

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

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

Rapports des Groupes spéciaux

Addendum

Le présent addendum contient les annexes A à C des rapports des Groupes spéciaux qui se trouvent dans le document WT/DS412/R-WT/DS426/R.

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE A

PREMIÈRE ET DEUXIÈME COMMUNICATIONS ÉCRITES DES PARTIES, RÉPONSES AUX QUESTIONS ET DÉCLARATIONS ORALES DES PARTIES AUX PREMIÈRE ET DEUXIÈME RÉUNIONS DE FOND DU GROUPE SPÉCIAL

| Tables des matières | | Page |
|----------------------------|---|-------------|
| Annexe A-1 | Résumé analytique intégré du Japon | A-2 |
| Annexe A-2 | Résumé analytique intégré de l'Union européenne | A-36 |
| Annexe A-3 | Résumé analytique intégré du Canada | A-63 |

ANNEXE B

COMMUNICATIONS ÉCRITES ET DÉCLARATIONS ORALES DES TIERCES PARTIES

| Table des matières | | Page |
|---------------------------|---|-------------|
| Annexe B-1 | Résumé analytique intégré de l'Australie | B-2 |
| Annexe B-2 | Résumé analytique intégré du Brésil | B-7 |
| Annexe B-3 | Résumé analytique intégré de la Chine | B-10 |
| Annexe B-4 | Résumé analytique intégré d'El Salvador | B-14 |
| Annexe B-5 | Résumé analytique intégré de l'Union européenne (DS412) | B-17 |
| Annexe B-6 | Résumé analytique intégré du Japon (DS426) | B-21 |
| Annexe B-7 | Résumé analytique intégré de la Corée | B-28 |
| Annexe B-8 | Résumé analytique intégré du Mexique | B-32 |
| Annexe B-9 | Déclaration de la Norvège en tant que tierce partie | B-36 |
| Annexe B-10 | Résumé analytique intégré du Royaume d'Arabie saoudite | B-38 |
| Annexe B-11 | Résumé analytique intégré des États-Unis | B-42 |

ANNEXE C

DEMANDES D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL

| Tables des matières | | Page |
|----------------------------|--|-------------|
| Annexe C-1 | Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon | C-2 |
| Annexe C-2 | Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Union européenne | C-6 |

ANNEXE A

PREMIÈRE ET DEUXIÈME COMMUNICATIONS ÉCRITES DES PARTIES, RÉPONSES
AUX QUESTIONS ET DÉCLARATIONS ORALES DES PARTIES AUX PREMIÈRE
ET DEUXIÈME RÉUNIONS DE FOND DU GROUPE SPÉCIAL

| Table des matières | | Page |
|---------------------------|---|-------------|
| Annexe A-1 | Résumé analytique intégré du Japon | A-2 |
| Annexe A-2 | Résumé analytique intégré de l'Union européenne | A-36 |
| Annexe A-3 | Résumé analytique intégré du Canada | A-63 |

ANNEXE A-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DU JAPON

TABLE DES MATIÈRES

| | | |
|-------------|--|-------------|
| I. | INTRODUCTION | A-4 |
| II. | CONTEXTE FACTUEL | A-5 |
| A. | MARCHÉ DE L'ÉLECTRICITÉ EN ONTARIO | A-5 |
| 1. | Historique du marché de l'électricité en Ontario..... | A-6 |
| 2. | Fonctionnement du marché de l'électricité en Ontario | A-6 |
| a) | Production..... | A-7 |
| b) | Transport, distribution et consommation | A-8 |
| c) | Entités réglementaires et administratives..... | A-8 |
| d) | Détermination des prix et règlement des paiements | A-9 |
| B. | PROGRAMME TRG | A-10 |
| 1. | Historique du programme TRG | A-11 |
| 2. | Fonctionnement du programme TRG | A-11 |
| a) | Prescription relative à la teneur en éléments nationaux | A-11 |
| b) | Tarifs et conditions des contrats TRG..... | A-12 |
| c) | Processus de règlement | A-13 |
| 3. | Contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques | A-14 |
| III. | ARGUMENTS JURIDIQUES..... | A-14 |
| A. | ORDRE D'ANALYSE DES ALLÉGATIONS DU JAPON ET PRINCIPE D'ÉCONOMIE JURISPRUDENTIELLE..... | A-14 |
| B. | LE PROGRAMME TRG AINSI QUE LES CONTRATS TRG ET MICROTRG ACCORDENT DES SUBVENTIONS SUBORDONNÉES À L'UTILISATION DE PRODUITS NATIONAUX DE PRÉFÉRENCE À DES PRODUITS IMPORTÉS QUI SONT INCOMPATIBLES AVEC LES OBLIGATIONS DU CANADA AU TITRE DE L'ARTICLE 3.1 B) ET 3.2 DE L'ACCORD SMC | A-15 |
| 1. | Article 1.1 a) de l'Accord SMC: "contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public" ou "forme quelconque de soutien des revenus ou des prix"..... | A-15 |
| 2. | Article 1.1 b) de l'Accord SMC: "avantage" | A-19 |
| 3. | Article 2 de l'Accord SMC: spécificité | A-25 |
| 4. | Article 3.1 b) de l'Accord SMC: "subventions subordonnées ... à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés" | A-25 |
| 5. | Article 3.2 de l'Accord SMC: "n'accordera ni ne maintiendra les subventions" | A-26 |
| C. | LE PROGRAMME TRG AINSI QUE LES CONTRATS TRG ET MICROTRG SONT INCOMPATIBLES AVEC L'OBLIGATION DU CANADA D'ACCORDER LE TRAITEMENT NATIONAL AU TITRE DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994..... | A-26 |
| 1. | Incompatibilité avec l'article III:4 du GATT de 1994 | A-26 |

| | | |
|------------|--|-------------|
| 2. | Inapplicabilité de l'article III:8 du GATT de 1994..... | A-28 |
| a) | L'article III:8 a) n'est pas d'application | A-28 |
| b) | L'article III:8 b) n'est pas d'application | A-33 |
| D. | LE PROGRAMME TRG AINSI QUE LES CONTRATS TRG ET MICROTRG SONT DES MESURES CONCERNANT LES INVESTISSEMENTS ET LIÉES AU COMMERCE QUI SONT INCOMPATIBLES AVEC L'OBLIGATION RÉSULTANT POUR LE CANADA DE L'ARTICLE 2:1 DE L'ACCORD SUR LES MIC | A-34 |
| IV. | CONCLUSION | A-34 |

I. INTRODUCTION¹

1. Le présent différend porte sur le traitement discriminatoire affectant les importations de pièces et de matériel utilisés dans les installations qui produisent de l'électricité provenant de source éolienne et de source solaire photovoltaïque (ci-après dénommé "matériel de production d'énergie renouvelable"²) qui est appliqué par la province canadienne de l'Ontario (l'"Ontario") dans le cadre de son programme de tarifs de rachat garantis ("TRG") (le "programme TRG")³ établi le 24 septembre 2009. Spécifiquement, le programme TRG accorde des subventions aux producteurs d'énergie renouvelable en Ontario et exige que, pour recevoir ces subventions, les producteurs d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque utilisent du matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué en Ontario (la "prescription relative à la teneur en éléments nationaux").

2. De ce fait, les pouvoirs publics de l'Ontario accordent et maintiennent des subventions subordonnées à l'utilisation de matériel de production d'énergie renouvelable national de préférence à du matériel de production d'énergie renouvelable importé et accordent aux importations de ce matériel un traitement moins favorable que celui qui est accordé au même matériel de fabrication nationale. Par conséquent, le Japon affirme que le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques sont incompatibles avec les obligations résultant pour le Canada des dispositions suivantes: i) l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (l'"Accord SMC"); ii) l'article III:4 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le "GATT de 1994"); et iii) l'article 2:1 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (l'"Accord sur les MIC").

3. Plus précisément, le Japon conteste le programme TRG, ainsi que les contrats TRG et microTRG exécutés individuellement, non *pas* parce qu'ils ont pour effet de promouvoir les investissements dans la production d'énergie renouvelable, mais parce que, compte tenu de la prescription relative à la teneur en éléments nationaux, ils établissent une discrimination à l'encontre des importations de matériel de production d'énergie renouvelable et en faveur du matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué en Ontario. Le Japon ne conteste pas l'objectif déclaré de l'Ontario consistant à développer la production d'énergie renouvelable. Au contraire, la prescription relative à la teneur en éléments nationaux, qui aurait pour effet de limiter l'accès des producteurs à la meilleure technologie disponible sur le marché mondial, est incompatible avec cet objectif. Par conséquent, les allégations formulées par le Japon ne peuvent pas être qualifiées à bon droit de différend concernant "le commerce et l'environnement"; il s'agit en fait d'un différend concernant "le commerce et l'investissement".

4. À cet égard, le thème récurrent dans toutes les communications du Canada, à savoir qu'il est nécessaire que les pouvoirs publics assurent l'approvisionnement en électricité dans l'intérêt du

¹ Le Japon note tout d'abord qu'il incorpore dans le différend DS412 les arguments qu'il a formulés dans le différend DS426, lorsqu'il y a lieu.

² L'expression "matériel de production d'énergie renouvelable" est employée pour désigner les produits qui sont énumérés dans les grilles de teneur en éléments nationaux qui figurent dans la pièce D relative au contrat TRG, pièce JPN-127, et dans l'appendice C du contrat microTRG, pièce JPN-164.

³ Les références au "programme TRG" englobent les projets de plus de 10 kW (c'est-à-dire les projets TRG) et les projets de 10 kW ou moins (c'est-à-dire les projets microTRG). Par ailleurs, sauf spécification, les expressions telles que "contrats TRG", "producteurs TRG", etc., devraient être interprétées comme désignant des "contrats TRG et microTRG", des "producteurs TRG et microTRG", etc., même dans les cas où l'expression conjonctive "TRG et microTRG" n'est pas employée. De même, les expressions telles que "contrat TRG", "producteur TRG", etc., devraient être interprétées comme désignant un "contrat TRG ou microTRG", un "producteur TRG ou microTRG", etc.

bien-être public, et en particulier l'approvisionnement en électricité renouvelable dans l'intérêt de l'environnement, sert uniquement à détourner l'attention du Groupe spécial. Le Japon partage l'opinion selon laquelle les pouvoirs publics peuvent avoir un rôle à jouer pour assurer un approvisionnement stable en électricité et selon laquelle les programmes TRG peuvent jouer un rôle essentiel pour favoriser la production d'énergie renouvelable. Toutefois, la prescription relative à la teneur en éléments nationaux du programme TRG de l'Ontario est une mesure discriminatoire *de jure* qui vise à favoriser la production de matériel de production d'énergie renouvelable en Ontario et non à favoriser la production d'énergie renouvelable, et cette discrimination *de jure* dans le commerce international n'est pas et ne peut pas être justifiée par les objectifs de politique publique auxquels le Canada accorde tant d'importance.

5. Il importe de noter que le Canada ne conteste pas certains faits essentiels et conclusions juridiques présentés par le Japon, à savoir: i) l'existence et le fonctionnement de la prescription relative à la teneur en éléments nationaux du programme TRG; ii) la conclusion selon laquelle, si le programme et les contrats TRG devaient être considérés comme accordant des "subventions", ces subventions sont "subordonnées ... à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés", et donc "prohibées", au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC; et iii) la conclusion selon laquelle, si l'exemption énoncée à l'article III:8 a) du GATT de 1994 ne devait pas s'appliquer, le programme et les contrats TRG sont incompatibles avec les termes de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Par conséquent, les principales questions litigieuses entre les parties sont les suivantes: i) la qualification correcte des contrats TRG au regard de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC⁴; ii) le point de savoir s'il existe un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC; et iii) le point de savoir si les contrats TRG relèvent de l'exemption relative à l'"acquisition" par les pouvoirs publics aux termes de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

II. CONTEXTE FACTUEL

6. La présente section expose la base factuelle des allégations formulées par le Japon dans le présent différend. Elle traite tout d'abord l'historique et le fonctionnement du marché de l'électricité en Ontario sur lequel le programme TRG est établi, puis l'historique et le fonctionnement du programme TRG sur le marché ontarien. Elle est principalement axée sur l'offre et le marché de gros sur le marché ontarien de l'électricité, car c'est l'incidence du programme TRG sur cette portion du marché qui donne lieu à des manquements aux obligations du Canada dans le cadre de l'OMC. Par ailleurs, l'analyse du Japon est axée sur la portion "prix du produit" des prix de gros et de détail, car c'est cette portion des prix payés par les consommateurs qui constitue le paiement de l'électricité elle-même, et non le paiement des services associés à la fourniture de cette électricité aux consommateurs.

