT de 1994 est applicable aux mesures qui relèvent de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et

⁴²⁶ Accord sur les MIC, Annexe (Liste exemplative), paragraphe 1 a).

⁴²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 204.

⁴²⁸ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 14.

⁴²⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, paragraphes 332 à 335.

⁴³⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.328 ii).

⁴³¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 126.

de la Liste exemplative y annexée. Avant d'évaluer les allégations de l'Union européenne, nous résumons les constatations du Groupe spécial, ainsi que les arguments présentés en appel.

5.2.1 Constatations du Groupe spécial

5.10. Le Groupe spécial a commencé son analyse de cette question par l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Il a noté que cet article faisait expressément référence aux "dispositions de l'article III ... du GATT" et a considéré que cela incluait l'article III:8 a) du GATT de 1994. À partir de là, le Groupe spécial a tenu le raisonnement selon lequel "toute transaction relative à une acquisition des pouvoirs publics qui [était] visée par les termes de l'article III:8 a) du GATT de 1994 sera[it] exclue du champ des obligations énoncées à l'article III, y compris l'article III:4" et "dans les cas où une MIC particulière impliqu[ait] le même type de transaction relative à une acquisition des pouvoirs publics que celui qui [était] décrit à l'article III:8 a), elle ne [pouvait] pas être jugée incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC".⁴³²

5.11. Passant à l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC, le Groupe spécial a fait observer que cette disposition "n'impos[ait] pas d'obligation aux Membres mais éclair[ait] l'interprétation de la prohibition énoncée à l'article 2:1".⁴³³ Il a ensuite analysé comme suit la relation entre l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et l'article III:8 a) du GATT de 1994:

[L]'article 2:2 explique que les MIC décrites dans la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC doivent être considérées comme étant incompatibles avec les obligations spécifiques incombant aux Membres au titre des articles III:4 et XI:1 du GATT de 1994. Toutefois, il ne s'ensuit pas que les MIC ayant les mêmes caractéristiques que celles qui sont décrites au paragraphe 1 a) de la Liste exemplative doivent automatiquement être jugées incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 *dans les cas où elles seraient visées par ailleurs par les termes de l'article III:8 a) du GATT de 1994*. Cette interprétation de l'article 2:2 serait incompatible avec les termes clairs de l'article 2:1, qui indique explicitement qu'il y aura violation de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC chaque fois qu'une mesure est incompatible avec l'article III du GATT de 1994. Cela fait référence à *l'ensemble de l'article III, y compris l'article III:8 a)*.⁴³⁴

5.12. Le Groupe spécial a ensuite rejeté l'argument de l'Union européenne parce que celui-ci "ne [tenait] pas compte de l'ordre approprié de l'analyse juridique qui [était] envisagée à l'article 2:1 et 2:2 de l'Accord sur les MIC".⁴³⁵ Il a expliqué comme suit ce qu'il considérait comme étant l'ordre d'analyse approprié:

Lorsque dans un cas particulier, il est constaté que l'obligation d'accorder le traitement national prévue à l'article III:4 s'applique à une mesure contestée, la Liste exemplative peut être utilisée pour déterminer si cette mesure est incompatible avec cette obligation par le biais de l'application de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Dans le cas où cette mesure a les caractéristiques qui sont décrites au paragraphe 1 a) de la Liste exemplative, il s'ensuit des termes clairs de cette disposition qu'elle sera contraire à l'article III:4 du GATT de 1994, et donc aussi à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Étant donné les termes de l'article 2:1, il serait, à notre avis, inapproprié d'inférer du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative que les MIC ayant les caractéristiques décrites dans ce paragraphe seront *toujours* incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994, indépendamment de la question de savoir si elles peuvent être visées par les termes de l'article III:8 a) du GATT de 1994.⁴³⁶

5.13. Sur la base de ce qui précède, le Groupe spécial a conclu ce qui suit:

[L]e paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC ne nous dispense pas de la nécessité d'analyser si les mesures contestées sont

⁴³² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.118.

⁴³³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.119.

⁴³⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.119. (italique dans l'original)

⁴³⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.120.

⁴³⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.120. (italique dans l'original)

exclues du champ d'application de l'article III:4 du GATT de 1994 en vertu de l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994.⁴³⁷

5.2.2 Allégations et arguments présentés en appel

5.14. En appel, l'Union européenne affirme que le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'article 2:1 et 2:2 de l'Accord sur les MIC, lu conjointement avec le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de cet accord, lorsqu'il a constaté que ces dispositions n'excluaient pas l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux mesures contestées.

5.15. L'Union européenne fait la distinction entre le texte de l'article 2:1 et celui de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC. Elle note que, alors que l'article 2:1 fait référence à l'article III du GATT de 1994, l'article 2:2 prévoit une liste exemplative de mesures "qui sont nécessairement incompatibles avec l'article III:4".⁴³⁸ L'Union européenne interprète cette différence de libellé comme signifiant que le raisonnement du Groupe spécial est valable uniquement en ce qui concerne les MIC autres que les mesures spécifiques définies dans la Liste exemplative. S'agissant des mesures qui relèvent de la Liste exemplative, la question de savoir si elles pourraient échapper à une qualification de violation grâce à l'applicabilité de l'article III:8 du GATT de 1994 ne se pose plus parce que l'Accord sur les MIC a réglé la question de manière définitive.

5.16. L'Union européenne nous demande de compléter l'analyse et d'appliquer correctement l'interprétation juridique exposée plus haut aux constatations du Groupe spécial et aux faits non contestés figurant dans le dossier.

5.17. Le Canada affirme que le Groupe spécial a constaté à juste titre que l'Accord sur les MIC n'excluait pas l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux prescriptions du programme TRG relatives à la teneur en éléments nationaux.⁴³⁹ Il explique qu'en décrivant les mesures figurant dans la Liste exemplative de MIC comme étant incompatibles avec "l'obligation d'accorder le traitement national prévue au paragraphe 4 de l'article III", et non avec "l'article III", "l'article 2:2 ne traite pas la compatibilité des mesures énumérées dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC avec l'article III dans son ensemble, y compris l'article III:8 a)".⁴⁴⁰

5.18. En outre, le Canada fait valoir que l'Union européenne "néglige"⁴⁴¹ le fait que le contexte du paragraphe 1 de la Liste exemplative affaiblit son interprétation de ce paragraphe. Il souligne que la Liste exemplative annexée à l'Accord sur les MIC contient aussi, au paragraphe 2, des exemples de MIC qui sont incompatibles avec l'article XI:1 du GATT de 1994. Il note également que l'article XI contient une disposition relative au champ d'application semblable à celle de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Cette disposition relative au champ d'application se trouve à l'article XI:2, qui dispose que "[l]es dispositions du paragraphe premier du présent article ne s'étendront pas aux cas suivants ...". En conséquence, le Canada estime que si l'interprétation de l'Union européenne était correcte, alors cette interprétation serait également valable pour les MIC qui sont incompatibles avec l'article XI:1 du GATT de 1994. Autrement dit, suivant le raisonnement de l'Union européenne, les MIC qui sont énumérées dans la Liste exemplative comme étant incompatibles avec l'article XI:1 doivent être exclues du champ d'application de l'article XI:2. Or le Canada déclare qu'une comparaison entre l'article XI:2 du GATT de 1994 et les MIC énumérées dans l'Annexe comme étant incompatibles avec l'article XI:1 du GATT de 1994 montre que cette thèse "est indéfendable".⁴⁴² Il souligne que l'Annexe contient des mesures qui pourraient "clairement"⁴⁴³ relever de l'article XI:2 du GATT de 1994. Par conséquent, le Canada affirme que l'interprétation par l'Union européenne de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et du paragraphe 1 de l'Annexe est incompatible avec le texte et son contexte. Il déclare donc que l'Union européenne n'a pas fourni de motifs permettant d'infirmer la décision du Groupe spécial selon laquelle l'Accord

⁴³⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.121.

⁴³⁸ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 31. (note de bas de page omise)

⁴³⁹ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 27.

⁴⁴⁰ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 29.

⁴⁴¹ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 32.

⁴⁴² Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 33.

⁴⁴³ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 33.

sur les MIC n'exclut pas l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux prescriptions du programme TRG relatives à la teneur en éléments nationaux.

5.2.3 L'article III:8 a) du GATT de 1994 est-il applicable aux mesures qui relèvent de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et de la Liste exemplative y annexée?

5.19. Nous commençons notre analyse par l'article 2 de l'Accord sur les MIC, qui dispose ce qui suit:

Traitement national et restrictions quantitatives

1. Sans préjudice des autres droits et obligations résultant du GATT de 1994, aucun Membre n'appliquera de MIC qui soit incompatible avec les dispositions de l'article III ou de l'article XI du GATT de 1994.

2. Une liste exemplative de MIC qui sont incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national prévue au paragraphe 4 de l'article III du GATT de 1994 et l'obligation d'élimination générale des restrictions quantitatives prévue au paragraphe 1 de l'article XI du GATT de 1994 figure dans l'Annexe du présent accord.

5.20. L'article 2:1 de l'Accord sur les MIC interdit aux Membres d'appliquer une MIC – c'est-à-dire une mesure concernant les investissements et liée au commerce des marchandises⁴⁴⁴ – "qui [est] incompatible avec les dispositions de l'article III ou de l'article XI du GATT de 1994". Le renvoi dans la dernière partie de l'article 2:1 à l'article III du GATT de 1994 est absolu. Selon nous, il s'agit d'un renvoi à l'article III du GATT de 1994 dans son intégralité, y compris l'article III:4. Par conséquent, comme le Groupe spécial l'a expliqué, une mesure qui est incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 serait aussi une MIC qui est incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.⁴⁴⁵ Qui plus est, le renvoi à l'article III inclut également le paragraphe 8 a) de cette disposition. Comme nous l'indiquons plus en détail dans la section 5.3 des présents rapports, une mesure qui relève du paragraphe 8 a) ne peut pas enfreindre l'article III du GATT de 1994. Cela veut donc dire qu'un Membre qui applique une telle mesure n'enfreindrait pas l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Nous notons, à cet égard, que la relation entre l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III du GATT de 1994 n'est pas un point de désaccord entre les participants.⁴⁴⁶

5.21. La question qui est contestée, et sur laquelle nous devons nous prononcer dans le présent appel, concerne la relation entre, d'une part, l'article 2:2 et la Liste exemplative figurant dans l'Accord sur les MIC et, d'autre part, l'article III:4 et III:8 a) du GATT de 1994. L'Union européenne estime que les MIC qui relèvent de l'article 2:2 et de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 indépendamment du point de savoir si elles relèvent aussi de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Selon elle, l'article 2:2 et la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC établissent que les mesures qui relèvent de leur champ d'application et qui contreviennent à l'obligation d'accorder le traitement national énoncée à l'article III:4 du GATT de 1994 ne peuvent pas être justifiées parce que la dérogation prévue à l'article III:8 a) ne peut pas être invoquée. Le Groupe spécial a rejeté l'interprétation de l'Union européenne, et le Canada souscrit à l'interprétation du Groupe spécial dans le présent appel.

5.22. L'article 2:2 fait référence à l'obligation d'accorder le traitement national prévue au paragraphe 4 de l'article III du GATT de 1994, ainsi qu'à l'obligation d'élimination générale des restrictions quantitatives prévue au paragraphe 1 de l'article XI du GATT de 1994. L'article 2:2 fait aussi référence à une liste exemplative de MIC qui figure dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC. Le terme "exemplative" indique que les exemples donnés dans la liste ne constituent pas une liste fermée. Autrement dit, il peut y avoir d'autres types de MIC qui sont incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national prévue à l'article III:4 et l'obligation d'élimination

⁴⁴⁴ Voir l'article premier de l'Accord sur les MIC. Le Groupe spécial a constaté que "le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG, dans la mesure où ils envisage[aient] et impos[aient] un "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux", constitu[aient] des MIC au sens de l'article premier de l'Accord sur les MIC". (Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.112) Il n'a pas été fait appel de cette constatation.

⁴⁴⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.117.

⁴⁴⁶ Réponses de l'Union européenne et du Canada aux questions posées à l'audience.

générale des restrictions quantitatives prévue à l'article XI:1 du GATT de 1994. L'emploi du terme "incluent" au paragraphe 1 de la Liste exemplative étaye également cette interprétation.⁴⁴⁷

5.23. S'agissant de la Liste exemplative mentionnée à l'article 2:2, nous notons que le Groupe spécial a constaté que les mesures relevaient du paragraphe 1 a), qui dispose ce qui suit:

1. Les MIC qui sont incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national prévue au paragraphe 4 de l'article III du GATT de 1994 incluent celles qui sont obligatoires ou qui ont force exécutoire en vertu de la législation nationale ou de décisions administratives, ou auxquelles il est nécessaire de se conformer pour obtenir un avantage, et qui prescrivent:

a) qu'une entreprise achète ou utilise des produits d'origine nationale ou provenant de toute source nationale, qu'il soit spécifié qu'il s'agit de produits déterminés, d'un volume ou d'une valeur de produits, ou d'une proportion du volume ou de la valeur de sa production locale; ...

5.24. Selon ses termes, une mesure qui relève du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative est "incompatible[] avec l'obligation d'accorder le traitement national prévue au paragraphe 4 de l'article III du GATT de 1994". Par conséquent, comme l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC, le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative fait référence aux obligations énoncées à l'article III:4 du GATT de 1994.

5.25. L'Union européenne appelle l'attention sur les différences de libellé entre l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et la Liste exemplative, d'une part, et l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, d'autre part. Elle souligne que la dernière disposition fait référence à l'article III du GATT de 1994 "dans son ensemble"⁴⁴⁸, tandis que l'article 2:2 et la Liste exemplative font spécifiquement référence à l'article III:4 du GATT de 1994.

5.26. À notre avis, l'article 2:2 donne des précisions sur le type de mesures qui sont incompatibles avec l'article 2:1. La partie dispositives de l'article 2:2 constitue le renvoi à la Liste exemplative, qui donne des exemples de mesures qui sont incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national. L'article 2:2 et la Liste exemplative mettent l'accent sur les dispositions spécifiques dans lesquelles cette obligation apparaît – à savoir l'article III:4 du GATT de 1994 – mais nous ne pensons pas que cela répond à la question de savoir si ces mesures sont incompatibles avec l'article III du GATT de 1994 dans son intégralité. Lorsqu'une mesure relève de l'article III:8 a), cette mesure n'est pas incompatible avec l'article III considéré globalement. Par conséquent, nous pensons comme le Groupe spécial que l'article 2:2 et la Liste exemplative doivent être interprétés comme précisant à quelles MIC l'obligation générale énoncée à l'article 2:1 s'applique.⁴⁴⁹ Par ailleurs, nous interprétons l'absence de renvoi à l'article III:8 a) du GATT de 1994 dans l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et dans la Liste exemplative comme indiquant que ces dispositions sont neutres quant à l'applicabilité de la première disposition. Il s'ensuit une interprétation harmonieuse de l'article 2:1 et 2:2 de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4 et III:8 a) du GATT de 1994. Par contre, l'interprétation préconisée par l'Union européenne entraînerait des obligations différentes pour les MIC qui relèvent de la Liste exemplative et celles qui n'en relèvent pas.

5.27. Nous trouvons des éléments additionnels à l'appui de cette interprétation dans la clause initiale de l'article 2:1 et dans l'article 3 de l'Accord sur les MIC. La clause introductive de l'article 2:1 est ainsi libellée: "Sans préjudice des autres droits et obligations résultant du GATT

⁴⁴⁷ L'article 1 e) de l'Accord sur l'agriculture définit les "subventions à l'exportation" comme "des subventions subordonnées aux résultats à l'exportation, y compris les subventions à l'exportation énumérées à l'article 9 du présent accord". Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, l'Organe d'appel a noté que l'emploi de l'expression "y compris" à l'article 1 e) de l'Accord sur l'agriculture donnait à penser que la liste de subventions à l'exportation figurant à l'article 9 n'était pas exhaustive. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 615)

⁴⁴⁸ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 30.

⁴⁴⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.119: "L'article 2:2 de l'Accord sur les MIC n'impose pas d'obligation aux Membres mais éclaire l'interprétation de la prohibition énoncée à l'article 2:1. En particulier, l'article 2:2 explique que les MIC décrites dans la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC doivent être considérées comme étant incompatibles avec les obligations spécifiques incombant aux Membres au titre des articles III:4 et XI:1 du GATT de 1994."

de 1994". Ce libellé donne à penser que cette disposition n'est pas censée restreindre d'autres droits que les Membres tiennent du GATT de 1994. Le droit d'établir une discrimination pour les achats des pouvoirs publics – sous réserve des conditions et des prescriptions de l'article III:8 a) – constitue un tel droit reconnu dans le GATT de 1994. Par ailleurs, l'article 3 de l'Accord sur les MIC, intitulé "Exceptions", fournit des éléments contextuels à l'appui de notre interprétation. Cette disposition indique que "[t]outes les exceptions prévues dans le GATT de 1994 s'appliqueront, selon qu'il sera approprié, aux dispositions du présent accord". Comme le titre et le texte de l'article 3 l'indiquent, cette disposition fait référence à des "exceptions". Le Groupe spécial et les participants ont qualifié l'article III:8 a) de disposition relative au "champ d'application".⁴⁵⁰ Même si l'article III:8 a) n'est pas l'une des exceptions qui "s'appliqueront, selon qu'il sera approprié" à l'Accord sur les MIC, l'article 3 semble par ailleurs indiquer que les dispositions de l'Accord sur les MIC ne sont pas censées limiter d'autres droits que les Membres tiennent du GATT de 1994.

5.28. L'Union européenne fait valoir que l'interprétation du Groupe spécial "altère la nature et la fonction de l'article 2:1 et 2:2 et de la Liste exemplative", et "annule en grande partie les effets de l'article 2:2 et de la Liste exemplative en relation avec l'obligation générale énoncée à l'article 2:1".⁴⁵¹ Selon l'interprétation du Groupe spécial, l'article 2:2 et la Liste exemplative continuent de fournir des exemples de MIC qui entraînent une discrimination et qui sont incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national prévue à l'article III:4, et constitueraient donc un manquement à l'obligation énoncée à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Contrairement à ce qu'affirme l'Union européenne, l'article 2:2 et la Liste exemplative continuent de "détailler et préciser l'obligation générale énoncée à l'article 2:1".⁴⁵² Nous pensons nous aussi que l'interprétation du Groupe spécial signifie qu'un ensemble limité de mesures relevant à la fois de l'un des exemples mentionnés dans la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC et de l'article III:8 a) du GATT de 1994 ne serait pas en fin de compte considéré comme étant incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 et avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Toutefois, nous ne considérons pas que cela annule les effets de l'article 2:2 et de la Liste exemplative. C'est plutôt le résultat de l'interprétation harmonieuse de l'article 2:2 et de la Liste exemplative avec les autres dispositions de l'Accord sur les MIC et celles de l'article III du GATT de 1994. En tout état de cause, le sous-ensemble plus vaste de MIC qui relèvent de la Liste exemplative et qui ne peuvent pas bénéficier de la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994 reste incompatible avec l'obligation d'accorder le traitement national énoncée à l'article III:4 du GATT de 1994 et à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

5.29. Nous notons que le Canada a souligné que l'interprétation de l'Union européenne s'appliquerait également aux exemples fournis au paragraphe 2 de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC. Le Canada affirme que cela voudrait dire que les mesures relevant du paragraphe 2 seraient incompatibles avec l'article XI:1 du GATT de 1994 et qu'il ne serait pas possible d'invoquer l'article XI:2 pour justifier de telles mesures.⁴⁵³ À l'audience, l'Union européenne a fait référence à certaines des prescriptions de l'article XI:2 et a demandé si cette disposition s'appliquerait aux mesures décrites par le Canada. Il apparaîtrait que le raisonnement exposé plus haut en ce qui concerne l'article 2:1 et 2:2 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994 s'appliquerait, *mutatis mutandis*, à la relation entre l'article XI:1 et l'article XI:2 du GATT de 1994. Toutefois, il n'est pas nécessaire que nous nous prononcions sur cette question de manière définitive en l'espèce, car nous avons déjà déterminé que l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'était pas exclue lorsque la mesure contestée relevait de l'article 2:2 et du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC.

5.30. L'Union européenne souligne le libellé du premier paragraphe du préambule de l'Accord sur les MIC, disant que "l'objet et le but de l'Accord sur les MIC étaient précisément d'"élaborer" des dispositions "complémentaires" ou "additionnelles" par rapport à celles qui existaient déjà".⁴⁵⁴ Elle ajoute que l'interprétation du Groupe spécial contredit l'objet et le but de l'Accord sur les MIC parce que "[s]i l'article 2:2 et la Liste exemplative devaient être lus comme exprimant simplement une évidence, à savoir que les types de mesures énumérés dans l'Annexe établissent une

⁴⁵⁰ Rapports du Groupe spécial, note de bas de page 263 relative au paragraphe 7.113; réponse du Canada aux questions posées à l'audience.

⁴⁵¹ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 33.

⁴⁵² Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 33.

⁴⁵³ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 33.

⁴⁵⁴ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 35. (note de bas de page omise)

discrimination à l'égard des marchandises importées, sans autre incidence, ils seraient largement redondants".⁴⁵⁵

5.31. Le premier paragraphe du préambule de l'Accord sur les MIC cite le mandat de négociation de la Déclaration de Punta del Este⁴⁵⁶, faisant référence aux "effets de restriction et de distorsion des échanges exercés par les mesures concernant les investissements" et préconisant des négociations pour "élaborer de manière appropriée les dispositions complémentaires qui pourraient être nécessaires pour éviter de tels effets préjudiciables sur le commerce". Le quatrième paragraphe reconnaît que "certaines mesures concernant les investissements peuvent avoir des effets de restriction et de distorsion des échanges".

5.32. Nous ne jugeons pas convaincante l'invocation par l'Union européenne du libellé du mandat de négociation de Punta del Este. Au vu de l'Accord sur les MIC dans son ensemble, nous considérons que les "autres" dispositions de cet accord donnent surtout des précisions sur l'application des articles III et XI du GATT de 1994 à un ensemble spécifique de mesures – à savoir les MIC. Ce faisant, toutefois, ces dispositions donnent peu, voire pas, d'indications concernant le fait que les dispositions de l'Accord sur les MIC étaient censées permettre de déroger des droits reconnus dans le cadre du GATT, comme le droit prévu à l'article III:8 a). Au contraire, plusieurs dispositions de l'Accord sur les MIC – en particulier la clause initiale de l'article 2:1, et les articles 3 et 4 – sembleraient être le reflet de tentatives répétées en vue de préserver des droits reconnus dans le cadre du GATT, et non de permettre d'y déroger.

5.33. Pour les raisons indiquées plus haut, nous considérons que le Groupe spécial a rejeté à juste titre l'argument de l'Union européenne selon lequel l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'était pas applicable aux mesures qui relèvent de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et de la Liste exemplative y annexée. Par conséquent, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.121 de ses rapports, selon laquelle "le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC ne ... dispens[ait] pas [le Groupe spécial] de la nécessité d'analyser si les mesures contestées [étaient] exclues du champ d'application de l'article III:4 du GATT de 1994 en vertu de l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994". Comme nous avons confirmé la constatation du Groupe spécial, nous ne sommes pas fondés à connaître de la demande de l'Union européenne tendant à ce que nous complétions l'analyse et constatons que l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'est pas applicable en l'espèce parce que les mesures relèvent de l'article 2:2 et de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC.⁴⁵⁷

5.3 Article III:8 a) du GATT de 1994

5.34. Nous passons à l'article III:8 a) du GATT de 1994. Les trois participants contestent en appel différents aspects de l'interprétation et de l'application par le Groupe spécial de cette disposition.

5.35. Le Canada allègue que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes n'étaient pas visés par l'article III:8 a) et que, par conséquent, le Canada ne pouvait pas invoquer cette disposition pour exclure l'application de l'article III:4 du GATT de 1994 aux niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux.⁴⁵⁸ Il nous demande d'infirmar cette constatation, de compléter l'analyse juridique au regard de l'article III:8 a), et de constater que le programme et les contrats TRG relèvent de l'article III:8 a). En conséquence, le Canada nous demande de constater que le programme et les contrats TRG ne contreviennent pas à l'article III:4 du GATT de 1994 ni à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.⁴⁵⁹

5.36. L'Union européenne et le Japon nous demandent de confirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG ne sont pas visés par l'article III:8 a) et que, par conséquent, le Canada ne peut pas invoquer cette disposition pour exclure l'application de l'article III:4 du GATT de 1994. L'Union européenne et le Japon appuient aussi la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG sont incompatibles avec

⁴⁵⁵ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 35.

⁴⁵⁶ Déclaration ministérielle adoptée à Punta del Este (Uruguay) le 20 septembre 1986 pour lancer les négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay.

⁴⁵⁷ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 38.

⁴⁵⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.152.

⁴⁵⁹ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 7.

l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994. Toutefois, dans leurs autres appels, ils font chacun appel de plusieurs aspects de l'interprétation et de l'application par le Groupe spécial de l'article III:8 a) du GATT de 1994 et nous demandent de modifier certaines constatations intermédiaires du Groupe spécial.

5.37. Les constatations du Groupe spécial sont résumées dans la sous-section 5.3.1. Les allégations et arguments des participants sont exposés dans la sous-section 5.3.2. La sous-section 5.3.3 expose notre interprétation de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Enfin, dans la sous-section 5.3.4, nous examinons l'application par le Groupe spécial de l'article III:8 a) aux faits des présents différends.

5.3.1 Constatations du Groupe spécial

5.38. Le Groupe spécial a commencé son analyse par examiner la question de savoir si le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes étaient des "mesures concernant les investissements et liées au commerce" (MIC) au sens de l'article premier de l'Accord sur les MIC. Le Groupe spécial a constaté que l'un des buts du programme et des contrats TRG était d'encourager l'investissement dans la production locale de matériel lié à la production d'électricité provenant de sources renouvelables en Ontario.⁴⁶⁰ Il a en outre constaté que le programme et les contrats TRG "oblige[aient] [les producteurs d'électricité] à acheter et à utiliser certains types de matériel de production d'énergie renouvelable provenant de l'Ontario dans la conception et la construction de leurs installations".⁴⁶¹ Sur cette base, le Groupe spécial a conclu que le programme et les contrats TRG constituaient des MIC "dans la mesure où ils envisage[aient] et impos[aient]" des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux.⁴⁶²

5.39. Le Groupe spécial a ensuite évalué si le programme et les contrats TRG étaient compatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Il a noté que cette disposition contenait une référence à l'article III du GATT de 1994 et a donc évalué si le programme et les contrats TRG relevaient de l'article III:4 du GATT de 1994 ou s'ils étaient "exclu[s] du champ d'application de l'article III:4 ... en vertu de l'application de l'article III:8 a)".⁴⁶³ À cet égard, le Groupe spécial a examiné trois questions, à savoir:

- a. si le programme et les contrats TRG pouvaient être qualifiés de "lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition" d'électricité;
- b. si le programme et les contrats TRG comportaient l'"acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés"; et
- c. si l'"acquisition" était effectuée "pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour [une] reven[te] dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce".

5.40. En ce qui concerne la première question, le Groupe spécial a constaté qu'une mesure "régissant" l'acquisition était une mesure qui "command[ait], réglement[ait] ou détermin[ait] cette acquisition".⁴⁶⁴ S'agissant du programme et des contrats TRG, il a constaté que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux visant le matériel de production d'énergie renouvelable étaient une condition à laquelle devaient satisfaire les producteurs utilisant les technologies éolienne ou solaire photovoltaïque pour pouvoir participer au programme TRG. Il a expliqué que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux imposaient ainsi l'achat et l'utilisation d'un certain matériel de production originaire de l'Ontario comme condition préalable nécessaire pour que l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario ait lieu. Le Groupe spécial a constaté que, par conséquent, les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux étaient des prescriptions "régissant" l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le

⁴⁶⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.109 (faisant référence à la directive TRG de 2009 du Ministre, page 1).

⁴⁶¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.111.

⁴⁶² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.112.

⁴⁶³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.113.

⁴⁶⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.124 (faisant référence à la première communication écrite du Canada au Groupe spécial (DS412), paragraphe 83, qui fait référence au rapport du Groupe spécial CE – *Certaines questions douanières*, paragraphe 7.529).

cadre du programme et des contrats TRG.⁴⁶⁵ Il a aussi cité à l'appui de son opinion le fait que l'électricité acquise par les pouvoirs publics de l'Ontario était produite au moyen précisément du même matériel de production que celui qui était visé par les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux. Par conséquent, selon lui, il y avait une "relation étroite" entre les produits affectés par ces prescriptions (le matériel de production d'énergie renouvelable) et le produit acquis (l'électricité).⁴⁶⁶

5.41. Deuxièmement, pour ce qui est de savoir si le programme et les contrats TRG comportaient l'"acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés" au sens de l'article III:8 a), le Groupe spécial a déclaré que le mot "acquisition", lorsqu'il était interprété dans son contexte immédiat, devrait être compris comme ayant le même sens que le mot "achat".⁴⁶⁷ Passant à l'évaluation du point de savoir si le programme et les contrats TRG comportaient des "achats" d'électricité, il a fait référence à son analyse du membre de phrase "les pouvoirs publics ... achètent des biens" figurant à l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC. À cet égard, le Groupe spécial a constaté que l'"achat" de biens par les pouvoirs publics signifiait l'action par laquelle les pouvoirs publics prenaient possession (y compris en obtenant un droit de propriété) des marchandises au moyen d'un certain type de paiement. Il a déclaré que cette interprétation était "également applicable pour guider [son] analyse ... au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994".⁴⁶⁸ En conséquence, le Groupe spécial a conclu que le programme et les contrats TRG comportaient l'"acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés" au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

5.42. Troisièmement, pour ce qui est de savoir si l'acquisition par les pouvoirs publics de l'Ontario était "pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour [une] reven[te] dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce" au sens de l'article III:8 a), le Groupe spécial a noté que les parties avaient présenté des significations différentes de l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics". Le Canada avait laissé entendre qu'il pouvait y avoir achat "pour les besoins des pouvoirs publics" chaque fois que les pouvoirs publics achetaient un produit pour l'un de leurs buts déclarés. Le Japon, au contraire, avait avancé qu'un achat "pour les besoins des pouvoirs publics" désignait uniquement les achats de produits pour une utilisation, une consommation ou un avantage en relation avec les pouvoirs publics; et l'Union européenne avait déclaré que l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" faisait référence aux achats des pouvoirs publics pour leurs propres besoins, y compris l'achat de produits consommés par les pouvoirs publics eux-mêmes et de produits qui leur étaient nécessaires pour fournir des services publics.⁴⁶⁹

5.43. Le Groupe spécial a déclaré que le sens ordinaire de l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" était relativement large et pouvait englober tous les trois sens proposés par les parties.⁴⁷⁰ Il a toutefois aussi estimé que le membre de phrase y faisant immédiatement suite "et non pas pour être revendus dans le commerce" éclairait et limitait le sens ordinaire, par ailleurs relativement large, de l'expression "besoins des pouvoirs publics", et que l'acquisition de produits achetés "pour les besoins des pouvoirs publics" ne pouvait pas être en même temps une "acquisition ... [de produits achetés] ... pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce".⁴⁷¹ Il a ensuite déclaré que, s'il constatait que l'électricité acquise par les pouvoirs publics de l'Ontario l'était "pour être revendu[e] dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce", cette acquisition ne serait pas visée par l'article III:8 a). Sans formuler de constatation sur le point de savoir si le programme et les contrats TRG comportaient des achats "pour les besoins des pouvoirs publics", le Groupe spécial a ensuite évalué si les pouvoirs publics de l'Ontario achetaient de l'électricité "pour [qu'elle soit] revendu[e] dans le commerce ou ... serv[e] à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce".

5.44. Le Groupe spécial a noté que les parties avaient aussi proposé des sens différents du membre de phrase "pour être revendus dans le commerce". Alors que le Canada avait fait valoir

⁴⁶⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.124.

⁴⁶⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.127.

⁴⁶⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.131 et 7.135.

⁴⁶⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.136 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, section VII.C.2 c) iii), pages 108 à 118).

⁴⁶⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.138.

⁴⁷⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.139.

⁴⁷¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.140.

que ce membre de phrase faisait référence à un achat effectué "en vue d'une revente avec bénéfice", les plaignants avaient dit qu'il signifiait "pour être vendu ou introduit dans les courants commerciaux ou sur un marché, indépendamment de tout profit".⁴⁷² Le Groupe spécial a déclaré que, suivant l'interprétation proposée par les plaignants, les achats d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme et des contrats TRG étaient effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce" car l'électricité achetée était introduite dans le commerce en concurrence avec les détaillants en électricité du secteur privé.⁴⁷³ Il a ensuite examiné l'interprétation proposée par le Canada selon laquelle le membre de phrase "pour être revendus dans le commerce" désigne la revente dans l'intention fondamentale d'obtenir un bénéfice. À cet égard, le Groupe spécial a jugé qu'il était évident que le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales tiraient profit de la revente d'électricité et, par conséquent, il a constaté que l'argument du Canada selon lequel les pouvoirs publics de l'Ontario n'achetaient pas de l'électricité pour une revente dans le commerce était sans fondement même suivant la propre interprétation par le Canada de l'expression "revendus dans le commerce".⁴⁷⁴ Il a souligné qu'il n'était pas d'avis qu'une "revente dans le commerce" impliquerait toujours nécessairement un profit mais que, du fait que le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales tiraient profit de la revente d'électricité dans le cadre du programme et des contrats TRG, et que les reventes d'électricité étaient effectuées en concurrence avec les détaillants en électricité agréés, les achats d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario étaient effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce".

5.45. Sur cette base, le Groupe spécial a conclu que le programme et les contrats TRG n'étaient pas visés par l'article III:8 a) et qu'ils étaient donc assujettis aux disciplines de l'article III:4 du GATT de 1994.⁴⁷⁵ Il a ensuite constaté que le programme et les contrats TRG étaient incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 et l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC parce qu'ils prescrivaient l'achat ou l'utilisation de produits d'origine canadienne, et parce qu'il était nécessaire de se conformer à cette prescription pour participer au programme TRG.⁴⁷⁶

5.3.2 Allégations et arguments présentés en appel

5.46. Le Canada allègue que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les mesures en cause ne relevaient pas de l'article III:8 a) du GATT de 1994 parce que les achats par les pouvoirs publics de l'Ontario de l'électricité produite à partir de sources renouvelables dans le cadre du programme TRG étaient effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce", et il formule deux allégations d'erreur en ce qui concerne l'interprétation par le Groupe spécial de ce membre de phrase. Premièrement, il affirme que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article III:8 a) en mettant l'accent sur le point de savoir s'il y avait "revente dans le commerce" d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario tout en négligeant d'interpréter correctement le mot "pour" figurant à l'article III:8 a). Il soutient que, dans le cadre du programme et des contrats TRG, les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité en vue "de contribuer à assurer un approvisionnement suffisant et fiable en électricité pour les Ontariens et de protéger l'environnement"⁴⁷⁷, et qu'ils n'achètent pas de l'électricité en vue d'une revente commerciale. Deuxièmement, le Canada allègue que le Groupe spécial a mal interprété l'expression "revendus dans le commerce" figurant à l'article III:8 a). Il soutient que si le Groupe spécial avait interprété correctement ces mots, il aurait conclu qu'une "revente dans le commerce" signifiait une revente dans l'intention fondamentale d'obtenir un bénéfice. En ce qui concerne le programme et les contrats TRG, le Canada déclare que rien n'indique que les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité en vue d'une revente avec bénéfice.

5.47. Le Canada allègue en outre que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, d'une manière contraire à l'article 11 du Mémoire d'accord, en constatant que l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG était effectuée "pour [une] reven[te] dans le commerce" au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994.⁴⁷⁸ Il conteste deux constatations du Groupe spécial à cet égard. Premièrement, il conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle Hydro One Inc. et les

⁴⁷² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.146.

⁴⁷³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.148.

⁴⁷⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.151.

⁴⁷⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.152.

⁴⁷⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.167.

⁴⁷⁷ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 34.

⁴⁷⁸ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 48.

distributeurs vendent de l'électricité en concurrence avec les détaillants agréés du secteur privé.⁴⁷⁹ Deuxièmement, il conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales tirent profit de la revente de l'électricité achetée dans le cadre du programme TRG.⁴⁸⁰

5.48. Le Japon et l'Union européenne nous demandent de confirmer la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994. Toutefois, dans leurs autres appels, ils font chacun appel de plusieurs aspects de l'interprétation et de l'application par le Groupe spécial de l'article III:8 a) du GATT de 1994 et nous demandent de modifier certaines constatations intermédiaires du Groupe spécial.