A. MARCHÉ DE L'ÉLECTRICITÉ EN ONTARIO

7. Antérieurement exploité par un monopole d'État appelé Ontario Hydro, le marché de l'électricité en Ontario a subi, entre 1998 et 2004, plusieurs réformes qui ont séparé les fonctions de production, de transport et de distribution, ainsi que la réglementation et l'administration du marché.⁵

⁴ Le Japon affirme toutefois que la qualification particulière au regard de l'article 1.1 a) n'est pas réellement une question pertinente que le Groupe spécial doit examiner étant donné les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* selon lesquelles une transaction peut être visée par plusieurs alinéas de l'article 1.1 a) 1) et l'admission par le Canada du fait que les contrats TRG satisfont à cet élément de la définition d'une subvention. Voir la deuxième communication écrite du Japon, section III; la déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 7; la réponse du Japon à la question n° 22 du Groupe spécial après la deuxième réunion.

⁵ Première communication écrite du Japon, appendice I.

À l'heure actuelle, il s'agit d'un marché partiellement libéralisé, sur lequel la production, le transport et la distribution relèvent de différentes entités publiques et privées, tandis que la réglementation et l'administration sont assurées par plusieurs entités publiques.⁶

1. Historique du marché de l'électricité en Ontario

8. Le marché de l'électricité en Ontario a amorcé l'abandon progressif d'un système de monopole d'État en 1998 avec la *Loi sur l'électricité* et la *Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, promulguées collectivement en tant que *Loi de 1998 sur la concurrence dans le secteur de l'énergie*.⁷ La *Loi de 1998 sur l'électricité* a scindé le monopole d'État Ontario Hydro en plusieurs nouvelles entités ayant différentes fonctions, dont: i) Ontario Power Generation ("OPG"), qui a repris les actifs productifs d'Ontario Hydro; ii) Hydro One Inc. ("Hydro One"), qui est devenue responsable de la grande partie des réseaux de transport et de distribution rurale; iii) la Société indépendante de gestion du marché de l'électricité ("SIGME"), qui a assumé la responsabilité administrative du réseau électrique et des marchés de l'électricité, et a été rebaptisée Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité ("SIERE") en 2005; et iv) la Société financière de l'industrie de l'électricité de l'Ontario ("SFIEO"), qui a repris tous les passifs et les actifs résiduels d'Ontario Hydro et a administré les contrats passés avec un petit nombre de producteurs privés. En outre, la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* a désigné la Commission de l'énergie de l'Ontario (la "CEO") comme organe de réglementation du nouveau marché ayant le pouvoir, entre autres, d'approuver certains tarifs et prix applicables sur le marché ontarien.

9. Après trois années de réorganisation du secteur, un marché libéralisé de l'électricité a été institué le 1^{er} mai 2002. La SIGME a pris en charge l'exploitation et l'administration de ce nouveau marché, y compris le fonctionnement d'un "système d'empilement" informatisé servant à établir les prix sur le marché et à prendre en compte l'existence de nombreux producteurs et consommateurs. Toutefois, ce marché libéralisé n'a pas permis l'entrée d'un nombre suffisant de nouveaux producteurs, et les pouvoirs publics de l'Ontario ont été contraints de poursuivre la restructuration du marché de l'électricité afin de faciliter l'investissement dans de nouvelles opérations de production.⁸ Ils ont donc promulgué la *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité* portant modification de la *Loi de 1998 sur l'électricité*. Fait important, la *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité* établit l'Office de l'électricité de l'Ontario ("OEO"), en lui donnant pour mandat d'assurer un approvisionnement suffisant en électricité à long terme en passant des contrats avec des producteurs d'électricité sur le marché libéralisé de la fourniture d'électricité. C'est conformément à ce mandat que l'OEO a mis sur pied le programme TRG le 1^{er} octobre 2009.

2. Fonctionnement du marché de l'électricité en Ontario

10. Dans la présente section, le Japon décrit les différentes entités pertinentes pour ses allégations qui interviennent actuellement sur le marché de l'électricité en Ontario, à savoir les entités responsables, premièrement, de la production d'électricité; deuxièmement, du transport, de la distribution et de la consommation; et, troisièmement, de la réglementation et de l'administration. Il examine ensuite la manière dont les prix payés par les consommateurs sont déterminés en vue de la fixation des tarifs perçus par les producteurs d'électricité. Des diagrammes montrant les principaux flux d'électricité et flux monétaires sur le marché de l'électricité en Ontario figurent dans la pièce jointe n° 1 de la première communication écrite du Japon.

⁶ Première communication écrite du Japon, section III.A.

⁷ Première communication écrite du Japon, appendice I.

⁸ Voir aussi l'observation du Japon concernant la réponse du Canada à la question n° 1 du Groupe spécial après la deuxième réunion.

a) Production

11. L'électricité est produite en Ontario par trois groupes de producteurs: i) les actifs publics d'OPG, qui sont les anciens actifs productifs d'Ontario Hydro; ii) les producteurs autres que les services publics, qui sont des producteurs privés ayant des contrats de fourniture avec Ontario Hydro avant la libéralisation partielle du marché de l'électricité et qui fournissent maintenant de l'électricité dans le cadre de contrats passés avec la SFIEO ou l'OEO; et iii) les producteurs d'électricité indépendants, qui comprennent tous les autres producteurs en Ontario arrivés sur le marché depuis sa libéralisation partielle, y compris les producteurs TRG, et qui fournissent généralement de l'électricité dans le cadre de contrats passés avec l'OEO.⁹

12. La plupart des producteurs perçoivent des tarifs qui sont fixés soit dans les règlements des pouvoirs publics édictés par la CEO soit dans les contrats de fourniture d'électricité. En particulier, les actifs d'OPG peuvent être divisés en actifs "réglementés" et en actifs "non réglementés". Les actifs "réglementés" d'OPG sont ceux pour lesquels la société perçoit les tarifs fixés par la CEO pour l'électricité qu'elle produit avec ces actifs. Les autres actifs d'OPG sont "non réglementés"; toutefois, comme de nombreux autres producteurs en Ontario, OPG peut approvisionner le marché en électricité produite avec ses actifs non réglementés par le biais de contrats passés avec l'OEO. Du fait qu'OPG est le producteur dominant en Ontario, les tarifs accordés à ses installations, principalement par le biais des règlements de la CEO, sont fixés de manière à l'empêcher d'exploiter sa position dominante sur le marché pour imposer des prix excessifs aux consommateurs, tandis que les tarifs accordés aux autres producteurs, comme les producteurs TRG, visent à les aider à s'implanter et à demeurer sur le marché ontarien.¹⁰

13. Les producteurs ayant des actifs qui perçoivent un tarif réglementé ou contractuel (c'est-à-dire les actifs réglementés d'OPG, les actifs non réglementés d'OPG ayant des contrats avec l'OEO, les producteurs privés et la plupart des producteurs d'électricité indépendants) percevront ce tarif indépendamment du tarif du marché, appelé "prix horaire de l'énergie en Ontario" (le "PHEO"). Ces producteurs percevront la différence entre le PHEO et leur tarif réglementé/contractuel lorsque le PHEO est inférieur à celui-ci, et en de rares occasions, devront acquitter la différence entre le PHEO et leur tarif réglementé/contractuel lorsque le PHEO est supérieur à celui-ci. Cette différence entre le PHEO et le tarif réglementé/contractuel est prise en compte au moyen d'une charge facturée au consommateur, appelée ajustement global. Par contre, les producteurs ayant des actifs dont les tarifs ne sont pas réglementés ni contractuels (c'est-à-dire les actifs non réglementés d'OPG sans contrats avec l'OEO et les producteurs d'électricité indépendants qui n'ont pas passé de contrats avec l'OEO) percevront simplement le tarif du marché qu'est le PHEO.

14. Le tableau suivant résume les faits connus concernant la capacité, l'électricité fournie et les tarifs perçus par les producteurs sur le marché de l'électricité en Ontario.

⁹ Première communication écrite du Japon, section III.A.1.

¹⁰ Observation du Japon concernant la réponse du Canada à la question n° 5 du Groupe spécial, paragraphe 7.

| Producteur | | Capacité à la fin de 2010 (MW) | Électricité fournie en 2010 (TWh) | Tarif (moyenne ou fourchette) (¢/kWh) |
|--|----------------------------|--------------------------------|-----------------------------------|---------------------------------------|
| Actifs d'OPG | Réglementé nucléaire | 6 606 | 45,8 | 5,59 |
| | Réglementé hydraulique | 3 312 | 18,9 | 3,41 |
| | Non réglementé hydraulique | 3 684 | 11,7 | 3,7 |
| | Non réglementé thermique | 6 327 | 12,2 | 4,3 |
| Producteurs privés ayant des contrats avec la SFIEO | | 1 652 | 59,8 | 8,0 |
| Producteurs indépendants ayant des contrats avec l'OEO | Non TRG/Non POSER | 11 659,5 | | 5,0-23,9 |
| | POSER | 424,2 | | 11,04-42,0 |
| | TRG | 30,3 | | 10,3-80,2 |
| TOTAL | | 34 710 | 150,8 | S/O |

Capacité, électricité fournie et tarifs perçus par les producteurs d'électricité en Ontario

b) Transport, distribution et consommation

15. En fonction de leur capacité de production, les producteurs sont généralement raccordés au réseau de transport ou au réseau de distribution.¹¹ Spécifiquement, les producteurs dont la capacité est supérieure à 10 MW (y compris les gros producteurs TRG) sont généralement raccordés au réseau de transport, tandis que les producteurs dont la capacité est égale ou inférieure à 10 MW (y compris les petits producteurs TRG et producteurs microTRG) sont généralement raccordés au réseau de distribution par l'intermédiaire d'une société de distribution locale ("SDL"). La question de savoir si un producteur est raccordé au réseau de transport ou au réseau de distribution est pertinente parce que le processus de règlement pour les paiements relatifs à l'électricité produite, y compris l'électricité produite dans le cadre du programme TRG, diffère selon la manière dont un producteur est raccordé au réseau.

16. En ce qui concerne la consommation, les grandes industries sont généralement raccordées directement au réseau de transport, tandis que les autres consommateurs (c'est-à-dire les ménages, les entreprises et les entités publiques) sont raccordés au réseau de distribution.¹²

17. La manière dont les producteurs sont raccordés au réseau, et dont l'électricité est acheminée aux consommateurs, est décrite dans le diagramme concernant les flux d'électricité figurant dans la pièce jointe n° 1 de la première communication écrite du Japon.

c) Entités réglementaires et administratives

18. Aux fins du présent différend, l'OEO, la SIERE et la CEO sont les principales entités qui réglementent et administrent le marché actuel de l'approvisionnement en électricité en Ontario.¹³

19. L'OEO a été établi par la *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité* portant modification de la *Loi de 1998 sur l'électricité*. Il a été créé parce que la structure de marché libéralisé mise en place après la dissolution d'Ontario Hydro en 1998 n'avait pas permis l'entrée d'un

¹¹ Première communication écrite du Japon, section III.A.2.

¹² Première communication écrite du Japon, section III.A.3.

¹³ Première communication écrite du Japon, section III.A.4.

nombre suffisant de nouveaux producteurs, en particulier des producteurs utilisant des sources d'énergie de remplacement et d'énergie renouvelable. Le gouvernement a délégué à l'OEO la responsabilité d'élaborer un système à moyen et à long terme, c'est-à-dire pour prévoir la demande de ressources électriques et leur fiabilité et conclure des contrats avec des producteurs d'électricité afin de répondre à cette demande. Il a également délégué à l'OEO le pouvoir d'imposer des charges aux consommateurs pour récupérer les coûts de la passation de contrats avec les producteurs d'électricité. Par conséquent, l'OEO conclut des contrats, y compris des contrats TRG, avec des producteurs pour la fourniture d'électricité et facture aux consommateurs les montants promis aux producteurs au-delà des tarifs du marché.

20. La SIERE est chargée d'administrer le marché de l'électricité (c'est-à-dire de déterminer quelle quantité d'électricité est produite et consommée, par qui, quand et à quel tarif du marché) et de gérer l'exploitation du réseau électrique afin d'assurer une coordination en temps réel entre l'offre et la demande d'électricité.¹⁴ Elle impose les règles du marché pour l'exploitation du réseau électrique en vertu desquelles elle applique un mécanisme de règlement informatisé qui recourt à l'"empilement" de l'offre et de la demande pour déterminer, pour chaque intervalle de cinq minutes: i) quels producteurs fournissent l'électricité et quels consommateurs en consomment; ii) la quantité d'électricité qui doit être fournie et consommée; et iii) le tarif du marché (c'est-à-dire le PHEO) pour cette électricité. De plus, la SIERE règle les paiements entre les participants sur le marché de gros qu'elle administre. Elle le fait en recueillant les fonds auprès des consommateurs de gros et en les distribuant aux producteurs d'électricité conformément aux tarifs dus à chacun d'entre eux (qu'il s'agisse du tarif du marché ou d'un tarif réglementé/contractuel).

21. La CEO est l'organisme qui réglemente le secteur de l'électricité en Ontario conformément à l'intérêt public. Elle le fait en exerçant son pouvoir de fixer les tarifs de transport et de distribution, et d'accorder des permis à tous les participants au marché. La CEO détermine les paiements à verser aux actifs "réglementés" d'OPG et gère la grille tarifaire réglementée (la "GTR"), qui fixe les prix payés par la plupart des consommateurs de détail à leurs SDL pour l'électricité qu'ils consomment (c'est-à-dire pour le produit électricité, à l'exclusion des charges au titre de services). En outre, elle est chargée d'établir, entre autres, des codes pour le réseau de transport, le réseau de distribution et le règlement au détail.

d) Détermination des prix et règlement des paiements

22. Les *prix payés* par les consommateurs aux niveaux de gros et de détail en Ontario doivent être distingués des *tarifs perçus* par les producteurs d'électricité, qui peuvent être le tarif du marché qu'est le PHEO ou un tarif réglementé ou contractuel généralement supérieur au PHEO.¹⁵

23. Au niveau de gros, le prix de gros total facturé aux consommateurs comprend: i) le prix horaire de l'énergie en Ontario (c'est-à-dire le PHEO), qui est le tarif total dû aux producteurs qui n'ont pas de tarifs réglementés ou contractuels; ii) l'ajustement global, qui est distribué uniquement aux producteurs ayant des tarifs réglementés ou contractuels afin de compenser la différence entre le PHEO et le tarif réglementé/contractuel; et iii) différentes charges au titre de services.

24. Le premier élément du prix de l'électricité, le PHEO, est fixé sur le marché administré par la SIERE, qui fait coïncider l'offre et la demande d'électricité au moyen d'un "système d'empilement" informatisé afin de déterminer le prix de marché dû à tous les producteurs en Ontario. Le deuxième élément comprend les montants additionnels dus aux producteurs qui perçoivent les tarifs réglementés/contractuels (c'est-à-dire les actifs réglementés d'OPG pour lesquels les tarifs sont fixés

¹⁴ Voir aussi la première communication écrite du Japon, appendice II.

¹⁵ Première communication écrite du Japon, sections III.A.5 et III.A.6.

par la CEO, les actifs non réglementés d'OPG ayant des contrats avec l'OEO, les producteurs privés qui ont des contrats avec l'OEO ou la SFIEO, et la grande majorité des producteurs indépendants qui ont des contrats avec l'OEO). Ces montants additionnels sont recouverts auprès des consommateurs par le biais de l'ajustement global. Bien que cet ajustement puisse être soit positif soit négatif, selon que le tarif du marché qu'est le PHEO est inférieur ou supérieur aux tarifs fixés, il est resté systématiquement positif depuis au moins 2009, étant donné que l'OEO a conclu des contrats additionnels pour la fourniture d'électricité à des tarifs supérieurs au PHEO.

25. Au niveau de détail, les prix payés par les consommateurs au détail sont généralement déterminés en ajoutant au prix de gros – c'est-à-dire la somme du PHEO, de l'ajustement global et des autres redevances et charges – une charge additionnelle au titre de la distribution qui couvre le coût de la fourniture d'électricité au consommateur. Les ménages et les petites entreprises qui achètent de l'électricité à leurs SDL en fonction de la consommation paient les prix GTR fixés par la CEO. Les consommateurs de détail qui ne sont pas visés par la GTR (généralement de plus grandes entreprises) peuvent passer un contrat de détail avec une SDL ou un revendeur d'électricité agréé, en payant un prix contractuel pour l'électricité pendant une période fixe, majoré de l'ajustement global.

26. Il faut relever que les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité aux SDL comme tout autre client de détail en Ontario – c'est-à-dire en payant les prix de marché fondés sur le PHEO plus l'ajustement global. Il convient de noter que l'utilisation d'énergie dans des installations publiques en 2008-2009 était d'environ 0,307 TWh, ce qui n'est qu'une fraction de la quantité d'électricité qui pourrait être produite au cours d'une année donnée dans le cadre de contrats TRG éoliens et solaires photovoltaïques.¹⁶

27. La manière dont les paiements effectués par les consommateurs pour l'électricité consommée parviennent aux producteurs d'électricité est décrite dans le diagramme sur les flux monétaires figurant dans la pièce jointe n° 1 de la première communication écrite du Japon, et est examinée plus en détail dans l'analyse du processus de règlement dans le cadre du programme TRG qui figure dans la section II.B.2.c ci-après.

B. PROGRAMME TRG

28. Le programme TRG a été établi le 1^{er} octobre 2009 en tant que programme en cours des pouvoirs publics de l'Ontario visant à encourager l'entrée sur le marché de producteurs d'énergie renouvelable en garantissant à ceux-ci, par l'exécution d'un contrat avec l'OEO, un tarif supérieur au tarif du marché spécifié pour une période spécifiée jusqu'à concurrence d'une capacité contractuelle spécifiée.¹⁷

29. Le programme TRG comporte deux filières: la filière TRG et la filière microTRG. La filière TRG concerne les installations dont la capacité est supérieure à 10 kW et la filière microTRG les installations dont la capacité est égale ou inférieure à 10 kW. Des contrats TRG et microTRG peuvent être conclus pour les installations qui utilisent les technologies suivantes: biomasse, biogaz, énergie hydraulique, gaz d'enfouissement, énergie solaire photovoltaïque et énergie éolienne. Toutefois, seules les installations éoliennes dont la capacité est supérieure à 10 kW (c'est-à-dire TRG), les installations solaires photovoltaïques dont la capacité est supérieure à 10 kW (c'est-à-dire TRG) et les installations solaires photovoltaïques dont la capacité est inférieure ou égale à 10 kW (c'est-à-dire microTRG) doivent satisfaire à une prescription relative à la teneur en éléments nationaux pour obtenir un contrat et en définitive, des paiements dans le cadre du programme TRG.

¹⁶ Voir la deuxième communication écrite du Japon, section IV.A.

¹⁷ Première communication écrite du Japon, section III.B.

1. Historique du programme TRG

30. Le 14 mai 2009, le gouvernement de l'Ontario a promulgué la *Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte* qui, entre autres choses, ajoutait l'article 25.35 à la *Loi de 1998 sur l'électricité*, constituant le fondement juridique du programme TRG.¹⁸ Cette loi visait à favoriser l'entrée sur le marché de producteurs d'énergie renouvelable, qui, sinon, n'y seraient pas suffisamment incités. Par la suite, le 24 septembre 2009, le Ministre de l'énergie a publié une directive donnant pour instruction à l'OEO de créer le programme TRG.

31. Ce qui est en cause dans le présent différend c'est la prescription du programme TRG relative à la teneur en éléments nationaux que les pouvoirs publics de l'Ontario ont instituée pour encourager les investissements en Ontario dans les installations qui fabriquent du matériel de production d'énergie renouvelable. Ce faisant, le gouvernement provincial visait à déplacer vers l'Ontario la fabrication de matériel de production d'énergie renouvelable, au détriment des importations de ces produits. Cette prescription entrave la réalisation de l'objectif déclaré du Canada, à savoir augmenter la production d'énergie renouvelable dans la fourniture d'électricité en Ontario.

2. Fonctionnement du programme TRG

32. Le programme TRG est régi et administré par plusieurs documents essentiels publiés par l'OEO.¹⁹ Les règles TRG énoncent les prescriptions concernant l'admissibilité d'un projet, le processus de demande, l'évaluation de la possibilité de raccordement et l'émission du contrat. Le modèle de contrat TRG est utilisé pour exécuter les contrats TRG individuels, et énonce les modalités et conditions types applicables à tous les projets TRG, ainsi que les conditions spécifiques sur le plan technologique qui doivent être examinées avant la participation au programme. En outre, l'OEO publie des définitions types qui s'appliquent aux règles TRG et aux contrats TRG. Il met également à la disposition des requérants une description générale du programme TRG qui explique les clauses figurant dans les règles TRG et le modèle de contrat TRG. En ce qui concerne la filière microTRG, l'OEO publie de même les règles microTRG, le modèle de contrat microTRG et la description générale du programme microTRG.

33. Dans le Manuel du marché de la SIERE, le programme TRG est classé en tant que "programme d'offre standard", ce qui veut dire que le programme "établit un "prix standard" que les producteurs admissibles perçoivent simplement en remplissant les critères d'admissibilité". En d'autres termes, une fois qu'un producteur satisfait à certaines conditions d'admissibilité de base, l'OEO est obligé dans le cadre d'un contrat TRG de payer à ce producteur le tarif contractuel supérieur au tarif du marché pour l'électricité produite pendant toute la durée du contrat.

a) Prescription relative à la teneur en éléments nationaux

34. Aux fins du présent différend, la principale prescription à laquelle un producteur d'énergie éolienne ou solaire photovoltaïque doit se conformer concerne la teneur en éléments nationaux.²⁰ Conformément à l'article 6.4 b) des règles TRG, les producteurs TRG qui ne satisfont pas à cette prescription sont défaillants dans le cadre des contrats TRG, tandis que pour les producteurs microTRG, l'offre d'un contrat microTRG est strictement subordonnée au respect de la prescription microTRG relative à la teneur en éléments nationaux.

¹⁸ Première communication écrite du Japon, section III.B.1.

¹⁹ Première communication écrite du Japon, section III.B.2.

²⁰ Première communication écrite du Japon, section III.B.3.

35. Le niveau de la teneur en éléments nationaux d'un projet TRG ou microTRG est déterminé par rapport à une "grille de teneur en éléments nationaux " figurant dans l'annexe D relative au contrat TRG et dans l'appendice C relatif au contrat microTRG, qui énumère les produits et les services qui peuvent être utilisés pour respecter le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux pour une installation de production donnée, et précise le pourcentage admissible de chaque produit ou service qui peut contribuer à la réalisation de la teneur en éléments nationaux pour un projet donné. Pour percevoir les tarifs à long terme garantis dans le cadre du programme TRG, les producteurs d'énergie solaire photovoltaïque (TRG et microTRG) ou d'énergie éolienne (TRG) doivent utiliser une quantité suffisante de produits et de services originaires de l'Ontario qui sont énumérés dans la grille de teneur en éléments nationaux pour satisfaire au niveau minimum requis à cet égard. Cela, en soi, constitue pour ces producteurs une incitation à utiliser des produits originaires de l'Ontario de préférence à des produits d'autre origine dans leurs installations de production d'énergie solaire photovoltaïque ou éolienne; or les grilles de teneur en éléments nationaux *exigent* en fait que pour *tous* les types de projets, *au moins certains* produits fabriqués, formés ou assemblés en Ontario *soient* utilisés pour atteindre les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux, ce qui prouve le caractère particulièrement pernicieux de la prescription relative à cette teneur en cause dans le présent différend. Le tableau ci-après résume les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux pour les contrats TRG et microTRG.

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

Niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux pour les contrats TRG éoliens et solaires photovoltaïques

b) Tarifs et conditions des contrats TRG

36. Tous les projets TRG autres que les projets hydrauliques ont une durée fixe de 20 ans. Conformément au contrat TRG ou microTRG, un producteur a la garantie qu'il percevra le tarif contractuel pour toute l'électricité qu'il produit (ou aurait pu produire mais n'a pas produite à la demande de la SIERE) jusqu'à concurrence de la capacité contractuelle de son projet pendant toute la durée du contrat.²¹

37. Les tarifs relevant du programme TRG varient en fonction du type de combustible renouvelable, de la capacité contractuelle et, dans certains cas, de la catégorie de requérant ou d'autres caractéristiques du projet. Le tableau ci-après résume les tarifs applicables pour les projets éoliens et solaires photovoltaïques (y compris TRG et microTRG) au 3 juin 2011.