5.49. Le Japon allègue que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les pouvoirs publics de l'Ontario "achet[aient]" de l'électricité. Il fait valoir que la structure du réseau d'énergie en Ontario, en particulier la dissociation de la production, du transport et de la distribution d'électricité ainsi que l'attribution de chacune de ces fonctions avec les fonctions de réglementation correspondantes à des entités distinctes, donne à penser que les pouvoirs publics de l'Ontario n'assurent pas l'offre physique ou la vente d'électricité.

5.50. Au cas où nous n'infirmions pas la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures en cause comportent des "achats" effectués par les pouvoirs publics de l'Ontario, le Japon fait appel, à titre conditionnel, de l'interprétation et de l'application par le Groupe spécial des mots "achetés pour les besoins des pouvoirs publics", et nous demande de compléter l'analyse et de constater que le programme et les contrats TRG n'impliquent pas des "ach[ats] pour les besoins des pouvoirs publics". Il allègue que le Groupe spécial n'a pas interprété le sens de ce membre de phrase parce qu'il a simplement conclu qu'un achat de biens par un organe gouvernemental pour les besoins des pouvoirs publics ne pouvait pas constituer en même temps un achat de biens par les pouvoirs publics pour la revente dans le commerce, et a appliqué la disposition sur la base de cette supposition et non d'une interprétation correcte de l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics". Le Japon fait valoir que l'électricité n'est "acheté[e] pour les besoins des pouvoirs publics" que si l'achat est effectué "pour atteindre certains buts des pouvoirs publics ou avec l'objectif de réaliser ces buts".⁴⁸¹

5.51. Au cas où nous rejeterions à la fois son appel concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle les pouvoirs publics de l'Ontario "achètent" de l'électricité et son appel concernant l'affirmation selon laquelle les mesures en cause comportent des "achats pour les besoins des pouvoirs publics", le Japon nous demande de constater que le Groupe spécial n'a pas interprété correctement les mots "revendus dans le commerce" en concluant que le bénéfice obtenu par les pouvoirs publics à la suite de la "revente" était un élément de preuve pertinent qui en indiquait la nature "commerciale". Il déclare que, au lieu de cette conclusion erronée, nous devrions constater que le membre de phrase "pour être revendus dans le commerce" signifie "pour être vendu dans les circuits commerciaux"⁴⁸² et que, dans la mesure où le programme et les contrats TRG comportent des achats d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario, ces achats sont effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce", parce que l'électricité est achetée pour être vendue ou introduite dans les courants commerciaux ou sur un marché, indépendamment du point de savoir si les pouvoirs publics dégagent un bénéfice de la revente.

5.52. L'Union européenne nous demande d'infirmar la constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions relatives à la teneur d'éléments nationaux visant le matériel de production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque dans les contrats TRG et microTRG "régissent" l'acquisition alléguée d'électricité aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994. À son avis, les "lois, règlements et prescriptions" au sens de l'article III:8 a) doivent se rapporter à l'objet de l'acquisition – à savoir les "produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics" – pour pouvoir "régir" cette acquisition. L'article III:8 a) ne vise pas les prescriptions ou conditions qui ne sont pas liées aux "caractéristiques intrinsèques"⁴⁸³ ou à la nature du produit acheté.

⁴⁷⁹ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 72.

⁴⁸⁰ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphes 76 et 77.

⁴⁸¹ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 174.

⁴⁸² Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 188 (italique omis).

⁴⁸³ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 51. (note de bas de page omise)

L'Union européenne fait valoir que les conditions exogènes par rapport à l'objet du contrat, comme les prescriptions relatives à l'origine du matériel utilisé pour produire l'électricité acquise dans le cadre du programme TRG, ne relèvent pas de l'article III:8 a) du GATT de 1994 parce qu'elles n'ont "aucun lien rationnel" avec les attributs de l'électricité acquise.⁴⁸⁴

5.53. L'Union européenne nous demande aussi d'infirmier ou de déclarer sans fondement et sans effet juridique la déclaration du Groupe spécial selon laquelle l'expression "besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a) peut être interprétée comme englobant tout achat effectué par les pouvoirs publics "pour l'un de leurs buts déclarés".⁴⁸⁵ Au cas où, en réponse à l'appel du Canada, nous infirmerions la constatation du Groupe spécial selon laquelle les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG sont effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce", l'Union européenne nous demande d'infirmier ou de modifier le raisonnement du Groupe spécial quant au sens de l'expression "besoins des pouvoirs publics", de compléter l'analyse et de constater que l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG n'est pas effectuée pour "les besoins des pouvoirs publics".⁴⁸⁶ Elle soutient que l'expression "achetés pour les besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a) fait uniquement référence aux "achats de biens par les pouvoirs publics qui sont nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches et de leurs fonctions".⁴⁸⁷ Par conséquent, ces biens devront "être effectivement utilisés ou consommés par les pouvoirs publics dans le contexte de leurs tâches administratives ou de l'exercice de leurs fonctions publiques".⁴⁸⁸ Dans ce cas, l'Union européenne nous demande aussi de compléter l'analyse et de constater que les achats d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG ne sont pas effectués "pour les besoins des pouvoirs publics". À cet égard, elle fait valoir que les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario ne sont pas effectués "pour les besoins des pouvoirs publics" car cette électricité n'est pas utilisée par eux. Si l'électricité achetée par les pouvoirs publics n'est pas utilisée par ceux-ci pour leur propre consommation ou dans l'exercice de fonctions gouvernementales, telles que la fourniture de services publics, ces achats ne relèvent pas de l'article III:8 a) du GATT de 1994. L'Union européenne soutient que la création d'un réseau d'électricité assurant un approvisionnement stable, fiable et suffisant en électricité provenant de sources renouvelables est un objectif politique légitime mais n'est pas en soi la fourniture d'un service public.

5.3.3 Interprétation de l'article III:8 a) du GATT de 1994

5.54. Les trois participants contestent en appel différents aspects de l'interprétation par le Groupe spécial de l'article III:8 a) du GATT de 1994. C'est la première fois que l'Organe d'appel est appelé à interpréter cette disposition. L'article III:8 a) du GATT de 1994 dispose ce qui suit:

Les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce.

5.55. Nous faisons observer que l'article III:8 a) commence par les mots "Les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux ...". Cette clause introductive établit un lien avec le reste de l'article III. L'intitulé de l'article III est "Traitement national en matière d'impositions et de réglementation intérieures". Le principe du traitement national consacré à l'article III est la clé de voûte du système commercial multilatéral depuis son début. Ce principe général, qui est énoncé dans le premier paragraphe de l'article III, dispose que les mesures intérieures "ne devront pas être appliquées ... de manière à protéger la production nationale".⁴⁸⁹ Les autres paragraphes de l'article III "expriment de manière spécifique" ce ""principe général" prédominant".⁴⁹⁰

⁴⁸⁴ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 53.

⁴⁸⁵ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 60 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.139 (note de bas de page omise)).

⁴⁸⁶ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 61.

⁴⁸⁷ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 60.

⁴⁸⁸ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 60.

⁴⁸⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 21.

⁴⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 93.

5.56. La clause introductive de l'article III:8 a) emploie le verbe "s'appliquer" sous la forme négative, excluant ainsi l'application des autres dispositions de l'article III aux mesures qui satisfont aux prescriptions de ce paragraphe. L'article III:8 a) établit donc une dérogation à l'obligation d'accorder le traitement national énoncée à l'article III pour les activités d'acquisition des pouvoirs publics qui relèvent de son champ d'application. Les mesures qui satisfont aux prescriptions de l'article III:8 a) ne sont pas assujetties aux obligations d'accorder le traitement national énoncées dans les autres paragraphes de l'article III. L'article III:8 a) est une dérogation qui limite la portée de l'obligation d'accorder le traitement national et il n'est pas une justification pour des mesures qui seraient sinon incompatibles avec cette obligation. En même temps, nous notons que la qualification d'une disposition comme étant une dérogation ne prédétermine pas la question de savoir à quelle partie incombe la charge de la preuve en ce qui concerne les prescriptions énoncées dans la disposition.⁴⁹¹

5.57. L'article III:8 a) comporte plusieurs éléments qui décrivent la typologie et la teneur des mesures qui relèvent de cette disposition. Certains des termes qualifient d'autres termes employés dans la même disposition, ou donnent des indications pour l'interprétation de ces termes. De fait, les participants ont souligné les relations entre les différents termes de l'article III:8 a), bien qu'ils ne s'accordent pas sur l'interprétation de tous ces termes. Nous estimons que l'article III:8 a) devrait être interprété globalement. Il faut pour cela examiner les liens entre les différents termes employés dans la disposition et les rapports contextuels avec d'autres parties de l'article III, ainsi qu'avec d'autres dispositions du GATT de 1994. En même temps, le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile nous oblige à donner sens à tous les termes de la disposition.⁴⁹²

5.58. L'article III:8 a) décrit les types de mesures relevant de son champ d'application comme étant les "lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés". Nous notons que le mot "régissant" relie les mots "lois, règlements et prescriptions" au mot "acquisition" et au reste de ce paragraphe. Dans le contexte de l'article III:8 a), le mot "régissant", conjointement avec le mot "acquisition" et les autres parties du paragraphe, définit l'objet des "lois, règlements et prescriptions". Le mot "governing" (régissant) est défini comme signifiant "constitut[ing] a law or rule for"⁴⁹³ (constituant une loi ou une règle pour). L'article III:8 a) exige donc un lien énoncé entre les lois, règlements et prescriptions et l'acquisition en ce sens que l'acte d'acquisition est effectué à l'intérieur d'une structure contraignante de lois, règlements et prescriptions.

5.59. Le terme "procurement" (acquisition) peut signifier d'une manière générale "[t]he action of obtaining something; acquisition" ([l']action d'obtenir quelque chose; action d'acquérir) ou il peut signifier plus spécifiquement "the action or process of obtaining equipment and supplies"⁴⁹⁴ (l'action d'obtenir du matériel et des fournitures ou le processus de cette obtention). Dans un sens plus technique, l'acquisition désigne généralement des procédures formelles appliquées par les pouvoirs publics pour acquérir des biens ou des services.⁴⁹⁵ À l'article III:8 a), le mot "acquisition" est lié aux mots "produits achetés". À cet égard, le Groupe spécial a constaté qu'il faudrait donner au terme "acquisition" à l'article III:8 a) le "même sens essentiel" qu'au mot "achetés", et inversement.⁴⁹⁶ Toutefois, à notre avis, les concepts d'"acquisition" et d'"achat" ne doivent pas être assimilés l'un à l'autre. Selon nous, "acquisition" est le mot déterminant de l'article III:8 a) qui décrit le processus et le comportement de l'organe gouvernemental. Le mot "achetés" est employé pour décrire le type de transaction utilisé pour donner effet à cette acquisition. Les acquisitions ne sont pas toutes nécessairement effectuées par voie d'achat, et les achats ne font pas tous partie d'un processus d'acquisition par les pouvoirs publics. L'emploi du mot "achetés" dans la même disposition donne à penser qu'il faut comprendre le mot "acquisition" comme faisant référence au processus d'obtention de produits, et non comme faisant référence à une acquisition elle-même car si le mot "acquisition" était compris comme faisant simplement référence à une

⁴⁹¹ Nous rappelons que, dans l'affaire *Chine – Matières premières*, l'Organe d'appel a fait la distinction entre les "exceptions" (telles que l'exception générale prévue à l'article XX) et les limitations de la portée d'une obligation (comme l'article XI:2 a)) (rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 334).

⁴⁹² Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 26.

⁴⁹³ Oxford English Dictionary en ligne, <<http://www.oed.com/view/Entry/80304>>.

⁴⁹⁴ Oxford English Dictionary en ligne, <<http://www.oed.com/view/Entry/151913>>.

⁴⁹⁵ Ces procédures expriment généralement des principes, tels que l'efficacité ou la transparence. Voir, par exemple, la Loi type de 2011 sur la passation des marchés publics élaborée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

⁴⁹⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.131.

acquisition quelconque, il n'ajouterait aucune signification à l'article III:8 a) outre ce qui est déjà exprimé par le mot "achetés". Nous comprenons donc le mot "acquisition" comme faisant référence au processus par lequel les pouvoirs publics acquièrent des produits. L'éventail précis des arrangements contractuels qui sont englobés dans le concept d'"achat" n'est pas une question que nous avons besoin de trancher en l'espèce.

5.60. L'article III:8 précise aussi ce qui est acquis et par qui. L'objet de l'acquisition est un "produit", et il est acquis par un "organe gouvernemental". Le terme "agency" (organe) est défini comme signifiant "a business, body, or organization providing a particular service, or negotiating transactions on behalf of a person or group"⁴⁹⁷ (une entreprise, un organisme ou une organisation fournissant un service particulier, ou négociant des transactions au nom d'une personne ou d'un groupe). Le mot "organe" est utilisé en relation avec le mot "gouvernemental" et, en conséquence, l'article III:8 a) fait référence à des entités qui agissent pour les pouvoirs publics ou en leur nom. L'Organe d'appel a estimé que le sens des mots "pouvoirs publics" était dérivé, en partie, des fonctions exercées par les pouvoirs publics et, en partie, de l'autorité en vertu de laquelle ceux-ci exerçaient ces fonctions.⁴⁹⁸ Nous considérons par conséquent que la question de savoir si une entité est un "organe gouvernemental" au sens de l'article III:8 a) est déterminée par les compétences conférées à l'entité concernée et le point de savoir si celle-ci agit pour les pouvoirs publics ou en leur nom.

5.61. Nous considérons que l'article XVII:1 et XVII:2 du GATT de 1994 constitue le contexte pertinent pour l'interprétation de l'expression "organe gouvernemental" visée à l'article III:8 a). L'article XVII:1 énonce les obligations des entreprises commerciales d'État et l'article XVII:2 énonce une dérogation à ces obligations pour certaines transactions relatives aux acquisitions par les pouvoirs publics. Contrairement à l'article III:8 a), les dispositions de l'article XVII concernent les "entreprises commerciales d'État" et non les "organes gouvernementaux". Aux termes de l'article XVII:1, cette expression comprend les entreprises commerciales d'État et les entreprises auxquelles l'État a conféré des droits ou privilèges spéciaux. Il s'ensuit que le GATT de 1994 reconnaît qu'il y a un domaine public et un domaine privé, et que des entités gouvernementales peuvent agir dans l'un ou l'autre, ou les deux. Les pouvoirs publics peuvent limiter les actions des entités au domaine public ou leur donner des compétences pour agir dans le domaine privé. À notre avis, l'expression "organes gouvernementaux" désigne les entités qui agissent pour les pouvoirs publics ou en leur nom dans le domaine public dans les limites des compétences qui leur ont été conférées pour remplir des fonctions gouvernementales. Cela confirme aussi notre interprétation selon laquelle un "organe gouvernemental" est une entité qui agit pour les pouvoirs publics ou en leur nom et qui exerce des fonctions gouvernementales dans les limites des compétences qui lui sont conférées.

5.62. Nous examinons ensuite les mots "produits achetés" au sens de l'article III:8 a). Un "produit" au sens de cette disposition est quelque chose qui peut faire l'objet d'échanges. Le mot "produit" figure aussi dans d'autres dispositions de l'article III du GATT de 1994 qui constituent le contexte pertinent. Les paragraphes 2 et 4, en particulier, sont axés sur le traitement accordé aux "produits". L'article III:4 prohibe la discrimination à l'égard des produits importés, c'est-à-dire qu'il interdit à un Membre de traiter les produits importés moins favorablement que les produits similaires d'origine nationale. Dans le contexte de l'article III:2, l'obligation d'accorder le traitement national s'applique aussi au traitement des produits importés qui ont avec les produits nationaux un rapport direct de concurrence ou de substitution.

5.63. Nous avons constaté plus haut que l'article III:8 a) stipulait les conditions dans lesquelles la dérogation aux obligations énoncées à l'article III a lieu. La dérogation prévue à l'article III:8 a) ne devient pertinente que s'il y a un traitement discriminatoire à l'encontre de produits étrangers qui sont couverts par les obligations énoncées à l'article III, et si ce traitement discriminatoire résulte de lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés. Tant les obligations énoncées à l'article III que la dérogation prévue à l'article III:8 a) font référence au traitement discriminatoire de produits. Du fait que l'article III:8 a) est une dérogation aux obligations figurant dans les autres paragraphes de l'article III, nous considérons que le même traitement discriminatoire doit être examiné en ce qui concerne aussi bien les obligations énoncées à l'article III que la dérogation prévue à

⁴⁹⁷ Oxford English Dictionary en ligne, <<http://www.oed.com/view/Entry/3851>>.

⁴⁹⁸ Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Produits laitiers*, paragraphe 97; et *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 290.

l'article III:8 a). En conséquence, le champ des mots "produits achetés" figurant à l'article III:8 a) est éclairé par le champ du mot "produits" mentionné dans les obligations énoncées dans les autres paragraphes de l'article III. L'article III:8 a) concerne donc, en premier lieu, le produit qui est visé par la discrimination. Le champ d'application de l'article III:8 englobe non seulement les produits qui sont identiques au produit qui est acheté mais aussi les produits "similaires". Conformément à la note additionnelle relative à l'article III:2, il englobe aussi les produits qui ont un rapport direct de concurrence ou de substitution avec le produit acheté au titre de la mesure contestée. Pour plus de commodité, cet éventail de produits peut être décrit comme les produits qui sont dans un rapport de concurrence. Pour savoir ce qui constitue un rapport de concurrence entre des produits, il faut peut-être examiner les intrants et les procédés de production utilisés pour produire le produit. Dans sa réfutation de l'allégation du Canada au titre de l'article III:8 a), l'Union européenne reconnaît que le champ d'application de l'article III:8 a) peut aussi englober la discrimination relative aux intrants et procédés de production utilisés en ce qui concerne les produits achetés par voie d'acquisition.⁴⁹⁹ Pour ce qui est de savoir si la dérogation prévue à l'article III:8 a) peut aussi englober la discrimination du type mentionné par l'Union européenne, c'est une question que nous ne tranchons pas en l'espèce.⁵⁰⁰

5.64. Nous passons maintenant à l'élément suivant de l'article III:8 a). La disposition fait référence à des achats "pour les besoins des pouvoirs publics". Les participants ont exprimé des vues divergentes quant à la signification des mots "pour les besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a). Le Canada préconise une interprétation large qui peut englober tout achat effectué pour un but déclaré des pouvoirs publics.⁵⁰¹ Il allègue que son interprétation a été acceptée par le Groupe spécial.⁵⁰² En réponse aux questions posées à l'audience, il a précisé que l'analyse concernant les "besoins des pouvoirs publics" devait aller au-delà du but déclaré des pouvoirs publics et inclure une évaluation du point de savoir si les pouvoirs publics avaient toujours fourni un certain produit et s'ils étaient tenus de le faire en vertu de la Constitution, et qu'elle devait prendre en compte le rôle des pouvoirs publics dans un pays donné, en mettant l'accent sur l'histoire, la Constitution et la législation de cet État. L'Union européenne considère que l'interprétation du Canada est trop large. Selon elle, la question clé est de savoir si les "produits achetés" sont nécessaires à l'accomplissement des tâches et des fonctions des pouvoirs publics et seront donc authentiquement utilisés d'une certaine manière par les pouvoirs publics dans l'exercice de leurs fonctions publiques (y compris la fourniture de services publics).⁵⁰³ L'Union européenne admet qu'il n'est pas nécessaire que les "produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics" se limitent à ceux qui sont destinés à la consommation ou l'utilisation matérielle par les pouvoirs publics.⁵⁰⁴ Le Japon met l'accent sur le mot "pour", qui, selon lui, exige une analyse du point de savoir s'il y a un lien véritable et authentique entre l'"achat" et les "besoins des pouvoirs publics" en cause.⁵⁰⁵

5.65. Contrairement à ce que le Canada allègue, il n'est pas évident pour nous que le Groupe spécial ait élaboré sa propre interprétation des mots "pour les besoins des pouvoirs publics". Le Groupe spécial a bien dit que "le sens ordinaire" de l'expression "besoins des pouvoirs publics" était "relativement large" et pouvait englober tous les trois sens proposés par les parties, y compris l'interprétation du Canada.⁵⁰⁶ Toutefois, il ne s'est pas arrêté là. Immédiatement après cette déclaration, le Groupe spécial a indiqué qu'il devait "interpréter cette expression dans son contexte".⁵⁰⁷ En définitive, cependant, il n'a pas défini l'expression "besoins des pouvoirs publics".

⁴⁹⁹ L'Union européenne explique que lorsqu'elle fait référence aux "caractéristiques" du produit, elle ne fait pas nécessairement référence à des caractéristiques qui peuvent être détectées physiquement mais à des éléments qui définissent la nature du produit d'une manière plus générale. Elle déclare que le profil environnemental ou les attributs environnementaux qu'un produit particulier peut comporter, même s'ils ne se matérialisent pas en une caractéristique physique particulière, pourraient légitimement faire partie des spécifications du produit acheté qui sont étroitement liées à l'objet du contrat. (Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), note de bas de page 43 relative au paragraphe 51)

⁵⁰⁰ Nous n'examinons pas en l'espèce les règles pour la détermination de l'origine des produits achetés. Il n'a pas été allégué en l'espèce que les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux étaient des règles d'origine.

⁵⁰¹ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 59.

⁵⁰² Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 59 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.138 et 7.139).

⁵⁰³ Déclaration liminaire de l'Union européenne à l'audience.

⁵⁰⁴ Déclaration liminaire de l'Union européenne à l'audience.

⁵⁰⁵ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 171.

⁵⁰⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.139.

⁵⁰⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.139.

Au lieu de cela, il a déclaré que "l'expression "besoins des pouvoirs publics" devrait être interprétée en juxtaposition à l'expression "non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce" qui figur[ait] à l'article III:8 a)".⁵⁰⁸ Partant de l'idée qu'un achat pour les "besoins des pouvoirs publics" ne pouvait pas équivaloir en même temps à un achat de biens par les pouvoirs publics "pour [une] reven[te] dans le commerce", le Groupe spécial n'a pas formulé de conclusion sur le point de savoir si le programme et les contrats TRG comportaient des achats d'électricité pour les besoins des pouvoirs publics. En fait, il a examiné si ces achats étaient effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce", sur la base de l'hypothèse que s'il constatait que tel était le cas, cela impliquerait aussi que les achats n'étaient pas effectués pour les "besoins des pouvoirs publics".⁵⁰⁹

5.66. Le mot "purpose" peut désigner "an object in view; a determined intention or aim" (un objet en vue; une intention déterminée ou un but) ou "the end to which an object or action is directed"⁵¹⁰ (la fin visée par un objet ou une action). À l'article III:8 a), le mot "purpose" est employé conjointement avec le mot "governmental". En conséquence, l'expression "governmental purposes" peut désigner soit les intentions ou les buts des pouvoirs publics, soit les pouvoirs publics en tant que fin visée par le produit acheté. Nous notons qu'à l'article III:8 a) le mot "governmental" est employé une fois en relation avec le mot "purposes", et à nouveau en relation avec le mot "agencies" (organes). La référence à des "organes gouvernementaux" définit l'identité qui effectue l'acquisition. Or, du fait que les organes gouvernementaux, de par leur nature même, poursuivent des buts ou objectifs gouvernementaux, l'emploi répété du mot "governmental" en relation avec le mot "purposes" doit signifier davantage que la simple nécessité d'un certain but ou objectif gouvernemental en ce qui concerne les achats effectués par des organes gouvernementaux.

5.67. Nous notons aussi que la version française de l'article III:8 a) mentionne "les besoins des pouvoirs publics" et la version espagnole de la disposition "las necesidades de los poderes públicos". Le mot "purposes" correspond ainsi aux mots "besoins" et "necesidades", respectivement, dans les textes français et espagnol. Tant le terme français que le terme espagnol correspondent étroitement au terme anglais "needs".⁵¹¹ En tant que tels, les textes espagnol et français peuvent être lus en harmonie⁵¹² avec une interprétation du mot "purposes" en anglais comme faisant référence à des achats de produits visant les pouvoirs publics ou achetés pour les besoins des pouvoirs publics dans l'exercice de leurs fonctions. Par contre, les mots "besoins" et "necesidades" ne peuvent pas être lus en harmonie avec la définition du mot "purpose" comme signifiant les "objectifs" ou "buts" des pouvoirs publics, car ni le mot "besoins" en français, ni le mot "necesidades" en espagnol n'englobent la notion d'un but ou d'un objectif.⁵¹³

5.68. L'article XVII:2 du GATT de 1994 constitue le contexte pertinent pour l'interprétation des mots "besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a). Cette disposition mentionne les "importations de produits destinés à être immédiatement ou finalement consommés par les pouvoirs publics ou pour leur compte". En faisant référence à la consommation immédiate et finale par les pouvoirs publics ou pour leur compte, l'article XVII:2 identifie les cas dans lesquels un produit peut être réputé avoir été acheté pour les besoins des pouvoirs publics. Un exemple évident est le cas dans lequel un organe gouvernemental achète une marchandise et l'utilise pour exercer ses fonctions gouvernementales, et la marchandise est entièrement consommée dans le processus. Aucun des participants ne conteste que cela constituerait un exemple de marchandise achetée pour les besoins des pouvoirs publics. Nous notons aussi que l'article XVII:2 est libellé de façon plus restrictive que l'article III:8 a), car il emploie les mots "immédiatement ou finalement consommés par les pouvoirs publics ou pour leur compte". Cela donne à penser que, dans les cas où les produits achetés sont consommés par les pouvoirs publics ou pour leur compte, l'article III:8 a) ne prescrit pas que cela doive se faire "immédiatement ou finalement". En

⁵⁰⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.145.

⁵⁰⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.145.

⁵¹⁰ Oxford English Dictionary en ligne, <<http://www.oed.com/view/Entry/154972>>.

⁵¹¹ *The Oxford Spanish Dictionary*, B. Galimberti et R. Russell (éds.) (Oxford University Press, 1994), page 523; *Le Nouveau Petit Robert*, P. Varrod (éd.) (Dictionnaires Le Robert, 1993), pages 246 et 247.

⁵¹² L'article 33 de la Convention de Vienne exprime le principe que le texte du traité fait foi dans chaque langue, à moins que le traité ne dispose ou que les parties ne conviennent qu'en cas de divergence un texte déterminé l'emportera. Pour les accords visés, l'article XVI de l'Accord sur l'OMC dispose que les trois textes en langues française, anglaise et espagnole font foi. En conséquence, les termes de l'article III:8 a) du GATT de 1994 sont présumés avoir le même sens dans chaque texte faisant foi.

⁵¹³ *Diccionario de la Lengua Española*, 22^{ème} édition (Real Academia Española, 2001), page 1065.

conséquence, nous sommes d'avis que le membre de phrase "produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a) désigne ce qui est consommé par les pouvoirs publics ou ce qui est fourni par les pouvoirs publics à des bénéficiaires dans l'exercice de leurs fonctions publiques. Le champ de ces fonctions doit être déterminé au cas par cas.⁵¹⁴ Enfin, nous rappelons que l'article III:8 a) fait référence à des achats "*pour* les besoins des pouvoirs publics".⁵¹⁵ Le mot "*pour*" se rapporte aux mots "produits achetés" aux fins des "besoins des pouvoirs publics" et indique donc que les produits achetés doivent être censés viser les pouvoirs publics ou être utilisés pour leurs besoins. Par conséquent, l'article III:8 a) exige qu'il y ait un lien rationnel entre le produit et la fonction gouvernementale qui est exercée.

5.69. Nous passons à l'analyse du dernier élément du texte de l'article III:8 a), à savoir le membre de phrase "et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce". Dans le contexte de l'article III:8 a), les mots "pour être revendus dans le commerce" se rapportent aux mots "produits achetés" et sont donc reliés au même élément textuel que la clause "pour les besoins des pouvoirs publics". Les deux membres de phrase "pour les besoins des pouvoirs publics" et "non pas pour être revendus dans le commerce" qualifient et limitent en outre le champ des "produits achetés". Ces deux prescriptions sont reliées par les mots "et non pas", ce qui donne à penser que la prescription voulant que les achats ne soient pas effectués en vue d'une revente dans le commerce doit être remplie en plus de la prescription voulant que les achats soient effectués pour les besoins des pouvoirs publics. En conséquence, un achat qui ne satisfait pas à la prescription imposant qu'il soit effectué "pour les besoins des pouvoirs publics" ne sera pas visé par l'article III:8 a), indépendamment du point de savoir s'il satisfait à la prescription voulant qu'il soit effectué "non pas pour [une] reven[te] dans le commerce". Ces prescriptions sont cumulatives. Nous contestons donc l'affirmation du Groupe spécial selon laquelle lorsqu'un achat de marchandises par les pouvoirs publics est effectué "pour [une] reven[te] dans le commerce", il n'est pas, également pour cette raison, un achat "pour les besoins des pouvoirs publics".

5.70. En ce qui concerne le sens des mots "revendus dans le commerce", nous notons que le terme "resale" (revente) est défini comme signifiant "sale of something previously bought"⁵¹⁶ (vente de quelque chose acheté antérieurement). Dans le contexte de l'article III:8 a), le mot "revendus" renvoie aux mots "produits achetés". Par conséquent, le produit qui ne doit pas être "revendu" sur une base commerciale est le produit "acheté[]" pour les besoins des pouvoirs publics". Selon nous, une "revente dans le commerce" est une revente d'un produit dans des conditions de pleine concurrence entre un vendeur consentant et un acheteur consentant. Une grande partie du débat en l'espèce a été axé sur le point de savoir si une acquisition "pour [une] reven[te] dans le commerce" doit impliquer un profit. Le Canada, en particulier, a fait valoir qu'une acquisition "pour [une] reven[te] dans le commerce" était une acquisition effectuée "en vue d'une revente avec bénéfice".⁵¹⁷ Le Japon et l'Union européenne rejettent l'idée que le bénéfice, ou une intention de réaliser un bénéfice, est un élément requis.⁵¹⁸ Bien que le Groupe spécial ait en définitive constaté l'existence d'un profit en l'espèce⁵¹⁹, il ne semblait pas convaincu par l'argument du Canada selon lequel un élément profit était requis pour qu'une revente soit faite "dans le commerce".⁵²⁰ Le Groupe spécial a fait observer, à cet égard, que "c'[était] un fait que des ventes à perte [pouvaient] faire partie, et [faisaient] souvent partie, d'une activité commerciale ordinaire".⁵²¹

5.71. Selon nous, le point de savoir si une transaction constitue une "revente dans le commerce" doit être évalué au regard de l'ensemble de la transaction. Ce faisant, l'évaluation doit porter sur la transaction du point de vue du vendeur et sur la question de savoir si la transaction est orientée vers un bénéfice pour le vendeur. Nous considérons que l'orientation lucrative d'une manière générale indique qu'une revente se fait dans des conditions de pleine concurrence. Une orientation

⁵¹⁴ À l'audience, la discussion a porté sur un exemple dans lequel un hôpital public achète des produits pharmaceutiques et les fournit aux patients. Tant le Canada que l'Union européenne ont admis que cela pouvait être considéré comme un achat "pour les besoins des pouvoirs publics".

⁵¹⁵ Pas d'italique dans l'original.

⁵¹⁶ Oxford English Dictionary en ligne, <<http://www.oed.com/view/Entry/163370>>.

⁵¹⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.146.

⁵¹⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.146.

⁵¹⁹ Cette constatation fait l'objet d'un appel du Canada au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. Voir *infra*, paragraphes 5.83 et 5.84.

⁵²⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.151.

⁵²¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.151.

lucrative indique que le vendeur agit dans son propre intérêt. Or, comme le Groupe spécial l'a noté, il y a des circonstances dans lesquelles un vendeur engage une transaction dans son propre intérêt sans réaliser un bénéfice. Il y a des circonstances différentes dans lesquelles un vendeur peut offrir un produit à un prix qui ne lui permet pas de dégager un bénéfice voire parfois de récupérer tous ses coûts. Dans ces circonstances, il peut être utile de considérer la stratégie à long terme du vendeur. Cela tient au fait que des ventes à perte ne pourraient pas être effectuées indéfiniment et que l'on attendrait d'un vendeur rationnel qu'il ait une orientation lucrative à long terme, même si nous admettons que les stratégies peuvent varier beaucoup et ne voyons donc pas cela comme un axiome. La transaction doit aussi être évaluée du point de vue de l'acheteur. Une revente dans le commerce serait une revente dans laquelle l'acheteur cherche à maximiser son propre intérêt. C'est une évaluation de la relation entre le vendeur et l'acheteur dans la transaction en question qui permet de juger si une transaction est effectuée dans des conditions de pleine concurrence.

5.72. Enfin, nous passons à la clause "non pas ... pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce" figurant à l'article III:8 a). Là où la disposition emploie le même libellé que dans le membre de phrase "non pas pour être revendus dans le commerce", nous considérons que ces termes ont le même sens dans les deux clauses. Par ailleurs, alors que l'avant-dernière clause de l'article III:8 a) fait référence à la "revente" dans le commerce, la dernière clause mentionne simplement la "vente". Selon nous, cela tient au fait que l'avant-dernière clause vise la vente du produit acheté antérieurement par l'organe gouvernemental et que la dernière clause vise la vente d'un produit qui est différent du produit acheté antérieurement par les pouvoirs publics. Nous considérons cependant que les deux clauses font référence pour l'essentiel au même type de transaction de vente.

5.73. La disposition contient en outre les mots "use in the production of goods" (servir à la production de marchandises). Le mot "use" est défini comme signifiant "[t]he act of putting something to work, or employing or applying a thing, for any (especially a beneficial or productive) purpose"⁵²² ([l]acte de mettre quelque chose en œuvre, ou d'employer ou d'appliquer une chose, dans un but quelconque (en particulier de caractère avantageux ou productif)). Le but pertinent dans le sens de la disposition est ensuite précisé par les mots "in the production of goods". La préposition "in" exprime une relation d'inclusion et donne donc à penser que le produit joue un rôle dans la production de marchandises. Enfin, nous notons que la clause "non pas pour être revendus dans le commerce" et la clause "pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce" sont reliées par le mot "ou" qui donne à penser que la disposition vise uniquement les produits qui ne sont ni achetés pour être revendus dans le commerce ni achetés pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce.

5.74. En résumé, nous considérons que l'article III:8 a) énonce une dérogation à l'obligation d'accorder le traitement national énoncée à l'article III du GATT de 1994. Cette disposition exempte de l'obligation d'accorder le traitement national certaines mesures comportant des règles pour le processus par lequel les pouvoirs publics achètent des produits. Aux termes de l'article III:8 a), l'entité qui acquiert des produits pour les pouvoirs publics est un "organe gouvernemental". Nous avons constaté plus haut qu'un "organe gouvernemental" était une entité qui exerçait des fonctions gouvernementales et agissait pour les pouvoirs publics ou en leur nom. En outre, nous avons constaté que la dérogation prévue à l'article III:8 a) devait être interprétée en relation avec les obligations énoncées à l'article III. Cela signifie que le produit d'origine étrangère doit se trouver dans un rapport de concurrence avec le produit acheté.⁵²³ En outre, l'article III:8 a) se limite aux produits achetés pour être utilisés par les pouvoirs publics, consommés par les pouvoirs publics ou fournis par les pouvoirs publics à des bénéficiaires dans l'exercice de leurs fonctions publiques. Au contraire, l'article III:8 a) ne vise pas les achats effectués par les organes gouvernementaux pour une revente, dans des conditions de pleine concurrence, les produits achetés et il ne vise pas les achats effectués pour utiliser le produit acheté antérieurement pour la production de marchandises en vue d'une vente dans des conditions de pleine concurrence.

⁵²² Oxford English Dictionary en ligne, <<http://www.oed.com/view/Entry/220635>>.

⁵²³ Le point de savoir si la dérogation prévue à l'article III:8 a) peut aussi englober la discrimination relative à des intrants et procédés de production utilisés en ce qui concerne les produits achetés par voie d'acquisition est une question que nous ne tranchons pas en l'espèce. (Voir *supra*, paragraphe 5.63.)

5.3.4 Application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux faits des présents différends

5.75. Nous examinons maintenant si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes n'étaient pas visés par l'article III:8 a) et qu'ils étaient donc assujettis aux disciplines de l'article III:4 du GATT de 1994.⁵²⁴ Nous notons que le produit qui est visé par les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux indiqués dans le programme et les contrats TRG contestés par les plaignants comme étant discriminatoire au regard de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC est certains matériels de production d'énergie renouvelable.⁵²⁵ Or, le produit acheté par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme et des contrats TRG est l'électricité et non le matériel de production.⁵²⁶ Le matériel de production est acheté par les producteurs eux-mêmes. En conséquence, le produit acheté par un organe gouvernemental aux fins de l'article III:8 a) – à savoir l'électricité – n'est pas le même que le produit qui est traité moins favorablement à la suite des niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux figurant dans le programme et les contrats TRG.