²¹ Première communication écrite du Japon, sections III.B.2.a.ii, III.B.2.b.

| Combustible renouvelable | Plages de taille des projets | Tarif contractuel (cents/kWh) | Pourcentage d'indexation |
|---------------------------------------|-------------------------------------|--------------------------------------|---------------------------------|
| Énergie solaire photovoltaïque | | | |
| Sur toiture | ≤ 10 kW | 80,2 | 0% |
| Sur toiture | > 10 ≤ 250 kW | 71,3 | 0% |
| Sur toiture | > 250 ≤ 500 kW | 63,5 | 0% |
| Sur toiture | > 500 kW | 53,9 | 0% |
| Monté au sol | ≤ 10 kW | 64,2 | 0% |
| Monté au sol | > 10 kW ≤ 10 MW | 44,3 | 0% |
| Énergie éolienne | | | |
| À terre | Toutes tailles | 13,5 | 20% |
| En mer | Toutes tailles | 19,0 | 20% |

Tarifs contractuels pour les projets TRG éoliens et solaires photovoltaïques

c) Processus de règlement

38. Le processus de règlement pour les producteurs d'électricité, y compris les producteurs TRG et microTRG, varie selon que l'installation de production est raccordée au réseau de transport ou au réseau de distribution.²² La principale différence est que les producteurs qui sont raccordés au réseau de transport règlent le PHEO avec la SIERE et l'ajustement global avec l'OEO, tandis que les producteurs raccordés au réseau de distribution règlent l'intégralité du tarif contractuel (c'est-à-dire le PHEO et l'ajustement global) avec leur distributeur local, qui règle à son tour l'ajustement global avec l'OEO par l'intermédiaire de la SIERE. Le rôle actif joué par la SIERE pour recouvrer l'ajustement global auprès des consommateurs d'électricité et le rôle actif joué par l'OEO pour transférer aux producteurs TRG les portions de l'ajustement global qui leur sont dues dans le cadre des contrats TRG sont bien définis dans plusieurs lois et règlements de l'Ontario.

39. S'agissant des projets raccordés au réseau de transport, le producteur TRG perçoit le PHEO de la SIERE par le biais du système de règlement de la SIERE (ou paie le PHEO si celui-ci est négatif), et règle ensuite la différence entre le tarif contractuel et le PHEO (ou un montant nul, le montant le plus élevé étant retenu) avec l'OEO. Les fonds reçus par l'OEO pour régler cette différence proviennent de l'ajustement global perçu par la SIERE auprès des consommateurs d'électricité, et l'OEO les utilise pour payer aux producteurs TRG la différence entre le tarif contractuel et le PHEO.

40. S'agissant des projets raccordés au réseau de distribution, le producteur règle l'intégralité du tarif contractuel (c'est-à-dire le montant intégral qui lui est dû dans le cadre du contrat) avec la SDL, qui effectue ensuite le règlement auprès de l'OEO par le biais du système de règlement de la SIERE mentionné plus haut pour s'assurer que la SDL paie uniquement le prix de gros de l'électricité.

41. Il faut noter, toutefois, qu'indépendamment du point de savoir si un projet est raccordé au réseau de transport ou au réseau de distribution, c'est l'OEO qui est responsable en définitive des paiements dans le cadre des contrats TRG et microTRG.

²² Première communication écrite du Japon, sections III.B.2.a.iii, III.B.2.b.

3. Contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques

42. Les mesures en cause dans le présent différend comprennent non seulement la prescription du programme TRG relative à la teneur en éléments nationaux en tant que telle, mais aussi les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux figurant dans les contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques, telles qu'elles sont appliquées.²³ Ces contrats exécutés individuellement non seulement servent d'élément de preuve indiquant le fonctionnement de la prescription du programme TRG relative à la teneur en éléments nationaux, mais constituent aussi des mesures en elles-mêmes qui sont contestées par le Japon comme étant incompatibles avec les obligations du Canada dans le cadre de l'OMC.

43. Les données fournies par l'OEO confirment l'existence de centaines de contrats TRG éoliens, de contrats TRG solaires photovoltaïques et de contrats microTRG solaires photovoltaïques qui étaient exécutés au 24 mars 2011. En outre, des statistiques rendues publiques par l'OEO indiquent qu'au 30 septembre 2011 (c'est-à-dire pendant les deux premières années du programme TRG), l'OEO avait exécuté 1 786 contrats solaires photovoltaïques (y compris des contrats microTRG) représentant 1 240 MW et 71 contrats éoliens représentant 2 575 MW, et qu'il a probablement continué à exécuter d'autres contrats semblables après cette date. Chacun de ces contrats énonce des niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux conformément aux versions applicables des règles et des contrats TRG et microTRG, et pour beaucoup de ces contrats, une date de raccordement a été fixée et/ou l'exploitation commerciale a déjà commencé.

44. Par conséquent, une évaluation objective des faits disponibles conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord devrait amener le Groupe spécial à conclure que tous les contrats TRG éoliens, contrats TRG solaires photovoltaïques et contrats microTRG solaires photovoltaïques qui sont déjà au stade de l'exploitation commerciale ont atteint leurs niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux, et que des paiements TRG sont actuellement effectués dans le cadre de ces contrats.

III. ARGUMENTS JURIDIQUES

A. ORDRE D'ANALYSE DES ALLÉGATIONS DU JAPON ET PRINCIPE D'ÉCONOMIE JURISPRUDENTIELLE

45. Dans le présent différend, le Japon formule des allégations et des arguments au titre: 1) de l'Accord SMC; 2) du GATT de 1994; et 3) de l'Accord sur les MIC. Il affirme que le Groupe spécial devrait analyser d'abord ses arguments au titre de l'Accord SMC, puis ses arguments au titre du GATT de 1994 et pour finir, ses arguments au titre de l'Accord sur les MIC. Cependant, le Groupe spécial ne peut appliquer le principe d'économie jurisprudentielle au sujet d'aucune des allégations du Japon; il doit en fait formuler des constatations sur l'ensemble des trois séries d'allégations.²⁴

46. Le Groupe spécial devrait commencer par les arguments du Japon au titre de l'Accord SMC pour trois raisons principales. Premièrement, l'Organe d'appel a dit dans l'affaire *CE – Bananes III* que les dispositions de l'accord qui "trait[ait] expressément, et de manière détaillée" des mesures en cause devraient être analysées en premier²⁵, et en l'espèce, le programme TRG accorde précisément aux producteurs TRG des subventions qui sont subordonnées à leur utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Deuxièmement, si les arguments du Japon au titre de

²³ Première communication écrite du Japon, section III.B.4.

²⁴ Voir la réponse du Japon à la question n° 24 du Groupe spécial après la première réunion.

²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 204.

l'Accord SMC sont admis, ils permettraient une mesure corrective en vertu de l'article 4.7 de l'Accord SMC, qui réglerait le présent différend plus rapidement que ne le ferait la mesure corrective prévue à l'article 19:1 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le "Mémoire d'accord") qui découlerait d'une violation du GATT de 1994 ou de l'Accord sur les MIC. Troisièmement, une constatation favorable au sujet des arguments du Japon au titre du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC ne permettrait pas au Groupe spécial d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne les arguments du Japon au titre de l'Accord SMC, de sorte qu'il ne pourrait pas éliminer cette partie de son évaluation en commençant par les arguments au titre du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC.

47. S'agissant de ses arguments au titre du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC, le Japon estime que le Groupe spécial devrait examiner en premier les arguments au titre du GATT de 1994 pour quatre raisons principales. Premièrement, tant le Japon que le Canada ont présenté leurs arguments au titre du GATT de 1994 avant leurs arguments au titre de l'Accord sur les MIC. Deuxièmement, il n'y a pas de désaccord entre les parties sur le fait que les mesures en cause sont des mesures concernant les investissements et liées au commerce ("MIC") ou qu'elles sont incompatibles avec les termes de l'article III:4 du GATT de 1994; le seul désaccord entre les parties porte sur le point de savoir si les mesures sont exclues du champ d'application de l'article III du GATT en vertu de l'article III:8 a). Troisièmement, des groupes spéciaux antérieurs de l'OMC n'ont pas uniformément analysé l'un de ces accords avant les autres. Quatrièmement, un ordre d'analyse obligatoire particulier n'est pas prescrit à moins que le fait de ne pas suivre cet ordre n'"équiva[le] à une erreur de droit"²⁶, et, en l'espèce, analyser les arguments au titre du GATT de 1994 avant les arguments au titre de l'Accord sur les MIC n'équivaudrait pas à une erreur de droit.

48. Enfin, le Groupe spécial ne peut appliquer le principe d'économie jurisprudentielle au sujet d'aucune des allégations du Japon parce que les infractions à l'Accord SMC débouchent sur des recommandations et décisions au titre de l'article 4.7 de l'Accord SMC, tandis que les infractions au GATT de 1994 et à l'Accord sur les MIC débouchent sur des recommandations et décisions au titre de l'article 19:1 du Mémoire d'accord. Le Groupe spécial est tenu de formuler toutes les constatations qui "aider[ont] l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés" conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord, afin "d'arriver à une solution positive [du] différend[]" conformément à l'article 3:7 du Mémoire d'accord. Du fait que des recommandations et décisions relevant uniquement de l'article 4.7 de l'Accord SMC ou uniquement de l'article 19:1 du Mémoire d'accord peuvent être insuffisantes pour régler le présent différend, le Groupe spécial doit examiner l'ensemble des allégations et des arguments du Japon.

B. LE PROGRAMME TRG AINSI QUE LES CONTRATS TRG ET MICROTRG ACCORDENT DES SUBVENTIONS SUBORDONNÉES À L'UTILISATION DE PRODUITS NATIONAUX DE PRÉFÉRENCE À DES PRODUITS IMPORTÉS QUI SONT INCOMPATIBLES AVEC LES OBLIGATIONS DU CANADA AU TITRE DE L'ARTICLE 3.1 B) ET 3.2 DE L'ACCORD SMC

1. Article 1.1 a) de l'Accord SMC: "contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public" ou "forme quelconque de soutien des revenus ou des prix"

49. Le Japon commence par établir que les tarifs d'électricité garantis qui sont prévus dans le programme et les contrats TRG satisfont au premier élément de la définition d'une subvention figurant à l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.²⁷ Il fait valoir principalement que les tarifs garantis que l'OEO paie

²⁶ Rapports du Groupe spécial *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 7.99, citant le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 109.

²⁷ Voir la première communication écrite du Japon, section IV.A.1; la réponse du Japon à la question n° 5 du Groupe spécial après la première réunion de fond.

et s'engage par contrat à payer dans le cadre du programme et des contrats TRG entraînent une "contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public" suivant la définition figurant à l'article 1.1 a) 1) parce qu'ils comportent un "transfert direct de fonds" ou un "transfert direct potentiel de fonds" des pouvoirs publics de l'Ontario. Le Japon affirme en outre que ces tarifs garantis sont une forme de soutien des revenus ou des prix pour les producteurs TRG au sens de l'article 1.1 a) 2).

50. Le programme et les contrats TRG constituent "une pratique des pouvoirs publics [qui] comporte un transfert direct de fonds" parce que, aux termes des règles et des contrats TRG, l'OEO est "redevable des paiements contractuels envers le fournisseur". Selon les définitions types du programme TRG, l'expression "paiements contractuels" désigne "tous les paiements versés à un fournisseur dans le cadre d'un contrat TRG ... déterminés pour chaque période de règlement conformément à la pièce B du contrat TRG". De manière générale, la pièce B du contrat TRG s'applique de telle façon que:

- dans le cas général où un producteur TRG livre de l'électricité au réseau, le paiement contractuel par kWh est égal au tarif contractuel moins le PHEO; et
- dans le cas particulier où un producteur TRG a pour instruction de ne pas livrer l'électricité au réseau, le paiement contractuel par kWh est égal à la totalité du tarif contractuel.