5.76. Nous faisons observer que le Groupe spécial a noté la différence entre le produit visé par les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux et le produit faisant l'objet de l'acquisition.⁵²⁷ Le Groupe spécial a cependant constaté qu'en l'espèce, les achats d'électricité relevaient néanmoins du champ de la dérogation prévue à l'article III:8 a) car le matériel de production "[était] nécessaire et utilisé" pour produire l'électricité et que, par conséquent, il y avait une "relation étroite" entre les produits affectés par les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux (le matériel de production) et le produit acquis (l'électricité).⁵²⁸

5.77. Le Canada appuie la constatation du Groupe spécial selon laquelle il y a une "relation étroite" entre les produits affectés par les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux (le matériel de production) et le produit acquis par les pouvoirs publics de l'Ontario (l'électricité), parce que ces prescriptions visant le matériel de production d'électricité sont une condition à laquelle les producteurs utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque doivent satisfaire pour pouvoir participer au programme TRG, et parce que l'électricité acquise par les pouvoirs publics de l'Ontario est produite au moyen précisément du même matériel de production que celui qui est visé par les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux.⁵²⁹

5.78. Nous rappelons notre constatation formulée plus haut selon laquelle les lois, règlements et prescriptions "régissant" l'acquisition doivent énoncer un lien entre ces instruments juridiques et l'acquisition en ce sens que l'acte d'acquisition a lieu à l'intérieur d'une structure contraignante de lois, règlements et prescriptions. Nous reconnaissons que dans les mesures contestées, un lien est énoncé entre l'acquisition d'électricité et les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux concernant le matériel de production. Toutefois, selon nous, ce lien en droit interne n'est pas déterminant pour la question car l'article III:8 a) impose aussi d'autres conditions.

5.79. Nous avons constaté plus haut que les conditions pour la dérogation au titre de l'article III:8 a) devaient être interprétées en relation avec les obligations énoncées dans les autres paragraphes de l'article III. Cela signifie que le produit d'origine étrangère dont il est allégué qu'il fait l'objet de la discrimination doit avoir un rapport de concurrence avec le produit acheté. Dans l'affaire dont nous sommes saisis, le produit acquis est l'électricité, tandis que le produit faisant l'objet d'une discrimination en raison de son origine est le matériel de production. Ces deux produits ne se trouvent pas dans un rapport de concurrence. Aucun des participants n'a laissé entendre le contraire, et n'a encore moins présenté des éléments de preuve pour étayer une telle affirmation. En conséquence, la discrimination relative au matériel de production inscrite dans le programme et les contrats TRG n'est pas couverte par la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994.⁵³⁰ En conséquence, nous infirmos les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.127, 7.128 et 7.152 de ses rapports, selon lesquelles les niveaux

⁵²⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.152.

⁵²⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.124. Voir aussi les paragraphes 7.158 à 7.160.

⁵²⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.64.

⁵²⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.125 et 7.126 et note de bas de page 271 y relative.

⁵²⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.127.

⁵²⁹ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphes 47 à 57.

⁵³⁰ Nous rappelons que nous ne traitons pas en l'espèce les règles pour la détermination de l'origine des produits achetés. Il n'a pas été allégué en l'espèce que les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux étaient des règles d'origine.

minima requis de teneur en éléments nationaux du programme TRG et des contrats TRG et microTRG connexes sont des lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition d'électricité, par des organes gouvernementaux, au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Au lieu de cela, nous constatons que les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux ne peuvent pas être qualifiés de "lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition [d'électricité], par les organes gouvernementaux" au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

5.80. Nous rappelons que tant le Japon que l'Union européenne ont formulé des allégations axées sur diverses parties de l'analyse du Groupe spécial concernant l'article III:8 a). En particulier, le Japon allègue que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les achats d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG constituaient une "acquisition" au sens de l'article III:8 a)⁵³¹, parce que la structure du réseau d'énergie en Ontario, en particulier la dissociation de la production, du transport et de la distribution d'électricité ainsi que l'attribution de chacune de ces fonctions avec les fonctions de réglementation correspondantes à des entités distinctes, donnait à penser que les pouvoirs publics de l'Ontario n'assuraient pas l'offre physique ou la vente d'électricité. L'Union européenne soutient que les prescriptions des mesures en cause relatives à la teneur en éléments nationaux ne sont pas visées par l'article III:8 a) parce qu'elles concernent le matériel de production, un produit qui est différent et "complètement dissocié" du produit acquis par les pouvoirs publics, qui est l'électricité.⁵³²

5.81. Tant le Japon que l'Union européenne ont formulé des allégations additionnelles mais l'ont fait sur une base conditionnelle. Le Japon et l'Union européenne font appel à titre conditionnel de l'interprétation et de l'application par le Groupe spécial de l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics".⁵³³ Le Japon fait appel à titre conditionnel de l'interprétation et de l'application par le Groupe spécial des mots "revendus dans le commerce".⁵³⁴

5.82. Nous avons traité les différents éléments de l'article III:8 a) auxquels se rapportent les allégations du Japon et de l'Union européenne dans une interprétation globale de cette disposition, exposée plus haut. Ayant constaté que les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux ne relevaient pas de la dérogation prévue à l'article III:8 a), nous n'avons pas besoin de traiter ces autres allégations d'erreur formulées par l'Union européenne et le Japon en vue de l'infirmer des constatations intermédiaires du Groupe spécial. Ces constatations sont sans fondement.

5.83. Le Canada allègue que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les achats d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG étaient effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce". Il formule en outre deux allégations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en relation avec cette constatation. En particulier, il fait valoir que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi, d'une manière contraire à l'article 11 du Mémoire d'accord, lorsqu'il a constaté que les mesures en cause comportaient des achats "pour [une] reven[te] dans le commerce" au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Plus spécifiquement, le Canada allègue que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que: i) Hydro One Inc. et les distributeurs vendaient de l'électricité en concurrence avec les détaillants agréés du secteur privé; et ii) le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales tiraient profit de la revente de l'électricité achetée dans le cadre du programme TRG aux consommateurs.

5.84. Notre conclusion selon laquelle les mesures en cause ne sont pas visées par l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'est pas fondée sur une constatation selon laquelle l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG est effectuée "pour [une] reven[te] dans le commerce". En fait, elle est fondée sur notre constatation selon laquelle l'article III:8 a) ne couvre pas un traitement discriminatoire du matériel utilisé pour produire l'électricité qui est acquise par les pouvoirs publics de l'Ontario. Par ailleurs, nous avons déclaré sans fondement les constatations intermédiaires du Groupe spécial, y compris la constatation selon laquelle l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme

⁵³¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.136.

⁵³² Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appellant (DS426), paragraphe 53. Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.128.

⁵³³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.145.

⁵³⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.151.

et des contrats TRG était effectuée "pour [une] reven[te] dans le commerce". En conséquence, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner plus avant les allégations du Canada.

5.85. À la lumière de notre constatation selon laquelle les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux ne relèvent pas de l'article III:8 a) et eu égard au fait que le Canada n'a pas fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 et l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC⁵³⁵, la conclusion formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.2 de son rapport concernant le Japon et au paragraphe 8.6 de son rapport concernant l'UE, selon laquelle les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux prescrits au titre du programme TRG et des contrats TRG et microTRG connexes sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994, est maintenue.

5.4 Le Groupe spécial a-t-il dûment appliqué le principe d'économie jurisprudentielle lorsqu'il s'est abstenu de formuler une constatation au sujet de l'allégation "autonome" formulée par le Japon au titre de l'article III:4 du GATT de 1994?

5.86. Nous examinons maintenant l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a manqué à ses devoirs au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord et a appliqué de manière erronée le principe d'économie jurisprudentielle en ne formulant pas de constatation en ce qui concerne l'allégation formulée par le Japon au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, qui était indépendante de l'allégation du Japon concernant l'article III:4 du GATT de 1994 et l'Accord sur les MIC.

5.87. Nous rappelons brièvement la manière dont cette question a été débattue devant le Groupe spécial. Le Japon a allégué que les mesures en cause étaient incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'elles imposaient aux producteurs d'énergie renouvelable des "prescriptions" "affectant" la "vente", l'"achat" et l'"utilisation" de matériel de production d'énergie renouvelable "sur le marché intérieur" et accordaient au matériel importé un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux "produits similaires" originaires de l'Ontario.⁵³⁶ Cette allégation était indépendante de l'allégation du Japon concernant la violation de l'Accord sur les MIC, qui incluait également l'article III:4, et la complétait.⁵³⁷ Par souci de commodité, nous désignons ci-après la première allégation du Japon sous l'appellation d'"allégation autonome au titre de l'article III:4". Nous désignons la seconde allégation du Japon sous l'appellation d'"allégation au titre de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4".

5.88. Comme il est indiqué dans la section 5.2, le Groupe spécial a décidé d'"évaluer[]" simultanément le bien-fondé des allégations présentées par les plaignants tant au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC qu'au titre de l'article III:4 du GATT de 1994".⁵³⁸ Il a expliqué qu'il "ressort[ait] clairement des termes de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC" que, pour entreprendre son évaluation au titre de cet accord, il devrait "aussi nécessairement [se] forger un avis sur le bien-fondé des allégations des plaignants concernant la compatibilité des mesures contestées avec l'article III:4 du GATT de 1994".⁵³⁹

5.89. À la fin de son analyse, le Groupe spécial a constaté que "les mesures contestées [étaient] des MIC relevant du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative et que, eu égard à l'article 2:2 et au texte introductif du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative, elles [étaient] incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994, et donc aussi incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC".⁵⁴⁰ Le Groupe spécial a ensuite conclu:

À la lumière des constatations que nous avons formulées dans cette section des présents rapports, nous concluons que le programme TRG ainsi que les contrats TRG

⁵³⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.167. Le Canada n'a pas contesté devant le Groupe spécial que les mesures en cause étaient des MIC. (*Ibid.*, paragraphe 7.70) Par ailleurs, le Groupe spécial a noté que, "hormis son invocation de l'article III:8 a) du GATT de 1994, le Canada n'a[vait] pas présenté d'arguments spécifiques pour rejeter les allégations des plaignants au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4 du GATT de 1994". (*Ibid.*, note de bas de page 254 relative au paragraphe 7.107)

⁵³⁶ Première communication écrite du Japon au Groupe spécial (DS412), paragraphe 262.

⁵³⁷ Première communication écrite du Japon au Groupe spécial (DS412), paragraphes 295 et suivants.

⁵³⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.70.

⁵³⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.70.

⁵⁴⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.166.

et microTRG, sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994.⁵⁴¹

5.90. Au stade du réexamen intérimaire, le Japon a demandé au Groupe spécial d'"examiner son autre argument et de le faire en effectuant une analyse distincte au regard de l'article III:4 du GATT de 1994".⁵⁴² Il a fait valoir que "cette analyse distincte [était] nécessaire pour que le Groupe spécial s'acquitte de ses responsabilités au titre des articles 3 et 11 du Mémorandum d'accord".⁵⁴³ Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de la demande du Japon.⁵⁴⁴

5.91. Le Groupe spécial a répondu ce qui suit:

[N]ous avons constaté que les mesures contestées étaient des MIC relevant du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative et qu'à la lumière de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et du texte introductif du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative, les mesures contestées étaient incompatibles à la fois avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et avec l'article III:4 du GATT de 1994. Ayant formulé cette constatation, nous ne jugeons pas nécessaire, pour régler les différends dont nous sommes saisis, d'examiner également l'autre argument du Japon et d'effectuer une analyse entièrement distincte et autonome de l'allégation du Japon au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. Par conséquent, nous avons rejeté la demande du Japon.⁵⁴⁵

5.92. En appel, le Japon allègue que le Groupe spécial a appliqué indûment le principe d'économie jurisprudentielle lorsqu'il s'est abstenu de formuler une constatation en ce qui concerne l'allégation autonome formulée par le Japon au titre de l'article III:4. Nous notons que le Groupe spécial n'a pas employé l'expression "principe d'économie jurisprudentielle" pour décrire la manière dont il s'est prononcé sur l'allégation autonome du Japon au titre de l'article III:4. La seule explication donnée par le Groupe spécial se trouve dans la section relative au réexamen intérimaire des rapports du Groupe spécial qui est citée plus haut. Le Groupe spécial n'a pas dit explicitement qu'il appliquait le principe d'économie jurisprudentielle, mais l'explication qu'il a donnée dans le réexamen intérimaire donne à penser que c'est ce qu'il avait en tête.

5.93. La question dont nous sommes saisis est donc de savoir si l'application du principe d'économie jurisprudentielle par le Groupe spécial en l'espèce était appropriée. Étant donné que les groupes spéciaux disposent d'une marge discrétionnaire en ce qui concerne l'application du principe d'économie jurisprudentielle, pour faire admettre son allégation en appel le Japon doit démontrer que le Groupe spécial a outrepassé ce pouvoir discrétionnaire. Conformément à la jurisprudence de l'Organe d'appel, cela veut dire que le Japon devrait montrer que le Groupe spécial avait assuré uniquement un "règlement partiel de la question en cause" ou qu'une constatation additionnelle concernant l'allégation autonome du Japon au titre de l'article III:4 "[était] nécessaire [pour] établir une constatation pour que l'ORD puisse faire des recommandations et prendre des décisions suffisamment précises, auxquelles le [Canada] pourra donner suite rapidement".⁵⁴⁶

5.94. Pour commencer, nous soulignons qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire dans laquelle le groupe spécial n'a pas formulé de constatation au titre d'une disposition dont le plaignant alléguait qu'elle avait été enfreinte. En l'espèce, le Groupe spécial a formulé une constatation de violation de l'article III:4 du GATT de 1994. Il est vrai que cette constatation de violation repose

⁵⁴¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.167. Le Groupe spécial a formulé la recommandation suivante sur la base de sa conclusion antérieure:

En conséquence, nous concluons que dans la mesure où le Canada a agi d'une manière incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994, il a annulé ou compromis des avantages revenant au Japon.

Nous recommandons que le Canada rende ses mesures conformes à ses obligations au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994.

(Rapport du Groupe spécial concernant le Japon (DS412), paragraphes 8.4 et 8.5)

⁵⁴² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 6.71.

⁵⁴³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 6.71.

⁵⁴⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 6.71.

⁵⁴⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 6.72.

⁵⁴⁶ Rapports de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 223; et *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, paragraphe 331. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 133; et *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 732.

sur une évaluation des mesures en cause au regard de la Liste exemplative de MIC annexée à l'Accord sur les MIC, et en particulier du paragraphe 1 a). Bien que cela ne soit pas dit expressément, le paragraphe 1 a) donne un exemple de cas dans lequel un produit importé bénéficie d'un traitement moins favorable que celui qui est accordé à un produit national similaire. Comprise de cette façon, il n'est pas évident qu'une constatation autonome de violation de l'article III:4 du GATT de 1994 renforcerait une constatation de violation de l'article III:4 qui découle d'une évaluation au regard de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC.

5.95. Le Japon fait valoir qu'une constatation autonome au titre de l'article III:4 aboutirait à des obligations de mise en œuvre plus larges. Des obligations de mise en œuvre différentes ont été l'un des facteurs utilisés dans le passé pour évaluer si l'application du principe d'économie jurisprudentielle était appropriée ou inappropriée. Toutefois, la présente affaire ne s'apparente pas à l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, dans laquelle la mesure corrective pouvant être adoptée à la suite d'une constatation de violation de l'Accord SMC⁵⁴⁷ était différente de la mesure corrective pouvant être adoptée dans le contexte d'une constatation de violation de l'Accord sur l'agriculture. Il n'y a en l'espèce pas de différence entre la mesure corrective pouvant être adoptée au titre de l'article 19:1 du Mémoire d'accord en cas de constatation autonome de violation au titre de l'article III:4 et la constatation de violation au titre de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4 formulée par le Groupe spécial.

5.96. À l'audience, le Japon a précisé sa position concernant les différences entre les obligations de mise en œuvre en expliquant que le Canada pouvait abaisser les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux du programme TRG jusqu'au point où il serait possible de satisfaire à ces prescriptions exclusivement en utilisant des services locaux. Le Japon était d'avis qu'une telle situation ne serait pas couverte par la constatation du Groupe spécial au titre de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4, mais l'aurait été si le Groupe spécial avait formulé une constatation autonome au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

5.97. Nous notons que l'argument du Japon repose sur une modification des niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux du programme TRG. Le Japon n'a pas laissé entendre que les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux dans le cadre des filières TRG ou microTRG pouvaient être atteints à l'heure actuelle par le recours à des services exclusivement. En fait, devant le Groupe spécial, le Japon a souligné que c'était le contraire, expliquant "que pour tous les types de projets, *au moins certains* produits fabriqués, formés ou assemblés en Ontario *devaient* être utilisés pour atteindre les niveaux minima requis de [] teneur en éléments nationaux".⁵⁴⁸ Autrement dit, comme le Groupe spécial l'a noté, le Japon soutenait que "les activités de service pur indiquées dans chaque grille [de] teneur en éléments nationaux [n'étaient] pas suffisantes pour atteindre les "niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux"". ⁵⁴⁹ Le Groupe spécial "[a] examiné attentivement le fonctionnement du "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" et est conven[u] avec le Japon "que dans toutes les situations décrites ... par le Japon, au moins certains produits de source ontarienne (et donc canadienne) [devaient] être utilisés pour atteindre ce niveau".⁵⁵⁰ Par conséquent, l'argument du Japon concernant la mise en œuvre repose sur une mesure qui est différente de la mesure qui était soumise au Groupe spécial. Nous ne pensons pas qu'il était nécessaire ou approprié que le Groupe

⁵⁴⁷ L'article 4.7 de l'Accord SMC dispose ce qui suit:

s'il est constaté que la mesure en question est une subvention prohibée, le groupe spécial recommandera que le Membre qui accorde la subvention la retire sans retard. À cet égard, le groupe spécial spécifiera dans sa recommandation le délai dans lequel la mesure doit être retirée.

⁵⁴⁸ Première communication écrite du Japon au Groupe spécial (DS412), paragraphe 173. (italique dans l'original) Voir aussi les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.161.

⁵⁴⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.161. Le Japon a fait cette démonstration en montrant que, dans le cadre de la filière TRG, l'utilisation de services donnerait un pourcentage admissible maximum de 20% pour les projets éoliens, et de 22 à 28% pour les projets d'énergie solaire photovoltaïque suivant la technologie utilisée. Les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux dans le cadre du programme TRG sont les suivants: projets éoliens, 25% pour les années-repères 2009-2011 et 50% en 2012; et pour les projets d'énergie solaire photovoltaïque, 50% pour les années-repères 2009-2010 et 60% en 2011. En ce qui concerne les projets microTRG d'énergie solaire photovoltaïque, le Japon a expliqué que le pourcentage admissible maximum pour les services était de 27 ou 28% suivant la technologie utilisée, tandis que le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux était de 40% pour les années-repères 2009-2010 et de 60% en 2011. (Voir les rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.158 et 7.161; et la première communication écrite du Japon au Groupe spécial (DS412), paragraphe 173.)

⁵⁵⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.163.

spécial formule une constatation additionnelle en prévision de la modification des mesures en cause par le Canada de la manière suggérée par le Japon.

5.98. Par ailleurs, il n'apparaît pas que le Japon a demandé au Groupe spécial différents types de mesures correctives pour chacun de ses deux arguments au titre de l'article III:4. Le Japon a simplement demandé que le Groupe spécial recommande que le Canada "rende le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éolien et solaire photovoltaïque conformes au GATT de 1994 et à l'Accord sur les MIC, comme il est prescrit à l'article 19:1 du Mémoire d'accord".⁵⁵¹ En l'occurrence, le Groupe spécial a recommandé "que le Canada rende ses mesures conformes à ses obligations au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994".⁵⁵² Par conséquent, hormis la manière expéditive dont le Groupe spécial a fait référence aux mesures en cause et à l'ordre dans lequel les accords sont énumérés, la recommandation du Groupe spécial suit de près ce que le Japon a demandé.

5.99. Le Japon trouve également des éléments à l'appui de sa position dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a reproché au Groupe spécial de ne pas avoir formulé de constatations sur les allégations présentées par le Mexique au titre des articles I^{er} et III du GATT de 1994, ayant évalué la mesure au titre de l'article 2.1, 2.2 et 2.4 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC). L'Organe d'appel a expliqué:

Il nous semble que la décision du Groupe spécial d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle était fondée sur l'idée que les obligations prévues à l'article 2.1 de l'Accord OTC et aux articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 étaient pour l'essentiel les mêmes. À notre avis, cette idée est erronée. En fait, comme nous l'avons constaté plus haut, la portée et la teneur de ces dispositions ne sont pas les mêmes. De plus, selon nous, le Groupe spécial aurait dû formuler des constatations additionnelles au titre du GATT de 1994 dans le cas où l'Organe d'appel ne partagerait pas son opinion selon laquelle la mesure en cause est un "règlement technique" au sens de l'Accord OTC. Par conséquent, il aurait fallu que le Groupe spécial examine les allégations du Mexique au titre du GATT de 1994 étant donné qu'il n'avait pas constaté de violation au regard de l'article 2.1 de l'Accord OTC. En omettant de le faire, le Groupe spécial a effectué, à notre avis, une "application erronée du principe d'économie jurisprudentielle", et a agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.⁵⁵³

5.100. Il y a une différence fondamentale entre la situation en l'espèce et la situation qui a été soumise à l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*. Dans la présente affaire, le Groupe spécial a formulé des constatations de violation au titre à la fois de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4 du GATT de 1994, tandis que dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, il n'a pas formulé de constatations de violation au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 ni de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Par conséquent, la situation en l'espèce et la situation dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* sont diamétralement opposées.

5.101. À notre avis, les circonstances de la présente affaire ressemblent davantage à celles de l'affaire *États-Unis – Coton upland* qu'à celles de l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*. Nous rappelons que, dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, le Brésil alléguait que les garanties de

⁵⁵¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 3.2 b). Le Japon a effectivement demandé des constatations distinctes, demandant au Groupe spécial de constater que:

b) la prescription relative à la teneur en éléments nationaux du programme TRG ainsi que des contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques accorde au matériel japonais de production d'énergie renouvelable un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires originaires de l'Ontario, en violation de l'article III:4 du GATT de 1994; et

c) le programme TRG, ainsi que les contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques, constituent des mesures concernant les investissements et liées au commerce qui sont incompatibles avec les dispositions de l'article III du GATT de 1994 et sont donc contraires à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

(*Ibid.*, paragraphe 3.1 b) et c))

⁵⁵² Rapport du Groupe spécial Japon (DS412), paragraphe 8.5.

⁵⁵³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 405 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 223).

crédit à l'exportation accordées par les États-Unis à certains produits agricoles étaient des subventions à l'exportation prohibées au titre de l'article 3.1 a) et 3.2 de l'Accord SMC.⁵⁵⁴ Le Groupe spécial chargé d'examiner cette affaire a déterminé que les garanties de crédit à l'exportation étaient effectivement des subventions à l'exportation prohibées au titre de l'article 3.1 a) et 3.2 de l'Accord SMC. Aux fins de son évaluation, le Groupe spécial s'est fondé sur le point j) de la Liste exemplative de subventions à l'exportation annexée à l'Accord SMC.⁵⁵⁵ Au stade du réexamen intérimaire, il a rejeté la demande du Brésil tendant à ce qu'il "fasse certaines constatations "de fait" additionnelles concernant les éléments de preuve et l'argumentation des parties portant sur l'allégation du Brésil selon laquelle les programmes de garantie du crédit à l'exportation ... qui [étaient] en cause constitu[aient] des subventions à l'exportation prohibées au titre des éléments des articles 1^{er} et 3.1 a) de l'Accord SMC".⁵⁵⁶

5.102. Le Brésil a ensuite fait appel de la constatation du Groupe spécial, faisant valoir que cette constatation constituait une application erronée du principe d'économie jurisprudentielle. L'Organe d'appel a fait observer que l'allégation du Brésil était fondée "sur son opinion selon laquelle le point j) de la Liste exemplative de subventions à l'exportation annexée à l'Accord SMC [était] une obligation distincte de celle qui [était] énoncée à l'article 3.1 a), lu conjointement avec l'article 1.1".⁵⁵⁷ Il s'est abstenu de se prononcer sur le point de savoir si le postulat sur lequel le Brésil avait fondé son argument était correct, parce que, "même si [l'Organe d'appel] dev[ait] supposer qu'une telle allégation était possible, [il] conclu[rait] que le Groupe spécial avait le pouvoir discrétionnaire d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne l'allégation du Brésil".⁵⁵⁸ Selon l'Organe d'appel, la constatation du Groupe spécial selon laquelle les programmes de garantie de crédit à l'exportation des États-Unis constituaient une subvention à l'exportation prohibée au titre de l'article 3.1 a) parce qu'ils ne satisfaisaient pas au critère du point j) était "suffisante pour régler la question".⁵⁵⁹ En conséquence, l'Organe d'appel a rejeté l'allégation du Brésil et a constaté que l'application du principe d'économie jurisprudentielle par le Groupe spécial était appropriée.⁵⁶⁰

5.103. Les circonstances décrites ci-dessus sont semblables à celles qui entourent l'allégation formulée par le Japon en l'espèce. Les deux affaires comportent des constatations d'incompatibilité qui ont été formulées sur la base de l'application d'une liste exemplative. Dans le cas du point j) de la Liste exemplative de subventions à l'exportation, le fait qu'il est satisfait aux éléments de cette disposition amène à constater l'existence d'une subvention à l'exportation prohibée au titre de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC. En l'espèce, le fait qu'il est satisfait aux éléments mentionnés au paragraphe 1 a) de la Liste exemplative de MIC amène à constater qu'il y a incompatibilité avec l'article III:4 du GATT de 1994. Dans les deux cas, les éléments dont il faut démontrer l'existence au regard des paragraphes pertinents des Listes exemplatives ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux dont il faut démontrer l'existence conformément à l'obligation fondamentale. En

⁵⁵⁴ Le Brésil contestait également les garanties de crédit à l'exportation au titre de l'Accord sur l'agriculture.

⁵⁵⁵ Le point j) de la Liste exemplative de subventions à l'importation dispose ce qui suit:

Mise en place par les pouvoirs publics (ou par des organismes spécialisés contrôlés par eux) de programmes de garantie ou d'assurance du crédit à l'exportation, de programmes d'assurance ou de garantie contre la hausse du coût des produits exportés, ou de programmes contre les risques de change, à des taux de primes qui sont insuffisants pour couvrir, à longue échéance, les frais et les pertes au titre de la gestion de ces programmes.

⁵⁵⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 6.31. Le Brésil alléguait que, "dans le cas où l'une des parties forme un appel et où l'Organe d'appel infirme la conclusion du Groupe spécial sur le point j), l'Organe d'appel pourrait ne pas disposer des faits nécessaires pour "compléter l'analyse" en ce qui concerne les allégations formulées par le Brésil au titre des articles 1^{er} et 3.1 a) de l'Accord SMC". (*Ibid.*)

⁵⁵⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 730 (faisant référence à la communication du Brésil en tant qu'autre appelant, paragraphe 22).

⁵⁵⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 731. Dans la note de bas de page 1139 y relative, l'Organe d'appel a expliqué que le Groupe spécial n'avait pas dit expressément qu'il appliquait le principe d'économie jurisprudentielle. En fait, le Groupe spécial a dit qu'il ne jugeait pas "nécessaire d'examiner les arguments additionnels du Brésil". (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 6.31 (souligné dans l'original)) Le Brésil a d'abord dit que le fait que le Groupe spécial n'avait pas formulé de constatation était une erreur commise par celui-ci dans "[l']interprétation et [l']application de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC, ainsi que de l'article 3:7 du Mémorandum d'accord". (Communication du Brésil en tant qu'autre appelant dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 22) Plus loin dans sa communication, toutefois, il a qualifié l'erreur du Groupe spécial d'"application erronée du principe d'économie jurisprudentielle". (*Ibid.*, paragraphe 23; voir aussi les paragraphes 33 et 39 à 41.)

⁵⁵⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 732.

⁵⁶⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 733.

outre, dans les deux cas, l'obligation fondamentale fait apparaître un ensemble plus vaste de mesures que les exemples mentionnés dans les Listes exemplatives. Par conséquent, la décision du Groupe spécial d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle en l'espèce en ce qui concerne l'allégation autonome du Japon au titre de l'article III:4 est compatible avec l'approche suivie par le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, dont l'Organe d'appel a constaté qu'elle ne constituait pas une application inappropriée du principe d'économie jurisprudentielle.

5.104. En résumé, nous ne sommes pas convaincus que le fait que le Groupe spécial n'a pas formulé de constatation sur l'allégation autonome du Japon au titre de l'article III:4 assurait uniquement un "règlement partiel de la question en cause" ou qu'une constatation additionnelle concernant l'allégation autonome du Japon au titre de l'article III:4 "[était] nécessaire [pour] établir une constatation pour que l'ORD puisse faire des recommandations et prendre des décisions suffisamment précises, auxquelles le [Canada] pourra donner suite rapidement".⁵⁶¹ Par conséquent, nous rejetons l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord et a appliqué de manière erronée le principe d'économie jurisprudentielle en s'abstenant de formuler une constatation sur l'allégation autonome du Japon au titre de l'article III:4.

5.105. Le Japon demande, si nous devons conclure que l'application du principe d'économie jurisprudentielle par le Groupe spécial était erronée, que nous complétions l'analyse de son allégation autonome au titre de l'article III:4. Comme nous avons constaté qu'il n'était pas incorrect de la part du Groupe spécial de s'être abstenu de formuler une constatation concernant l'allégation autonome du Japon au titre de l'article III:4, il n'est pas nécessaire que nous examinions plus avant la demande du Japon.

5.5 Allégations au titre de l'Accord SMC

5.5.1 Article 1.1 a) – "Contribution financière" ou "soutien des revenus ou des prix"

5.106. Le Japon fait appel de plusieurs aspects des constatations formulées par le Groupe spécial au titre de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC. En particulier, il fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 1.1 a) en constatant que le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes constituaient des "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics au regard de l'article 1.1 a) 1) iii).⁵⁶² S'agissant de l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) donnée par le Groupe spécial, le Japon soutient que celui-ci a fait erreur en constatant que les alinéas i) et iii) de l'article 1.1 a) 1) s'excluaient mutuellement.⁵⁶³ S'agissant de l'application de l'article 1.1 a), il nous demande d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG sont des "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics et de constater au lieu de cela qu'il est approprié de qualifier les mesures en cause de "transfert[s] direct[s] de fonds", de "transferts directs potentiels de fonds", ou de "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'article 1.1 a). À titre subsidiaire, le Japon nous demande de modifier la constatation formulée par le Groupe spécial à cet égard pour constater que les mesures en cause peuvent aussi être qualifiées de "transfert[s] direct[s] de fonds", de "transferts directs potentiels de fonds", ou de "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.⁵⁶⁴

5.107. En outre, le Japon fait valoir que le Groupe spécial a indûment appliqué le principe d'économie jurisprudentielle au sujet de son allégation selon laquelle les mesures en cause constituent un "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC, et, par conséquent, n'a pas procédé à une évaluation objective de la question comme il est prescrit à l'article 11 du Mémoire d'accord. Le Japon nous demande de constater que le programme et les contrats TRG peuvent être qualifiés de "soutien des revenus ou des prix" et de constater l'existence d'un avantage en ce qui concerne cette qualification des mesures contestées.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 403 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 223).

⁵⁶² Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 29.

⁵⁶³ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 49.

⁵⁶⁴ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 48.

⁵⁶⁵ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 59.

5.108. Nous résumons tout d'abord les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC et nous examinons ensuite chacune des allégations présentées en appel par le Japon.

5.5.1.1 Constatations du Groupe spécial

5.109. Devant le Groupe spécial, le Japon a fait valoir que le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes étaient des "transfert[s] direct[s] de fonds" et des "transferts directs potentiels de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC. À titre subsidiaire, il a déclaré que les mesures en cause étaient un "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2).⁵⁶⁶ Le Canada contestait cette position et affirmait que la seule qualification juridique qui puisse être donnée aux mesures en cause était celle de contributions financières sous la forme d'"ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) iii).⁵⁶⁷

5.110. Après un examen des mesures en cause, le Groupe spécial a constaté que la qualification juridique appropriée du programme et des contrats TRG était celle de "contribution[s] financière[s]" sous la forme d'"ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.⁵⁶⁸ Le raisonnement suivi par le Groupe spécial pour parvenir à cette conclusion reposait sur trois principaux éléments. Premièrement, le Groupe spécial a noté que l'OEO transférait des fonds aux fournisseurs TRG pour "l'électricité qui [était] injectée" dans le réseau électrique de l'Ontario.⁵⁶⁹ C'est en payant un prix TRG contractuel pour l'électricité fournie que les pouvoirs publics de l'Ontario cherchent à atteindre l'objectif qui est d'assurer l'investissement dans de nouvelles installations de production afin de diversifier l'approvisionnement de l'Ontario. Ainsi, de l'avis du Groupe spécial, il n'y a aucun élément de don inhérent à la conception et au fonctionnement du programme TRG. Le Groupe spécial a souligné que, même si les contrats TRG et microTRG facilitaient pour les fournisseurs la recherche d'un financement pour le projet, il serait erroné de qualifier les paiements contractuels eux-mêmes de paiements destinés à financer la construction d'une installation de production.⁵⁷⁰

5.111. Deuxièmement, le Groupe spécial a constaté que les pouvoirs publics de l'Ontario prenaient possession de l'électricité et, par conséquent, "ache[taient] de l'électricité".⁵⁷¹ Il a constaté qu'il y avait "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics aux termes de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC lorsque des "pouvoirs publics" ou un "organisme public" prenaient possession (y compris sous la forme d'un droit de propriété) d'un bien en effectuant un paiement d'un certain type (monétaire ou autre).⁵⁷² En particulier, étant donné les caractéristiques spécifiques de l'électricité, le Groupe spécial a préféré qualifier l'achat d'électricité comme impliquant le transfert d'un *droit de propriété* sur l'électricité, plutôt que la prise de possession matérielle de l'électricité.⁵⁷³ En outre, il a rejeté l'argument de l'Union européenne selon lequel la notion d'"achats de biens" par les pouvoirs publics impliquait que les pouvoirs publics étaient l'entité à laquelle quelque chose était fourni pour *son usage*.⁵⁷⁴

5.112. Le Groupe spécial a ensuite fait observer que les "achats de biens" par les pouvoirs publics exigeaient l'intervention des "pouvoirs publics" ou d'un "organisme public". À son avis, c'est exactement ce qui se produit par le biais du programme et des contrats TRG, lorsque les actions combinées de tous les trois "organismes publics" impliqués (à savoir l'OEO, Hydro One Inc. et la

⁵⁶⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.169. Devant le Groupe spécial, l'Union européenne a déclaré que les mesures en cause pouvaient chacune être qualifiées juridiquement de "contribution financière" sous la forme d'un "transfert direct de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i), ou de forme de "soutien des revenus ou des prix" selon les termes de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC. Subsidièrement à ces deux argumentations, l'Union européenne a soutenu que les mesures contestées pourraient aussi être qualifiées de "transferts directs potentiels de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i), ou d'action des pouvoirs publics comportant une action de "charg[er] ... ou ... [d']ordonn[er]" au sens de l'article 1.1 a) 1) iv). (*Ibid.*, paragraphe 7.176)

⁵⁶⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.181.

⁵⁶⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.222 et 7.243.

⁵⁶⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.223 et 7.224.

⁵⁷⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.224. En particulier, le Groupe spécial a constaté ce qui suit: "L'OEO ne paie pas pour du matériel ou des installations de production d'énergie renouvelable. Il ne verse pas d'avance forfaitaire aux producteurs TRG." (*Ibid.*, paragraphe 7.223)

⁵⁷¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.239.

⁵⁷² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.231.

⁵⁷³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.229. (italique dans l'original)

⁵⁷⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.230.