Les pouvoirs publics de l'Ontario délèguent à l'OEO le pouvoir de "fixer et [d']exiger des frais pour recouvrer des consommateurs ses coûts et paiements liés aux contrats d'acquisition".²⁸ Conformément à ce pouvoir, l'OEO recouvre auprès des consommateurs ces paiements contractuels par le biais de l'ajustement global, et les distribue ensuite aux producteurs TRG conformément aux modalités de leurs contrats TRG. Le Japon estime qu'il est très approprié de qualifier ces paiements de "transferts directs de fonds".²⁹

51. Indépendamment du paiement effectif des tarifs contractuels TRG, les engagements de l'OEO dans les contrats TRG concernant l'octroi de ces tarifs pendant une période fixe entraînent également un "transfert direct potentiel de fonds". En vertu d'un contrat TRG, un producteur TRG acquiert le droit à des paiements garantis pour toute l'électricité produite (ou non produite sur instruction de la SIERE) jusqu'à concurrence de la capacité contractuelle pendant la durée du contrat, qui est de 20 ans pour les contrats éoliens et solaires photovoltaïques. L'exécution des contrats TRG par l'OEO, par laquelle il s'engage à verser ces paiements, est donc une pratique des pouvoirs publics comportant un "transfert direct potentiel de fonds".³⁰

52. Ces contributions financières émanent "des pouvoirs publics ou de tout organisme public" parce que l'OEO, qui est redevable en définitive de tous les paiements TRG, est un "organisme public". L'OEO est indéniablement un organisme public parce qu'il détient et exerce un pouvoir gouvernemental, qui lui est expressément conféré par la loi et les directives du Ministre de l'énergie, et parce que les pouvoirs publics de l'Ontario exercent un contrôle significatif sur l'organisme et son fonctionnement.³¹

²⁸ *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-005, article 25.20.

²⁹ Première communication écrite du Japon, paragraphes 189 à 191; réponse du Japon à la question n° 5 du Groupe spécial après la première réunion, paragraphes 2 et 3.

³⁰ Première communication écrite du Japon, paragraphes 192 à 194.

³¹ Première communication écrite du Japon, paragraphes 195 à 204.

53. Même si le Groupe spécial constate que les paiements versés par l'OEO aux producteurs TRG et les obligations de paiement prévues dans les contrats TRG ne sont pas des contributions financières d'un organisme public, le Japon affirme que le programme et les contrats TRG constituent une forme de "soutien des revenus ou des prix" pour les producteurs d'électricité au sens de l'article XVI du GATT de 1994. Une interprétation de l'expression "soutien des revenus ou des prix" suivant les règles coutumières d'interprétation des traités du droit international montre que le programme et les contrats TRG constitueraient un tel "soutien des prix ou des revenus" s'ils contribuaient aux revenus ou aux prix des producteurs TRG, ayant ainsi pour effet de réduire les importations de tous produits en Ontario et de fausser le commerce international. En l'espèce, en payant aux producteurs d'énergie renouvelable des tarifs garantis supérieurs à ceux du marché, et en s'engageant à accorder ces tarifs pendant 20 ans aux producteurs d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque, les pouvoirs publics de l'Ontario contribuent aux prix et aux revenus dont bénéficient les producteurs TRG et encouragent la production d'énergie renouvelable. De plus, comme ils effectuent cette contribution sous réserve d'une prescription relative à la teneur en éléments nationaux (c'est-à-dire que le paiement est subordonné à l'utilisation par le producteur TRG de matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué en Ontario), ils encouragent la production de ce matériel en Ontario et réduisent les importations de ce matériel en Ontario. Pour ces raisons, le programme et les contrats TRG constituent une forme de "soutien des revenus ou des prix".³²

54. L'argument du Canada selon lequel le programme et les contrats TRG sont qualifiés à bon droit d'"achats de biens" par l'OEO, et non de "transferts directs de fonds", de "transferts directs potentiels de fonds" ou de "soutien des prix ou des revenus", est infondé.³³

55. L'argument du Canada est infondé parce que l'"achat de biens" n'est même pas une qualification plausible de ces mesures. Le verbe "purchase" (acheter) signifie, au sens large, "[t]o *obtain*; to gain *possession of*" (obtenir; prendre possession de) et, au sens étroit, "[t]o *acquire in exchange for payment in money or an equivalent*; to buy" (acquérir en échange d'un paiement en espèces ou d'un équivalent; obtenir contre paiement).³⁴ Or, le programme TRG ne vise pas à promouvoir la production d'énergie renouvelable afin de fournir de l'électricité uniquement à l'OEO ou à d'autres organes gouvernementaux de l'Ontario, mais à tous les consommateurs d'électricité en Ontario. Le programme TRG n'est pas non plus conçu pour permettre aux pouvoirs publics de l'Ontario de vendre l'électricité produite dans le cadre des contrats TRG à des distributeurs locaux et/ou des consommateurs. L'aspect qui définit les contrats TRG est qu'ils assurent aux producteurs d'énergie renouvelable des paiements supérieurs à ceux qu'ils recevraient en l'absence du programme TRG, de sorte que l'OEO n'est jamais en possession de l'électricité fournie dans le cadre du programme TRG ni n'exerce jamais un contrôle sur l'obtention de cette électricité.³⁵ L'OEO n'a aucun intérêt à obtenir la possession de cette électricité étant donné qu'il ne la consomme pas pour son propre usage, ne cherche pas à réaliser un bénéfice en la revendant, et ne gère ni ne contrôle la production et le transport d'électricité en Ontario.³⁶ En fait, l'OEO n'obtient pas l'électricité livrée dans le cadre des contrats TRG, n'en prend pas possession ni ne l'acquiert; cette électricité est en fait injectée dans le réseau et va directement aux consommateurs.

³² Première communication écrite du Japon, paragraphes 205 à 214.

³³ Voir Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, section III.B.1; deuxième communication écrite, section III; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, section II.A; réponse à la question n° 25 du Groupe spécial après la deuxième réunion; observation concernant la réponse du Canada à la question n° 24 du Groupe spécial après la deuxième réunion.

³⁴ *The Oxford English Dictionary*, OED Online, Oxford University Press, <http://www.oed.com/view/Entry/154832>. (pas d'italique dans l'original)

³⁵ Déclaration liminaire du Japon à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 23.

³⁶ Voir l'observation du Japon concernant la réponse du Canada à la question n° 47 du Groupe spécial, paragraphe 60.

56. Le Canada fait valoir que la qualification des contrats TRG d'"achats" d'après le texte de ses mesures internes montre qu'il s'agit d'"achats" aux fins du droit de l'OMC, mais cet argument a été rejeté par l'Organe d'appel.³⁷ Plus récemment, dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), l'Organe d'appel a dit en termes non équivoques: "nous notons que la classification d'une transaction dans le droit interne n'est pas "déterminante" pour la question de savoir si cette mesure peut être qualifiée de contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC".³⁸ Par conséquent, la qualification et le traitement d'une mesure en droit interne ne déterminent pas le statut de cette mesure au regard du droit de l'OMC. Conclure le contraire reviendrait à permettre au Canada, le Membre défendeur, de déterminer si ses mesures sont compatibles avec ses obligations dans le cadre de l'OMC, et "il est évident qu'il ne peut pas en être ainsi".³⁹

57. Le Canada fait également valoir que la présence de conditions liées aux paiements TRG, comme l'injection d'électricité dans le réseau, est un élément de preuve indiquant qu'il s'agit d'"achats" d'électricité et non de "transferts directs de fonds". Or l'Organe d'appel a expliqué que "ce qui [était] visé [à l'article 1.1 a) 1) i)] ... c'[était] la fourniture par les pouvoirs publics ... de fonds, indépendamment du point de savoir si cela se fai[sait] gratuitement ou en échange d'une contrepartie"⁴⁰, notant qu'un "don conditionnel" (qui est analogue à la situation des paiements TRG) était un exemple incontestable de "transfert direct de fonds". Par conséquent, les conditions associées aux paiements TRG sont neutres ou dénuées de pertinence pour la question de savoir si les contrats TRG peuvent être juridiquement qualifiés de "transferts directs de fonds".⁴¹

58. L'Organe d'appel a expliqué qu'en vertu de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC, un groupe spécial devait, premièrement, avoir une compréhension correcte des caractéristiques pertinentes d'une mesure et, deuxièmement, évaluer si cette mesure relevait de l'article 1.1 a) et à quel endroit.⁴² Le Japon estime que les caractéristiques pertinentes du programme TRG en ce qui concerne les producteurs d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque sont les suivantes:

- le producteur TRG doit construire une installation de production tout en se conformant à la prescription imposant d'utiliser du matériel de production d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque fabriqué en Ontario pour cette construction;
- en contrepartie, l'OEO promet de payer un tarif supérieur à celui du marché, qui garantit la récupération des coûts plus un rendement raisonnable de l'investissement sur une période de 20 ans;
- l'OEO paie ce tarif au producteur lorsque celui-ci injecte l'électricité dans le réseau, ou s'en abstient sur instruction de la SIÉRE, jusqu'à concurrence de la capacité contractuelle; et

³⁷ Deuxième communication écrite du Japon, section III.A.

³⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 586 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 56). Voir aussi *id.*, paragraphes 593 et 604.

³⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 66.

⁴⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 618. (pas d'italique dans l'original)

⁴¹ Deuxième communication écrite du Japon, paragraphes 43 à 45.

⁴² Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphes 585 et 586.

- l'électricité injectée dans le réseau va directement aux consommateurs, sans que l'OEO ni aucun autre organe gouvernemental n'en prennent possession, ne l'utilisent ou n'aient l'intention de le faire, ni ne cherchent à réaliser un bénéfice en la revendant.

Ces caractéristiques pertinentes montrent que la nature des contrats TRG peut être résumée comme étant un programme visant à financer la construction d'installations de production d'énergie renouvelable en Ontario et dans le cadre duquel les installations qui utilisent les technologies éoliennes et solaires photovoltaïques sont tenues d'utiliser du matériel de production fabriqué dans la province pour produire l'électricité.⁴³ Par conséquent, il est correct de qualifier les contrats TRG de "transferts directs de fonds", de "transferts directs potentiels de fonds", ou de "soutien des revenus ou des prix" – et non d'"achats de biens" – au sens de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.

59. Toutefois, même si les contrats TRG peuvent être qualifiés d'"achats de biens", le Groupe spécial peut toujours les considérer comme des "transferts directs de fonds", des "transferts directs potentiels de fonds" ou un "soutien des revenus ou des prix". Cela tient au fait que l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* a précisé qu'une transaction pouvait être visée par plusieurs alinéas de l'article 1.1 a) 1)⁴⁴ et, par ailleurs, la présence du mot "ou" entre l'article 1.1 a) 1) et l'article 1.1 a) 2) n'empêche pas que l'on puisse plausiblement qualifier une mesure au regard des deux dispositions à la fois. Par conséquent, le Groupe spécial peut déterminer si les paiements TRG confèrent un avantage aux producteurs TRG en partant de l'idée que les paiements TRG sont des "transferts directs de fonds" (ou, à titre subsidiaire, des "transferts directs potentiels de fonds" ou un "soutien des revenus ou des prix"), même si les contrats TRG peuvent aussi être qualifiés d'"achats" d'électricité.⁴⁵

60. Enfin, si le Groupe spécial devait constater que les contrats TRG devraient être qualifiés *uniquement* d'achats de biens par les pouvoirs publics (ce qui n'est pas le cas), le Japon s'est quand même acquitté de la charge de la preuve qui lui incombait dans le présent différend. Cela tient au fait que les achats de biens sont explicitement mentionnés à l'article 1.1 a) 1) iii) et que l'argument du Canada relatif aux "achats de biens" devrait donc être considéré comme la reconnaissance de sa part du fait que les contrats TRG satisfont au premier élément de la définition d'une subvention, à savoir "une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public". Par ailleurs, l'analyse de l'avantage pour les contrats TRG qualifiés d'achats de biens ne serait pas différente de l'analyse de l'avantage pour les contrats TRG qualifiés de transferts directs de fonds – c'est-à-dire que l'avantage peut être évalué, sur une base unitaire, d'après la différence entre le tarif TRG et le prix du marché de l'électricité en Ontario. Par conséquent, si le Groupe spécial devait constater que les contrats TRG devraient être qualifiés *uniquement* d'achats de biens par les pouvoirs publics, il n'en devrait pas moins constater que ces contrats sont des subventions au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC et des subventions prohibées au sens de l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord.⁴⁶

2. Article 1.1 b) de l'Accord SMC: "avantage"

61. Le Japon établit ensuite que le programme et les contrats TRG confèrent un "avantage" aux producteurs TRG et satisfont ainsi au deuxième élément de la définition d'une subvention figurant à

⁴³ Japon, deuxième communication écrite, paragraphe 36; réponse à la question n° 25 du Groupe spécial après la deuxième réunion, paragraphe 9.

⁴⁴ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 613 et note 1287.

⁴⁵ Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 28; déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 7; observation concernant la réponse du Canada à la question n° 24 du Groupe spécial après la deuxième réunion.