SIERE) démontrent que les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.⁵⁷⁵

5.113. Troisièmement, le Groupe spécial a constaté que le cadre législatif et réglementaire du programme et des contrats TRG étayait la conclusion selon laquelle les mesures contestées étaient perçues par les pouvoirs publics de l'Ontario, et par d'autres dans la province, comme une activité gouvernementale qui comportait l'acquisition ou l'achat d'électricité.⁵⁷⁶

5.114. Le Groupe spécial a ensuite expliqué pourquoi il ne souscrivait pas aux qualifications juridiques proposées par les plaignants pour les mesures en cause. Il a reconnu que les mesures contestées montraient quelques-unes des caractéristiques fondamentales de certaines formes de "transfert[s] direct[s] de fonds", en ce sens qu'elles comportaient un échange de droits et d'obligations qui incluait des paiements en espèces.⁵⁷⁷ Cependant, il ne partageait pas l'avis des plaignants selon lequel cela signifiait qu'elles pouvaient aussi être juridiquement qualifiées de "transfert[s] direct[s] de fonds" aux fins de l'Accord SMC. Selon lui, conclure que les "achats de biens" par les pouvoirs publics peuvent aussi être qualifiés juridiquement de "transferts directs de fonds" dérogerait au principe d'interprétation des traités dit de l'effet utile, car cette interprétation aurait pour résultat de rendre "redondant[] ou inutile[]" l'alinéa iii) de l'article 1.1 a) 1).⁵⁷⁸ Le Groupe spécial ne considérerait pas que la demande des plaignants soit étayée par l'interprétation donnée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* selon laquelle "[l]a structure de [l'article 1.1 a) 1)] n'exclu[ait] pas expressément qu'une transaction puisse être visée par plus d'un alinéa".⁵⁷⁹ À son avis, cette déclaration "n'équivaut pas à une constatation selon laquelle des transactions dûment qualifiées d'achats de biens" peuvent aussi constituer des "transferts directs de fonds".⁵⁸⁰ En outre, le Groupe spécial a conclu que les mesures en cause ne pouvaient pas être des "transferts directs potentiels de fonds" aux termes de l'article 1.1 a) 1) i) ni une forme de contribution financière impliquant de la part des pouvoirs publics l'action de "charg[er] ... ou ... [d']ordonn[er]" au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC.⁵⁸¹

5.115. En outre, le Groupe spécial a décidé d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne l'allégation des plaignants selon laquelle les mesures en cause pouvaient être qualifiées juridiquement de "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC. Il a considéré qu'il n'était pas nécessaire de formuler une constatation à ce sujet pour se prononcer sur les allégations des plaignants au titre de l'Accord SMC car: i) la majorité du Groupe spécial a finalement rejeté les allégations des plaignants concernant l'"avantage" telles qu'elles se rapportaient aux "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics; et ii) lorsque les mesures contestées étaient qualifiées de "soutien des revenus ou des prix", les arguments des plaignants concernant l'"avantage" étaient "essentiellement les mêmes" que ceux qui avaient été rejetés par la majorité du Groupe spécial dans son évaluation des mesures en cause en tant qu'"ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics.⁵⁸²

5.5.1.2 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que le programme et les contrats TRG étaient des "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics au regard de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC

5.116. En appel, le Japon conteste l'interprétation et l'application par le Groupe spécial de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. Nous examinons d'abord la contestation par le Japon de l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) donnée par le Groupe spécial puis l'allégation du Japon concernant l'application de cette disposition par le Groupe spécial. S'agissant de l'interprétation de l'article 1.1 a) 1), le Japon fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les alinéas i) et iii) "s'exclu[aient] mutuellement".⁵⁸³ À son avis, après avoir conclu que les mesures en

⁵⁷⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.231 à 7.239.

⁵⁷⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.242.

⁵⁷⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.243.

⁵⁷⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.246 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 26).

⁵⁷⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.247 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, note de bas de page 1287 relative au paragraphe 613).

⁵⁸⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.247. (italique dans l'original)

⁵⁸¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.248.

⁵⁸² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.249.

⁵⁸³ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 49.

cause étaient qualifiées à bon droit d'"ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics, le Groupe spécial a, en effet, formulé cette constatation d'exclusivité mutuelle en rejetant l'argument des plaignants selon lequel les mesures en cause pouvaient aussi être qualifiées juridiquement de "transfert[s] direct[s] de fonds" ou de "transferts directs potentiels de fonds". Selon le Japon, cette constatation résulte principalement de l'observation du Groupe spécial ci-après: "[n]ous ne voyons aucun moyen d'interpréter l'article 1.1 a) 1) i) et iii) d'une manière qui nous permette de conclure ... que les "achats de biens" par les pouvoirs publics pourraient aussi être qualifiés juridiquement de "transferts directs de fonds".⁵⁸⁴ Le Japon fait valoir que rien n'empêche un groupe spécial de déterminer qu'une mesure peut être qualifiée de multiples façons au titre de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC, pour autant que les constatations de ce groupe spécial soient fondées sur une interprétation correcte des caractéristiques pertinentes de la mesure et sur une évaluation objective des faits. Il dit que cette conclusion découle des constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) indiquant que l'article 1.1 a) 1) "ne définit pas explicitement la relation qui est censée exister entre les alinéas constitutifs" et que sa structure "n'exclut pas expressément qu'une transaction puisse être visée par plus d'un alinéa".⁵⁸⁵

5.117. Le Canada fait valoir que l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les alinéas i) et iii) de l'article 1.1 a) 1) s'excluaient mutuellement est dénuée de fondement. Il estime que le Groupe spécial a constaté à juste titre que le programme et les contrats TRG ne pouvaient pas être qualifiés à bon droit de "transfert[s] direct[s] de fonds" et d'"ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics, et que cette constatation est entièrement compatible avec le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte). En particulier, il fait valoir que, même si dans un sens général, la structure de l'article 1.1 a) 1) n'exclut pas qu'une transaction puisse être visée par plus d'un alinéa, les mêmes aspects d'une même mesure ne peuvent pas en même temps être dûment qualifiés d'"ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics et de "transfert[s] direct[s] de fonds".⁵⁸⁶

5.118. Nous commençons par donner un aperçu des constatations pertinentes du Groupe spécial concernant la question d'interprétation soulevée par le Japon. Lorsqu'il a examiné la qualification juridique du programme et des contrats TRG au regard de l'Accord SMC, le Groupe spécial a constaté que les mesures en cause étaient des "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics au sens de l'alinéa iii) de l'article 1.1 a) 1). Il a ensuite rejeté l'argument des plaignants selon lequel les mesures contestées pourraient aussi être qualifiées juridiquement de "transfert[s] direct[s] de fonds" au regard de l'alinéa i).⁵⁸⁷ Lorsqu'il a rejeté l'argument des plaignants, le Groupe spécial a reconnu que les mesures en cause montraient quelques-unes des caractéristiques fondamentales de certaines formes de "transferts directs de fonds", en ce sens qu'elles comportaient un échange de droits et d'obligations qui incluait des paiements en espèces.⁵⁸⁸ Outre qu'il a rejeté la demande des plaignants concernant la qualification des mesures en cause, le Groupe spécial a ensuite formulé la constatation interprétative selon laquelle il ne pouvait pas conclure "sans déroger [au] principe [d'interprétation des traités dit de l'effet utile] que les "achats de biens" par les pouvoirs publics pourraient aussi être qualifiés juridiquement de "transferts directs de fonds".⁵⁸⁹ Par ailleurs, il ne considérait pas que la demande des plaignants soit étayée par l'interprétation donnée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) selon laquelle "[l]a structure de [l'article 1.1 a) 1)] n'exclu[ait] pas expressément qu'une transaction puisse être visée par plus d'un alinéa. Par exemple, les alinéas n'[étaient] pas reliés par le mot "ou".⁵⁹⁰ De l'avis du Groupe spécial, cette déclaration "n'équivaut pas à une constatation selon

⁵⁸⁴ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 49 (citant les rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.246 (note de bas de page omise)).

⁵⁸⁵ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 50 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 613 et note de bas de page 1287 y relative, respectivement). (italique ajouté par le Japon omis)

⁵⁸⁶ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 117.

⁵⁸⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.243. Nous notons que, bien que le Groupe spécial ait rejeté l'allégation du Japon selon laquelle les mesures en cause constituaient des "transfert[s] direct[s] de fonds" et des "transferts directs potentiels de fonds", ses arguments consistaient principalement à expliquer pourquoi les mesures contestées ne constituaient pas des "transfert[s] direct[s] de fonds". (Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.243 à 7.248)

⁵⁸⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.243.

⁵⁸⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.246.

⁵⁹⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.247 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), note de bas de page 1287 relative au paragraphe 613).

laquelle des transactions dûment qualifiées d'"achats de biens" peuvent aussi constituer des "transferts directs de fonds"⁵⁹¹.

5.119. Dans la mesure où cette constatation du Groupe spécial signifie que le champ d'application de l'alinéa i) et celui de l'alinéa iii) de l'article 1.1 a) 1) s'excluent mutuellement, nous ne sommes pas d'accord. Nous rappelons que, dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), l'Organe d'appel a constaté que l'article 1.1 a) 1) "ne défin[issait] pas explicitement la relation qui [était] censée exister entre les alinéas constitutifs"⁵⁹² et que la structure de cette disposition "n'exclu[ait] pas expressément qu'une transaction puisse être visée par plus d'un alinéa".⁵⁹³ Dans ce différend, l'Organe d'appel a également constaté qu'"un transfert direct de fonds" aux termes de l'alinéa i) "[pouvait] comporter des droits et obligations réciproques"⁵⁹⁴, étant donné qu'il englobait des situations dans lesquelles le bénéficiaire contractait des obligations à l'égard des pouvoirs publics en échange des fonds accordés, comme les prêts et participations au capital social.⁵⁹⁵ L'Organe d'appel a estimé en outre que le mot "achètent" figurant à l'alinéa iii) signifiait généralement "que la personne ou l'entité fournissant les biens obtiendr[ait] une certaine contrepartie en échange".⁵⁹⁶

5.120. Lorsqu'il détermine la qualification juridique appropriée d'une mesure au regard de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC, un groupe spécial doit évaluer si la mesure peut relever de l'un quelconque des types de contribution financière énumérés dans cette disposition. Ce faisant, il devrait passer au crible la mesure tant dans sa conception que dans son fonctionnement, et en déterminer les principales caractéristiques.⁵⁹⁷ Une fois cela fait, il se peut que la transaction corresponde naturellement à l'un des types de contribution financière énumérés à l'article 1.1 a) 1). Les transactions peuvent toutefois être complexes et comporter plusieurs aspects. Cela peut signifier que des aspects différents d'une même transaction peuvent relever de types différents de contribution financière. Il se peut également que l'exercice de qualification ne permette pas d'identifier une seule catégorie de contribution financière et, dans cette situation, telle qu'elle est décrite dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), une transaction peut relever de plusieurs types de contribution financière. Nous notons toutefois que le fait qu'une transaction puisse relever de plus d'un type de contribution financière ne signifie pas que les types de contribution financière énumérés à l'article 1.1 a) 1) sont les mêmes ni que les notions juridiques distinctes énoncées dans cette disposition deviendraient redondantes comme le Groupe spécial le laisse entendre.⁵⁹⁸ Nous faisons observer en outre que dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), l'Organe d'appel n'a pas examiné la question de savoir si, dans la situation décrite plus haut, un groupe spécial avait l'obligation de formuler des constatations selon lesquelles une transaction relevait de plus d'un alinéa de l'article 1.1 a) 1).

5.121. Compte tenu de ces considérations, nous estimons que la constatation du Groupe spécial selon laquelle les alinéas i) et iii) s'excluent mutuellement n'est pas compatible avec les interprétations données par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte). Par conséquent, nous déclarons sans fondement et sans effet juridique la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.246 de ses rapports, selon laquelle "les "achats de biens" par les pouvoirs publics [ne] pourraient [pas] être [aussi] qualifiés juridiquement de "transferts directs de fonds" sans déroger [au] principe [d'interprétation des traités dit de l'effet utile]", attendu qu'elle ne reconnaît pas la possibilité qu'une transaction puisse

⁵⁹¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.247. (italique dans l'original) Le Groupe spécial a indiqué que, bien qu'il soit peut-être possible de qualifier différents aspects de la même mesure comme étant différents types de contribution financière (par exemple, un programme gouvernemental comportant des prêts et des achats de biens), les règles coutumières d'interprétation n'étaient pas la position avancée par les plaignants. (*Ibid.*)

⁵⁹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 613.

⁵⁹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), note de bas de page 1287 relative au paragraphe 613.

⁵⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 617.

⁵⁹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 617. L'Organe d'appel a indiqué que, dans le cas de dons, "la transmission de fonds ne comporter[ait] pas une obligation réciproque de la part du bénéficiaire". (*Ibid.*)

⁵⁹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 619.

⁵⁹⁷ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 171. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 586.

⁵⁹⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.246.

relever de plus d'un type de contribution financière au regard de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC.

5.122. Passant à l'application de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC, le Japon conteste en appel la constatation du Groupe spécial selon laquelle le programme et les contrats TRG sont des "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) iii). Il nous demande d'infirmar cette constatation et de constater, au lieu de cela, qu'il est approprié de qualifier les mesures en cause de "transfert[s] direct[s] de fonds", de "transferts directs potentiels de fonds", ou de "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC ou, à titre subsidiaire, de modifier la constatation formulée par le Groupe spécial à cet égard pour constater que ces mesures peuvent *aussi* être qualifiées de "transfert[s] direct[s] de fonds", de "transferts directs potentiels de fonds", ou de "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.⁵⁹⁹

5.123. Nous rappelons que le Groupe spécial a constaté qu'il y avait "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC "lorsque des "pouvoirs publics" ou un "organisme public" [prenaient] possession (y compris sous la forme d'un droit de propriété) d'un bien en effectuant un paiement d'un certain type (monétaire ou autre)".⁶⁰⁰ À l'audience, le Japon a précisé qu'il ne contestait pas en appel cette interprétation du Groupe spécial. Il ne conteste pas non plus les constatations du Groupe spécial selon lesquelles: i) l'OEO paie pour l'électricité fournie; ii) les pouvoirs publics de l'Ontario par l'intermédiaire de Hydro One prennent possession de l'électricité pendant son transport vers les consommateurs finals; et iii) le cadre législatif, réglementaire et contractuel du programme TRG qualifie les mesures contestées d'acquisitions ou d'achats d'électricité.⁶⁰¹ En fait, le Japon déclare que le Groupe spécial n'a pas déterminé la qualification juridique appropriée des mesures contestées sur la base d'une évaluation de leurs "caractéristiques ... essentielles et pertinentes".⁶⁰² À son avis, cela exige qu'un groupe spécial apprécie pleinement tous les faits pertinents et les circonstances qui les entourent, ce qui peut inclure la question de savoir si et jusqu'à quel point une mesure servirait à réaliser un objectif de politique générale déclaré. En particulier, le Japon allègue que le Groupe spécial a fait abstraction de la décision de politique générale prise par les pouvoirs publics de l'Ontario, à savoir dissocier la production, le transport et la distribution de l'électricité, pour atteindre leur objectif consistant à assurer un approvisionnement en électricité stable en Ontario, ainsi que de la conception et du fonctionnement du programme et des contrats TRG dans le cadre du marché de l'électricité de l'Ontario.⁶⁰³ Sur cette base, le Japon avance les arguments ci-après pour étayer son affirmation selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en qualifiant les mesures en cause d'"achats de biens" par les pouvoirs publics.

5.124. Premièrement, le Japon fait valoir que, compte tenu du choix de politique générale des pouvoirs publics de l'Ontario consistant à dissocier les différentes fonctions relatives à l'approvisionnement en électricité, le rôle de l'OEO devrait être l'élément central pour la qualification appropriée du programme et des contrats TRG au regard de l'article 1.1 a) 1). En particulier, il allègue que la qualification des mesures en cause devrait être éclairée par le fait qu'une entité gouvernementale (l'OEO) effectue les versements pour l'électricité, tandis qu'une autre entité gouvernementale (Hydro One) reçoit et transporte l'électricité fournie par les fournisseurs. Ainsi, à son avis, l'OEO joue le rôle d'entité de financement, et non d'entité d'achat, parce qu'il ne prend jamais possession de l'électricité.⁶⁰⁴ Nous ne considérons pas que cet argument soit convaincant. La décision de politique générale de l'Ontario qui consiste à dissocier son réseau d'électricité et à attribuer des responsabilités à différentes entités gouvernementales ne remet pas en cause la conclusion selon laquelle les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité par le biais du programme et des contrats TRG. Il est vrai que l'OEO est l'entité chargée de payer les fournisseurs TRG pour l'électricité fournie et que Hydro One est l'entité qui transporte l'électricité, mais le Groupe spécial a constaté que ces deux entités étaient l'une et l'autre des "organisme[s] public[s]" au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC.⁶⁰⁵ De même, le

⁵⁹⁹ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphes 48 et 189 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.243 et 7.328 i)).

⁶⁰⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.231.

⁶⁰¹ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphes 30 et 31.

⁶⁰² Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 31. (italique omis)

⁶⁰³ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 31.

⁶⁰⁴ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 39.

⁶⁰⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.234, 7.235, 7.239 et note de bas de page 464 y relative. Nous notons que le Groupe spécial a constaté que l'OEO et la SIERE étaient des mandataires des pouvoirs

Groupe spécial a constaté que la SIERE constituait un "organisme public" au sens de l'article 1.1 a) 1).⁶⁰⁶ Étant donné qu'en l'espèce, toutes les entités concernées sont des organismes publics et que leurs activités sont donc imputables aux pouvoirs publics, peu importe de savoir si les pouvoirs publics de l'Ontario agissent par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs de ces entités. En effet, le Groupe spécial a constaté que "les *actions combinées* de tous les trois "organismes publics""⁶⁰⁷ – l'OEO, Hydro One et la SIERE – démontraient que les pouvoirs publics de l'Ontario achetaient de l'électricité au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC. Le Japon n'a pas fait appel des constatations du Groupe spécial selon lesquelles l'OEO, Hydro One et la SIERE étaient des organismes publics au sens de l'article 1.1 a) 1). Par conséquent, son argument selon lequel l'OEO ne prend pas possession lui-même de l'électricité ne remet pas en cause la constatation du Groupe spécial selon laquelle les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité par le biais du programme et des contrats TRG. Cela tient au fait qu'il a aussi été constaté que Hydro One, l'entité chargée du transport de l'électricité, était un organisme public, et que le Groupe spécial a constaté que les "actions combinées" de l'OEO, de Hydro One et de la SIERE démontraient que les pouvoirs publics de l'Ontario achetaient de l'électricité.

5.125. Le deuxième argument présenté en appel par le Japon est que les objectifs des pouvoirs publics de l'Ontario consistant à assurer un approvisionnement stable en électricité et à promouvoir l'énergie renouvelable ne sont pas réalisés au moyen d'achats d'électricité par les pouvoirs publics, mais par l'attribution de rôles distincts aux entités opérant dans le réseau d'électricité de l'Ontario et par la mise en œuvre de certains programmes.⁶⁰⁸ Bien qu'il soit peut-être correct de dire que les pouvoirs publics de l'Ontario cherchent à réaliser leurs objectifs consistant à assurer un approvisionnement stable en électricité et à promouvoir l'énergie renouvelable par le biais de divers entités et programmes, l'argument du Japon ne tient pas compte du fait que les pouvoirs publics de l'Ontario mettent en œuvre ces politiques au moyen, entre autres, de programmes comportant des achats d'électricité par les pouvoirs publics.⁶⁰⁹ C'est le cas du programme TRG. Nous rappelons que l'OEO, organisme public au regard de l'Accord SMC, conclut des contrats TRG et microTRG avec les fournisseurs participant au programme TRG. Comme le Groupe spécial l'a constaté, la fonction de ces contrats est la livraison d'électricité par les fournisseurs TRG et microTRG, moyennant quoi l'OEO s'engage à payer au fournisseur une rémunération sous la forme d'un prix contractuel.⁶¹⁰ Nous soulignons que "[l]es règles TRG disposent que l'OEO est chargé d'effectuer tous les paiements contractuels au fournisseur".⁶¹¹ De même, "la responsabilité de verser les paiements [du prix contractuel] au titre du contrat microTRG incombe en définitive à l'OEO".⁶¹² En outre, nous notons que, au sujet de la décision de politique générale de l'Ontario consistant à dissocier les responsabilités et les fonctions entre les différentes entités gouvernementales dans le réseau d'électricité de la province, le Japon

publics de l'Ontario et a noté qu'il n'y avait pas désaccord entre les parties quant au fait que ces deux entités étaient des "organisme[s] public[s]" aux fins de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. (*Ibid.*, note de bas de page 464 relative au paragraphe 7.239) Nous faisons observer que le Groupe spécial a constaté que "Hydro One [était] un mandataire des pouvoirs publics de l'Ontario" et qu'elle était par conséquent "un organisme du gouvernement provincial ... auquel le gouvernement [avait] attribué ou délégué de l'autorité et des responsabilités, ou qui autrement posséd[ait] le pouvoir légal et la responsabilité d'effectuer une fonction ou un service collectif". (*Ibid.*, paragraphe 7.234 (mentionnant et citant les pages Web du gouvernement de l'Ontario, "All Agencies List" (pièce JPN-49 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <<http://www.pas.gov.on.ca/scripts/en/BoardsList.asp>>; et "Agencies: Boards, Commissions, Councils, Authorities and Foundations" (pièce JPN-51 présentée au Groupe spécial), disponible à l'adresse <http://www.ontario.ca/en/your_government/ONT06_018949.html>, page 1)) Le Groupe spécial a constaté en outre que le statut de Hydro One en tant que mandataire des pouvoirs publics de l'Ontario et le fait que "les pouvoirs publics de l'Ontario exerç[aient] un "contrôle significatif" sur les activités de Hydro One" démontraient que cette société était un "organisme public" au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. (*Ibid.*, paragraphes 7.234 et 7.235)

⁶⁰⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.239 et note de bas de page 464 y relative.

⁶⁰⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.239. (pas d'italique dans l'original; note de bas de page omise)

⁶⁰⁸ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 40.

⁶⁰⁹ Outre les producteurs participant au programme TRG, d'autres producteurs de l'Ontario perçoivent des prix qui sont fixés dans le cadre de différents types de contrats de fourniture d'électricité, y compris les demandes de proposition RES I, II et III et le programme POSER. (Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.27 et 7.28)

⁶¹⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.208 et 7.214.

⁶¹¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.204 (faisant référence aux règles TRG (version 1.5.1), articles 6.3 a) et 8.4; et au contrat TRG (version 1.5.1), article 3.1).

⁶¹² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.213 (faisant référence au contrat microTRG (version 1.6.1), article 4.4.1).

n'a identifié aucun financement accordé par l'OEO aux fournisseurs TRG et microTRG autre que la rémunération versée en contrepartie de l'injection d'électricité dans le réseau. Comme il est indiqué plus haut, cette rémunération constitue le paiement de l'électricité injectée dans le réseau par les fournisseurs TRG et microTRG. Par conséquent, le fait que les objectifs de l'Ontario consistant à assurer un approvisionnement stable en électricité et à fournir de l'énergie renouvelable sont réalisés par le biais de plusieurs entités et programmes ne change rien au fait que les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité dans le cadre du programme et des contrats TRG.

5.126. Par ailleurs, le Japon fait valoir que l'existence d'entités privées qui fournissent de l'électricité aux consommateurs en Ontario montre qu'il n'est pas nécessaire qu'un organe gouvernemental prenne possession (c'est-à-dire achète) de l'électricité pour réaliser ses objectifs.⁶¹³ Nous ne considérons pas que cela soit particulièrement pertinent pour la qualification appropriée du programme et des contrats TRG au regard de l'Accord SMC. Déterminer la qualification juridique appropriée des mesures en cause au regard de l'article 1.1 a) 1) n'exige pas d'évaluer s'il est *nécessaire* que les entités gouvernementales prennent possession de l'électricité pour réaliser les objectifs de l'Ontario ou si les entités privées sont autorisées ou non à fournir de l'électricité aux consommateurs en Ontario. La question est de savoir si le programme et les contrats TRG impliquent en fait des achats d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario et s'ils relèvent, par conséquent, de l'alinéa iii) de l'article 1.1 a) 1). En l'espèce, le Groupe spécial a conclu que les *actions combinées* de l'OEO, de Hydro One et de la SIERE démontraient que les pouvoirs publics de l'Ontario achetaient de l'électricité au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.⁶¹⁴ À notre avis, l'argument du Japon ne remet pas en cause cette constatation du Groupe spécial.

5.127. Enfin, le Japon dit que le Groupe spécial a fait erreur en supposant que, si une mesure était qualifiée d'une manière particulière au regard du droit interne (par exemple, comme étant un achat par les pouvoirs publics), elle ne pouvait jamais être qualifiée différemment au regard du droit de l'OMC.⁶¹⁵ Nous croyons comprendre que le Japon fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la qualification d'une mesure au regard du droit interne était déterminante pour sa qualification juridique au regard du droit de l'OMC. Le Japon a raison de faire valoir que la manière dont le droit interne qualifie une mesure n'est pas déterminante pour sa qualification au regard des accords visés. Nous rappelons que l'Organe d'appel a constaté qu'"un groupe spécial [pouvait] examiner la législation nationale d'un Membre de l'OMC pour déterminer si celui-ci [avait] respecté ses obligations au titre de l'Accord sur l'OMC"⁶¹⁶ et que "[l]a dénomination donnée à un instrument dans le droit interne n'[était] ... pas déterminante et ne [pouvait] pas marquer la fin de [son] analyse".⁶¹⁷ Cependant, nous ne considérons pas qu'en formulant sa conclusion concernant la qualification appropriée des mesures en cause au regard de l'Accord SMC, le Groupe spécial se soit appuyé exclusivement sur leur qualification au regard du droit de l'Ontario, comme le Japon le soutient. Au contraire, le Groupe spécial a reconnu que l'appellation d'un instrument dans le droit interne n'était pas un élément déterminant de l'analyse au regard du droit de l'OMC et a constaté que les mesures en cause constituaient des "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) pour trois principales raisons. Premièrement, l'OEO paie pour l'électricité qui est injectée dans le réseau électrique de l'Ontario.⁶¹⁸ Deuxièmement, les pouvoirs publics de l'Ontario prennent possession de l'électricité et, par conséquent, achètent de l'électricité.⁶¹⁹ Troisièmement, le Groupe spécial a pris en compte uniquement en tant que "facteur pertinent" dans son analyse, le fait que "la *Loi de 1998 sur l'électricité*, la directive ministérielle, les contrats TRG et microTRG et d'autres documents qualifi[aient] tous d'une manière ou d'une autre les mesures contestées d'acquisition ou d'achat

⁶¹³ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 41.

⁶¹⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.239.

⁶¹⁵ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 43.

⁶¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 105.

⁶¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 593. De même, dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, l'Organe d'appel a constaté qu'"il serait inapproprié de qualifier, aux fins de l'application de telle ou telle disposition des Accords de l'OMC visés, la même chose ou la même transaction de façon différente, suivant la catégorie dont elle relev[ait] dans le système juridique des différents Membres". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 56)

⁶¹⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.223.

⁶¹⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.231 et 7.239.

d'électricité".⁶²⁰ Il a conclu que le cadre législatif et réglementaire du programme TRG ainsi que le libellé figurant dans certaines clauses des contrats TRG et microTRG, "ne laiss[aient] subsister aucun doute quant au fait que les mesures contestées [étaient] perçues par les pouvoirs publics de l'Ontario, et par d'autres dans la province, comme une activité gouvernementale qui comport[ait] l'acquisition ou l'achat d'électricité".⁶²¹ Par conséquent, nous ne partageons pas l'avis du Japon selon lequel l'analyse du Groupe spécial était fondée sur l'idée que la qualification d'une mesure au regard du droit interne était déterminante pour sa qualification juridique au regard du droit de l'OMC.

5.128. Pour ces raisons, nous ne considérons pas que le Groupe spécial ait fait erreur dans sa qualification des mesures en cause au regard de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. Par conséquent, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.243 et 7.328 i) de ses rapports, selon laquelle le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes sont des "ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.

5.129. Ayant confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures en cause sont dûment qualifiées d'"ach[ats] de[] biens" par les pouvoirs publics au regard de l'article 1.1 a) 1) iii), nous passons à l'examen de l'allégation subsidiaire du Japon visant à ce que nous modifions la constatation du Groupe spécial à cet égard pour constater que ces mesures peuvent aussi être qualifiées de "transfert[s] direct[s] de fonds" ou de "transferts directs potentiels de fonds" au regard de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC.⁶²² Le Japon nous demande aussi de constater que le programme et les contrats TRG peuvent être qualifiés de "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.⁶²³ Nous notons que le Japon allègue aussi que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en appliquant de manière erronée le principe d'économie jurisprudentielle au sujet de son allégation selon laquelle les mesures contestées constituaient un "soutien des revenus ou des prix". Nous traiterons donc la demande du Japon en vue d'une constatation selon laquelle les mesures en cause peuvent être qualifiées de "soutien des revenus ou des prix" une fois que nous aurons déterminé si le Groupe spécial a appliqué de manière erronée le principe d'économie jurisprudentielle au sujet de cette allégation du Japon.

5.130. À titre préliminaire, nous notons que la qualification d'une transaction au regard de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC peut avoir des incidences sur la manière dont l'évaluation du point de savoir si un avantage est conféré doit être effectuée. Par exemple, le contexte constitué par l'article 14 de l'Accord SMC présente différentes méthodes pour calculer le montant d'une subvention en termes d'avantage conféré au bénéficiaire selon le type de contribution financière en cause. Cependant, bien que des qualifications différentes d'une mesure puissent conduire à des *méthodes* différentes pour déterminer si un avantage a été conféré, la question qu'il faut trancher au titre de l'article 1.1 b) reste de savoir si une "contribution financière" ou une "forme quelconque de soutien des revenus ou des prix" a conféré un avantage au bénéficiaire.⁶²⁴

5.131. En gardant cela à l'esprit, nous ne pensons pas que les arguments avancés par le Japon suffisent à démontrer que les mesures en cause sont des "transfert[s] direct[s] de fonds" ou des "transferts directs potentiels de fonds". Nous rappelons que le Japon a fait valoir que les mesures contestées étaient des "transfert[s] direct[s] de fonds" parce que l'OEO distribuait aux producteurs TRG des fonds qui provenaient des montants recouvrés auprès des consommateurs par le biais de l'ajustement global. Le Japon fait valoir en outre que, du fait que les producteurs TRG et microTRG ont droit à des paiements garantis pour toute l'électricité produite pendant la durée des contrats TRG et microTRG, les paiements effectués au titre de ces contrats sont des "transferts directs potentiels de fonds".⁶²⁵ Les arguments du Japon à cet égard ne font pas état de nouvelles caractéristiques des mesures en cause qui vont au-delà, ou sont différentes, du paiement de la contrepartie effectué par les pouvoirs publics de l'Ontario par l'intermédiaire de

⁶²⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.242.

⁶²¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.242.

⁶²² Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphes 48 et 189.

⁶²³ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphes 48 et 189.

⁶²⁴ Dans le contexte de l'examen d'une contribution financière, l'Organe d'appel a constaté dans l'affaire *Canada – Aéronefs* que l'analyse effectuée au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC exigeait d'évaluer si, avec une contribution financière, "[le bénéficiaire n'était] pas "mieux loti" qu'en l'absence de contribution". (Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157)

⁶²⁵ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 46.

l'OEO en échange de l'électricité injectée dans le réseau par les fournisseurs TRG et microTRG pendant un contrat d'une durée de 20 ans. Selon nous, les arguments du Japon ne font que souligner et rappeler certains aspects spécifiques du programme et des contrats TRG, tels que le transfert de fonds en échange de l'électricité fournie et le fait que l'OEO s'engage à payer cette électricité pendant la durée des contrats. Le Japon néglige le fait que tous ces aspects font partie d'une transaction plus large qui comporte un échange de droits et d'obligations, à savoir le paiement de la contrepartie effectué pour l'électricité injectée dans le réseau électrique de l'Ontario. Dans le cadre de cette transaction composite, les pouvoirs publics de l'Ontario, par l'intermédiaire de l'OEO, concluent des contrats d'une durée de 20 ans avec les fournisseurs TRG et microTRG et leur paient un prix contractuel en contrepartie de l'électricité injectée dans le réseau. Nous ne voyons pas qu'il y ait dans les arguments du Japon des aspects qui soient différents des caractéristiques qui nous ont conduits à convenir avec le Groupe spécial que les transactions en cause constituaient des "achats de biens" par les pouvoirs publics, ou qui s'ajoutent à ces caractéristiques. Nous ne sommes pas convaincus que, sur la base de ces arguments et des caractéristiques des mesures contestées, le Japon ait établi que ces mesures devraient en outre être qualifiées de "transfert[s] direct[s] de fonds" ou de "transferts directs potentiels de fonds".

5.132. Pour ces raisons, nous rejetons l'appel formé par le Japon selon lequel le programme TRG et les contrats TRG et microTRG peuvent aussi être qualifiés de "transfert[s] direct[s] de fonds" ou de "transferts directs potentiels de fonds" au regard de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC.

5.5.1.3 Le Groupe spécial a-t-il fait erreur en appliquant le principe d'économie jurisprudentielle au sujet des allégations selon lesquelles les mesures en cause constituent un "soutien des revenus ou des prix"?

5.133. Le Japon fait valoir que le Groupe spécial a appliqué indûment le principe d'économie jurisprudentielle au sujet de son allégation selon laquelle le programme TRG et les contrats connexes TRG et microTRG constituent un "soutien des revenus ou des prix" aux termes de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC et qu'il n'a pas de ce fait procédé à une évaluation objective de la question comme il est prescrit à l'article 11 du Mémoire d'accord. Le Japon nous demande de constater que les mesures contestées peuvent être qualifiées de "soutien des revenus ou des prix", et de constater l'existence d'un avantage en ce qui concerne cette qualification du programme et des contrats TRG.⁶²⁶

5.134. Nous rappelons que l'Organe d'appel a constaté, en relation avec le principe d'économie jurisprudentielle, qu'"[u]n groupe spécial ne [devait] traiter que les allégations qui [devaient] l'être pour résoudre la question en cause dans le différend".⁶²⁷ Toutefois, l'Organe d'appel a prévenu que "les groupes spéciaux [pouvaient] s'abstenir de se prononcer sur chaque allégation pour autant que cela ne conduise pas à "régler ... partiellement la question"". ⁶²⁸ À cet égard, l'Organe d'appel a constaté qu'"[u]n groupe spécial [devait] examiner les allégations au sujet desquelles il [était] nécessaire d'établir une constatation pour que l'ORD puisse faire des recommandations et prendre des décisions suffisamment précises ... "pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres"". ⁶²⁹

5.135. En appel, le Japon soutient que le Groupe spécial n'a pas expliqué pourquoi ses constatations sur l'argument concernant l'avantage avancé par le Japon en relation avec son allégation relative à la contribution financière au titre de l'article 1.1 a) 1) seraient également applicables à l'argument concernant l'avantage avancé par le Japon en relation avec son allégation relative au soutien des revenus ou des prix au titre de l'article 1.1 a) 2). Le Japon fait valoir que le point de savoir si les mesures confèrent un avantage doit être examiné en relation avec l'alinéa spécifique de l'article 1.1 a) en cause. Selon le Japon, on ne voit pas bien pourquoi le rejet par le Groupe spécial de l'argument concernant l'avantage que le Japon avait avancé en relation avec son

⁶²⁶ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphes 57 à 59.

⁶²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 23. (note de bas de page omise)

⁶²⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 732. (citant le rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 223)

⁶²⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 223 (citant l'article 21:1 du Mémoire d'accord). Voir également les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 133; *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 732; et *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, paragraphe 335.

allégation relative à la contribution financière entraîne nécessairement le rejet de l'argument concernant l'avantage qu'il avait avancé en relation avec son allégation relative au soutien des revenus ou des prix.⁶³⁰

5.136. Nous observons que la demande de constatations soumise par le Japon au Groupe spécial n'établit pas de distinction entre les situations dans lesquelles les mesures seraient qualifiées de "contribution financière" et celles où elles seraient qualifiées de "soutien des revenus ou des prix". En fait, le Japon a mis l'accent sur sa demande tendant à ce que le Groupe spécial formule une recommandation afin que le Canada "retire ses subventions prohibées sans retard".⁶³¹ Par conséquent, l'allégation du Japon concernait avant tout l'existence de subventions prohibées et la mesure corrective spécifique associée à cette constatation, et non la qualification spécifique des mesures contestées en tant que contribution financière et/ou soutien des revenus ou des prix.

5.137. De plus, bien que la qualification d'une transaction au titre de l'article 1.1 a) puisse avoir des conséquences sur la manière dont la détermination de l'existence d'un avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC est faite, le Japon n'a pas donné de précisions sur le point de savoir si et en quoi l'analyse de l'avantage aurait été différente, ou aurait abouti à un résultat différent, si le Groupe spécial avait qualifié le programme et les contrats TRG de "soutien des prix ou des revenus" et non de "contribution financière". En fait, comme l'a fait valoir le Canada, l'argument concernant l'avantage avancé par le Japon devant le Groupe spécial était fondé sur les mêmes points de repère dans les deux situations, en particulier, le PHEO et le prix de gros moyen de l'électricité sur des marchés concurrentiels hors de l'Ontario.⁶³² Nous notons que le Groupe spécial a rejeté ces points de repère aux fins de la détermination du point de savoir si les mesures en cause conféraient un avantage.⁶³³

5.138. Ainsi, étant donné que les fondements des arguments du Japon concernant l'avantage dans les deux cas étaient "essentiellement les mêmes"⁶³⁴ et que le Groupe spécial a rejeté les arguments du Japon concernant l'avantage dans la mesure où ils se rapportaient à l'article 1.1 a) 1), nous n'estimons pas qu'une constatation additionnelle du Groupe spécial selon laquelle les mesures contestées constituent un "soutien des prix ou des revenus" au sens de l'article 1.1 a) 2) était nécessaire pour régler complètement le différend. En conséquence, nous rejetons l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord et a appliqué de manière erronée le principe d'économie jurisprudentielle en s'abstenant de formuler une constatation au sujet de l'allégation du Japon selon laquelle les mesures en cause constituaient un "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.