⁴⁶ Réponse du Japon à la question n° 22 du Groupe spécial après la deuxième réunion, paragraphe 7.

l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.⁴⁷ Du fait que le Japon a formulé une allégation de subvention prohibée au titre de l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC, il lui suffit de prouver uniquement l'*existence* d'un avantage; aucune quantification précise de l'avantage n'est nécessaire.

62. Un "avantage" doit être évalué du point de vue du bénéficiaire de la contribution financière par rapport à un point de repère du marché. En particulier, l'Organe d'appel et des groupes spéciaux de l'OMC ont constaté qu'une "contribution financière" conférerait un "avantage" lorsqu'elle était accordée à des conditions meilleures que celles que le bénéficiaire aurait trouvées sur le marché. Par conséquent, "il faut déterminer si la contribution financière *place le bénéficiaire dans une position plus avantageuse qu'en l'absence de contribution financière* ... Par conséquent, une contribution financière ne confère un "benefit", c'est-à-dire un avantage, que si elle est *fournie à des conditions plus avantageuses que celles que le bénéficiaire aurait trouvées sur le marché*".⁴⁸

63. Comme chaque forme de "contribution financière" confère un type différent d'"avantage", un "avantage" doit être examiné en relation avec la disposition de l'article 1.1 a) qui est en cause. Par conséquent:

- L'avantage conféré en ce qui concerne le transfert direct de fonds, sur une base unitaire, peut être évalué au vu de la différence entre le tarif garanti par l'OEO dans le cadre du contrat TRG et le tarif que le producteur TRG aurait perçu pour son électricité sur le marché de gros, sur lequel le tarif est établi au point où l'offre d'électricité correspond à la demande.
- L'avantage conféré en ce qui concerne le transfert direct potentiel de fonds peut être évalué au vu de la valeur marchande des engagements dans le cadre d'un contrat TRG par rapport à ce à quoi un producteur TRG a renoncé ou ce qu'il a "payé" pour obtenir le contrat TRG, ou en comparant les engagements dans le cadre d'un contrat TRG avec les conditions qu'un producteur TRG pourrait être en mesure d'obtenir dans un contrat hypothétique conclu par un acheteur d'électricité sur le marché.
- En ce qui concerne le soutien des prix, comme les prix des producteurs TRG sont soutenus par la différence entre le prix du marché et le tarif contractuel TRG, une analyse de l'avantage correspondrait étroitement à l'analyse de l'avantage pour un transfert direct de fonds.
- Enfin, en ce qui concerne le soutien des revenus, comme les revenus des producteurs TRG sont soutenus par la différence entre le flux de revenus promis par l'OEO dans le cadre d'un contrat TRG et celui qu'ils recevraient sur le marché, une analyse de l'avantage consisterait à prendre le flux de revenus résultant des tarifs TRG contractuels et à soustraire le flux de revenus résultant d'un prix du marché, reprenant ainsi en partie l'analyse de l'avantage pour les transferts directs potentiels de fonds.⁴⁹

⁴⁷ Voir Japon, première communication écrite, section IV.A.2; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, section III.B.2; deuxième communication écrite, section II; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, section II.B; réponse à la question n° 28 du Groupe spécial après la deuxième réunion.

⁴⁸ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 149 (pas d'italique dans l'original); le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 849. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs*, paragraphes 7.24; le rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.427.

⁴⁹ Première communication écrite du Japon, sections IV.A.2.a, IV.A.2.b et IV.A.2.c.

64. Compte tenu des faits en l'espèce, il faut, dans chacune de ces analyses, retrancher la valeur marchande de l'électricité en Ontario (qui est bien sûr subordonnée au prix de marché de l'électricité en Ontario) des montants accordés dans le cadre des contrats TRG.⁵⁰ Du fait qu'il lui suffit de prouver uniquement l'existence d'un avantage, et qu'aucune quantification précise de l'avantage n'est nécessaire, le Japon propose au Groupe spécial plusieurs points de repère possibles concernant le prix du marché de l'électricité en Ontario, chacun démontrant clairement l'existence d'un avantage dans le cadre du régime de tarification TRG.

65. En particulier, le Groupe spécial devrait examiner les points de repère suivants proposés par le Japon:

- PHEO: Point de repère du marché le plus approprié car: i) il est le tarif déterminé sur la base de l'offre et de la demande en Ontario; et ii) il est le tarif qu'un producteur d'énergie renouvelable en Ontario *percevrait effectivement* en l'absence du programme TRG;
- Tarif de gros calculé par le Japon: Tarif moyen pondéré calculé par le Japon pour le produit électricité en Ontario qui est accordé aux producteurs autres que les producteurs d'énergie renouvelable en Ontario;
- Prix du produit GTR: Tarif moyen pondéré calculé par la CEO d'après la GTR pour le produit électricité en Ontario, qui sert de *plafond* pour le montant que les consommateurs de l'Ontario paient pour le produit électricité en Ontario, compte tenu des tarifs accordés à *tous* les producteurs d'électricité en Ontario, ce qui signifie que les producteurs en Ontario ne devraient pas pouvoir entrer sur le marché et escompter percevoir un tarif supérieur à ce tarif; et
- Tarifs de gros hors juridiction: Tarifs de gros moyens sur des marchés de l'électricité déréglementés/concurrentiels à l'extérieur de l'Ontario – spécifiquement les marchés très proches que sont l'Alberta, New York, la Nouvelle-Angleterre et les États du centre du littoral de l'Atlantique des États-Unis – que le Groupe spécial peut considérer *si* il détermine que les tarifs dans la juridiction susmentionnés sont faussés d'une manière quelconque.⁵¹

66. S'agissant du PHEO, le Japon note que tout producteur en Ontario, y compris un producteur d'énergie renouvelable, peut participer au marché de gros administré par la SIERE et vendre de l'électricité au PHEO sans aucun type de contrat de fourniture d'électricité à long terme, à condition de satisfaire à toutes les prescriptions techniques et réglementaires.⁵² Quant au prix du produit GTR, le Japon note que les consommateurs en Ontario continueront de payer pour le produit électricité le même tarif que celui qu'ils paient actuellement et que, par conséquent, en l'absence du programme TRG, l'OEO peut conclure un contrat de fourniture avec un nouveau producteur qui peut fournir l'électricité à ce tarif ou moins car l'OEO ne sera pas obligé de majorer le montant de l'ajustement global et donc le tarif que les consommateurs paieront. Pour déterminer le point de repère du marché, il serait déraisonnable de supposer que l'OEO pourrait conclure un contrat de fourniture avec un

⁵⁰ Réponse du Japon à la question n° 21 du Groupe spécial après la première réunion, paragraphe 2.

⁵¹ Japon, réponse à la question n° 7 du Groupe spécial après la première réunion, paragraphes 10 à 16; deuxième communication écrite, paragraphes 8 à 12; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 14 à 19; réponse à la question n° 31 du Groupe spécial après la deuxième réunion.

⁵² Deuxième communication écrite du Japon, paragraphe 10. Voir aussi l'observation du Japon concernant la réponse du Canada à la question n° 2 du Groupe spécial après la deuxième réunion, paragraphe 3.

producteur qui peut fournir l'électricité à un tarif supérieur à celui que les consommateurs de l'Ontario paient actuellement parce que cela forcerait les consommateurs à payer davantage qu'actuellement.⁵³

67. Les points de repère proposés par le Japon, ainsi qu'une comparaison avec les tarifs TRG montrant l'existence d'un avantage, sont résumés dans le tableau ci-après.

| Tarifs servant de points de repère | |
|---|---|
| Point de repère | Tarif (cents/kWh) |
| PHEO moyen pondéré | 3,79 |
| Tarif de gros moyen pondéré pour les producteurs en Ontario autres que les producteurs TRG et POSER (par capacité) | 7,02 |
| Tarif de gros moyen pondéré pour les producteurs en Ontario autres que les producteurs TRG et POSER (par livraison) | 7,13 |
| Tarif de gros moyen en Alberta | 5,2 |
| Tarif de gros moyen de l'exploitant de réseau indépendant à New York | 6,1 |
| Tarif de gros moyen de l'exploitant de réseau indépendant en Nouvelle-Angleterre | 5,3 |
| Tarif de gros moyen des États du centre du littoral de l'Atlantique des États-Unis | 4,9 |
| Prix de détail GTR en Ontario établis par l'OEO (compteurs classiques) | 7,1 (niveau inférieur) 8,3 (niveau supérieur) |
| Prix de détail GTR en Ontario établis par l'OEO (compteurs intelligents) | 6,2 (période creuse) 9,2 (période médiane) 10,8 (période de pointe) |
| Tarifs TRG | |
| Producteur TRG | Tarif (cents/kWh) |
| Solaire photovoltaïque, sur toiture, ≤ 10 kW | 80,2 |
| Solaire photovoltaïque, sur toiture, > 10 ≤ 250 kW | 71,3 |
| Solaire photovoltaïque, sur toiture, > 250 ≤ 500 kW | 63,5 |
| Solaire photovoltaïque, sur toiture, > 500 kW | 53,9 |
| Solaire photovoltaïque, monté au sol, ≤ 10 kW | 64,2 |
| Solaire photovoltaïque, monté au sol, > 10 kW ≤ 10 MW | 44,3 |
| Éolienne, à terre, toutes tailles | 13,5 + 20% d'indexation |
| Éolienne, en mer, toutes tailles | 19,0 + 20% d'indexation |

Comparaison des tarifs TRG avec les tarifs servant de points de repère

68. Le Japon affirme également que le Groupe spécial peut confirmer l'existence d'un avantage en l'espèce en examinant l'historique du marché de l'électricité en Ontario, ainsi que la conception et la structure objectives du programme TRG.

69. L'historique du marché de l'électricité en Ontario démontré que l'Ontario a établi sa structure de marché actuelle, y compris l'OEO et en définitive le programme TRG, parce que le marché libéralisé qui fonctionnait en 2002 n'avait pas permis à la province d'obtenir un approvisionnement suffisant en électricité, y compris de sources renouvelables. Les pouvoirs publics de l'Ontario ont

⁵³ Réponse du Japon à la question n° 26 du Groupe spécial après la deuxième réunion, paragraphe 15.

donc décidé d'internaliser les externalités positives de l'énergie renouvelable en garantissant à ces producteurs des paiements couvrant les coûts de production et des bénéfices raisonnables, paiements que ces producteurs ne seraient pas en mesure d'obtenir sur le marché autrement. En d'autres termes, l'historique du marché de l'électricité en Ontario montre qu'en l'absence du programme TRG, ces producteurs ne seraient pas actifs sur le marché aujourd'hui.⁵⁴

70. En outre, la conception et la structure objectives du programme TRG confirment que les contrats TRG confèrent un "avantage" aux producteurs TRG. Ces contrats offrent des conditions qui garantissent un prix couvrant les coûts de production d'un producteur TRG *et* ménagent un bénéfice raisonnable pendant une période de 20 ans aux producteurs d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque considérés dans le présent différend. Il devrait tomber sous le sens qu'aucun producteur participant d'une manière générale au marché n'aurait pareille certitude de récupérer ses coûts de production et de réaliser un bénéfice raisonnable sur une si longue période. En d'autres termes, le programme TRG élimine le risque que les producteurs d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque encourraient autrement s'ils devaient fonctionner dans des conditions du marché normales. Cela montre une fois de plus que les producteurs d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque obtiennent dans le cadre de leurs contrats TRG un traitement plus favorable que celui qu'ils obtiendraient sur le marché, et cela indique donc aussi qu'un avantage est conféré.⁵⁵

71. Du fait que l'analyse de l'avantage exige une comparaison avec un "point de repère du marché", et non avec un *prix* du marché spécifique⁵⁶, l'historique du marché de l'électricité en Ontario ainsi que la conception et la structure objectives du programme TRG peuvent être utiles à l'évaluation du point de savoir si les conditions obtenues par les producteurs TRG au moment de conclure leurs contrats TRG avec l'OEO sont plus avantageuses que les conditions qu'ils auraient pu obtenir sur le marché ontarien à l'époque.⁵⁷

72. L'argument du Canada selon lequel le point de repère du marché approprié dans la présente affaire devrait être un prix qui reflète les coûts plus élevés de la production d'électricité renouvelable est sans fondement.⁵⁸ Le Canada se méprend sur l'analyse de l'avantage qui est prescrite à l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Cette analyse exige une comparaison entre ce qui est *effectif* (ce à quoi le monde ressemble en présence de la mesure en cause) et une *hypothèse* (ce à quoi le monde aurait ressemblé en absence de *cette mesure*).⁵⁹ Elle nécessite donc un point de repère qui reflète "[l]es conditions selon lesquelles les biens ... en cause *seraient échangés, aux conditions du*

⁵⁴ Japon, deuxième communication, paragraphes 3 à 7; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 10 à 13; observations concernant les réponses du Canada aux questions n° 1 et 42 du Groupe spécial après la deuxième réunion.

⁵⁵ Japon, deuxième communication écrite, paragraphes 13 à 16; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 20; réponse à la question n° 32 du Groupe spécial après la deuxième réunion.

⁵⁶ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphes 641 et 647.

⁵⁷ Voir l'observation du Japon concernant la réponse du Canada à la question n° 1 du Groupe spécial, note 8. De fait, le Japon a présenté des éléments de preuve indiquant les conditions que les producteurs TRG pourraient obtenir sur le marché ontarien dans le cadre de contrats privés, et ces conditions sont nettement moins avantageuses que celles qui sont offertes dans les contrats TRG. Voir la réponse du Japon à la question n° 28 du Groupe spécial après la deuxième réunion, paragraphe 41.

⁵⁸ Voir Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, section III.B.2; deuxième communication écrite, section II; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, section II.B.

⁵⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 973.

marché".⁶⁰ Par conséquent, un prix du marché aux fins de l'analyse de l'avantage "n'est pas déterminé par référence uniquement soit à des considérations relatives à l'offre, soit à des considérations relatives à la demande, sans qu'il soit fait référence aux unes et aux autres"; en fait, "le prix d'un bien ou d'un service doit traduire l'interaction entre les considérations relatives à l'offre et les considérations relatives à la demande compte tenu des conditions du marché existantes".⁶¹ Par conséquent, les vues des utilisateurs finals d'électricité en Ontario, et les conditions que ces utilisateurs prennent en compte dans leurs transactions lorsqu'ils achètent de l'électricité aux producteurs sur le marché ontarien, sont très pertinentes pour l'évaluation du point de repère du marché hypothétique approprié avec lequel les mesures de subventionnement en cause doivent être comparées. La question pertinente est: quel tarif les producteurs d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque percevraient-ils pour leur électricité auprès des consommateurs sur le marché ontarien si le programme TRG n'existait pas?⁶²

73. Le Canada n'a pas établi qu'il existait en Ontario des marchés distincts pour l'électricité renouvelable et l'électricité non renouvelable en Ontario, où les échanges d'électricité renouvelable entre fournisseurs et consommateurs se faisaient à un prix plus élevé qui prenait en compte les coûts de production plus élevés de cette électricité. Cela ne devrait pas surprendre parce que, comme le Canada en convient, l'électricité est un produit et par conséquent, une unité d'électricité ne peut pas être distinguée d'une autre unité d'électricité en Ontario. Le Japon note en outre que le programme TRG de l'Ontario ne donne pas aux consommateurs la possibilité de choisir une source renouvelable pour l'électricité qu'ils utilisent, et de payer un tarif plus élevé pour cette électricité. En fait, les tarifs plus élevés qui sont dus aux producteurs TRG sont répartis entre tous les consommateurs par le biais de l'ajustement global afin d'établir un prix unique payé par les consommateurs pour l'électricité.

74. En l'absence d'un marché distinct pour l'électricité renouvelable en Ontario, il ne peut pas y avoir de tarif du marché distinct pour l'électricité renouvelable qui puisse servir de point de repère du marché; en fait, les tarifs du marché pour le produit électricité dans son ensemble (qui reflètent l'ensemble de la fourniture combinée d'énergie renouvelable *et* d'énergie non renouvelable), comme le Japon l'a fait valoir, constituent des points de comparaison appropriés parce que ce sont les tarifs auxquels l'électricité "serai[] échangée[]" entre les consommateurs et les fournisseurs sur le marché ontarien.⁶³

75. À cet égard, le Groupe spécial devrait prendre note de la distinction entre: i) les prix *réglementés* qui couvrent les coûts de production plus un bénéfice raisonnable; et ii) les prix *subventionnés* qui couvrent les coûts de production plus un bénéfice raisonnable. Dans un environnement de marché, le producteur d'électricité le plus efficace (grâce, par exemple, aux économies d'échelle) devrait pouvoir vendre son électricité à un prix couvrant son coût de production plus un bénéfice raisonnable, et devrait être le producteur dominant. Le marché peut même accepter que ce producteur pratique un prix plus élevé, mais celui-ci ne peut pas être autorisé à vendre plus cher en vertu d'un *règlement* des pouvoirs publics. Par contre, dans un environnement de marché, des producteurs moins rentables, comme les producteurs d'énergie renouvelable, seraient incapables de survivre à la concurrence du producteur dominant. Pour permettre à ces producteurs moins rentables

⁶⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 975. (pas d'italique dans l'original)

⁶¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 981 et 982.

⁶² Deuxième communication écrite du Japon, paragraphe 22. Voir aussi la déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 16.

⁶³ Déclaration liminaire du Japon à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 43 et 44.

de survivre sur le marché malgré leur faible rentabilité, les pouvoirs publics doivent les *subventionner*. Le programme TRG en est un exemple en Ontario.⁶⁴

76. Le Japon appelle l'attention du Groupe spécial sur la différence fondamentale quant aux objectifs qui sous-tendent les tarifs accordés à OPG et ceux qui sont accordés à d'autres producteurs (y compris les producteurs TRG) sur le marché ontarien. Du fait qu'OPG est le producteur dominant en Ontario, les tarifs accordés à ses installations, principalement par le biais des règlements de la CEO, sont fixés de manière à l'empêcher d'exploiter sa position dominante sur le marché pour imposer des prix excessifs aux consommateurs. Par contre, les tarifs accordés aux autres producteurs, comme les producteurs TRG, visent à les aider à s'implanter et à demeurer sur le marché ontarien, en leur garantissant des taux de rendement qu'ils ne pourraient pas autrement obtenir sur le marché.⁶⁵

3. Article 2 de l'Accord SMC: spécificité

77. S'agissant de la question de la spécificité, l'article 1.2 de l'Accord SMC dispose qu'"[u]ne subvention telle qu'elle a été définie au paragraphe 1 ne sera assujettie aux dispositions de la Partie II ... que s'il s'agit d'une subvention spécifique au regard des dispositions de l'article 2". Les subventions accordées par le programme et les contrats TRG sont des subventions prohibées au sens de l'article 3 de l'Accord SMC et sont donc réputées être spécifiques aux termes de l'article 2.3.⁶⁶

4. Article 3.1 b) de l'Accord SMC: "subventions subordonnées ... à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés"

78. Les subventions accordées aux producteurs d'énergie renouvelable dans le cadre du programme et des contrats TRG sont des subventions "subordonnées ... à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés", qui sont prohibées aux termes de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC.⁶⁷ Le Canada ne conteste pas que, si le programme et les contrats TRG devaient être considérés comme accordant des "subventions", ces subventions sont incompatibles avec l'article 3.1 b).

79. L'Organe d'appel a constaté que le mot "contingent" (subordonné) signifiait "conditional" (conditionnel) ou "dependent for its existence on something else" (dépendant, pour exister, de quelque chose d'autre), et il a interprété l'article 3.1 b) comme visant à la fois les subventions subordonnées "en droit" et celles qui l'étaient "en fait".⁶⁸ Les subventions TRG sont: i) "subordonnées" parce qu'elles sont conditionnelles ou dépendent du respect de la prescription relative à la teneur en éléments nationaux (spécifiquement, un niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux pour les projets éoliens et solaires photovoltaïques, qui varie entre 25 et 60% pour les projets TRG et entre 40 et 60% pour les projets microTRG); et ii) subordonnées "en droit" ou "en fait" parce que cette prescription est expressément énoncée, entre autres, dans la *Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte*, dans la Directive TRG du Ministre en date du 24 septembre 2009, dans chaque version des règles TRG et microTRG et des contrats TRG et microTRG, et dans tous les contrats solaires photovoltaïques (TRG et microTRG) et éoliens (TRG) exécutés.

⁶⁴ Réponse du Japon à la question n° 33 du Groupe spécial après la deuxième réunion, paragraphe 57.

⁶⁵ Observation du Japon concernant la réponse du Canada à la question n° 5 du Groupe spécial après la deuxième réunion, paragraphe 7.

⁶⁶ Voir la première communication écrite du Japon, section IV.A.3.

⁶⁷ Voir la première communication écrite du Japon, section IV.A.4.

⁶⁸ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphes 139 et 166; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 111.

80. Le niveau de teneur en éléments nationaux d'un projet TRG ou microTRG est déterminé par rapport à une "grille de teneur en éléments nationaux", qui énumère les produits et les services pouvant être utilisés pour atteindre les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux. Ces grilles créent des incitations encourageant les producteurs d'énergie solaire photovoltaïque (TRG et microTRG) et d'énergie éolienne (TRG) à utiliser des produits originaires de l'Ontario de préférence à des produits d'autres origines dans leurs installations de production. Ces incitations, en elles-mêmes et à elles seules, rendent les subventions du programme TRG, en tant que telles, subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, d'une manière incompatible avec l'article 3.1 b).

81. Les dispositions détaillées des règles et des contrats qui régissent les projets TRG et microTRG confirment que l'obtention des subventions TRG est subordonnée à l'utilisation de matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué dans le pays de préférence aux modèles importés de ces produits. Les grilles de teneur en éléments nationaux exigent que, pour *tous* les types de projets, *au moins certains* produits fabriqués, formés ou assemblés en Ontario *soient* utilisés pour atteindre le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux pour le projet en question.

82. En résumé, pour satisfaire à la prescription du programme TRG relative à la teneur en éléments nationaux et bénéficier des tarifs subventionnés que ce programme accorde aux participants, tout producteur d'énergie solaire photovoltaïque (TRG et microTRG) ou d'énergie éolienne (TRG) est incité à utiliser des produits qui sont fabriqués en Ontario et doit nécessairement le faire. Cela établit que les subventions accordées par le programme et les contrats TRG sont des subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés d'une manière incompatible avec les obligations résultant pour le Canada de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC.

5. Article 3.2 de l'Accord SMC: "n'accordera ni ne maintiendra les subventions"

83. Enfin, en accordant et en maintenant des subventions prohibées subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, le Canada manque à ses obligations au titre de l'article 3.2 de l'Accord SMC.⁶⁹

C. LE PROGRAMME TRG AINSI QUE LES CONTRATS TRG ET MICROTRG SONT INCOMPATIBLES AVEC L'OBLIGATION DU CANADA D'ACCORDER LE TRAITEMENT NATIONAL AU TITRE DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994

1. Incompatibilité avec l'article III:4 du GATT de 1994

84. Le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG contreviennent à l'obligation du Canada d'accorder le traitement national au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'ils imposent 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 accordent au matériel importé un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé aux "produits similaires" originaires de l'Ontario.⁷⁰ Le Canada ne conteste pas que, au cas où l'article III:8 du GATT de 1994 ne serait pas d'application, le programme et les contrats TRG sont incompatibles avec les obligations résultant pour lui de l'article III:4.

85. Premièrement, le matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué localement en Ontario et celui qui est importé du Japon sont des "produits similaires". Ces produits ont un rapport de concurrence direct sur le marché. Il n'y a pas de différence substantielle entre le matériel national

⁶⁹ Voir la première communication écrite du Japon, section IV.A.5.