5.139. Étant donné que nous avons rejeté l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a appliqué de manière erronée le principe d'économie jurisprudentielle en s'abstenant de formuler une constatation au sujet de l'allégation du Japon selon laquelle les mesures en cause constituaient un "soutien des revenus ou des prix", nous nous abstenons de formuler une constatation sur l'allégation du Japon selon laquelle le programme et les contrats TRG peuvent être qualifiés de "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.

5.5.2 Article 1.1 b) – "Avantage"

5.140. Dans cette section, nous examinons les allégations de l'Union européenne et du Japon selon lesquelles le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les plaignants n'avaient pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, ainsi que leur allégation subsidiaire selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord.

5.141. Le Japon allègue que le Groupe spécial a fait erreur tant dans l'interprétation que dans l'application de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Premièrement, il fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en interprétant l'article 1.1 b) parce qu'il n'a pas analysé la question de l'avantage d'un

⁶³⁰ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphes 57 à 59.

⁶³¹ Première communication écrite du Japon au Groupe spécial (DS412), paragraphe 304.

⁶³² Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 125. Voir aussi la première communication écrite du Japon au Groupe spécial (DS412), paragraphes 219, 220, 222, 234 et 244.

⁶³³ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.313 et 7.319.

⁶³⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.249.

point de vue autre que celui du cadre de l'article 14 d) de l'Accord SMC. Deuxièmement, le Japon allègue que le Groupe spécial a fait erreur parce qu'il a rejeté à tort les points de repère du marché actuel de l'électricité en Ontario et a choisi un point de repère inapproprié pour son analyse de l'hypothèse subsidiaire, qui reposait sur les coûts et ne prenait pas en compte le côté de la demande du marché.⁶³⁵

5.142. L'Union européenne allègue que le Groupe spécial a appliqué à tort l'article 1.1 b) de l'Accord SMC aux faits de la cause en l'espèce en entreprenant d'examiner des hypothèses de marché alors que le fait que les producteurs TRG n'auraient obtenu aucune rémunération du marché en Ontario en l'absence du programme TRG était incontesté. Selon l'Union européenne, la conclusion concernant l'existence d'un avantage aurait dû être formulée "sans grande difficulté"⁶³⁶ par le Groupe spécial sans qu'il soit nécessaire d'examiner des hypothèses de marché ou des valeurs supplétives.

5.143. L'Union européenne et le Japon nous demandent d'infirmier la constatation du Groupe spécial selon laquelle les plaignants n'ont pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage, au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, et de compléter l'analyse juridique et constater que les mesures contestées confèrent un avantage, sur la base des constatations de fait formulées par le Groupe spécial et des faits non contestés figurant dans le dossier du Groupe spécial. Ces éléments de preuve montrent que, en l'absence du programme TRG, les producteurs TRG n'auraient pas obtenu la rémunération assurée par ce programme, sur la base des conditions du marché existantes en Ontario.⁶³⁷ De plus, l'Union européenne nous demande de déclarer sans fondement et sans effet juridique les constatations et observations du Groupe spécial figurant aux paragraphes 7.276 à 7.327 de ses rapports, au sujet des hypothèses conjecturales et des valeurs supplétives relatives au marché.⁶³⁸

5.144. À titre subsidiaire, si nous devons souscrire à la constatation du Groupe spécial au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, l'Union européenne et le Japon allèguent que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, pour conclure que les éléments de preuve versés au dossier n'étaient pas suffisants pour lui permettre de formuler des constatations sur l'existence d'un avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, sur la base de sa propre approche concernant la question de l'avantage.⁶³⁹ L'Union européenne et le Japon nous demandent de compléter l'analyse sur la base des constatations de fait du Groupe spécial et des faits non contestés figurant dans le dossier, et de constater que les mesures contestées confèrent un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

5.145. Que nous infirmions les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC ou que nous constatons que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, tant l'Union européenne que le Japon nous demandent de compléter l'analyse et de constater que les mesures contestées constituent des subventions prohibées au titre de l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.⁶⁴⁰

5.146. Le Canada nous demande de rejeter les appels incidents de l'Union européenne et du Japon et de confirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les plaignants n'ont pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et constituaient des subventions prohibées incompatibles avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.⁶⁴¹ En particulier, le Canada soutient que l'approche de l'Union européenne et du Japon concernant l'avantage ne prend pas en compte les constatations du Groupe spécial selon lesquelles le marché de gros administré par la SIÈRE n'est pas un "marché" approprié aux fins de l'analyse de l'"avantage" et que, en l'absence du programme TRG, les nouveaux venus sur le

⁶³⁵ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 110.

⁶³⁶ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 162. (note de bas de page omise)

⁶³⁷ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 171; communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 118.

⁶³⁸ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 170.

⁶³⁹ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 173; communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 119.

⁶⁴⁰ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphes 172 et 205; communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 126.

⁶⁴¹ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 214.

marché négocieraient probablement un prix pour l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque.⁶⁴² Le Canada considère également que les critiques formulées en appel par les plaignants au sujet des observations de la majorité du Groupe spécial sur un point de repère de substitution construit sont infondées, parce que celles-ci représentaient seulement les opinions de la majorité des membres du Groupe spécial sur une approche subsidiaire concernant l'avantage, formulées à la demande instante des plaignants, et n'étaient pas des constatations juridiques du Groupe spécial.⁶⁴³

5.5.2.1 Constatations du Groupe spécial

5.147. Le Groupe spécial a constaté que le Japon et l'Union européenne n'avaient pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.⁶⁴⁴

5.148. Le Groupe spécial a commencé son analyse en énonçant le critère juridique pour la détermination de l'existence d'un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Il a rappelé qu'une contribution financière conférait un avantage ("benefit") au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC lorsqu'elle constituait un avantage ("advantage") pour son bénéficiaire et que, pour déterminer l'existence de cet avantage, il fallait comparer la situation du bénéficiaire sur le marché avec et sans la contribution financière. Le Groupe spécial a indiqué que l'article 14 d) de l'Accord SMC, bien qu'il ne vise pas à définir les circonstances dans lesquelles un achat de biens par les pouvoirs publics conférerait un avantage au sens de l'article 1.1 b), constituait un contexte utile pour une telle détermination.⁶⁴⁵

5.149. Le Groupe spécial a ensuite examiné le marché de l'électricité de l'Ontario et son expérience de l'ouverture du marché en 2002. Sur la base des éléments de preuve communiqués par les parties, le Groupe spécial a constaté qu'il ne s'exerçait pas une concurrence effective sur le marché de gros de l'électricité actuel en Ontario. En fait, selon le Groupe spécial, il était plus approprié de qualifier le marché de gros de l'électricité en Ontario comme faisant partie d'un réseau d'électricité qui était défini par les décisions de politique générale et les règlements des pouvoirs publics de l'Ontario. Ces décisions et règlements régissaient l'approvisionnement diversifié (y compris l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelable) qui était nécessaire pour assurer un approvisionnement en électricité sûr, fiable et à long terme en Ontario, ainsi que le processus de récupération des coûts du réseau d'électricité.⁶⁴⁶

5.150. S'agissant des points de repère du marché spécifiques proposés par les plaignants, le Groupe spécial a constaté, premièrement, que les prix de gros de l'électricité en Ontario (c'est-à-dire le PHEAO) résultaient du jeu de l'offre et de la demande qui étaient notablement affectées par l'intervention des pouvoirs publics d'une manière qui en faisait un point de repère inapproprié aux fins de la présente analyse de l'avantage. En particulier, le Groupe spécial a constaté que les offres de prix des producteurs sur le marché de gros administré par la SIÈRE n'étaient pas motivées par la nécessité de couvrir les coûts marginaux de production, mais plutôt par la nécessité d'être choisi pour injecter de l'électricité dans le réseau de l'Ontario afin de percevoir les prix contractuels ou réglementés. Par conséquent, le PHEO n'était pas un "prix d'équilibre" déterminé par le jeu de l'offre et de la demande, mais plutôt un "outil permettant à la SIÈRE de prendre les décisions de contrôle-commande requises pour équilibrer l'offre et la demande *physiques* d'électricité".⁶⁴⁷

5.151. Par conséquent, le Groupe spécial a conclu que les prix pratiqués en Ontario sur la base desquels les plaignants avaient établi leur argumentation concernant l'avantage – à savoir le PHEO et tous les dérivés du PHEO présentés par les plaignants, comme le tarif de gros moyen pondéré pour les producteurs autres que les producteurs TRG et les producteurs relevant du programme POSER⁶⁴⁸ en 2010, les prix de détail relevant de la GTR en 2010, et les prix à

⁶⁴² Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 189.

⁶⁴³ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 205.

⁶⁴⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.328 ii).

⁶⁴⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.271.

⁶⁴⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.308.

⁶⁴⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.298 (faisant référence à la première communication écrite du Canada au Groupe spécial (DS426), paragraphe 71; à la déclaration liminaire du Canada à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 83; et au rapport Hogan, pages 37 à 41). (italique dans l'original)

⁶⁴⁸ Programme d'offre standard en matière d'énergie renouvelable (POSER).

l'importation et à l'exportation – ne pouvaient pas servir de points de repère appropriés aux fins de l'analyse de l'avantage.⁶⁴⁹

5.152. Le Groupe spécial a également rejeté quatre points de repère concernant des marchés de l'électricité hors province – l'Alberta, au Canada, ainsi que l'État de New York, la Nouvelle-Angleterre et les États du centre du littoral de l'Atlantique (la PJM Interconnection) aux États-Unis – présentés par les plaignants comme des valeurs supplétives pour le prix sur le marché de gros de l'électricité en Ontario. En ce qui concerne l'Alberta, le Groupe spécial a considéré que l'"approche commerciale"⁶⁵⁰ qui y avait été introduite ne pouvait pas être reproduite en Ontario avec le même degré de succès, compte tenu des conditions particulières de l'offre et de la demande en Ontario et de la capacité de production d'énergie renouvelable et non renouvelable qui devrait être modernisée, remplacée ou ajoutée au réseau électrique de l'Ontario d'ici à 2030.⁶⁵¹ S'agissant des trois autres marchés, le Groupe spécial a jugé convaincants les éléments de preuve versés au dossier montrant que ces marchés ne procuraient pas aux producteurs qui y participaient tous les revenus dont ils avaient besoin pour y être présents. Par conséquent, ces trois marchés ne représentaient pas des marchés de gros concurrentiels de l'électricité qui étaient capables d'attirer, par eux-mêmes, des investissements suffisants dans la capacité de production pour assurer un réseau fiable d'approvisionnement en électricité.⁶⁵²

5.153. Par ailleurs, le Groupe spécial n'a pas jugé convaincante l'hypothèse qui sous-tendait les arguments des plaignants – à savoir que, en l'absence du programme TRG, les producteurs TRG seraient obligés de fonctionner sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité. Le Groupe spécial a estimé que les marchés de gros concurrentiels de l'électricité ne rémunéreraient que rarement l'éventail de producteurs nécessaires pour assurer un réseau d'électricité fiable avec des recettes suffisantes pour couvrir tous leurs coûts (y compris les coûts fixes et les coûts irrécupérables), sans parler d'un réseau qui assure l'inclusion d'installations utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque dans l'approvisionnement diversifié.⁶⁵³

5.154. Le Groupe spécial a estimé que, dans les conditions existantes de l'offre et de la demande en Ontario, un marché de gros concurrentiel de l'électricité n'attirerait pas le volume d'investissement dans la capacité de production nécessaire pour assurer un approvisionnement fiable. Par conséquent, le Groupe spécial n'a pas jugé approprié de déterminer si le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC en comparant les modalités et conditions de participation au programme TRG avec celles qui seraient offertes aux producteurs participant à un marché de gros de l'électricité sur lequel s'exerçait une concurrence effective.⁶⁵⁴

5.155. À la fin de son analyse du point de repère concernant l'avantage, le Groupe spécial a rejeté l'argument du Canada selon lequel le "marché" pertinent aux fins de l'analyse de l'avantage devrait être le marché de l'électricité produite au moyen des technologies éolienne et solaire photovoltaïque. Le Groupe spécial a fait observer que les consommateurs d'électricité de l'Ontario ne distinguaient pas l'électricité sur la base des différentes technologies de production, que ce soit d'après le prix ou l'utilisation, et qu'aucun argument n'avait été avancé qui donne à penser que les propriétés physiques de l'électricité changeaient en fonction de la manière dont celle-ci était produite. En conséquence, le Groupe spécial a constaté que, en Ontario, il n'y avait qu'un marché unique de l'électricité qui était produite à partir de toutes les sources d'énergie.⁶⁵⁵

5.156. Après avoir rejeté les points de repère proposés par les plaignants, le Groupe spécial a fait sa propre suggestion quant à ce qu'il jugeait pouvoir être un point de repère approprié dans les circonstances de la présente affaire. Il a expliqué qu'un moyen de déterminer si les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1. b) de l'Accord SMC consisterait à les évaluer par rapport aux types de transactions d'achat dans des conditions de pleine concurrence qui existeraient sur un marché de gros de l'électricité dont les paramètres généraux étaient définis par les pouvoirs publics de l'Ontario. Dans les circonstances de la présente affaire, cela pourrait se

⁶⁴⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.308.

⁶⁵⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.306.

⁶⁵¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.310.

⁶⁵² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.310.

⁶⁵³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.309.

⁶⁵⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.312.

⁶⁵⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.318.

faire en comparant les modalités et conditions des contrats TRG et microTRG contestés avec celles qui seraient offertes par des distributeurs commerciaux d'électricité qui acquéraient, conformément à une obligation imposée par les pouvoirs publics, de l'électricité auprès d'installations de production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque d'une taille comparable à celle des installations fonctionnant dans le cadre du programme TRG.⁶⁵⁶

5.157. D'après le Groupe spécial, cette approche pouvait être utilisée pour déterminer si les mesures contestées conféraient un avantage en comparant le taux de rendement obtenu par les producteurs TRG en vertu des modalités et conditions des contrats TRG et microTRG avec le coût moyen du capital au Canada pour des projets ayant un profil de risque comparable pendant la même période. Le Groupe spécial a fait observer que cette comparaison permettrait de déterminer immédiatement et clairement si les producteurs TRG recevaient une rémunération excessive des pouvoirs publics, et se voyaient ainsi conférer un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.⁶⁵⁷ Le Groupe spécial a ensuite évalué s'il y avait, dans le dossier, des renseignements factuels suffisants pour lui permettre d'appliquer le point de repère qu'il proposait lui-même. Après avoir examiné les éléments de preuve versés au dossier, le Groupe spécial a constaté que les renseignements disponibles étaient insuffisants pour déterminer le coût moyen du capital au Canada pour des projets ayant un profil de risque comparable par rapport aux contrats TRG et microTRG contestés pendant la période pertinente.⁶⁵⁸

5.5.2.2 Point de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'Union européenne et le Japon n'avaient pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC

5.158. Pour traiter les allégations de l'Union européenne et du Japon au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, nous commençons par examiner le critère juridique adopté par le Groupe spécial dans son analyse au titre de l'article 1.1 b). Nous passons ensuite à l'analyse du marché pertinent faite par le Groupe spécial, puis analysons le point de repère approprié pour la rémunération concernant l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque. Enfin, compte tenu du point de repère du marché approprié, nous examinons l'évaluation par le Groupe spécial des points de repère concernant l'avantage présentés par les plaignants.

5.5.2.2.1 Critère juridique pour la détermination de l'existence d'un avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC

5.159. Nous commençons notre analyse de la constatation du Groupe spécial au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC en examinant le critère juridique adopté par le Groupe spécial pour la détermination de l'existence d'un avantage. S'appuyant sur la jurisprudence de l'Organe d'appel relative à l'article 1.1 b), le Groupe spécial a considéré qu'une contribution financière conférait un avantage ("benefit") au sens de l'article 1.1 b) lorsqu'elle constituait un avantage ("advantage") pour son bénéficiaire et que, pour déterminer l'existence de cet avantage, il fallait comparer la situation du bénéficiaire sur le marché avec et sans la contribution financière.⁶⁵⁹ Par ailleurs, il a fait observer que l'article 14 d) de l'Accord SMC – qui établit des principes directeurs pour le calcul du montant d'une subvention aux fins d'enquêtes en matière de droits compensateurs au titre de la Partie V de l'Accord SMC dans les affaires concernant des achats de biens par les pouvoirs publics – constituait un contexte utile pour la détermination de l'avantage dans les présents différends.⁶⁶⁰

5.160. Selon le Groupe spécial, *une façon* d'évaluer si les mesures contestées confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) était d'examiner si, d'après le point de repère prévu à l'article 14 d) de l'Accord SMC, la rémunération obtenue par les producteurs qui utilisaient les technologies éolienne et solaire photovoltaïque dans le cadre du programme TRG était "plus qu'adéquate" par rapport à la rémunération que ces mêmes producteurs recevraient sur le "marché" pertinent de l'électricité en Ontario, compte tenu des "conditions du marché

⁶⁵⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.322.

⁶⁵⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.323.

⁶⁵⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.326.

⁶⁵⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.271 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 51; et *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157).

⁶⁶⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.271 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphes 157 et 158).

existantes".⁶⁶¹ Le Groupe spécial a noté que le marché pertinent n'avait pas besoin d'être un marché qui soit "non faussé par l'intervention des pouvoirs publics" ou qui soit exempt du moindre degré d'intervention des pouvoirs publics.⁶⁶² Toutefois, il a rappelé que, dans les cas où le rôle des pouvoirs publics sur le marché était si prédominant qu'il déterminait effectivement les prix, il n'y avait aucun moyen de savoir si le bénéficiaire était "mieux loti" qu'en l'absence de contribution financière, et que le marché qui était l'objet de l'intervention des pouvoirs publics ne pouvait pas servir de point de repère approprié aux fins de l'article 14 d).⁶⁶³

5.161. Le Japon fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en interprétant l'article 1.1 b) parce qu'il n'a pas analysé la question de l'avantage d'un point de vue autre que celui du cadre de l'article 14 d) de l'Accord SMC. Le Japon souligne que, si l'article 14 d) prévoit une méthode particulière pour calculer le montant de l'avantage aux fins de l'imposition de mesures compensatoires, aucune quantification précise du bénéfice n'est requise dans un différend concernant des subventions prohibées au titre de l'article 3.1 de l'Accord SMC, où un plaignant doit seulement démontrer qu'un avantage existe.⁶⁶⁴ L'Union européenne ne conteste pas l'interprétation de l'article 1.1 b) donnée par le Groupe spécial, mais, dans le contexte de sa contestation de l'application de l'article 1.1 b) faite par le Groupe spécial, elle fait également remarquer que, dans une affaire concernant des subventions prohibées, la question du montant de la subvention n'est pas pertinente, de sorte que, dans les présents différends, il n'est pas nécessaire d'identifier le point de repère pertinent pour établir le montant de l'avantage conféré par le programme TRG.⁶⁶⁵

5.162. Nous ne sommes pas convaincus qu'en analysant si un avantage était conféré sur la base des principes directeurs figurant à l'article 14 d), le Groupe spécial ait fait erreur dans l'interprétation de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Nous observons que le Groupe spécial a indiqué au début de son analyse que l'article 14 d) "ne vis[ait] pas à définir les circonstances dans lesquelles un achat de biens par les pouvoirs publics conférer[ait] un avantage dans des différends relevant de la Partie [les Parties II et] III de l'Accord SMC"⁶⁶⁶, mais qu'il constituait un contexte utile pour une analyse de l'avantage au titre de l'article 1.1 b). En outre, le Groupe spécial a précisé que l'article 14 d) suggérait simplement *une façon* de démontrer que les mesures contestées conféraient un avantage.⁶⁶⁷

5.163. L'Organe d'appel a indiqué dans des différends antérieurs que, pour déterminer si un avantage avait été conféré, il fallait évaluer si le bénéficiaire avait reçu une "contribution financière" à des conditions plus favorables que celles auxquelles il avait accès sur le marché.⁶⁶⁸ De plus, dans des différends antérieurs relevant des Parties II et III de l'Accord SMC, l'Organe d'appel a utilisé l'article 14 comme contexte pertinent pour l'interprétation de l'avantage au titre de l'article 1.1 b).⁶⁶⁹ L'article 14 d) contient des principes directeurs pour déterminer si des achats de biens par les pouvoirs publics font qu'un bénéficiaire est "mieux loti" qu'il ne le serait autrement sur le marché. L'article 14 est utilisé dans les affaires concernant des droits compensateurs pour calculer le montant de la subvention en termes d'avantage conféré au bénéficiaire. Bien que l'article 14 se trouve dans la Partie V de l'Accord SMC, le Groupe spécial a eu raison de relever qu'il constituait le contexte pertinent pour l'interprétation de l'article 1.1 b) aux fins de la Partie II de l'Accord SMC, et qu'il pouvait être utilisé comme contexte pertinent pour déterminer si une subvention existe.⁶⁷⁰

⁶⁶¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.272.

⁶⁶² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.274 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 87; et faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphes 7.50 et 7.51).

⁶⁶³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.274 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphes 157 et 158).

⁶⁶⁴ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 98.

⁶⁶⁵ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 162 et note de bas de page 170 y relative.

⁶⁶⁶ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.271.

⁶⁶⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.271 à 7.273.

⁶⁶⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157.

⁶⁶⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 155; et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 972 à 975.

⁶⁷⁰ Dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, l'Organe d'appel a noté ce qui suit:

[b]ien qu'il soit indiqué au début de cet article que les principes directeurs qu'il établit s'appliquent "[a]ux fins de la Partie V" de l'Accord SMC, laquelle se rapporte aux "mesures

5.164. Nous ne pensons pas qu'une approche différente devrait être adoptée lorsque, comme dans le cas des subventions prohibées, il s'agit de déterminer s'il existe un avantage et non de quantifier précisément cet avantage. Un point de repère du marché peut indiquer si un avantage existe et, généralement, en indiquer l'importance. Cependant, en l'absence de point de repère du marché, il ne sera pas possible d'établir si une quelconque subvention existe. Le fait qu'une contribution financière confère un avantage à son bénéficiaire ne peut pas être déterminé en termes absolus, mais exige une comparaison avec un point de repère qui, dans le cas des subventions, découle du marché. Il en est ainsi, selon nous, qu'il soit nécessaire ou non de quantifier précisément l'avantage.

5.165. Nous considérons donc que l'approche interprétative du Groupe spécial concernant la question de l'avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, y compris l'utilisation du contexte établi à l'article 14 d), est l'approche correcte. Nous ne considérons pas que la détermination de la simple existence, et non du montant, de la subvention appelle une interprétation différente de la façon de déterminer s'il existe un avantage au titre de l'article 1.1 b). Une détermination de l'existence d'un avantage au titre de l'article 1.1 b), lu dans le contexte de l'article 14 d) de l'Accord SMC, exige une comparaison entre la rémunération effective et un point de repère ou une valeur supplétive fondée sur le marché, et donc entre des montants, pour déterminer l'existence d'un avantage.

5.166. Compte tenu de ce qui précède, nous ne considérons pas que le Groupe spécial ait commis une erreur dans l'interprétation du critère juridique pour la détermination de l'existence d'un avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

5.5.2.2.2 Le marché pertinent

5.167. Ayant identifié le critère juridique applicable à l'analyse de l'avantage, le Groupe spécial a d'abord examiné les paramètres économiques des marchés de gros de l'électricité et l'expérience d'ouverture du marché de l'Ontario en 2002 pour conclure que "des marchés de gros concurrentiels de l'électricité n'attirer[aient] que très rarement des investissements suffisants dans la capacité de production d'électricité nécessaire à un approvisionnement fiable en électricité" et que cela "n'aurait pas pu être atteint en Ontario en 2002 uniquement sur la base du fonctionnement d'un marché de gros concurrentiel de l'électricité".⁶⁷¹ Le Groupe spécial a ensuite examiné plusieurs points de repère dans la province et hors province qui avaient été présentés par les plaignants et qui étaient tous fondés sur la supposition que le marché pertinent pour la comparaison concernant l'avantage était un marché unique de l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie. Comme nous l'indiquons plus loin, le Groupe spécial a estimé que tous ces points de repère étaient faussés, et n'étaient donc pas appropriés pour une analyse correcte de l'avantage.

5.168. Le Groupe spécial a entrepris et achevé une analyse complète du point de repère concernant l'avantage avant de parvenir à une conclusion sur la définition du marché pertinent. Le Groupe spécial a défini le marché pertinent seulement au paragraphe 7.318, après avoir rejeté tous les points de repère proposés par les plaignants. Pour définir le marché pertinent, le Groupe spécial a dit qu'"[i]l n'y [avait] ... aucune raison d'admettre qu'un marché de gros distinct de l'électricité produite au moyen des technologies éolienne et solaire photovoltaïque serait l'élément central approprié de l'analyse de l'avantage dans les présents différends", étant donné que, "à l'heure actuelle, les consommateurs d'électricité en Ontario, dont la demande détermin[ait] instantanément les achats effectués au niveau de gros, ne distingu[aient] pas l'électricité sur la base des différentes technologies de production, que ce soit d'après le prix ou l'utilisation"⁶⁷², et qu'aucun argument n'avait été présenté qui donnait à penser que les propriétés physiques de l'électricité changeaient en fonction de la manière dont celle-ci était produite. En conséquence, le

compensatoires", nous pensons que l'article 14 constitue, néanmoins, le contexte pertinent pour interpréter le terme "avantage" figurant à l'article 1.1 b).

(Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 155). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 703.

⁶⁷¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.292.

⁶⁷² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.318. (notes de bas de page omises)

Groupe spécial est convenu avec les plaignants que le marché pertinent aux fins de l'analyse de l'avantage était le marché de l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie.⁶⁷³

5.169. Nous voyons deux problèmes principaux dans l'analyse faite par le Groupe spécial du marché pertinent aux fins de la comparaison concernant l'avantage dans les présents différends. Premièrement, nous estimons que le Groupe spécial aurait dû commencer, au lieu de conclure, son analyse de l'avantage par une définition du marché pertinent. La définition du marché pertinent est également un élément essentiel et une condition préalable d'une analyse de l'avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. L'existence d'un avantage ne peut être correctement établie que par une comparaison des prix des biens et services sur le marché pertinent où ils sont en concurrence. Il semblerait logique qu'un groupe spécial qui est chargé de déterminer l'existence d'un avantage commence son analyse en définissant le marché pertinent, qui sera utilisé aux fins de l'analyse de l'avantage. Au lieu de cela, en l'espèce, le Groupe spécial a pris note des points de vue divergents des parties concernant le marché pertinent⁶⁷⁴, et a ensuite analysé les points de repère concernant l'avantage présentés par les plaignants, avant de prendre position sur le marché pertinent pour la comparaison concernant l'avantage. À la fin de son analyse de l'avantage, le Groupe spécial a défini le marché pertinent pour l'analyse de l'avantage comme étant un marché unique de l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie, mais a conclu que le marché de gros concurrentiel de l'électricité ne pouvait pas être l'élément central approprié de l'analyse de l'avantage dans les présents différends.⁶⁷⁵

5.170. Deuxièmement, nous observons que, d'une part, le fait que l'électricité est physiquement identique, indépendamment de la manière dont elle est produite, donne à penser qu'il y a une grande substituabilité du côté de la demande entre les électricités produites au moyen de différentes technologies. D'autre part, toutefois, il y a des facteurs additionnels qui peuvent servir à établir une différenciation du côté de la demande, que le Groupe spécial n'a pas pris en considération dans son analyse du marché pertinent. Des facteurs comme le type de contrat, la taille du consommateur et le type d'électricité produite (charge de base ou charge de pointe) peuvent permettre une différenciation du marché.⁶⁷⁶

5.171. De plus, le Groupe spécial n'a pas analysé les facteurs du côté de l'offre dans la définition du marché pertinent. Dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, lorsqu'il a examiné la définition du marché aux fins de l'article 6 3) a) et 6 3) b) de l'Accord SMC, l'Organe d'appel a constaté que tant les considérations relatives à la demande que les considérations relatives à l'offre devaient être prises en compte dans la définition du marché pertinent. Il a constaté ce qui suit:

La substituabilité du côté de la demande – c'est-à-dire lorsque deux produits sont considérés comme substituables par les consommateurs – est un critère indispensable mais il n'est pas le seul pertinent à prendre en considération pour évaluer si deux produits sont sur un seul marché. En fait, il peut aussi être nécessaire d'examiner la substituabilité du côté de l'offre. Par exemple, des éléments de preuve indiquant si un fournisseur peut réorienter sa production contre un coût limité ou prohibitif en passant d'un produit à un autre en peu de temps peuvent aussi renseigner sur le point de savoir si deux produits sont sur un seul marché.⁶⁷⁷

5.172. Si le Groupe spécial avait procédé à une analyse des facteurs du côté de la demande et du côté de l'offre, et en particulier des facteurs du côté de l'offre, l'importance de l'intervention des pouvoirs publics sur le marché de l'électricité pour la définition du marché pertinent serait devenue évidente. Cette analyse aurait permis au Groupe spécial de formuler des conclusions différentes, en particulier si, comme il l'a expliqué par la suite dans ses rapports, il estimait que le marché de

⁶⁷³ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.318.

⁶⁷⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.278.

⁶⁷⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.320.

⁶⁷⁶ Par exemple, certains consommateurs, en raison de leur taille, de leur mode de fonctionnement et de leur contrat, peuvent avoir besoin d'électricité à certaines heures du jour ou de la nuit, faisant ainsi augmenter la demande d'électricité en charge de base ou en charge de pointe. Il est probable que les gros consommateurs industriels pourront négocier des conditions contractuelles plus favorables que celles qui seront offertes aux ménages. Le marché peut aussi être différencié suivant le type de contrat – c'est-à-dire sa durée ou le fait que les prix sont couverts ou flexibles.

⁶⁷⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1121.

gros concurrentiel de l'électricité n'était pas l'élément central approprié de l'analyse de l'avantage dans les présents différends.

5.173. Le Groupe spécial a reconnu qu'"il [était] peut-être plus approprié de qualifier le marché de gros de l'électricité en Ontario comme faisant partie d'un réseau d'électricité qui [était] défini sur presque tous les aspects par des décisions de politique générale et des règlements des pouvoirs publics de l'Ontario concernant l'approvisionnement diversifié".⁶⁷⁸ Toutefois, les considérations relatives à la pertinence de l'intervention en matière de réglementation sur le marché de l'électricité de l'Ontario sont complètement absentes de la définition du marché pertinent que le Groupe spécial a utilisée aux fins de l'analyse de l'avantage.

5.174. Dans les présents différends, les facteurs du côté de l'offre donnent à penser que les producteurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque ne peuvent pas concurrencer les autres producteurs d'électricité en raison de différences dans les structures de coûts et les coûts et caractéristiques d'exploitation. Les technologies éolienne et solaire photovoltaïque impliquent des dépenses d'investissement très élevées (par rapport aux autres technologies de production), des coûts d'exploitation très faibles, et des économies d'échelle moindres, si tant est qu'il y en ait. Les technologies éolienne et solaire photovoltaïque produisent de l'électricité par intermittence (selon qu'il y a ou non du vent et du soleil) et ne peuvent pas être utilisées pour l'électricité en charge de base et en charge de pointe. Des différences dans les structures de coûts et les coûts et caractéristiques d'exploitation entre les technologies éolienne et solaire photovoltaïque, d'une part, et les autres technologies, d'autre part, font qu'il est très improbable, voire impossible, que les premières puissent exercer une quelconque forme de contrainte au niveau des prix sur les deuxièmes. Par contre, les producteurs classiques produisent un produit identique qui peut être utilisé pour l'électricité en charge de base et en charge de pointe. Ils réalisent de plus grandes économies d'échelle et exercent des contraintes au niveau des prix sur les producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque.⁶⁷⁹

5.175. Lorsque la fourniture d'électricité à partir de différentes sources résulte d'un mélange et, tant que les différences de coûts entre l'électricité classique et l'électricité renouvelable sont si importantes, les marchés de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque ne peuvent exister que par l'effet d'une réglementation par les pouvoirs publics. C'est souvent le choix que font les pouvoirs publics d'un approvisionnement diversifié sur le plan des technologies de production de l'électricité qui crée les marchés de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque. Les pouvoirs publics peuvent choisir l'approvisionnement diversifié en fixant des prix administrés (sur la base des principes de récupération des coûts et de marge raisonnable) pour les technologies dont les coûts ne pourraient sinon pas être récupérés sur le marché au comptant. À titre subsidiaire, les pouvoirs publics peuvent exiger que les distributeurs privés ou les pouvoirs publics eux-mêmes achètent une partie de l'électricité dont ils ont besoin auprès de producteurs utilisant certaines technologies de production spécifiées. Comme nous l'indiquons plus loin, dans les deux cas, la définition d'un approvisionnement diversifié donné par les pouvoirs publics ne peut pas, *en elle-même et à elle seule*, permettre de conclure à un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

5.176. Nous notons également que l'analyse par le Groupe spécial du marché pertinent était axée sur les préférences des consommateurs finals et ne tenait pas compte du fait que l'électricité était achetée par les pouvoirs publics de l'Ontario au niveau de gros puis revendue aux consommateurs au niveau de détail. Les consommateurs finals au niveau de détail ne peuvent pas distinguer les électricités en fonction de la technologie de production, parce que toute l'électricité injectée dans le réseau est mélangée indépendamment de la technologie de production d'énergie utilisée. Cependant, au niveau de gros, les décisions d'achat des pouvoirs publics sont déterminées par leur définition de l'approvisionnement diversifié en énergie. Les décisions prises par les pouvoirs publics concernant l'inclusion de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque dans l'approvisionnement diversifié en énergie dictent nécessairement leurs décisions en matière d'achat d'électricité au niveau de gros. À cet égard, dans les cas où les décisions des pouvoirs publics prescrivent un approvisionnement diversifié donné, les électricités provenant de différentes technologies de production ne sont pas substituables au niveau de gros. Si le Groupe spécial avait établi une distinction entre les conditions de l'offre et de la demande au niveau de gros et au niveau de détail, il serait parvenu à des conclusions sur la définition du marché pertinent qui prenaient en

⁶⁷⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.308.

⁶⁷⁹ Voir le rapport Hogan, pages 6 à 8.

compte le choix des pouvoirs publics de l'Ontario concernant l'approvisionnement diversifié en énergie.

5.177. La définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie reflétera généralement divers impératifs de politique générale qui sont à la base de l'action des pouvoirs publics. Comme nous l'examinons plus loin, parmi ceux-ci figure la réduction de la dépendance à l'égard des combustibles fossiles pour garantir la viabilité des marchés de l'électricité à long terme, ainsi que le traitement des externalités négatives et positives qui sont associées à la production d'électricité classique et d'électricité renouvelable. De plus, la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie peut refléter le fait que les consommateurs sont prêts à acheter de l'électricité qui résulte de la combinaison de différentes technologies de production, même si elle est plus chère que l'électricité produite exclusivement à partir de sources de production classiques.

5.178. Selon nous, non seulement le Groupe spécial aurait dû définir le marché pertinent au début de son analyse de l'avantage, mais, dans son analyse du marché pertinent, il aurait aussi dû prendre en considération le fait que, en Ontario, la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie en ce qui concerne l'électricité détermine les marchés sur lesquels les producteurs d'électricité utilisant différentes technologies sont en concurrence. Nous rappelons que le Canada avait fait valoir devant le Groupe spécial que le marché pertinent aux fins de l'analyse du point de repère devait être le marché de l'électricité produite au moyen de la technologie éolienne ou solaire photovoltaïque.⁶⁸⁰ Si le Groupe spécial avait examiné plus minutieusement les facteurs du côté de l'offre, il serait parvenu à la conclusion que, même si les facteurs du côté de la demande plaident en faveur d'une définition du marché pertinent comme étant un marché unique de l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie, les facteurs du côté de l'offre donnaient à penser que les différences importantes dans les structures de coûts et les coûts et caractéristiques d'exploitation entre les technologies de production empêchaient l'existence même d'une production d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque, en l'absence d'une définition par les pouvoirs publics d'un approvisionnement diversifié en énergie sur le plan des technologies de production de l'électricité. Cela aurait ensuite amené le Groupe spécial à conclure que la comparaison concernant l'avantage au titre de l'article 1.1 b) ne devait pas être effectuée dans les limites du marché de gros concurrentiel de l'électricité dans son ensemble mais dans les limites des marchés concurrentiels de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque, qui étaient créés par la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie.

5.179. Gardant à l'esprit le marché pertinent au regard de la définition donnée par les pouvoirs publics de l'Ontario de l'approvisionnement diversifié en énergie et les conditions du marché existantes pour l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque en Ontario, nous examinons maintenant l'identification de ce que serait, selon nous, dans les circonstances des présents différends, le point de repère approprié pour la comparaison concernant l'avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

5.5.2.2.3 Identification d'un point de repère concernant l'avantage pour l'électricité produite à partir des technologies éolienne et solaire photovoltaïque

5.180. Bien que le Groupe spécial ait défini le marché pertinent comme étant un marché unique de l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie et il ait, comme nous l'examinons plus loin, procédé à une analyse approfondie de tous les points de repère du marché concernant l'électricité mélangée qui ont été présentés par les plaignants, il a indiqué dans ses conclusions sur l'avantage que, dans le cas de l'électricité, le marché de gros concurrentiel de l'électricité n'était pas un point de repère approprié étant donné que l'intervention des pouvoirs publics était nécessaire pour réaliser certains objectifs de politique générale, tels que le fait d'assurer un approvisionnement en électricité stable et fiable, y compris à partir de sources renouvelables. La constatation du Groupe spécial selon laquelle les plaignants n'ont pas établi l'existence d'un avantage était fondée sur deux considérations essentielles.

5.181. Premièrement, le Groupe spécial a fait remarquer ce qui suit: "les marchés de gros concurrentiels de l'électricité, bien qu'ils constituent une possibilité théorique, ne fonctionneront que rarement d'une manière qui rémunère l'éventail de producteurs nécessaires pour assurer un

⁶⁸⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.277 et 7.318.

réseau d'électricité *fiable* avec des recettes suffisantes pour couvrir leurs coûts globaux, sans parler d'un réseau qui vise des objectifs *en matière de santé humaine et d'environnement* par l'inclusion d'installations utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque dans l'approvisionnement diversifié".⁶⁸¹ Deuxièmement, il a indiqué que les conditions existantes de l'offre et de la demande en Ontario donnaient à penser qu'un marché de gros concurrentiel de l'électricité n'attirerait pas le volume d'investissement dans la capacité de production nécessaire pour assurer un approvisionnement fiable en électricité. Il a estimé que, "pour l'instant, cet objectif [pouvait] être atteint uniquement au moyen de l'intervention des pouvoirs publics dans ce qui serait autrement des résultats inacceptables sur le marché concurrentiel".⁶⁸²

5.182. Ces considérations du Groupe spécial concernant la détermination de l'existence d'un avantage sur les marchés de l'électricité, et en particulier en Ontario, contrastent avec sa définition du marché pertinent pour la comparaison concernant l'avantage comme étant un marché unique de l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie, et avec son analyse des points de repère concernant l'électricité mélangée qui ont été présentés par les plaignants. Nous croyons comprendre que ces déclarations du Groupe spécial laissent entendre qu'un point de repère pour l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque en Ontario devrait tenir compte de la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie comme incluant la production d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque. Toutefois, nous n'estimons pas que ces déclarations devraient être interprétées comme suggérant que les objectifs de politique générale sous-tendant la production et la fourniture d'électricité empêchent totalement d'adopter une approche fondée sur le marché afin de déterminer l'existence d'un avantage. Cela reviendrait à donner de l'article 1.1 b) une lecture incluant une exception basée sur le motif de la subvention, qui n'a aucun fondement textuel dans l'Accord.

5.183. Une analyse de l'avantage au titre de l'article 1.1 b), lu dans le contexte de l'article 14 d) de l'Accord SMC, comprend une comparaison avec un point de repère ou une valeur supplétive du marché. L'article 14 d) dispose, d'une part, que l'achat de biens devrait être considéré comme conférant un avantage si "l'achat [...] s'effectue moyennant une rémunération plus qu'adéquate" et, d'autre part, que l'adéquation de la rémunération doit être déterminée par rapport aux "conditions du marché existantes" pour le bien ou service en question dans le pays d'achat. L'adéquation de la rémunération n'est qu'un aspect de la comparaison prévue à l'article 14 d), l'autre aspect étant les "conditions du *marché* existantes"⁶⁸³ dans le pays d'achat, qui nécessite une comparaison avec un point de repère du marché.

5.184. Le fait que l'article 14 d) exige une comparaison avec les conditions du *marché* a été confirmé par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*. L'Organe d'appel a constaté que, dans les cas où les prix pratiqués dans le secteur privé pour les biens en question dans le pays de fourniture étaient faussés, il était possible de recourir à un point de repère hors du pays ou à un point de repère construit, sous réserve que les ajustements nécessaires soient effectués pour qu'il reflète les conditions du marché d'achat.⁶⁸⁴ Le but même du recours à un point de repère hors du pays ou à un point de repère construit est de reproduire les conditions du marché concurrentiel qui sont absentes dans le pays d'achat. Par conséquent, recourir à un point de repère qui ne refléterait pas les conditions du marché ne serait pas compatible avec les principes directeurs énoncés à l'article 14 d), tels qu'ils ont été interprétés par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*.

5.185. Néanmoins, même si l'introduction de considérations légitimes de politique générale dans la détermination de l'existence d'un avantage ne peut pas être conciliée avec l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, nous ne pensons pas qu'une approche fondée sur le marché des points de repère concernant l'avantage exclue la prise en compte des situations où les pouvoirs publics interviennent pour créer des marchés qui sinon n'existeraient pas. Par exemple, les pouvoirs publics créent des marchés de l'électricité avec un approvisionnement constant et fiable. En réglementant la quantité et le type d'électricité qui est fournie par le biais du réseau (en charge de base, en charge intermédiaire ou en charge de pointe) et le moment de sa fourniture, les pouvoirs publics font en sorte qu'il existe un équilibre continu de l'offre et de la demande entre les producteurs et les consommateurs, évitant ainsi des déséquilibres qui déstabiliseraient le réseau et

⁶⁸¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.309. (italique dans l'original)

⁶⁸² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.312.

⁶⁸³ Pas d'italique dans l'original.

⁶⁸⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 103.

causeraient des coupures de courant. Bien que ce type d'intervention ait un effet sur les prix du marché, contrairement au cas où les prix sont déterminés par le jeu libre de contraintes de l'offre et de la demande, il n'exclut pas en soi de traiter les prix qui en résultent comme des prix du marché aux fins d'une analyse de l'avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. En fait, en l'absence d'une telle intervention des pouvoirs publics, il ne pourrait pas y avoir de marché avec un approvisionnement en électricité constant et fiable.⁶⁸⁵

5.186. De même, les considérations relatives au choix par les pouvoirs publics d'un approvisionnement diversifié en énergie, incluant l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque, peuvent être essentielles pour la viabilité et la durabilité du marché de l'électricité à long terme. Les pouvoirs publics interviennent en réduisant la dépendance à l'égard des ressources en énergie fossile et en encourageant la production d'électricité à partir de ressources en énergie renouvelable, afin d'assurer la durabilité des marchés de l'électricité à long terme. Les ressources en énergie fossile sont épuisables, et l'énergie fossile doit donc être progressivement remplacée si l'on veut garantir l'approvisionnement en électricité à long terme. De nos jours, l'intervention des pouvoirs publics en faveur du remplacement des énergies fossiles par des énergies renouvelables vise à assurer le bon fonctionnement ou l'existence d'un marché de l'électricité avec un approvisionnement en électricité constant et fiable à long terme. Comme la réglementation des pouvoirs publics qui assure la stabilité et la fiabilité de l'approvisionnement sur le marché de l'électricité, le choix des pouvoirs publics d'inclure la production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque dans l'approvisionnement diversifié en énergie ne devrait pas être considéré comme empêchant l'identification ou l'adaptation de points de repère concernant l'avantage concurrentiel aux fins d'une analyse au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

5.187. L'intervention des pouvoirs publics permet aux marchés de l'électricité d'exister sous leur forme actuelle, qui offre aux consommateurs un accès constant et fiable à l'électricité. Toutefois, la réglementation des marchés de l'électricité par les pouvoirs publics est guidée non seulement par des considérations immédiates et à court terme, qui concernent la nature de l'électricité et des réseaux d'électricité et nécessitent la gestion des producteurs et des demandes "en charge commandée" et "hors charge commandée", mais aussi par des considérations à long terme, qui visent à faire en sorte que les consommateurs disposent dans les années à venir d'un accès stable à l'électricité, qui proviendra de plus en plus de sources renouvelables. C'est dans ce dernier cas que la gestion par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie joue un rôle essentiel.

5.188. Néanmoins, une distinction devrait être établie entre, d'une part, les interventions des pouvoirs publics qui créent des marchés qui sinon n'existeraient pas et, d'autre part, les autres types d'interventions des pouvoirs publics visant à soutenir certains acteurs sur les marchés qui existent déjà, ou à corriger les distorsions sur ces marchés. Dans les cas où les pouvoirs publics créent un marché, on ne peut pas dire que leur intervention fausse le marché, car il n'y aurait pas de marché s'ils ne l'avaient pas créé. Alors que la création de marchés par les pouvoirs publics ne donne pas lieu, *en elle-même et à elle seule*, à des subventions au sens de l'Accord SMC, les interventions des pouvoirs publics sur les marchés existants peuvent équivaloir à des subventions lorsqu'elles prennent la forme d'une contribution financière, ou d'un soutien des revenus ou des prix, et confèrent un avantage à des entreprises ou branches de production spécifiques.

5.189. Nous notons en outre qu'une comparaison entre les producteurs d'électricité à partir d'énergie renouvelable et les producteurs d'électricité à partir d'énergie classique doit tenir compte des coûts totaux associés à la production d'électricité. À cet égard, si, d'une part, les prix plus élevés de l'électricité renouvelable ont certaines externalités positives, telles que la garantie d'un approvisionnement à long terme et la prise en compte des préoccupations environnementales, d'autre part, les prix moins élevés de l'électricité non renouvelable ont certaines externalités négatives, telles que l'incidence défavorable sur la santé des personnes et l'environnement qui résulte des émissions liées aux énergies fossiles et de l'élimination des déchets nucléaires. Les considérations relatives à ces externalités sous-tendent souvent la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie, et seront donc la raison pour laquelle ils interviendront en vue de créer des marchés pour la production d'électricité

⁶⁸⁵ En particulier, le Groupe spécial fait observer que si l'équilibre continu de l'offre et de la demande n'était pas assuré entre les producteurs et les consommateurs, cela déstabiliserait les réseaux, "ce qui provoque[ait] des creux de tension, des coupures de courant ou, dans les cas extrêmes, une panne générale d'électricité". (Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.11 (faisant référence au rapport Hogan, page 13))

renouvelable. Sur ce point, nous souscrivons à la déclaration du Groupe spécial selon laquelle, lorsqu'une intervention des pouvoirs publics qui internalise les coûts sociaux et les avantages se limite à définir les paramètres généraux d'un marché, "les acteurs privés conserveront une ample marge de manœuvre dans le cadre de ces paramètres sur la base de considérations commerciales".⁶⁸⁶

5.190. Compte tenu de ce qui précède, et notamment du fait que la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie pour la production d'électricité ne constitue pas, *en elle-même et à elle seule*, une subvention, nous estimons que les points de repère concernant l'avantage pour l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque devraient être issus des marchés de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque qui résultent de la définition de l'approvisionnement diversifié. Par conséquent, dans les cas où les pouvoirs publics ont défini un approvisionnement diversifié en énergie qui inclut les technologies de production d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque, comme dans les présents différends, une comparaison des points de repère aux fins d'une analyse de l'avantage pour la production d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque devrait porter sur les modalités et conditions qui seraient disponibles sur le marché pour chacune de ces technologies, l'approvisionnement diversifié étant tenu pour acquis.

5.191. Ayant déterminé qu'un point de repère approprié concernant l'avantage pour les producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque devrait tenir compte de la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie, nous examinons maintenant l'analyse faite par le Groupe spécial des points de repère concernant l'avantage qui ont été présentés par les plaignants.

5.5.2.2.4 Analyse par le Groupe spécial du point de repère concernant l'avantage

5.192. Après avoir exposé le cadre interprétatif des articles 1.1 b) et 14 d) de l'Accord SMC et avant de définir le marché pertinent, le Groupe spécial a examiné les divers points de repère du marché de l'électricité mélangée en Ontario qui avaient été présentés par les plaignants. Il a examiné: le PHEO – c'est-à-dire le prix de l'électricité vendue au niveau de gros sur le marché administré par la SIÈRE; ii) les prix de détail offerts dans la GTR; et iii) les prix à l'exportation et à l'importation pratiqués dans les provinces voisines et aux États-Unis. Le Groupe spécial a rejeté tous ces points de repère car il avait constaté qu'ils étaient faussés par l'intervention des pouvoirs publics sur le marché et n'étaient donc pas appropriés.⁶⁸⁷

5.193. Après avoir rejeté tous les prix de l'Ontario au motif qu'ils étaient faussés, le Groupe spécial, suivant la constatation de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, a examiné, en tant que points de repère possibles, les prix sur quatre marchés de l'électricité hors province: l'Alberta, l'État de New York, la Nouvelle-Angleterre et la PJM Interconnection. Il a rejeté l'Alberta parce que les conditions de l'offre et de la demande étaient différentes de celles existant en Ontario. Il a rejeté l'État de New York, la Nouvelle-Angleterre et la PJM Interconnection parce qu'il a constaté que les producteurs sur ces marchés recevaient également des paiements de capacité.⁶⁸⁸ Comme nous l'avons indiqué plus haut, après avoir rejeté tous les points de repère présentés par les plaignants, le Groupe spécial a constaté que le marché pertinent pour la comparaison concernant l'avantage était le marché de gros en Ontario de l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie.⁶⁸⁹

5.194. L'Union européenne allègue que le Groupe spécial a appliqué à tort l'article 1.1 b) de l'Accord SMC aux faits en l'espèce. Il n'aurait pas dû entreprendre d'examiner des hypothèses de marché afin de faire une comparaison pour déterminer l'adéquation de la rémunération accordée aux producteurs TRG par le biais du programme TRG.⁶⁹⁰ Selon l'Union européenne, le recours à des hypothèses de marché conjectural ou à des valeurs supplétives n'était pas nécessaire car il n'était pas contesté que les producteurs TRG n'auraient obtenu aucune rémunération du marché

⁶⁸⁶ Rapports du Groupe spécial, note de bas de page 633 relative au paragraphe 7.322.

⁶⁸⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.293 à 7.302 et 7.317. Le Groupe spécial a aussi rejeté le tarif de gros moyen pondéré pratiqué en 2010 pour les producteurs autres que les producteurs TRG et ceux qui relevaient du programme POSER, au motif qu'il était un "dérivé[]" du PHEO". (Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.308 et note de bas de page 610)

⁶⁸⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphes 7.305 à 7.307.

⁶⁸⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.318.

⁶⁹⁰ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 168.

en Ontario eu égard aux "conditions du marché existantes", la même marchandise (l'électricité) produite à l'aide d'autres techniques de production étant beaucoup moins rémunérée. Compte tenu de ce qui précède, l'Union européenne fait valoir que la conclusion concernant l'existence d'un avantage aurait dû être établie "sans grande difficulté" par le Groupe spécial, sans qu'il soit nécessaire d'examiner des hypothèses de marché ou des valeurs supplétives.⁶⁹¹

5.195. Le Japon souscrit à l'opinion dissidente exposée dans les rapports du Groupe spécial selon laquelle l'historique du marché de l'électricité de l'Ontario, ainsi que la conception, la structure et le fonctionnement du programme TRG, démontrent que les producteurs d'énergie solaire photovoltaïque et éolienne ne seraient pas en mesure d'opérer sur le marché ontarien sans le programme TRG, et selon laquelle ce fait est à lui seul suffisant pour établir l'existence d'un avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.⁶⁹²

5.196. Nous observons que les arguments présentés en appel par l'Union européenne et le Japon sont très similaires à ceux qui ont été avancés dans l'opinion dissidente qui figure dans les rapports du Groupe spécial. Nous croyons comprendre que l'Union européenne et le Japon font valoir que le Groupe spécial a fait erreur au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC parce qu'il s'est lancé dans une analyse complète du point de repère concernant l'avantage au lieu d'établir l'existence d'un avantage sur la base d'un simple critère "en l'absence de". En vertu de ce critère, l'historique, la structure et les objectifs du programme TRG, ainsi que le fait incontesté que, en l'absence du programme TRG, les producteurs d'énergie solaire photovoltaïque et éolienne n'opéreraient pas sur le marché de l'électricité de l'Ontario, révéleraient l'existence d'un avantage.

5.197. Nous notons tout d'abord que si, comme le Groupe spécial l'a reconnu, la production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque n'aurait pas lieu en Ontario en l'absence de la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie, une approche "en l'absence de" serait inappropriée s'agissant d'établir l'existence d'un avantage parce qu'une telle approche, par définition, ne mesurerait pas ce que le bénéficiaire pourrait obtenir sur le marché pour la production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque. L'existence d'un avantage ne peut pas être établie sur la base d'une hypothèse de marché "en l'absence de", qui présuppose que le marché pertinent est celui de l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie, dans le cas où les pouvoirs publics définissent l'approvisionnement diversifié en énergie comme incluant l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque et créent donc des marchés séparés pour l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque. À supposer que l'on puisse établir l'existence d'un avantage en déterminant si les producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque seraient entrés ou non sur le marché "en l'absence" du programme TRG, la question essentielle à laquelle il faut répondre est celle de savoir "quel" marché fournit le point de repère approprié. Avant de répondre à la question de savoir si les producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque seraient entrés sur le marché, il est nécessaire de définir le marché pertinent sur lequel ils opéreraient. C'est sur ce marché que le point de repère approprié devrait être identifié.

5.198. Nous notons en outre que le Canada indique que ce qu'il a admis, c'est que le PHEO et ses dérivés sont insuffisants pour attirer l'investissement dans une quelconque sorte de nouvelle technologie de production et que, en l'absence du programme TRG, les producteurs potentiels d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque accepteraient très probablement un prix négocié avec les pouvoirs publics de l'Ontario.⁶⁹³ Cela ne revient pas à admettre que les producteurs TRG d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque ne seraient pas présents sur le marché en l'absence du programme TRG, comme, d'après les allégations du Japon et de l'Union européenne, l'a fait le Canada. Le Canada a fait valoir devant le Groupe spécial que le marché pertinent aux fins de l'analyse de l'avantage était celui de l'électricité produite au moyen des technologies solaire photovoltaïque et éolienne. Bien que le Groupe spécial ait rejeté l'argument du Canada selon lequel le marché pertinent, d'un point de vue économique, était celui de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque, il semble avoir souscrit à l'avis du Canada selon lequel, en l'absence du programme TRG, les producteurs TRG ne seraient pas obligés d'opérer sur un marché de gros de l'électricité concurrentiel, mais négocieraient leurs tarifs avec les pouvoirs publics.⁶⁹⁴

⁶⁹¹ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 162. (note de bas de page omise)

⁶⁹² Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 76.

⁶⁹³ Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 170 et note de bas de page 190 y relative.

⁶⁹⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.315.

5.199. Nous avons contesté la définition du marché pertinent sur laquelle repose l'analyse de l'avantage faite par le Groupe spécial. Nous estimons, pour les raisons exposées plus haut, que les marchés de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque existent en Ontario uniquement en raison de l'intervention des pouvoirs publics. Par conséquent, nous ne pensons pas que le Groupe spécial aurait pu déterminer qu'un avantage existait parce que les producteurs TRG ne seraient pas entrés sur le marché de gros de l'électricité mélangée de l'Ontario "en l'absence" du programme TRG. En effet, comme nous l'avons expliqué plus haut, nous ne pensons pas que le point de repère pertinent doit être issu du marché de gros de l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie, mais plutôt des marchés de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque, qui sont définis par le choix des pouvoirs publics de l'Ontario concernant l'approvisionnement diversifié en énergie. À notre avis, la question pertinente est donc de savoir si les fournisseurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque seraient entrés sur les marchés de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque en l'absence du programme TRG, et non s'ils seraient entrés sur le marché de gros de l'électricité mélangée.

5.200. Le Japon estime également que la conclusion selon laquelle il existe un avantage parce que les producteurs TRG n'auraient pas été présents sur le marché en l'absence du programme TRG est aussi étayée par les comparaisons avec les points de repère du marché fondées sur l'article 14 d) de l'Accord SMC. En particulier, le Japon fait référence au prix de gros moyen pondéré et à la portion correspondant au produit des prix de détail de l'Ontario prévus par la GTR (prix de détail GTR). Ces prix, qui sont sensiblement inférieurs aux prix TRG, ne dépendent pas du PHEO car ils sont fixés par contrat ou en vertu d'un règlement.⁶⁹⁵

5.201. Le Japon soutient que le Groupe spécial a rejeté à tort ces points de repère parce qu'ils étaient faussés par l'intervention des pouvoirs publics. Il fait valoir qu'un prix du marché qui doit être utilisé en tant que point de repère dans une détermination de l'existence d'une subvention peut être influencé par l'intervention des pouvoirs publics sans entraîner une comparaison tautologique, comme l'a affirmé l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, notamment lorsque la question concerne l'existence de la subvention, et non sa taille.⁶⁹⁶ L'Union européenne n'aborde pas directement en appel le rejet par le Groupe spécial des prix de l'électricité dans la province et hors province en tant que points de repère concernant l'avantage. Comme il a été indiqué plus haut, selon l'Union européenne, le Groupe spécial a fait erreur en entreprenant une analyse du point de repère concernant l'avantage alors qu'il aurait pu facilement déterminer l'existence d'un avantage sur la base d'un critère "en l'absence de". En conséquence, l'Union européenne nous demande de déterminer l'existence d'un avantage et de déclarer que les constatations du Groupe spécial concernant les points de repère du marché dans la province et hors province sont "sans fondement et sans effet juridique".⁶⁹⁷

5.202. En examinant les points de repère du marché présentés par les plaignants, le Groupe spécial a constaté qu'il n'y avait pas de concurrence effective sur le marché de gros de l'électricité de l'Ontario, et que ce marché était décrit de manière plus appropriée comme faisant partie d'un réseau d'électricité défini par des décisions de politique générale et des règlements des pouvoirs publics de l'Ontario régissant l'approvisionnement diversifié (y compris l'électricité produite à partir de sources renouvelables) qui était nécessaire pour assurer un approvisionnement en électricité sûr, fiable et à long terme en Ontario, et le système de recouvrement des coûts du réseau d'électricité.⁶⁹⁸

5.203. Le Groupe spécial a constaté que les offres de prix des producteurs sur le marché de gros administré par la SIÈRE n'étaient pas motivées par la nécessité de couvrir les coûts marginaux de production, mais par la nécessité d'être choisies pour injecter de l'électricité dans le réseau de l'Ontario afin de percevoir les prix contractuels ou réglementés. Par conséquent, le PHEO, qui est

⁶⁹⁵ Selon le Japon, le prix de gros moyen pondéré en 2010 était compris entre 7,02 et 7,13 cents par kWh, tandis que la portion correspondant au produit la plus élevée des prix de détail GTR s'élevait à 10,8 cents par kWh. Les prix TRG de l'électricité éolienne en 2009 étaient de 13,5 cents par kWh pour l'éolienne terrestre et de 19 cents par kWh pour l'électricité éolienne offshore. Les prix TRG de l'électricité solaire photovoltaïque en 2009 allaient de 44,3 à 80,2 cents par kWh. (Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphes 90 à 92; rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.30)

⁶⁹⁶ Communication du Japon en tant qu'autre appelant (DS412), paragraphe 104 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 93).

⁶⁹⁷ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant (DS426), paragraphe 170. (italique omis)

⁶⁹⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.308.

le prix de gros de l'électricité sur le marché administré par la SIERE, n'est pas un "prix d'équilibre" déterminé par le jeu de l'offre et de la demande, mais "[un] outil permettant à la SIERE de prendre les décisions de contrôle-commande requises pour équilibrer l'offre et la demande *physiques* d'électricité".⁶⁹⁹ Le Groupe spécial a observé que 92% des producteurs ne percevaient pas le PHEO mais un prix contractuel ou réglementé qui était plus élevé que le PHEO, et que les prix contractuels ou réglementés avaient été constamment supérieurs au PHEO depuis au moins 2009.⁷⁰⁰ En conséquence, il a conclu que le PHEO et l'ensemble des dérivés du PHEO (tels que le prix de gros moyen pondéré pour les producteurs autres que ceux relevant des programmes TRG ou POSER en 2010, les prix de détail GTR en 2010, et les prix à l'importation et à l'exportation) qui avaient été présentés par les plaignants en tant que points de repère concernant l'avantage ne pouvaient pas servir de points de repère appropriés aux fins de l'analyse de l'avantage.⁷⁰¹

5.204. Nous rappelons que nous avons estimé plus haut que le point de repère approprié pour l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque devrait tenir compte de la définition donnée par les pouvoirs publics de l'Ontario de l'approvisionnement diversifié en énergie comme incluant l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque, qui implique l'existence de marchés séparés pour l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque. Le prix de gros moyen pondéré et les prix de détail GTR sont des prix pour l'électricité mélangée, c'est-à-dire l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie. Par conséquent, nous estimons que le prix de gros moyen pondéré et les prix de détail GTR ne sont pas des points de repère appropriés pour déterminer si le programme TRG confère un avantage aux producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque. Pour la même raison, nous estimons que tous les autres points de repère concernant l'électricité mélangée dans la province et hors province qui ont été présentés au Groupe spécial ne sont pas des points de repère appropriés concernant l'avantage.

5.205. Tant le Japon que l'Union européenne font aussi valoir que l'erreur du Groupe spécial au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC est soulignée par le fait qu'il a constaté que la simple participation au programme TRG conférerait un "avantage" au sens du texte introductif du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC, sur la base de l'objectif, de la conception et du fonctionnement du programme TRG, mais qu'il n'a pas estimé que, pour les mêmes raisons, cette participation conférerait un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.⁷⁰² Le Japon estime que cette contradiction révèle aussi une absence d'évaluation objective de la part du Groupe spécial et constitue donc une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.⁷⁰³

5.206. Dans son analyse de la compatibilité des mesures contestées avec le GATT de 1994 et l'Accord sur les MIC, le Groupe spécial a constaté que, compte tenu du prix fixé qui devait être payé sur une période de 20 ans, "*la simple participation* au programme TRG [pouvait] être considérée comme l'obtention d'un "avantage" au sens du texte introductif du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative".⁷⁰⁴ Toutefois, au titre de l'Accord SMC, il a constaté que le Japon et l'Union européenne n'avaient pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b).⁷⁰⁵

5.207. L'article 1.1 b) de l'Accord SMC ne mentionne pas le terme "advantage" (avantage), mais le terme "benefit" (avantage). Toutefois, dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, l'Organe d'appel a noté que "[d]'après le dictionnaire, "benefit" signifi[ait] "avantage", "bien", "don", "rémunération", ou, d'une manière plus générale, "facteur ou circonstance favorable ou utile".⁷⁰⁶ L'Organe d'appel a

⁶⁹⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.298. (italique dans l'original, note de bas de page omise)

⁷⁰⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.55.

⁷⁰¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.308.

⁷⁰² Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appellant (DS426), paragraphe 169; communication du Japon en tant qu'autre appellant (DS412), paragraphe 117.

⁷⁰³ Communication du Japon en tant qu'autre appellant (DS412), paragraphe 117.

⁷⁰⁴ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.165. (italique dans l'original)

⁷⁰⁵ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.328 ii).

⁷⁰⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 153 (citant *The New Shorter Oxford English Dictionary*, 4^{ème} édition, L. Brown (éd.) (Clarendon Press, 1993), volume 1, page 214; *The Concise Oxford Dictionary*, 9^{ème} édition, D. Thompson (éd.) (Clarendon Press, 1995), page 120; et *Webster's Third New International Dictionary* (version intégrale) (William Benton, 1966), volume I, page 204).

indiqué en outre que "le sens ordinaire du terme "benefit" englob[ait] à l'évidence une forme d'avantage".⁷⁰⁷

5.208. Dans l'affaire *Canada – Aéronefs* et dans sa jurisprudence ultérieure, l'Organe d'appel n'a pas assimilé les notions de "benefit" et "avantage". Son interprétation du terme "benefit" (avantage) à l'article 1.1 b) de l'Accord SMC indique clairement que ce terme implique une certaine forme d'avantage, mais a un sens plus spécifique dans l'Accord SMC. L'avantage est lié aux notions de "contribution financière" et de "soutien des revenus ou des prix", et pour établir son existence, il faut une comparaison sur le marché. On ne peut pas en dire autant du terme "avantage" (avantage) au sens de l'Accord sur les MIC. Le paragraphe 1 de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC fait simplement référence aux MIC qui sont nécessaires pour obtenir un avantage.⁷⁰⁸ La notion d'"avantage" (avantage) dans l'Accord sur les MIC doit être interprétée dans le contexte de cet accord et, sans examiner le bien-fondé de cette interprétation, il nous semble qu'un "avantage" (avantage) au sens de l'Accord sur les MIC peut revêtir des formes autres qu'une "contribution financière" ou un "avantage" (benefit) au sens de l'Accord SMC. En tout état de cause, une constatation de l'existence d'un "avantage" (avantage) au sens de l'Accord sur les MIC ne nécessite pas une comparaison avec un point de repère concernant l'avantage (benefit) sur le marché pertinent, comme il est prescrit aux fins d'une analyse de l'avantage (benefit) au titre de l'Accord SMC.

5.209. Par conséquent, même si nous n'excluons pas que certaines mesures qui accordent un avantage au sens du paragraphe 1 de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC puissent aussi conférer un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, on peut concevoir qu'il soit constaté qu'une mesure qui confère un avantage au sens du paragraphe 1 de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC ne confère pas d'avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

5.210. En résumé, nous n'estimons pas que le fait que le Groupe spécial a constaté que la simple participation au programme TRG constituait un avantage au sens du paragraphe 1 de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC mais, en même temps, n'a pas constaté qu'un avantage existait au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, montre qu'il a commis une erreur au regard de l'article 1.1 b). Nous ne sommes pas non plus persuadés que, ce faisant, le Groupe spécial s'est contredit, ce qui, selon le Japon, constituerait une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.

5.211. À la lumière de tout ce qui précède, nous estimons que l'approche et les points de repère concernant l'avantage présentés par l'Union européenne et le Japon ne sont pas appropriés pour déterminer l'existence d'un avantage pour la production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque dans le cadre du programme TRG.

5.5.2.2.5 Conclusions au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC

5.212. Dans son analyse de l'avantage, le Groupe spécial a, d'une part, estimé à juste titre que la nécessité d'assurer un approvisionnement fiable en électricité par le biais d'un approvisionnement diversifié en énergie incluant la production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque rendait inappropriée une comparaison de la rémunération TRG avec les modalités et conditions disponibles sur le marché de gros concurrentiel de l'électricité.⁷⁰⁹ Il a, d'autre part, accepté l'argumentation des plaignants, y compris leur définition du marché, et a évalué si un avantage avait été conféré sur la base des points de repère concernant l'avantage pour un marché unique de l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie.

5.213. En outre, dans les "observations sur une approche de la question de l'avantage"⁷¹⁰ qu'il a formulées après sa constatation au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, le Groupe spécial a

⁷⁰⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 153. (note de bas de page omise)

⁷⁰⁸ Le texte introductif du paragraphe 1 de la Liste exemplative de l'Accord sur les MIC dispose ce qui suit:

Les MIC qui sont incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national prévue au paragraphe 4 de l'article III du GATT de 1994 incluent celles qui sont obligatoires ou qui ont force exécutoire en vertu de la législation nationale ou de décisions administratives, ou auxquelles il est nécessaire de se conformer pour obtenir un avantage, ...

⁷⁰⁹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.312.

⁷¹⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.321. (italique omise)

proposé de comparer les rémunérations TRG pour les producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque avec la rémunération que les producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque obtiendraient sur des marchés concurrentiels de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque. Le point de repère utilisé dans l'approche du Groupe spécial était "les modalités et conditions qui seraient offertes par des distributeurs commerciaux d'électricité agissant avec l'obligation imposée par les pouvoirs publics d'acheter de l'électricité auprès de producteurs exploitant des centrales éoliennes et solaires photovoltaïques d'une taille comparable à celle des installations fonctionnant dans le cadre du programme TRG".⁷¹¹ Cette approche suggère clairement que la comparaison concernant l'avantage devrait s'effectuer dans les limites des marchés des technologies éolienne et solaire photovoltaïque qui découlent de la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie. Par conséquent, bien que le Groupe spécial ait d'abord effectué une analyse du point de repère concernant l'avantage qui présupposait un marché unique de l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie, il a ensuite proposé une approche subsidiaire de l'évaluation de l'avantage, qui nécessitait une comparaison dans les limites des techniques de production d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque, respectivement.

5.214. Il nous semble que, dans ses "observations sur une approche de la question de l'avantage", le Groupe spécial a identifié le marché approprié pour la comparaison concernant l'avantage pour ce qui était de la production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque en Ontario qui n'existerait pas en l'absence de la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie. Toutefois, nous ne comprenons pas pourquoi le Groupe spécial n'a pas choisi ensuite d'effectuer son analyse de l'avantage sur la base d'un point de repère qui rendait compte de l'approvisionnement diversifié en énergie. Au lieu de cela, il a examiné l'argumentation des plaignants qui était fondée sur un marché de gros unique de l'électricité, et s'est contenté de formuler des remarques *obiter dicta* sur le point de repère approprié uniquement après avoir constaté que les plaignants n'avaient pas démontré l'existence d'un avantage dans le cadre d'une approche qu'il jugeait incorrecte.

5.215. Nous notons qu'il incombe à un plaignant, lorsqu'il présente une allégation, de fournir des éléments de preuve et arguments que le Groupe spécial devra évaluer objectivement. Même si un groupe spécial ne peut pas plaider la cause d'un plaignant, il est habilité à "utiliser librement les arguments présentés par l'une ou l'autre des parties – ou [à] développer sa propre argumentation juridique – pour étayer ses constatations et conclusions concernant la question à l'examen".⁷¹² Les groupes spéciaux ont aussi de larges pouvoirs d'établissement des faits et peuvent demander des renseignements à toute source. Nous ne pensons pas que le Groupe spécial aurait dû limiter son analyse à l'approche de l'avantage proposée, et/ou aux points de repère qui faisaient partie de l'argument principal des plaignants, alors que les éléments de preuve et arguments présentés par les plaignants, ainsi que les arguments avancés en réponse par le Canada, auraient pu lui permettre d'élaborer son propre raisonnement et de formuler des constatations sur la base d'un point de repère qui tenait compte de la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie. Sous réserve que les plaignants aient présenté des éléments de preuve et arguments pertinents afin d'établir des éléments *prima facie*, il revenait au Groupe spécial d'analyser le point de repère ou la valeur supplétive approprié. Nous observons que des arguments et éléments de preuve ont été présentés au Groupe spécial qui auraient pu être utiles pour identifier un point de repère concernant l'avantage qui prenait en compte la définition donnée par les pouvoirs publics de l'Ontario de l'approvisionnement diversifié en énergie, qui incluait l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque.

5.216. Pour établir *prima facie* qu'il existait un avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, il incombait aux plaignants d'identifier un point de repère convenable et d'effectuer des ajustements, si nécessaire. Bien que les plaignants aient axé leurs principaux arguments présentés au Groupe spécial sur les points de repère du marché de l'électricité mélangée (PHEO, prix de gros moyen, prix de détail, prix à l'importation et à l'exportation, et prix hors province), l'Union européenne a également présenté des arguments et éléments de preuve sur les prix de l'électricité provenant de sources renouvelables en Ontario et au Québec en réponse à l'argument du Canada selon lequel les marchés pertinents pour la comparaison concernant l'avantage étaient ceux de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque. L'Union européenne a fait valoir, dans sa

⁷¹¹ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.322.

⁷¹² Rapport de l'Organe d'appel CE – *Hormones*, paragraphe 156. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel États-Unis – *Certains produits en provenance des CE*, paragraphe 123.

deuxième communication écrite et dans sa déclaration orale liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, que l'on pouvait démontrer l'existence d'un avantage en comparant la rémunération TRG avec les modalités et conditions des demandes de proposition dans le cadre du programme d'approvisionnement en énergie renouvelable (RES) I, II et III et avec les contrats concurrentiels conclus au Québec en 2005 et 2008 pour les parcs éoliens.⁷¹³ Par conséquent, si le Groupe spécial a estimé, comme il ressort clairement de ses rapports, que la comparaison appropriée concernant l'avantage ne pouvait pas avoir lieu sur le marché de gros concurrentiel de l'électricité, il aurait pu à la place étudier ces arguments.

5.217. Dans ses "observations sur une approche de la question de l'avantage", le Groupe spécial a proposé un point de repère concernant l'avantage qui était fondé sur le choix fait par les pouvoirs publics de l'Ontario d'un approvisionnement diversifié en énergie qui incluait l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque. Il a essayé d'appliquer ce point de repère en comparant les taux de rendement obtenus par les producteurs TRG avec le coût moyen du capital au Canada pour des projets ayant un profil de risque comparable pendant la même période, mais a constaté qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuves versés au dossier pour effectuer cette comparaison. Nous n'exprimons aucune opinion quant au bien-fondé d'une comparaison entre les taux de rendement TRG et le coût moyen du capital au Canada. Toutefois, nous notons que le Groupe spécial n'a même pas envisagé la possibilité d'un point de repère concernant l'approvisionnement diversifié en électricité fondé sur les éléments de preuve présentés par les plaignants au sujet des programmes antérieurs en matière d'énergie renouvelable en Ontario (RES) et hors province (Québec).

5.218. Les principales allégations des plaignants concernant l'avantage étaient axées sur des points de repère sur le marché de gros concurrentiel de l'électricité mélangée. Toutefois, l'Union européenne a aussi présenté des arguments et éléments de preuve qui auraient permis au Groupe spécial de comparer la rémunération TRG avec un point de repère reflétant les prix concurrentiels sur des marchés relatifs à des technologies de production spécifiques, pour autant que des ajustements appropriés aient été proposés par l'Union européenne et examinés par le Groupe spécial. Cela aurait pu permettre au Groupe spécial d'effectuer son analyse de l'avantage sur la base du point de repère approprié concernant l'avantage qu'il a évoqué aux paragraphes 7.309 à 7.313 de ses rapports et qu'il a explicités ultérieurement dans ses remarques *obiter dicta* concernant une approche subsidiaire de la question de l'avantage.

5.219. Compte tenu de ce qui précède, nous estimons que le Groupe spécial a commis une erreur en n'effectuant pas l'analyse de l'avantage sur la base d'un marché qui est déterminé par la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie, et d'un point de repère situé sur ce marché reflétant les prix concurrentiels pour la production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque. Par conséquent, nous infirmos les constatations formulées par le Groupe spécial au paragraphe 7.328 ii) de ses rapports, au paragraphe 8.3 de son rapport concernant le Japon et au paragraphe 8.7 de son rapport concernant l'UE, selon lesquelles le Japon et l'Union européenne n'ont pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et que le Canada avait donc agi d'une manière incompatible avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.

5.220. Maintenant que nous avons infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle les plaignants n'ont pas établi l'existence d'un avantage, il n'y a pas de détermination sur le point de savoir si les mesures contestées confèrent ou non un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Nous examinerons plus loin si, sur la base des constatations factuelles du Groupe spécial et des faits non contestés versés au dossier du Groupe spécial, nous pouvons compléter l'analyse et déterminer si les mesures contestées confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et si le Canada a agi d'une manière incompatible avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.

⁷¹³ Deuxième communication écrite de l'Union européenne au Groupe spécial (DS426), paragraphes 82 à 84; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 25 et 26.

5.5.2.3 Question de savoir si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que l'Union européenne et le Japon n'avaient pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC

5.221. L'Union européenne et le Japon allèguent tous deux, à titre subsidiaire, dans l'éventualité où nous souscririons aux constatations formulées par le Groupe spécial au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, en concluant qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve versés au dossier pour lui permettre de formuler des conclusions concernant l'avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, sur la base de sa propre approche de la question de l'avantage.⁷¹⁴ En outre, l'Union européenne et le Japon allèguent aussi que le fait que le Groupe spécial a d'abord défini le marché pertinent comme étant le marché de l'électricité qui est produite à partir de toutes les sources d'énergie, mais a, par la suite, élaboré sa propre hypothèse en s'appuyant sur un marché distinct pour l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque, constitue une contradiction, qui est en elle-même une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.⁷¹⁵

5.222. Nous avons infirmé les constatations du Groupe spécial selon lesquelles l'Union européenne et le Japon n'avaient pas démontré que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Ainsi, la condition pour que nous examinions les allégations présentées à titre subsidiaire par l'Union européenne et le Japon au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord n'est pas remplie. Par conséquent, nous n'examinons pas les allégations subsidiaires selon lesquelles le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord. Nous notons en outre que, puisque nous avons infirmé la constatation formulée par le Groupe spécial au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, nous n'avons pas besoin d'examiner les allégations subsidiaires présentées au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord pour arriver à une solution positive des présents différends.

5.5.2.4 Action de compléter l'analyse

5.223. Le Japon et l'Union européenne ont tous deux demandé que, si nous devions infirmer la constatation concernant l'"avantage" formulée par le Groupe spécial, nous complétions l'analyse juridique sur la base des constatations de fait formulées par le Groupe spécial et des éléments de preuve non contestés versés au dossier du Groupe spécial et que nous constatons que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et constituaient des subventions prohibées incompatibles avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.⁷¹⁶

5.224. Par conséquent, ayant infirmé la constatation concernant l'"avantage" formulée par le Groupe spécial, nous examinons maintenant si nous pouvons compléter l'analyse juridique et déterminer tout d'abord si le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Dans des différends antérieurs, l'Organe d'appel a complété l'analyse en vue de faciliter le règlement rapide et la résolution efficace du différend.⁷¹⁷ Cependant, l'Organe d'appel a été d'avis qu'il ne pouvait le faire que si les constatations factuelles du Groupe spécial et les données de fait non contestées versées au dossier du Groupe spécial lui fournissaient une base suffisante pour sa propre analyse.⁷¹⁸ L'Organe d'appel

⁷¹⁴ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appellant (DS426), paragraphe 173; communication du Japon en tant qu'autre appellant (DS412), paragraphe 119.

⁷¹⁵ Communication de l'Union européenne en tant qu'autre appellant (DS426), paragraphe 199; communication du Japon en tant qu'autre appellant (DS412), paragraphe 111.

⁷¹⁶ Communication du Japon en tant qu'autre appellant (DS412), paragraphe 118; communication de l'Union européenne en tant qu'autre appellant (DS426), paragraphe 171.

⁷¹⁷ Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphes 117 et 118; *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphes 80 à 92; et *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphes 43 à 52.

⁷¹⁸ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphes 209, 241 et 255; *Corée – Produits laitiers*, paragraphes 91 et 102; *Canada – Automobiles*, paragraphes 133 et 144; et *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 128. L'Organe d'appel a indiqué qu'il pouvait compléter l'analyse uniquement si la disposition qu'un groupe spécial n'avait pas examinée était "étroitement liée[]" à une disposition que le groupe spécial avait examinée et si les deux dispositions s'inscrivaient "dans une suite

a constaté qu'il était impossible de compléter l'analyse juridique en raison des constatations de fait insuffisantes figurant dans le rapport du Groupe spécial ou de l'absence de faits non contestés dans le dossier du Groupe spécial.⁷¹⁹ En outre, parmi les raisons qui ont empêché l'Organe d'appel de compléter l'analyse juridique, il y a la complexité des questions, le fait que les questions dont était saisi le Groupe spécial n'avaient pas été entièrement analysées et, par conséquent, des considérations relatives au droit des parties à une procédure régulière.⁷²⁰

5.225. Dans les présents différends, l'évaluation de la question de savoir si un avantage est conféré nécessiterait de compléter l'analyse. Cela impliquerait d'effectuer une comparaison avec un point de repère concernant l'avantage afin de déterminer si la rémunération obtenue par les producteurs TRG leur confère un avantage par rapport à la rémunération qu'ils auraient autrement pu obtenir sur le marché. Cependant, comme expliqué plus haut, il faudrait que les paramètres du marché tiennent compte de l'approvisionnement énergétique diversifié défini par les pouvoirs publics de l'Ontario. Nous rappelons aussi que nous pensions comme le Groupe spécial que l'article 14 d) constituait un contexte pertinent pour déterminer l'existence d'un avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Une détermination de l'existence d'un avantage dans le cadre de l'article 14 d) de l'Accord SMC nécessite une comparaison entre la rémunération effective et une valeur supplétive ou un point de repère sur la base du marché. Aux fins d'effectuer cette comparaison en l'espèce, le mécanisme de recherche de prix fondé sur le marché devrait considérer comme un fait connu l'approvisionnement diversifié défini par les pouvoirs publics.

5.226. L'article 14 d) prescrit que l'adéquation de la rémunération dans une comparaison concernant l'avantage soit déterminée par rapport aux conditions du marché existantes pour le bien ou service en question dans le pays de fourniture ou d'achat. Néanmoins, l'Organe d'appel a déclaré, dans des différends antérieurs, qu'un point de repère autre que les prix pratiqués dans le secteur privé du pays de fourniture au titre de l'article 14 d) pouvait être utilisé "s'il [était] d'abord établi que les prix pratiqués dans le secteur privé de ce pays [étaient] faussés en raison du rôle prédominant joué par les pouvoirs publics dans la fourniture de ces biens".⁷²¹ L'Organe d'appel a indiqué qu'il était possible de recourir à la fois à des points de repère hors du pays et à des points de repère construits, sous réserve que des ajustements soient effectués afin "de s'assurer que le point de repère qui en résult[ait] se rapport[ait] ou se référ[ait], ou [était] lié aux conditions du marché existantes dans le pays de fourniture et [devait] refléter le prix, la qualité, la disponibilité, la qualité marchande, le transport et autres conditions d'achat ou de vente, comme le prescr[ivait] l'article 14 d)".⁷²²

5.227. Nous avons considéré plus haut que le point de repère approprié pour établir si la rémunération TRG conférerait un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC devrait tenir compte du fait que les pouvoirs publics de l'Ontario définissaient l'approvisionnement énergétique diversifié pour la production d'électricité comme incluant l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque et l'élimination progressive du recours aux combustibles fossiles, en particulier de la production d'électricité à partir du charbon. Cela tient au fait que, comme il est expliqué plus haut, la création d'un marché en définissant l'approvisionnement énergétique diversifié comme incluant la production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque ne peut pas être considérée *en elle-même et à elle seule* comme conférant un avantage. Par conséquent, un point de repère approprié concernant l'avantage pour la production d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque en Ontario devrait, dans la limite des paramètres de la définition de l'approvisionnement énergétique diversifié donnée par les pouvoirs publics de l'Ontario, tenir compte de ce qu'un point

logique". (Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Périodiques*, page 27) Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 79; et *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, paragraphe 337)

⁷¹⁹ Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 343; et *CE – Amiante*, paragraphe 78. Dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, l'Organe d'appel a complété l'analyse "à supposer que les éléments de preuve présentés par les États-Unis soient exacts et non contestés" (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (Deuxième plainte)*, paragraphe 662), ou, autrement dit, sur la base de ce que la partie perdante avait admis ou présenté. (*Ibid.*, note de bas de page 1561 relative au paragraphe 741).

⁷²⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, note de bas de page 537 relative au paragraphe 339.

⁷²¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 90. (note de bas de page omise)

⁷²² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 106. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 486, au sujet de l'utilisation des valeurs supplétives au titre de l'article 14 d) de l'Accord SMC.

de repère du marché donnerait comme résultat pour l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque. En outre, sur la base des indications figurant à l'article 14 d), il faudrait d'abord rechercher un point de repère approprié sur les marchés de production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque en Ontario. S'il n'est pas possible de trouver un point de repère approprié en Ontario, il sera également possible de prendre en considération un point de repère approprié hors de l'Ontario ou une valeur supplétive.

5.228. Les prix administrés par les pouvoirs publics comme le TRG peuvent refléter ou non le résultat qui serait obtenu sur un marché conjectural. Ainsi, le fait que les pouvoirs publics fixent des prix n'établit pas en lui-même l'existence d'un avantage. Lorsqu'il conteste une comparaison concernant l'avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, un plaignant devrait montrer que ces prix ne reflètent pas le résultat qui serait obtenu sur un marché. Une analyse de la méthode qui a été utilisée pour établir les prix administrés peut fournir des éléments de preuve concernant le point de savoir si le prix offre ou non une rémunération plus qu'adéquate. Il peut y avoir des circonstances dans lesquelles on ne dispose d'aucun renseignement sur la méthode qui a été ou est utilisée pour déterminer si le prix administré reflète ou non le résultat qui aurait été obtenu sur le marché. S'il devient nécessaire d'identifier un point de repère du marché ou de construire une valeur supplétive, ce point de repère ou cette valeur supplétive peuvent être les prix administrés pour le même produit (dans le pays d'achat ou dans d'autres pays, sous réserve d'ajustements), à condition qu'ils soient déterminés sur la base d'un mécanisme de fixation des prix permettant un résultat axé sur le marché. À titre subsidiaire, il est également possible de trouver ce point de repère au moyen des mécanismes de recherche de prix tels que le processus d'appel d'offres ou les prix négociés, qui font en sorte que le prix payé par les pouvoirs publics soit le prix le plus bas possible qu'un fournisseur est prêt à offrir.

5.229. En gardant ces considérations à l'esprit, nous passons à l'examen des faits et arguments pertinents présentés par les participants et nous évaluons dans quelle mesure ils sont non contestés ou dans quelle mesure le Groupe spécial a formulé des constatations de fait pertinentes. Les éléments de preuve présentés par le Canada devant le Groupe spécial montrent qu'"il a été divulgué que le prix pondéré moyen pour les projets retenus [au titre du programme RES II] était de 8,64 cents par kWh" et que l'"offre la plus élevée qui avait été acceptée pourrait être de l'ordre de 9,4 cents par kWh".⁷²³ Dans sa réponse à la question n° 4 du Groupe spécial après la deuxième réunion avec les parties, le Canada a indiqué que "[l]es tarifs pour les projets éoliens au titre de[s] [trois] demande[s] de proposition présentées dans le cadre du processus RES [étaient] compris entre 0,08 \$/kWh et 0,11 \$/kWh".⁷²⁴

5.230. Dans sa deuxième communication écrite au Groupe spécial, l'Union européenne a déclaré que, "même s'il fallait tenir compte du coût de production de l'électricité éolienne et solaire, comme l'[alléguait] le Canada, la structure du programme TRG donn[ait] lieu à des paiements supérieurs aux coûts".⁷²⁵ Elle a fait valoir que la structure du programme TRG, et en particulier les tarifs normalisés, donnait lieu à des paiements supérieurs au coût de production, par rapport aux programmes RES I (2004), RES II (2005) et RES III (2008), qui ont été administrés sur la base des meilleurs prix offerts par les producteurs par le biais d'un processus d'appel d'offres.⁷²⁶ Dans sa déclaration orale liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, l'Union européenne a également présenté des éléments de preuve concernant les prix pratiqués hors de l'Ontario, à savoir les prix de l'électricité éolienne au Québec. Elle a fait observer que les contrats concurrentiels conclus au Québec pour l'électricité éolienne en 2005 et 2008 indiquaient des tarifs moyens de 6,5 cents et 8,7 cents par kWh, respectivement, ce qui, selon elle, démontrait que le programme TRG ne reflétait pas les coûts de production.⁷²⁷

⁷²³ OPA, Joint Report to the Minister of Energy: Recommendations on a Standard Offer Program for Small Generators connected to a Distribution System (RESOP), 17 mars 2006 (pièce CDA-55 présentée au Groupe spécial), page 20.

⁷²⁴ À la lumière de la question posée par le Groupe spécial au sujet des "prix payés pour l'électricité", nous croyons comprendre que ces tarifs font référence aux prix de l'électricité éolienne issus du processus d'appel d'offres. (Voir la réponse du Canada à la question n° 4 du Groupe spécial (deuxième série), paragraphe 16)

⁷²⁵ Deuxième communication écrite de l'Union européenne au Groupe spécial (DS426), paragraphe 82.

⁷²⁶ Deuxième communication écrite de l'Union européenne au Groupe spécial (DS426), paragraphes 82 à 85.

⁷²⁷ Déclaration liminaire de l'Union européenne à la deuxième réunion du Groupe spécial (DS426), paragraphes 25 et 26. Nous notons en outre que, dans sa réponse à la question n° 34 du Groupe spécial

5.231. Dans sa déclaration orale finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, le Canada a indiqué qu'"une approche analytique fondée sur la jurisprudence de l'Organe d'appel ... aurait pu être utilisée pour obtenir un point de repère approprié en l'espèce" et que, "même s'il n'était pas possible de trouver un prix du secteur privé pour l'électricité éolienne et solaire en Ontario, il aurait peut-être été possible de proposer en l'espèce des points de repère de substitution appropriés dans la juridiction"⁷²⁸, mais qu'aucun élément de preuve de ce type n'avait été présenté au Groupe spécial. Dans les observations qu'il a faites sur les réponses du Japon et de l'Union européenne aux questions du Groupe spécial après la deuxième réunion avec les parties, le Canada soutient que, bien que "le Japon et l'Union européenne aient tous deux admis que le point de repère ou le point de comparaison qui devrait être utilisé est celui qui concerne l'électricité renouvelable", les plaignants n'ont construit "aucun point de repère pour l'électricité éolienne et solaire sur la base des coûts de production et d'autres conditions du marché pertinentes existantes en Ontario".⁷²⁹

5.232. Le Groupe spécial a constaté que, au titre de l'initiative RES, l'"OEO [avait] attribué des contrats d'approvisionnement par le biais d'un processus d'adjudication qui fixait les prix de l'électricité fournie aux niveaux de la soumission la moins-disante qui satisfaisait aux conditions spécifiées".⁷³⁰ Les parties ne semblaient pas contester l'exactitude des éléments de preuve concernant les divers prix pratiqués au titre de l'initiative RES et au Québec. Cependant, le Groupe spécial n'a formulé aucune constatation de fait sur ces éléments de preuve et n'a pas non plus tiré de conclusions sur la question de savoir si ces prix pouvaient servir de points de repère appropriés concernant l'avantage pour les producteurs d'électricité éolienne et/ou solaire photovoltaïque en Ontario, ni sur la question de savoir s'il était nécessaire de procéder à des ajustements au sens de l'article 14 d).

5.233. L'initiative RES, comme le programme TRG, reflète le choix opéré par les pouvoirs publics de l'Ontario en faveur d'un approvisionnement énergétique diversifié, qui inclut des sources de production d'énergie renouvelable. En outre, dans le cadre de l'initiative RES, les prix ne sont pas fixés par les pouvoirs publics, mais déterminés par le biais d'un processus d'appel d'offres, qui est un processus de recherche de prix fondé sur le marché. Un processus d'appel d'offres fera en sorte que le prix payé par les pouvoirs publics soit le prix le plus bas possible qu'un fournisseur est prêt à offrir. Comme nous l'avons noté plus haut, la recherche de prix sur la base du marché n'est pas nécessairement liée à un processus d'appel d'offres. La méthode adoptée pour déterminer les prix administrés par les pouvoirs publics peut également montrer que ces prix n'offrent pas une rémunération plus qu'adéquante et ne reflètent pas, par conséquent, le résultat qui serait obtenu sur un marché.

5.234. Nous avons noté plus haut que les prix administrés par les pouvoirs publics pouvaient refléter ou non le résultat qui serait obtenu sur un marché conjectural. Toutefois, dans le cas du TRG, alors que les prix TRG étaient censés couvrir les frais plus un taux de rendement raisonnable⁷³¹, il n'y a aucun fait non contesté versé au dossier ni aucune constatation de fait du Groupe spécial qui nous permettrait d'évaluer si la méthode utilisée par l'OEO pour établir les prix TRG permettait d'obtenir des prix qui offraient une rémunération plus qu'adéquante. En effet, la seule constatation de fait formulée par le Groupe spécial au sujet de cette méthode est que les prix TRG étaient déterminés à l'aide d'un modèle d'actualisation des flux financiers tenant compte de dépenses d'investissement "raisonnables", de frais d'exploitation et d'entretien "raisonnables", et de frais de raccordement "raisonnables".⁷³² Les éléments de preuve fournis par le Canada

(deuxième série), l'Union européenne a réaffirmé que le tarif TRG standard offrait une rémunération excessive aux producteurs TRG, par rapport aux modalités et conditions offertes au titre des initiatives RES qui résultaient d'un processus d'appel d'offres, ou par rapport aux tarifs de l'électricité éolienne pratiqués au Québec qui résultaient également d'un processus d'appel d'offres. (Réponse de l'Union européenne à la question n° 34 du Groupe spécial (deuxième série), paragraphes 45 à 53)

⁷²⁸ Déclaration finale du Canada à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 27.

⁷²⁹ Observations du Canada sur les réponses de l'Union européenne et du Japon aux questions du Groupe spécial (deuxième série), paragraphes 30 et 63.

⁷³⁰ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.29.

⁷³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.202.

⁷³² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.202 (faisant référence à OPA, Proposed FIT Price Schedule Presentation, diapositives 22 à 28). Le Groupe spécial a défini les dépenses d'investissement comme étant les "frais de développement, de construction et d'équipement liés au projet"; les frais d'exploitation et d'entretien comme étant les "dépenses de personnel et d'entretien liées au projet, y compris les dépenses d'investissement en cours et les taxes foncières"; et les frais de raccordement comme étant les "frais de

montrent que le barème de prix TRG a été conçu en vue de mettre en balance plusieurs des objectifs suivants: favoriser une large participation au programme TRG (par exemple, différentes technologies, des projets de taille différente et différents proposants), assurer la stabilité des prix nécessaire à la promotion des objectifs en matière d'investissement énoncés dans la Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte, et encourager la mise en œuvre efficace des projets.⁷³³ Ces éléments de preuve indiquent en outre que l'OEO a utilisé une méthode de fixation des prix fondée sur les coûts pour permettre à un large éventail de technologies de participer au programme TRG.⁷³⁴ En outre, afin d'établir le barème de prix TRG, l'OEO a dû formuler des hypothèses au sujet des coûts et des caractéristiques de performance d'un projet "type".⁷³⁵ Pour ces raisons, nous ne sommes pas en mesure de déterminer si les prix TRG représentent le résultat qui aurait été obtenu sur un marché, en analysant la méthode au moyen de laquelle ils ont été établis.

5.235. S'agissant de l'initiative RES, alors que, en principe, les prix établis au titre des programmes RES I, II et III, qui sont issus d'un processus d'appel d'offres, peuvent représenter un résultat axé sur le marché pour la production d'électricité renouvelable, dans le but d'effectuer une comparaison significative entre le programme TRG et l'initiative RES, il est nécessaire de faire en sorte que cette comparaison soit effectuée entre des prix faisant référence à la même période, au même type de technologie de production, au même approvisionnement diversifié global, à des projets de portée identique ou analogue et à des contrats d'approvisionnement de même durée.⁷³⁶ Si le point de repère proposé ne satisfait pas à l'une quelconque de ces conditions, il peut être nécessaire, pour garantir la comparabilité, de procéder à des ajustements en tenant compte des facteurs énumérés à l'article 14 d) et de la définition de l'approvisionnement diversifié donnée par les pouvoirs publics. Nous estimons que, sur la base de cette approche, il devrait être possible de déterminer si les prix établis au titre de l'initiative RES constituent un point de repère approprié pour effectuer une comparaison avec les prix TRG afin d'établir l'existence d'un avantage conformément à l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

5.236. Bien que l'initiative RES s'adresse également aux producteurs d'énergie solaire photovoltaïque, il ne semble pas y avoir d'éléments de preuve versés au dossier du Groupe spécial indiquant que ces producteurs ont obtenu des contrats au titre de l'une quelconque des trois initiatives RES. En fait, il est affirmé dans le rapport Hogan du Canada que, s'agissant de l'initiative RES, l'expérience montre que les producteurs d'énergie solaire photovoltaïque ne peuvent pas être concurrentiels par rapport à d'autres technologies moins coûteuses. Afin de promouvoir les investissements dans la technologie solaire photovoltaïque au moyen du programme POSER et du programme TRG, les prix pour l'électricité solaire photovoltaïque étaient fondés sur les coûts et fixés par l'OEO.⁷³⁷ Le Japon a présenté une pièce intitulée "Progress Report on Electricity Supply" (Rapport de situation sur l'approvisionnement en électricité) qui émanait de l'OEO et qui contenait un tableau énumérant les différents contrats relatifs à l'énergie renouvelable qui étaient en vigueur au quatrième trimestre 2010. Il était indiqué dans ce document qu'aucun contrat RES pour l'énergie solaire n'avait été enregistré à cette date.⁷³⁸ Dans ce contexte, il n'apparaît pas que la rémunération TRG offerte aux producteurs d'énergie solaire photovoltaïque puisse être comparée aux prix offerts au titre de l'initiative RES afin d'établir si le programme TRG confère un avantage en ce qui concerne la production d'énergie solaire photovoltaïque.⁷³⁹

5.237. Nous notons, en ce qui concerne la production d'énergie éolienne, que les demandes de propositions au titre des trois initiatives RES ont été présentées en 2004 (RES I), 2005 (RES II) et

raccordement liés au projet, dans l'hypothèse de l'absence de frais de mise à niveau importants". (*Ibid.*, paragraphe 7.202)

⁷³³ Exposé de l'OEO sur le barème de prix TRG proposé, diapositive n° 5.

⁷³⁴ Exposé de l'OEO sur le barème de prix TRG proposé, diapositive n° 21.

⁷³⁵ Exposé de l'OEO sur le barème de prix TRG proposé, diapositive n° 6.

⁷³⁶ Le Canada n'a pas formulé d'arguments spécifiques concernant l'ampleur des ajustements qu'il serait nécessaire d'effectuer ni en ce qui concerne la manière de procéder à ces ajustements. Les plaignants n'ont présenté aucun élément de preuve ni aucun argument concernant les ajustements qu'il aurait pu être nécessaire d'effectuer pour garantir la comparabilité des prix établis dans le cadre des programmes TRG et RES.

⁷³⁷ Rapport Hogan, page 34.

⁷³⁸ OPA, A Progress Report on Electricity Supply – Fourth Quarter 2010 (pièce JPN-26 présentée au Groupe spécial), tableau de la page 4.

⁷³⁹ Les prix pratiqués au Québec auxquels l'Union européenne fait référence concernent aussi uniquement la production d'énergie éolienne et non la production d'énergie solaire photovoltaïque.

2008 (RES III). L'Union européenne a fait valoir devant le Groupe spécial que les coûts de la production d'énergie éolienne avaient diminué au cours des années précédant le lancement du programme TRG. Elle a présenté divers documents qui donnaient à penser que, en raison des progrès technologiques, les coûts de l'électricité éolienne avaient diminué et non augmenté ces dernières années.⁷⁴⁰ Bien que nous n'ayons trouvé dans le dossier aucun élément de preuve spécifique concernant l'évolution des coûts de production de l'énergie éolienne en Ontario entre 2004 et 2009, nous notons que la dernière initiative RES a été lancée en 2008 – à savoir, seulement un an avant le programme TRG– et que les prix RES communiqués par le Canada pour la période allant de 2004 à 2008 sont compris entre 8 cents et 11 cents par kWh.⁷⁴¹ Il est donc concevable que, au titre des contrats RES III (2008), conclus moins d'un an avant le lancement du programme TRG en 2009, les producteurs d'énergie éolienne aient reçu une rémunération de 11 cents par kWh ou moins, alors que la rémunération la plus basse offerte aux producteurs d'énergie éolienne au titre du programme TRG était de 13,5 cents par kWh.⁷⁴²

5.238. Plusieurs contrats ont été attribués pour l'électricité éolienne au titre des trois initiatives RES, bien que, d'après le Canada, pour "une capacité bien moindre que la capacité fournie par les projets éoliens dans le cadre du programme TRG".⁷⁴³ Tandis que l'initiative RES et le programme TRG se chevauchent pour les projets compris entre 500 kW et 200 MW, le programme TRG a une portée plus large que l'initiative RES, car il englobe aussi des projets d'une capacité inférieure à 500 kW et supérieure à 200 MW.⁷⁴⁴ Les contrats RES, comme les contrats TRG attribués pour la production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque, ont été conclus pour une durée de 20 ans⁷⁴⁵ et il existe, par conséquent, d'importants chevauchements entre la durée des contrats RES attribués en 2004, 2005 et 2008 et celle de contrats TRG attribués en 2009.

5.239. Nous ne considérons pas qu'il serait possible de comparer les prix TRG aux prix de l'électricité éolienne produite au Québec aux fins de compléter l'analyse dans le présent appel, étant donné que le critère de comparabilité qui serait requis pour établir un tel point de repère hors province n'avait pas été évoqué devant le Groupe spécial ni devant nous. À cet égard, nous rappelons que l'Organe d'appel a considéré, dans des différends antérieurs, qu'il était peut-être possible de recourir à des points de repère externes, mais qu'il était nécessaire de faire en sorte que ces points de repère reflètent les conditions du marché existantes dans le pays de fourniture ou d'achat.⁷⁴⁶ Nous concluons, par conséquent, que nous ne sommes pas en mesure d'examiner

⁷⁴⁰ Voir European Wind and Energy Association, *The Economics of Wind Energy* (March 2009) (pièce EU-20 présentée au Groupe spécial), pages 13 et 15; et déclaration liminaire de l'Union européenne à la deuxième réunion du Groupe spécial (DS426), paragraphe 26. Voir aussi Government of Ontario, "Ontario's Long-Term Energy Plan" (Queen's Printer for Ontario 2010) (pièce CDA-6 présentée au Groupe spécial); et Electricity Conservation & Supply Task Force, "Tough Choices: Addressing Ontario's Power Needs", Final Report to the Minister of Energy (January 2004) (pièce CDA-59 présentée au Groupe spécial), page 50.

⁷⁴¹ Rapport Hogan, page 32; réponse du Canada à la question n° 4 du Groupe spécial (deuxième série), paragraphe 16.

⁷⁴² Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.30.

⁷⁴³ Réponse du Canada à la question n° 4 du Groupe spécial (deuxième série), paragraphe 16.

⁷⁴⁴ L'initiative RES I (2004) s'adressait aux producteurs d'énergie renouvelable ayant une capacité comprise entre 0,5 et 100 MW; l'initiative RES II (2005) aux producteurs ayant une capacité comprise entre 20 et 200 MW; et l'initiative RES III (2008) aux producteurs ayant une capacité comprise entre 10,1 et 199,9 MW (rapport Hogan, page 32). Nous rappelons que, dans le cadre du programme TRG, les contrats TRG s'adressent aux producteurs admissibles ayant une capacité de plus de 10 kW, alors que les producteurs ayant une capacité pouvant aller jusqu'à 10 kW sont admissibles au bénéfice des contrats microTRG (*Ibid.*). On ne sait pas très bien si les contrats RES ayant une portée et des prix spécifiques peuvent être comparés aux contrats TRG de portée analogue et nous ne sommes donc pas en mesure d'effectuer une comparaison entre les programmes RES et TRG s'agissant des prix et de la portée des contrats.

⁷⁴⁵ Ontario Ministry of Energy, Request for Proposals for 300 MW of Renewable Energy Supply (RES I), issued 24 June 2004 (pièce CDA-52 présentée au Groupe spécial), page 41; Request for Proposals for 1,000 MW of Renewable Energy Supply (RES II), issued 17 June 2005 (pièce CDA-53 présentée au Groupe spécial), page 56; Request for Proposals for approximately 500 MW of Renewable Energy Supply (RES III), issued 22 August 2008 (pièce CDA-54 présentée au Groupe spécial), page 2.

⁷⁴⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 103. Nous faisons observer que, bien que l'Ontario et le Québec soient dans le même "pays", à savoir le Canada, leurs marchés régionaux de l'électricité sont distincts. Ainsi, l'expression "conditions du marché existantes" dans le pays d'achat au sens de l'article 14 d) de l'Accord SMC doit être lue en l'espèce comme désignant le marché régional de l'Ontario par opposition à d'autres marchés hors province, à l'intérieur du Canada ou dans un autre pays.

les prix de l'électricité éolienne pratiqués au Québec alors que nous tentons de compléter l'analyse au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

5.240. Cependant, nous sommes d'avis qu'il serait, en principe, possible d'effectuer une comparaison entre la rémunération TRG des producteurs d'énergie éolienne et la rémunération que ces producteurs obtiennent au titre de l'initiative RES afin de déterminer si la première confère un avantage. Nous faisons observer qu'il n'y a pas clairement de constatations de fait du Groupe spécial ni d'éléments de preuve non contestés versés au dossier du Groupe spécial qui nous permettraient de compléter l'analyse en ce qui concerne la rémunération de la production d'électricité solaire photovoltaïque dans le cadre du programme TRG.

5.241. Néanmoins, alors qu'une comparaison entre les prix établis dans le cadre du programme TRG et de l'initiative RES semble donner à penser que la première confère un avantage, nous ne considérons pas que nous sommes en mesure de compléter l'analyse sur cette seule base. Nous rappelons que les principaux arguments des deux plaignants en ce qui concerne l'avantage étaient axés sur un marché de l'électricité unique et sur une approche qui cherchait à établir l'existence d'un avantage en faisant référence à d'autres technologies de production d'électricité. Les plaignants ont aussi présenté un certain nombre de points de repère dans la province et hors province qui étaient fondés sur une définition du marché de l'électricité unique. Autrement dit, ces points de repère n'étaient pas tous fondés sur la définition de l'approvisionnement énergétique diversifié donnée par les pouvoirs publics de l'Ontario. Ce n'est qu'à la deuxième réunion du Groupe spécial et, en particulier, dans les réponses écrites et les observations concernant les questions posées après la deuxième réunion, que les parties ont entrepris une argumentation sur les points de repère concernant l'avantage pour la production d'énergie renouvelable.

5.242. Nous rappelons en outre que le Groupe spécial a formulé des constatations très limitées concernant les points de repère qui tiennent compte de la définition de l'approvisionnement énergétique diversifié donnée par les pouvoirs publics de l'Ontario. Le Groupe spécial a considéré, dans les conclusions qu'il a formulées au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, qu'un point de repère approprié ne pouvait pas, et ne devrait pas, être issu du marché de gros concurrentiel de l'électricité et, par conséquent, après avoir formulé sa constatation au titre de l'article 1.1 b), il a élaboré, dans ses "observations sur une approche de la question de l'avantage"⁷⁴⁷, un point de repère qui tenait compte de la définition de l'approvisionnement énergétique diversifié donnée par les pouvoirs publics de l'Ontario. Le Groupe spécial a tenté d'appliquer son point de repère de substitution en comparant les taux de rendement TRG avec le coût moyen du capital au Canada pour des projets ayant un profil de risque comparable pendant la même période.

5.243. Le Groupe spécial n'a toutefois pas formulé de constatation sur la question de savoir si l'initiative RES constituait un point de repère approprié compte tenu de la définition de l'approvisionnement énergétique diversifié donnée par les pouvoirs publics de l'Ontario. Il n'a pas non plus envisagé d'effectuer une comparaison entre la rémunération TRG et la rémunération obtenue au titre de l'initiative RES. En effet, la seule constatation du Groupe spécial au sujet de l'initiative RES était une constatation de fait concernant le mécanisme de recherche de prix, au sujet duquel le Groupe spécial a constaté qu'il était fondé sur un processus d'adjudication.⁷⁴⁸ Enfin, nous faisons observer que l'applicabilité aux mesures contestées d'un point de repère concernant l'avantage fondé sur un approvisionnement diversifié comprenant de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque n'avait pas été suffisamment débattue dans le cadre du présent appel, pour nous fournir davantage d'éléments qui nous permettraient de compléter l'analyse.

5.244. Nous rappelons que l'Organe d'appel s'est abstenu de compléter l'analyse juridique compte tenu de la complexité des questions et du fait que les questions dont était saisi le Groupe spécial n'avaient pas été entièrement analysées, ce qui soulevait des préoccupations au sujet du droit des parties à une procédure régulière.⁷⁴⁹ Nous estimons que ces éléments sont présents dans les questions concernant l'avantage soulevées dans le cadre du présent appel. L'identification d'un point de repère qui tient compte de la définition de l'approvisionnement énergétique diversifié donnée par les pouvoirs publics implique de prendre en considération le fait que les pouvoirs

⁷⁴⁷ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.321. (italique omise)

⁷⁴⁸ Rapports du Groupe spécial, paragraphe 7.29.

⁷⁴⁹ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Subventions à l'exportation de sucre*, note de bas de page 537 relative au paragraphe 339.

publics ont créé des marchés pour l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque, et constitue un exercice plus complexe que l'évaluation des points de repère sur le marché de gros de l'électricité, comme l'a fait le Groupe spécial. Celui-ci n'a pas formulé de constatation sur l'adéquation des points de repère proposés pour l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque. Dans ces circonstances, l'action de compléter l'analyse soulèverait, pour les parties, des préoccupations en matière de régularité de la procédure.

5.245. En résumé, nous avons trouvé, dans le dossier du Groupe spécial, des éléments de preuve qui étaient pertinents pour effectuer une analyse de l'avantage sur la base d'un point de repère qui tient compte de la définition de l'approvisionnement énergétique diversifié donnée par les pouvoirs publics de l'Ontario. Sur la base de ces éléments de preuve, nous avons considéré que les prix RES relatifs aux contrats de production d'énergie éolienne attribués par voie d'appel d'offres pouvaient constituer des points de repère aux fins d'effectuer une comparaison de l'avantage et semblaient laisser entendre qu'un avantage pouvait exister dans le cas des contrats TRG de production d'énergie éolienne. Nous concluons toutefois que ces éléments de preuve n'ont pas été suffisamment débattus ni devant le Groupe spécial ni devant nous. En outre, le Groupe spécial n'a pas formulé de constatations de fait sur ces éléments de preuve qui nous aideraient à compléter l'analyse.

5.246. Compte tenu de ce qui précède, nous ne considérons pas qu'il y ait suffisamment de constatations de fait du Groupe spécial et d'éléments de preuve non contestés dans le dossier du Groupe spécial pour nous permettre de compléter l'analyse juridique et d'effectuer une comparaison des points de repère concernant l'avantage entre les prix de l'électricité éolienne au titre du programme TRG et les prix de l'électricité éolienne au titre de l'initiative RES. Par conséquent, nous ne pouvons pas déterminer si les mesures contestées confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et si elles constituent des subventions prohibées incompatibles avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.

6 CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS FIGURANT DANS LE RAPPORT DE L'ORGANE D'APPEL WT/DS412/AB/R

6.1. Dans l'appel concernant le rapport du Groupe spécial *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable* (WT/DS412/R) (rapport du Groupe spécial concernant le Japon), pour les raisons exposées dans le présent rapport, l'Organe d'appel:

- a. rejette la demande du Japon visant à ce qu'il commence son évaluation par les allégations d'erreur formulées par le Japon en relation avec l'Accord SMC;
- b. en ce qui concerne l'article III:8 a) du GATT de 1994:
 - i. infirme les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.127, 7.128 et 7.152 de son rapport concernant le Japon, selon lesquelles les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux du programme TRG et des contrats TRG et microTRG connexes sont des lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition d'électricité par des organes gouvernementaux au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994;
 - ii. déclare sans fondement et sans effet juridique les autres constatations intermédiaires formulées par le Groupe spécial, en particulier aux paragraphes 7.136, 7.145 et 7.151;
 - iii. constate que les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux prescrits au titre du programme TRG et des contrats TRG et microTRG connexes ne satisfont pas aux conditions de la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994; et
 - iv. à la lumière de cette constatation, ne juge pas nécessaire de traiter l'allégation du Canada selon laquelle le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en appliquant le principe d'économie jurisprudentielle; et
 - v. constate que le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes ne sont pas visés par l'article III:8 a) du GATT de 1994 et que, par conséquent, la conclusion formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.2 de son rapport concernant le Japon, selon laquelle les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux prescrits au titre du programme TRG et des contrats TRG et microTRG connexes sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994, est maintenue;
- c. rejette l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord et a appliqué de manière erronée le principe d'économie jurisprudentielle en s'abstenant de formuler une constatation au sujet de l'allégation autonome formulée par le Japon au titre de l'article III:4 du GATT de 1994;
- d. en ce qui concerne l'article 1.1 a) de l'Accord SMC:
 - i. déclare sans fondement et sans effet juridique la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.246 de son rapport concernant le Japon, selon laquelle "les "achats de biens" par les pouvoirs publics [ne] pourraient [pas] être [aussi] qualifiés juridiquement de "transferts directs de fonds" "sans déroger [au] principe [d'interprétation des traités dit de l'effet utile]", attendu qu'elle ne reconnaît pas la possibilité qu'une transaction puisse relever de plus d'un type de contribution financière au regard de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC;
 - ii. confirme la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.243 et 7.328 i) de son rapport concernant le Japon, selon laquelle le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes sont des "ach[ats] de [] biens" par les pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC;

- iii. rejette l'appel du Japon selon lequel le programme TRG et les contrats TRG et microTRG peuvent aussi être qualifiés de "transfert[s] direct[s] de fonds" ou de "transferts directs potentiels de fonds" au regard de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC;
 - iv. rejette l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord et a appliqué de manière erronée le principe d'économie jurisprudentielle en s'abstenant de formuler une constatation au sujet de l'allégation du Japon selon laquelle les mesures en cause constituaient un "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC; et
 - v. s'abstient de formuler une constatation sur le point de savoir si le programme et les contrats TRG peuvent être qualifiés de "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC; et
- e. en ce qui concerne l'article 1.1 b) de l'Accord SMC:
- i. infirme la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.328 ii) et 8.3 de son rapport concernant le Japon, selon laquelle le Japon n'a pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et que le Canada avait donc agi d'une manière incompatible avec l'article 3.1 et 3.2 de l'Accord SMC;
 - ii. à la lumière de ces constatations, ne juge pas nécessaire de traiter l'allégation subsidiaire du Japon selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord; et
 - iii. n'est pas en mesure de compléter l'analyse pour ce qui est de savoir si les mesures contestées confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et si le Canada a agi d'une manière incompatible avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.

6.2. L'Organe d'appel recommande que l'ORD demande au Canada de mettre ses mesures, dont il a été constaté dans le présent rapport et dans le rapport du Groupe spécial concernant le Japon, modifié par le présent rapport, qu'elles étaient incompatibles avec l'Accord sur les MIC et le GATT de 1994, conformes à ses obligations au titre de ces Accords.

Texte original signé à Genève le 20 avril 2013 par:

Ricardo Ramírez-Hernández
Président de la section

Ujal Singh Bhatia
Membre

David Unterhalter
Membre

6 CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS FIGURANT DANS LE RAPPORT DE L'ORGANE D'APPEL WT/DS426/AB/R

6.1. Dans l'appel concernant le rapport du Groupe spécial *Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis* (WT/DS426/R) (rapport du Groupe spécial concernant l'UE), pour les raisons exposées dans le présent rapport, l'Organe d'appel:

a. en ce qui concerne l'article III:8 a) du GATT de 1994:

- i. confirme la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.121 de son rapport concernant l'UE, selon laquelle le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC ne le dispensait pas de la nécessité d'analyser si les mesures contestées étaient exclues du champ d'application de l'article III:4 du GATT de 1994 en vertu de l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994;
- ii. infirme les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.127, 7.128 et 7.152 de son rapport concernant l'UE, selon lesquelles les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux du programme TRG et des contrats TRG et microTRG connexes sont des lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition d'électricité par des organes gouvernementaux au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994;
- iii. déclare sans fondement et sans effet juridique les autres constatations intermédiaires formulées par le Groupe spécial, en particulier aux paragraphes 7.136, 7.145 et 7.151;
- iv. constate que les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux prescrits au titre du programme TRG et des contrats TRG et microTRG connexes ne satisfont pas aux conditions de la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994; et
- v. à la lumière de cette constatation, ne juge pas nécessaire de traiter l'allégation du Canada selon laquelle le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en appliquant le principe d'économie jurisprudentielle; et
- vi. constate que le programme TRG et les contrats TRG et microTRG connexes ne sont pas visés par l'article III:8 a) du GATT de 1994 et que, par conséquent, la conclusion formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.6 de son rapport concernant l'UE, selon laquelle les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux prescrits au titre du programme TRG et des contrats TRG et microTRG connexes sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994, est maintenue; et

b. en ce qui concerne l'article 1.1 b) de l'Accord SMC:

- i. infirme la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.328 ii) et 8.7 de son rapport concernant l'UE, selon laquelle l'Union européenne n'a pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et que le Canada avait donc agi d'une manière incompatible avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC;
- ii. à la lumière de ces constatations, ne juge pas nécessaire de traiter l'allégation subsidiaire de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord; et
- iii. n'est pas en mesure de compléter l'analyse pour ce qui est de savoir si les mesures contestées confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et si le Canada avait agi d'une manière incompatible avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.

6.2. L'Organe d'appel recommande que l'ORD demande au Canada de mettre ses mesures, dont il a été constaté dans le présent rapport et dans le rapport du Groupe spécial concernant l'UE, modifié par le présent rapport, qu'elles étaient incompatibles avec l'Accord sur les MIC et le GATT de 1994, conformes à ses obligations au titre de ces Accords.

Texte original signé à Genève le 20 avril 2013 par:

Ricardo Ramírez-Hernández
Président de la section

Ujal Singh Bhatia
Membre

David Unterhalter
Membre

ANNEXE 1



ORGANISATION
MONDIALE
DU COMMERCE

WT/DS412/10
WT/DS426/9

6 février 2013

(13-0616)

Page: 1/2

Original: anglais

**CANADA – CERTAINES MESURES AFFECTANT LE SECTEUR DE
LA PRODUCTION D'ÉNERGIE RENOUVELABLE**

**CANADA – MESURES RELATIVES AU PROGRAMME
DE TARIFS DE RACHAT GARANTIS**

**NOTIFICATION D'UN APPEL PRÉSENTÉE PAR LE CANADA AU TITRE DE L'ARTICLE 16:4
ET DE L'ARTICLE 17 DU MÉMORANDUM D'ACCORD SUR LES RÈGLES ET
PROCÉDURES RÉGISSANT LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
(MÉMORANDUM D'ACCORD) ET DE LA RÈGLE 20 1) DES
PROCÉDURES DE TRAVAIL POUR L'EXAMEN EN APPEL**

La notification ci-après, datée du 5 février 2013 et adressée par la délégation du Canada, est distribuée aux Membres.

Conformément à l'article 16:4 et à l'article 17 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (Mémorandum d'accord) et à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, le Canada notifie qu'il fait appel de certaines questions figurant dans les rapports du Groupe spécial *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable* (WT/DS412/R) et *Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis* (WT/DS426/R) et de certaines interprétations du droit données par le Groupe spécial dans ces rapports.

Le Canada demande que l'Organe d'appel examine les constatations et la conclusion du Groupe spécial selon lesquelles le programme TRG des pouvoirs publics de l'Ontario, mis en œuvre au moyen des contrats TRG et microTRG¹, n'était pas visé par les termes de l'article III:8 a) du GATT de 1994.² Cette conclusion est erronée et repose sur des constatations erronées concernant des questions de droit et interprétations du droit, y compris la constatation du Groupe spécial selon laquelle les pouvoirs publics de l'Ontario achetaient de l'électricité renouvelable "pour [une] reven[te] dans le commerce".³

Le Canada demande aussi à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en ne procédant pas à une évaluation objective des faits relatifs à cette question, en particulier pour ce qui est de la constatation du Groupe spécial selon laquelle la revente de l'électricité achetée dans le cadre du

¹ Pour un résumé des mesures en cause, voir les paragraphes 7.6 et 7.7 des rapports du Groupe spécial.

² Voir, par exemple, le paragraphe 7.152 des rapports du Groupe spécial.

³ Voir, par exemple, les paragraphes 7.147 à 7.151 des rapports du Groupe spécial.

programme TRG était de nature "commerciale", et en s'appuyant sur une constatation de fait erronée pour étayer sa conclusion concernant l'applicabilité de l'article III:8 a) du GATT de 1994 du programme TRG.⁴

Le Canada demande également à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial n'a pas constaté que les pouvoirs publics de l'Ontario n'achetaient pas de l'électricité renouvelable "pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce".

⁴ *Ibid.*

ANNEXE 2



ORGANISATION
MONDIALE
DU COMMERCE

WT/DS412/11

15 février 2013

(13-0863)

Page: 1/4

Original: anglais

**CANADA – CERTAINES MESURES AFFECTANT LE SECTEUR DE LA PRODUCTION
D'ÉNERGIE RENOUVELABLE**

NOTIFICATION D'UN AUTRE APPEL PRÉSENTÉE PAR LE JAPON AU TITRE
DE L'ARTICLE 16:4 ET DE L'ARTICLE 17 DU MÉMORANDUM D'ACCORD
SUR LES RÈGLES ET PROCÉDURES RÉGISSANT LE RÈGLEMENT DES
DIFFÉRENDS (MÉMORANDUM D'ACCORD), ET DE LA RÈGLE 23 1)
DES PROCÉDURES DE TRAVAIL POUR L'EXAMEN EN APPEL

La notification ci-après, datée du 11 février 2013 et adressée par la délégation du Japon, est distribuée aux Membres.

Conformément à l'article 16:4 et à l'article 17 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le "Mémoire d'accord") et à la règle 23 1) des Procédures de travail pour l'examen en appel (les "Procédures de travail"), le Japon notifie par la présente sa décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable* (WT/DS412/R) (le "rapport du Groupe spécial"), et de certaines interprétations du droit données par celui-ci dans ce différend.

Pour les raisons qui seront développées dans ses communications à l'Organe d'appel, le Japon fait appel des erreurs de droit et d'interprétation du droit ci-après figurant dans le rapport du Groupe spécial et demande à l'Organe d'appel d'infirmer, de modifier, ou de déclarer sans fondement et sans effet juridique les constatations, conclusions et recommandations s'y rapportant du Groupe spécial et, dans les cas où cela est indiqué, de compléter l'analyse.¹

1. En ce qui concerne les allégations du Japon au titre de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (l'"Accord SMC"):
 - a. Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC en concluant que la qualification juridique appropriée du programme et des contrats TRG² est celle d'"achats de biens par les pouvoirs publics".³

¹ Conformément à la règle 23 2) c) ii) C) des Procédures de travail, la présente déclaration d'un autre appel comprend une liste indicative des paragraphes du rapport du Groupe spécial contenant les erreurs alléguées, sans préjudice de la capacité du Japon de mentionner d'autres paragraphes du rapport du Groupe spécial dans le contexte de son appel.

² Dans la présente déclaration d'un autre appel, le Japon emploie l'expression "programme et contrats TRG" pour désigner le programme de tarifs de rachat garantis des pouvoirs publics de l'Ontario (y compris le

Le Japon demande à l'Organe d'appel d'infirmar la constatation du Groupe spécial à cet égard et de compléter l'analyse pour constater, au lieu de cela, qu'il est approprié de qualifier le programme et les contrats TRG comme étant "une pratique des pouvoirs publics [qui] comporte un transfert direct de fonds ... ou des transferts directs potentiels de fonds" ou "une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix", ou, à titre subsidiaire, de modifier la constatation du Groupe spécial à cet égard pour constater que ces mesures peuvent aussi être qualifiées de "transfert[s] direct[s] de fonds", de "transferts directs potentiels de fonds", ou de "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.

- b. Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC en concluant que les "achats de biens" par les pouvoirs publics aux termes de l'article 1.1 a) 1) iii) ne pourraient pas aussi être qualifiés juridiquement de "transferts directs de fonds" ou de "transferts directs potentiels de fonds" au regard de l'article 1.1 a) 1) i).⁴ Le Japon demande que l'Organe d'appel déclare cette constatation sans fondement et sans effet juridique et qu'il constate que les pouvoirs publics de l'Ontario fournissent des contributions financières sous la forme de "transferts directs de fonds" ou de "transferts directs potentiels de fonds" par le biais du programme et des contrats TRG, indépendamment de la question de savoir si ceux-ci peuvent être qualifiés d'"achats de biens" par les pouvoirs publics.
- c. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question comme il est prescrit à l'article 11 du Mémoire d'accord en appliquant indûment le principe d'économie jurisprudentielle et en ne formulant pas de constatation au sujet de l'allégation du Japon selon laquelle le programme et les contrats TRG pouvaient être qualifiés juridiquement de "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.⁵ Le Japon demande à l'Organe d'appel de constater que les pouvoirs publics de l'Ontario fournissent un "soutien des revenus ou des prix" par le biais du programme et des contrats TRG, indépendamment de la question de savoir si ceux-ci peuvent être qualifiés d'"achats de biens" par les pouvoirs publics.
- d. Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et n'a pas procédé à une évaluation objective de la question comme il est prescrit à l'article 11 du Mémoire d'accord lorsqu'il a constaté qu'il ne pouvait pas trancher la question de savoir si les mesures contestées conféraient un avantage en appliquant un point de repère découlant des conditions d'achat d'électricité sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité, notamment en écartant l'argument du Japon selon lequel les mesures contestées conféraient un avantage parce que la conception et la structure objectives ainsi que le fonctionnement du programme TRG démontraient que les producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque ne seraient pas présents sur le marché de gros de l'électricité de l'Ontario en l'absence du programme TRG.⁶ Le Japon demande à l'Organe d'appel d'infirmar ces constatations du Groupe spécial et de constater, au lieu de cela, que les mesures contestées confèrent un "avantage".
- e. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, y compris une évaluation objective des faits de la cause, comme il est prescrit à l'article 11 du Mémoire d'accord en ne tranchant pas la question de l'avantage au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC sur la base de la comparaison, qu'il jugeait préférable, entre les taux de rendement pertinents des contrats TRG et microTRG contestés et le coût moyen pertinent du capital au Canada.⁷ Le Japon demande à l'Organe d'appel de compléter l'analyse et de constater que le programme et les contrats TRG confèrent un avantage suivant l'approche jugée préférable par le Groupe spécial. Toutefois, cet appel

programme microTRG), et les contrats TRG et microTRG conclus par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre de ce programme, qui sont en cause dans le présent différend – c'est-à-dire les "mesures contestées".

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.220 à 7.249.

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.83 à 6.85, 7.243 à 7.248, en particulier les paragraphes 7.246 et 7.247.

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.88 et 7.249.

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.94 et 6.95, 7.271 à 7.313, 7.315, 7.317, 7.319 et 7.320, en particulier les paragraphes 7.308 à 7.313.

⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.322 à 7.327.

est subordonné au rejet, par l'Organe d'appel, de l'argument du Japon selon lequel les mesures contestées confèrent un avantage d'après le point 1.d ci-dessus.

- f. Au cas où l'Organe d'appel constaterait que le programme et les contrats TRG sont une subvention au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC, le Japon lui demande de compléter l'analyse et de constater que le programme et les contrats TRG sont incompatibles avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.
 - g. Outre qu'il a fait erreur en ne constatant pas que le programme et les contrats TRG étaient des subventions prohibées, le Groupe spécial a fait erreur en ne recommandant pas, conformément à l'article 4.7 de l'Accord SMC, que le Canada retire les subventions sans retard, en éliminant la prescription relative à la teneur en éléments nationaux du programme et des contrats TRG, et a fait erreur en ne spécifiant pas le délai dans lequel les mesures devaient être retirées. En conséquence, si l'Organe d'appel complète l'analyse et formule les constatations demandées par le Japon au point 1.f ci-dessus, le Japon lui demande en outre de formuler la recommandation et de spécifier le délai dans lequel la mesure doit être retirée, conformément à l'article 4.7 de l'Accord SMC.
2. En ce qui concerne les allégations du Japon au titre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le "GATT de 1994"):
- a. Le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question comme il est prescrit à l'article 11 du Mémoire d'accord en appliquant de manière erronée le principe d'économie jurisprudentielle et en n'examinant pas séparément les allégations du Japon au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.⁸ Le Japon demande à l'Organe d'appel de compléter l'analyse et de constater que le programme et les contrats TRG sont incompatibles avec les termes de l'article III:4 indépendamment des constatations du Groupe spécial au titre de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (l'"Accord sur les MIC").
 - b. Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 sur les points ci-après:
 - i. Le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a constaté que le programme et les contrats TRG comportaient l'"acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés" aux termes de l'article III:8 a) du GATT de 1994, sur la base de sa conclusion selon laquelle ces mesures étaient des "achats de biens par les pouvoirs publics" aux termes de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.⁹
 - ii. Le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a interprété séparément l'expression "besoins des pouvoirs publics" au lieu de l'expression complète "achetés pour les besoins des pouvoirs publics", et n'a pas évalué séparément si les achats effectués dans le cadre du programme et des contrats TRG étaient "pour" les besoins des pouvoirs publics.¹⁰ Le Japon demande à l'Organe d'appel de compléter l'analyse et de constater que le programme et les contrats TRG ne sont pas des "achats [par des organes gouvernementaux] pour les besoins des pouvoirs publics". Toutefois, cet appel est subordonné au rejet, par l'Organe d'appel, de l'argument du Japon visé au point 2.b.i ci-dessus.
 - iii. Le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a constaté que les éléments de preuve indiquant le bénéfice obtenu par le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales de l'Ontario pouvaient être une considération pertinente pour ce qui est de déterminer que le programme TRG était réalisé "pour la revente dans le commerce".¹¹ À cet égard, le Japon demande uniquement que les constatations du Groupe spécial soient modifiées pour conclure que l'acquisition d'électricité par les

⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.72, 7.155 à 7.167. Voir aussi *id.*, paragraphe 7.70 ("dans la section qui suit, nous évaluerons simultanément le bien-fondé des allégations présentées par les plaignants tant au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC qu'au titre de l'article III:4 du GATT de 1994").

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.129 à 7.136, en particulier les paragraphes 7.135 et 7.136.

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.138 à 7.145, en particulier les paragraphes 7.140, 7.144 et 7.145.

¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.146 à 7.151, en particulier les paragraphes 7.149 à 7.151.

pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme et des contrats TRG est effectuée "pour une revente dans le commerce" eu égard au fait que l'électricité "est revendue aux consommateurs de détail par Hydro One et les SDL"¹², indépendamment de la question de savoir si ces entités dégagent un bénéfice. Toutefois, cet appel est subordonné au rejet, par l'Organe d'appel, des arguments du Japon visés aux points 2.b.i et 2.b.ii ci-dessus.

¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.147.

ANNEXE 3



ORGANISATION
MONDIALE
DU COMMERCE

WT/DS426/10

15 février 2013

(13-0866)

Page: 1/3

Original: anglais

**CANADA – MESURES RELATIVES AU PROGRAMME
DE TARIFS DE RACHAT GARANTIS**

NOTIFICATION D'UN AUTRE APPEL PRÉSENTÉE PAR L'UNION EUROPÉENNE AU TITRE DE
L'ARTICLE 16:4 ET DE L'ARTICLE 17 DU MÉMORANDUM D'ACCORD SUR LES RÈGLES
ET PROCÉDURES RÉGISSANT LE RÈGLEMENT DES DIFFÉREND
(MÉMORANDUM D'ACCORD) ET DE LA RÈGLE 23 1) DES
PROCÉDURES DE TRAVAIL POUR L'EXAMEN EN APPEL

La notification ci-après, datée du 11 février 2013 et adressée par la délégation de l'Union européenne, est distribuée aux Membres.

Conformément à l'article 16:4 et à l'article 17:1 du *Mémorandum d'accord*, l'Union européenne notifie à l'Organe de règlement des différends sa décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci dans le différend *Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis* (WT/DS426). Conformément à la règle 23 1) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, l'Union européenne dépose simultanément la présente déclaration d'un autre appel auprès du Secrétariat de l'Organe d'appel.

Pour les raisons qui seront développées dans ses communications à l'Organe d'appel, l'Union européenne fait appel des constatations et conclusions du Groupe spécial et demande à l'Organe d'appel de les modifier, de les infirmer et/ou de les déclarer sans fondement et sans effet juridique, et de compléter l'analyse en ce qui concerne les erreurs de droit et les interprétations du droit ci-après figurant dans le rapport du Groupe spécial.¹

- L'Union européenne estime que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 2:1 et 2:2 de l'Accord sur les MIC lu conjointement avec le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe dudit accord lorsqu'il a constaté qu'ils n'empêchaient pas l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux mesures contestées.²

¹ Conformément à la règle 23 2) c) ii) C) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, la présente déclaration d'un autre appel comporte une liste indicative des paragraphes du rapport du Groupe spécial contenant les erreurs alléguées, sans préjudice de la capacité de l'Union européenne de mentionner d'autres paragraphes du rapport du Groupe spécial dans le contexte de son appel.

² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.114 à 7.121, et en particulier les paragraphes 7.119 et 7.120.

- L'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'infirmar la constatation du Groupe spécial figurant au paragraphe 7.121, de compléter l'analyse et de constater que l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'était pas applicable en l'espèce. En conséquence, l'Union européenne demande à l'Organe d'appel de confirmer, mais en modifiant le raisonnement, la constatation finale du Groupe spécial figurant au paragraphe 7.166 selon laquelle les mesures contestées sont des MIC relevant du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative, et selon laquelle, au regard de l'article 2:2 et du texte introductif du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative, elles sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 et, partant, également incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.
- Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 lorsqu'il a constaté que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" dans le cadre du programme TRG devrait être dûment qualifié comme étant l'une des "prescriptions régissant" l'acquisition alléguée d'électricité aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994.³
- L'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'infirmar cette constatation, de compléter l'analyse et de constater au lieu de cela que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" n'est pas l'une des "prescriptions régissant l'acquisition ... des produits achetés" en l'espèce. Comme conséquence de l'infirmer par l'Organe d'appel de la constatation du Groupe spécial figurant au paragraphe 7.128, l'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'infirmar la constatation du Groupe spécial figurant au paragraphe 7.152 selon laquelle "ii) ... le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" prescrit au titre du programme TRG, et appliqué par le biais des contrats TRG et microTRG, [est] l'une des "prescriptions régissant" l'"acquisition" d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario", et de constater au lieu de cela que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" ne constitue pas l'une des "prescriptions régissant l'acquisition ... des produits achetés" en l'espèce.
- Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article III:8 a) du GATT de 1994 lorsqu'il a dit que le sens ordinaire de l'expression "les besoins des pouvoirs publics" était relativement large et pouvait englober le sens proposé par le Canada, à savoir qu'il peut y avoir achat "pour les besoins des pouvoirs publics" chaque fois que les pouvoirs publics achètent un produit pour l'un de leurs buts déclarés.⁴ L'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'infirmar cette déclaration ou, à tout le moins, de la déclarer sans fondement et sans effet juridique. En outre, si l'Organe d'appel devait infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG est effectuée "pour [une] reven[te] dans le commerce"⁵, l'Union européenne demande à l'Organe d'appel de modifier et/ou d'infirmar le raisonnement du Groupe spécial⁶ concernant le sens de l'expression "les besoins des pouvoirs publics" compte tenu des arguments qu'elle a avancés concernant l'interprétation correcte de cette expression, de compléter l'analyse et de constater que l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario au titre du programme TRG n'est pas effectuée pour "les besoins des pouvoirs publics". En conséquence, les constatations du Groupe spécial figurant au paragraphe 7.152 devraient aussi être modifiées dans ce sens pour prendre en compte une autre raison pour laquelle le Canada ne pouvait pas invoquer l'article III:8 a) du GATT de 1994 pour exclure l'application de l'article III:4 du GATT de 1994 au "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux".
- Le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et n'a pas non plus procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord lorsqu'il a constaté que l'Union européenne n'avait pas établi que le programme TRG et ses contrats connexes conféraient un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.⁷ En particulier:

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.126 à 7.128, et 7.152.

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.139, première phrase (et la déclaration complémentaire figurant au paragraphe 7.140, deuxième phrase).

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.151.

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.138 à 7.145.

⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.328 ii).

- a) le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC aux faits de la cause.⁸ Les "conditions du marché existantes" en Ontario, telles que l'atteste le but du programme TRG, montraient que les producteurs TRG ne seraient pas en mesure d'obtenir la rémunération nécessaire pour être présents sur ce marché;
- b) le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord du fait qu'il n'a pas examiné la totalité des éléments de preuve, qu'il a formulé un raisonnement incohérent et appliqué de manière erronée le principe d'économie jurisprudentielle lorsqu'il a constaté que, même sur la base d'un "marché" hypothétique tel que celui que suggéraient ses observations, l'Union européenne n'avait pas établi l'existence d'un "avantage".⁹

Compte tenu de ces erreurs, l'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'*infirmar* la constatation du Groupe spécial figurant au paragraphe 7.328 ii) selon laquelle elle n'a pas établi l'existence d'un avantage en l'espèce, que les mesures contestées conféraient un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, de *compléter l'analyse* sur la base des constatations du Groupe spécial et des faits non contestés figurant dans le dossier, et de *constater* que les mesures contestées conféraient un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. En conséquence, la conclusion finale du Groupe spécial selon laquelle l'Union européenne n'a pas établi que le programme TRG et ses contrats connexes constituaient des subventions ou prévoyaient l'octroi de subventions incompatibles avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC est aussi erronée.¹⁰ L'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'*infirmar* aussi cette conclusion, de *compléter l'analyse* sur la base des constatations du Groupe spécial et des faits non contestés figurant dans le dossier, et de *constater* que les mesures contestées équivalent à des subventions prohibées au titre de l'article 3.1 b) et 3.2. En conséquence, l'Union européenne demande à l'Organe d'appel de *recommander* que le Canada retire sans retard ses subventions prohibées (et, en tout état de cause, dans un délai qui ne sera pas supérieur à 90 jours), comme l'exige l'article 4.7 de l'Accord SMC. Au cas où l'Organe d'appel ne serait pas en mesure de compléter l'analyse au titre de l'une quelconque des demandes formulées par l'Union européenne, celle-ci lui demande de déclarer *sans fondement et sans effet juridique* les constatations et conclusions du Groupe spécial figurant aux paragraphes 7.328 ii) et 8.7.¹¹

⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.276 à 7.327.

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.322 à 7.328 ii).

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.7.

¹¹ L'Union européenne relève que, le 11 février 2013, le Japon a fait appel du rapport du Groupe spécial *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable (WT/DS412)*. Ce rapport contient des constatations et conclusions identiques à celles qui figurent au paragraphe 7.328 ii) et au paragraphe 8.7 du rapport du Groupe spécial dans le différend DS426. L'Union européenne incorpore à la présente déclaration la déclaration d'un autre appel présentée par le Japon et datée du 11 février 2013 en ce qui concerne les erreurs de droit et d'interprétations du droit, y compris toute demande en vue de compléter l'analyse, formulée au sujet du paragraphe 7.328 ii) du rapport du Groupe spécial dans le différend DS412.

ANNEXE 4**WORLD TRADE ORGANIZATION****ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO****ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE****ORGANE D'APPEL**

Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable
Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis

AB-2013-1

Décision procédurale

1. Le 12 février 2013, nous avons reçu des lettres du Canada, du Japon et de l'Union européenne dans lesquelles il était demandé que la section de l'Organe d'appel connaissant de l'appel susmentionné autorise le public à suivre l'audience dans la présente procédure d'appel.
2. Spécifiquement, le Canada a demandé que la section autorise le public à suivre les déclarations orales des participants et leurs réponses aux questions, ainsi que celles des participants tiers qui acceptent de les rendre publiques. Le Canada a proposé que le public soit autorisé à suivre l'audience au moyen d'une télédiffusion simultanée en circuit fermé, la transmission pouvant être interrompue si les participants jugent nécessaire d'examiner des renseignements confidentiels, ou si un participant tiers a indiqué qu'il souhaitait préserver la confidentialité de sa déclaration orale.
3. Dans sa lettre, le Japon a appuyé la demande du Canada, en indiquant qu'il souhaitait également rendre publiques ses déclarations et ses réponses aux questions de la section pendant l'audience de l'Organe d'appel, et qu'il souscrivait à la demande du Canada visant à ce que la section tienne une audience ouverte dans le présent appel. Il a aussi accepté que le public soit autorisé à suivre l'audience au moyen d'une diffusion vidéo simultanée en circuit fermé. Pour sa part, l'Union européenne a déclaré qu'elle souscrivait et s'associait à la demande du Canada en vue d'une audience ouverte. Les participants ont fait référence aux décisions rendues par l'Organe d'appel dans neuf procédures antérieures dans lesquelles le public a été autorisé à suivre l'audience.¹

¹ Ces procédures sont les suivantes:

- États-Unis / Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (WT/DS320/AB/R / WT/DS321/AB/R);
- Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (WT/DS27/AB/RW2/ECU) et Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (WT/DS27/AB/RW/USA);
- États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro (WT/DS350/AB/R);
- États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction à zéro") – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (WT/DS294/AB/RW);
- États-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction – Recours du Japon à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (WT/DS322/AB/RW);

4. Le 13 février 2013, nous avons invité les tierces parties à présenter des observations par écrit sur les demandes des participants. Le 18 février 2013, nous avons reçu des réponses de l'Australie, du Brésil, de la Chine, d'El Salvador, des États-Unis, de l'Inde, du Mexique, de la Norvège, du Royaume d'Arabie saoudite et de la Turquie. Aucune observation n'a été reçue de la Corée, du Honduras et du Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu. Dans leurs observations respectives, le Brésil, la Chine, l'Inde, le Mexique et la Turquie ont indiqué qu'ils n'avaient pas d'objection à ce que le public soit autorisé à suivre l'audience dans les présents différends, mais ont souligné que cela était sans préjudice des vues systémiques de chacun sur la question de l'ouverture au public des auditions des groupes spéciaux et des audiences de l'Organe d'appel. L'Inde et la Chine ont dit qu'elles souhaitent préserver la confidentialité de leurs déclarations orales et de leurs réponses aux questions. Le Royaume d'Arabie saoudite a déclaré qu'il n'avait pas d'objection à ce que le public soit autorisé à suivre l'audience dans les présents différends, mais il a également exercé son droit de préserver la confidentialité de sa déclaration orale et de ses réponses aux questions. El Salvador a dit qu'il n'avait pas d'objection à ce que le public soit autorisé à suivre l'audience dans les présents différends, sur la base des conditions et modalités énoncées dans la demande du Canada.

5. La Norvège et l'Australie ont exprimé leur soutien à la demande des participants visant à ce que le public soit autorisé à suivre l'audience, y compris leurs déclarations et réponses aux questions en tant que participants tiers. Les États-Unis ont appuyé la demande des participants visant à autoriser le public à suivre l'audience, en faisant valoir que l'ouverture des audiences au public avait pour effet de renforcer la légitimité du système de règlement des différends de l'OMC et qu'une confiance accrue dans le processus de règlement des différends pouvait se traduire par une meilleure acceptation de l'issue d'une procédure en la matière. Ils ont également fait observer que l'expérience antérieure concernant la tenue par l'Organe d'appel d'audiences ouvertes avait été positive. Ils ont confirmé que, si l'Organe d'appel devait autoriser le public à suivre l'audience dans le présent appel, ils permettraient au public de suivre leur déclaration orale et leurs réponses aux questions.

6. Nous rappelons que des demandes visant à autoriser le public à suivre l'audience ont été présentées, et approuvées, dans le cadre de neuf procédures d'appel antérieures.² Dans ses décisions, l'Organe d'appel a estimé qu'il pouvait approuver de telles demandes présentées par les participants, à condition que cela n'affecte pas la confidentialité de la relation entre les participants tiers et l'Organe d'appel ni ne compromette l'intégrité de la procédure d'appel. Nous estimons que les raisons exposées précédemment par l'Organe d'appel, et son interprétation de l'article 17:10 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord), à cet égard, s'appliquent pareillement dans les circonstances qui existent dans la présente procédure d'appel.

7. Dans le présent appel, les participants ont suggéré que l'Organe d'appel autorise le public à suivre l'audience au moyen d'une télédiffusion simultanée en circuit fermé. Ils ont en outre suggéré de prévoir que la transmission soit interrompue si les participants jugeaient nécessaire d'examiner des renseignements confidentiels ou si un participant tiers souhaitait préserver la confidentialité de sa déclaration orale ou de ses réponses aux questions. Nous convenons que ces modalités permettraient de protéger les renseignements confidentiels dans le contexte d'une audience ouverte au public et ne nuiraient pas à l'intégrité de la fonction juridictionnelle exercée par l'Organe d'appel. Nous estimons également que, lorsque l'audience a été ouverte au public dans le cadre d'appels antérieurs, les droits des participants tiers qui ne souhaitaient pas que leurs communications orales soient suivies par le public ont été entièrement protégés.

8. Pour ces raisons, la section de l'Organe d'appel chargée de la présente procédure d'appel autorise le public à suivre l'audience dans les conditions énoncées ci-après. Par conséquent, en

-
- *Australie – Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande* (WT/DS367/AB/R);
 - *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs* (WT/DS316/AB/R);
 - *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)* (WT/DS353/AB/R); et
 - *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine* (WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R).

² Voir la note de bas de page 1.

vertu de la règle 16 1) des Procédures de travail pour l'examen en appel, nous adoptons les procédures additionnelles suivantes aux fins du présent appel:

- a. Le public pourra suivre l'audience au moyen d'une télédiffusion simultanée en circuit fermé assurée dans une salle séparée à laquelle les délégués des Membres de l'OMC et le public, dûment inscrits, auront accès.
- b. Le public ne pourra pas suivre les déclarations orales et les réponses aux questions présentées par les participants tiers ayant indiqué qu'ils souhaitaient préserver la confidentialité de leurs communications.
- c. Toute demande – qui n'a pas encore été présentée – d'un participant tiers qui souhaite préserver la confidentialité de ses déclarations orales et de ses réponses aux questions devrait parvenir au Secrétariat de l'Organe d'appel au plus tard le jeudi 7 mars 2013 à 17 heures, heure de Genève.
- d. Un nombre approprié de places sera réservé pour les délégués des Membres de l'OMC dans la salle où la diffusion en circuit fermé aura lieu. Les délégués des Membres de l'OMC souhaitant suivre l'audience sont priés de s'inscrire à l'avance auprès du Secrétariat de l'Organe d'appel.
- e. Le public sera avisé de la tenue de l'audience par le biais du site Web de l'OMC. Les personnes souhaitant suivre l'audience seront tenues de s'inscrire à l'avance auprès du Secrétariat de l'Organe d'appel, selon les instructions données sur le site Web de l'OMC.

Genève, le 19 février 2013