⁷⁰ Voir la première communication écrite du Japon, section IV.B.1.

et le matériel importé du point de vue de leurs propriétés physiques, de leurs utilisations finales, des perceptions des consommateurs et des 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".⁷¹

86. Deuxièmement, les règles du programme et des contrats TRG relatives à la teneur en éléments nationaux sont des "prescriptions". 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, 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). En d'autres termes: i) le programme TRG crée des obligations de conformité avec diverses conditions, y compris la réalisation d'un niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux pour les installations de production d'énergie solaire photovoltaïque (TRG et microTRG) et d'énergie éolienne (TRG), qui sont ii) volontairement contractées par les producteurs TRG qui concluent un contrat TRG avec l'OEO. Ces obligations devraient donc être considérées comme constituant une "prescription" relevant de la deuxième situation identifiée par le Groupe spécial *Inde – Automobiles*.⁷²

87. Troisièmement, les règles du programme et des contrats TRG relatives à la teneur en éléments nationaux "affect[ent]" la "vente", l'"achat" ou l'"utilisation" de ces produits "sur le marché intérieur". Cela tient au fait que ces règles 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 règles modifient de ce fait les conditions de concurrence en faveur des produits fabriqués en Ontario, et ont "un effet sur" la vente, l'achat ou l'utilisation de ces produits en Ontario.⁷³ L'Organe d'appel et des groupes spéciaux de l'OMC ont constaté que les mesures qui "cré[aient] une incitation" en faveur des produits nationaux par rapport aux produits importés "affect[aient]", entre autres, l'"utilisation", l'"achat" ou la "vente" de ces produits sur le marché intérieur.⁷⁴ Par ailleurs, l'effet sur la vente, l'achat ou l'utilisation du matériel devrait être considéré comme se produisant "sur le marché intérieur" parce que les prescriptions s'appliquent uniquement sur le territoire douanier du Canada (en particulier, dans la province de l'Ontario), et non à la frontière.⁷⁵

88. Enfin, les règles du programme et des contrats TRG relatives à la teneur en éléments nationaux accordent au matériel de production d'énergie renouvelable importé un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé à des produits similaires originaires de l'Ontario. La présente 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.⁷⁶ En prescrivant l'utilisation de produits et de services originaires de l'Ontario aux fins de l'obtention des tarifs d'électricité subventionnés, le programme TRG crée nécessairement des incitations, ou une préférence

⁷¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 99 et 101.

⁷² Voir le rapport du Groupe spécial *Inde – Automobiles*, paragraphe 7.184.

⁷³ Voir le rapport du Groupe spécial *Turquie – Riz*, paragraphes 7.221 et 7.222. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *Canada – Automobiles*, paragraphe 10.80, et le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 158.

⁷⁴ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 196; le rapport du Groupe spécial *Inde – Automobiles*, paragraphes 7.195 à 7.198 et 7.305 à 7.309; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 212.

⁷⁵ Voir le rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.418.

⁷⁶ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 135. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *Turquie – Riz*, paragraphe 7.232; le rapport du Groupe spécial *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 7.1532.

en matière d'achat, parmi les producteurs d'énergie éolienne et d'énergie 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 détaillées de teneur en éléments nationaux vont plus loin et exigent que ces producteurs utilisent *au moins quelques* produits originaires de l'Ontario pour atteindre le niveau minimum requis de teneur en ces éléments, confirmant ainsi la préférence accordée aux produits fabriqués localement par rapport aux produits d'origine étrangère. Dans l'affaire *Inde – Automobiles*, le Groupe spécial a constaté qu'"[une] prescription relative à l'indigénisation cré[ait], de par sa nature même, une incitation à acheter et utiliser des produits nationaux et, partant, elle décourage[ait] l'utilisation de produits importés similaires" et que, par conséquent, une prescription relative à l'indigénisation modifiait clairement les conditions de concurrence en faveur des produits nationaux.⁷⁷ La situation est semblable en Ontario.

89. En résumé, du fait que le programme et les contrats TRG imposent aux producteurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque une prescription relative à la teneur en éléments nationaux qui affecte la vente, l'achat ou l'utilisation de matériel de production d'énergie renouvelable sur le marché intérieur, accordant un traitement moins favorable aux produits similaires d'origine japonaise, ils sont incompatibles avec l'obligation du Canada d'accorder le traitement national au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

2. Inapplicabilité de l'article III:8 du GATT de 1994

a) L'article III:8 a) n'est pas d'application

90. Le seul moyen de défense du Canada à l'encontre de l'allégation du Japon au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 et de son allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord sur les MIC qui est examinée dans la section III.D ci-après, est que le programme et les contrats TRG ne sont pas visés par l'article III du GATT car ils relèvent de l'exemption relative à l'acquisition par les pouvoirs publics qui est énoncée à l'article III:8 a). L'argument du Canada est sans fondement.⁷⁸

91. Premièrement, les contrats TRG ne sont pas une "acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés". Tout d'abord, ils ne relèvent pas de l'article III:8 a) du GATT pour la simple raison qu'ils ne sont pas des "achats", alors que cette disposition prescrit que les produits soient "achetés" pour qu'une mesure relève de son champ d'application.⁷⁹

92. La vraie question est de savoir si l'OEO, et non les pouvoirs publics de l'Ontario, "achète" de l'électricité dans le cadre des contrats TRG "pour les besoins des pouvoirs publics". En l'espèce, l'OEO ne le *fait pas*. Cette observation est confirmée par l'historique de la libéralisation du marché de l'électricité de l'Ontario. En 1999, les pouvoirs publics ont scindé le monopole d'État d'Ontario Hydro en plusieurs nouvelles entités ayant différentes fonctions. Le Canada a précisé comme suit les rôles joués par chacun de ces organismes publics et autres entités pour assurer un approvisionnement stable en électricité en Ontario: i) OPG produit et vend l'électricité; ii) Hydro One et d'autres sociétés de transport/distribution locale transportent l'électricité et la distribuent aux consommateurs, y compris en la leur vendant; iii) la SIERE agit comme organe de réglementation, y compris en exploitant le

⁷⁷ Voir le rapport du Groupe spécial *Inde – Automobiles*, paragraphes 7.201 et 7.202.

⁷⁸ Voir Japon, première communication écrite, section IV.B.2.a; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, section IV.B; deuxième communication écrite, section IV; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, section III.B; réponses aux questions n° 45, 47 et 48 du Groupe spécial après la deuxième réunion; observations concernant les réponses du Canada aux questions n° 45, 47 et 48 du Groupe spécial après la deuxième réunion.

⁷⁹ Japon, deuxième communication, paragraphe 56; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 27.

réseau; et iv) l'OEO et la SFIEO gèrent les contrats conclus avec divers producteurs et leur fournissent des services de règlement. Avec l'établissement du programme TRG, les producteurs TRG (qui sont des entités privées) produisent et vendent aussi maintenant de l'électricité, et l'OEO étant en outre chargé de leur fournir une assistance financière.

93. Le Japon croit comprendre que les pouvoirs publics de l'Ontario ont choisi de répartir ces rôles entre ces différentes entités, au lieu de les concentrer sur une seule entité comme Ontario Hydro, parce qu'ils estiment que cette solution aide à réaliser l'objectif qui est d'assurer un approvisionnement stable en électricité en Ontario. Compte tenu de cette décision, les pouvoirs publics de l'Ontario n'ont pas besoin d'attribuer à l'OEO le rôle d'acheter de l'électricité auprès des producteurs TRG et de la vendre à des sociétés de transport/distribution locale ou à des consommateurs pour réaliser son objectif d'un approvisionnement stable en électricité.

94. Étant donné son rôle, l'OEO n'est pas intéressé à obtenir la possession de l'électricité produite dans le cadre de ses contrats TRG et ne devrait donc pas être réputé "acheter" cette électricité "pour les besoins des pouvoirs publics" au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Cela ressort clairement de plusieurs faits, y compris: i) l'OEO ne consomme pas l'électricité fournie dans le cadre des contrats TRG pour son propre usage; ii) l'OEO ne cherche pas à tirer un bénéfice (c'est-à-dire des recettes budgétaires) de cette électricité en la revendant aux consommateurs; iii) l'OEO ne gère ni ne contrôle la production et le transport de cette électricité, ce qui est effectué par d'autres entités (par exemple, la SIERE, Hydro One ou d'autres sociétés de transport/distribution locale); et iv) les producteurs TRG vendent leur électricité directement à des sociétés de transport/distribution locale, l'OEO ne s'occupant que du règlement des paiements à ces producteurs. Par conséquent, même compte tenu de la légitimité de la politique des pouvoirs publics de l'Ontario, à savoir assurer la stabilité de l'approvisionnement en électricité, les mesures prises par les pouvoirs publics pour réaliser cet objectif – spécifiquement, la séparation d'Ontario Hydro en plusieurs entités ayant différentes fonctions – confirment que l'OEO n'"achète" pas d'électricité dans le cadre des contrats TRG "pour les besoins des pouvoirs publics".

95. À cet égard, le Japon note que le présent différend devrait être distingué des affaires dans lesquelles, pour assurer un approvisionnement stable en électricité, les pouvoirs publics choisissent d'attribuer toutes les fonctions liées à la fourniture d'électricité (c'est-à-dire la production, le transport et la distribution aux consommateurs) à un seul organe gouvernemental, lequel "achète" l'électricité produite par d'autres producteurs pour la fournir aux consommateurs. En pareil cas, l'organe gouvernemental est manifestement intéressé à obtenir la possession de cette électricité, par exemple pour gérer la fourniture physique de l'électricité, et peut donc être réputé "acheter" cette électricité "pour les besoins des pouvoirs publics".

96. En l'espèce, étant donné les décisions de politique générale prises par les pouvoirs publics de l'Ontario, l'OEO n'a pas à "acheter" l'électricité produite dans le cadre des contrats TRG comme il a été dit plus haut. Si l'argument du Canada selon lequel le rôle de l'OEO, tel qu'il est défini par les pouvoirs publics de l'Ontario, remplit les conditions requises pour bénéficier de l'exemption relative à l'acquisition par les pouvoirs publics énoncée à l'article III:8 a) du GATT est accepté, cela permettrait à tous les Membres de contourner les prescriptions de l'article III:4 du GATT relatives au traitement national en faisant appel à un organe gouvernemental pour intervenir entre les participants au marché sous le prétexte d'"acheter" un produit pour répondre à un "besoin des pouvoirs publics" qui est d'assurer un approvisionnement stable de ce produit, alors que l'"achat" de ce produit par l'organe

gouvernemental n'est pas requis pour répondre à ce besoin. Pour cette raison, l'interprétation du Canada ne peut pas être admise.⁸⁰

97. Le Japon note que la réponse du Canada à une question du Groupe spécial montre aussi le risque de contournement des disciplines du GATT relatives au traitement national qui se posera si les arguments du Canada concernant l'article III:8 a) du GATT de 1994 sont admis. Le Canada indique que "Hydro One est tenue de fonctionner comme une "entreprise commerciale""⁸¹ et que "[l]es 77 sociétés de distribution locale (SDL) appartenant à l'État ... perçoivent des tarifs pour la distribution d'électricité qui permettent la récupération des coûts et un *taux de rendement "juste et raisonnable"*"⁸². Il confirme donc que ces entités réalisent un bénéfice en vendant l'électricité aux consommateurs (ou aux distributeurs). À cet égard, le Japon note que le Canada a fait valoir, à titre subsidiaire, que "lorsqu'un fournisseur TRG inject[ait] de l'électricité renouvelable dans le réseau, la majeure partie de cette électricité [devenait] la possession matérielle des pouvoirs publics de l'Ontario" et que, par conséquent, "les pouvoirs publics de l'Ontario n'en ache[taient] pas moins de l'énergie renouvelable".⁸³ Or les pouvoirs publics de l'Ontario ne seraient pas autorisés à assujettir à des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux leur propre achat d'électricité TRG ou, plus spécifiquement, ces achats effectués par Hydro One ou les 77 SDL appartenant à l'État, en vertu de l'article III:4, et ils ne seraient pas non plus exemptés de cette obligation en vertu de l'article III:8 a) parce que Hydro One et les SDL achèteraient l'électricité TRG incontestablement en vue d'une revente commerciale. Par conséquent, selon l'argument subsidiaire du Canada, si les contrats TRG étaient exécutés avec Hydro One et/ou les SDL, et non avec l'OEO, ils seraient incompatibles avec les obligations du pays en matière de traitement national. La position du Canada revient donc à faire valoir que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux concernant l'achat allégué d'électricité TRG sont exemptées des obligations du pays en matière de traitement national en raison de l'article III:8 a) du GATT simplement par l'interposition de l'OEO entre les producteurs TRG, d'une part, et Hydro One et/ou les SDL, d'autre part. Une telle interprétation ne peut pas être admise en raison de la faille qu'elle créerait dans les obligations de traitement national énoncées dans le GATT.⁸⁴

98. De plus, même si des produits peuvent être considérés comme étant "achetés" dans le cadre des contrats TRG, ces contrats ne constituent toujours pas une "acquisition par des organes gouvernementaux". Selon une interprétation correcte du terme "acquisition" conformément aux règles coutumières d'interprétation des traités du droit international, pour analyser la question de savoir s'il existe une "acquisition" au sens de l'article III:8 a), il faut examiner quatre éléments généraux, dont aucun ne peut être déterminant à lui seul: i) le *paiement* par les pouvoirs publics pour l'acquisition; ii) *l'utilisation, la consommation ou l'avantage* en relation avec les pouvoirs publics (le terme "avantage" désignant l'avantage lié à l'utilisation d'un produit qui n'est pas en la possession des pouvoirs publics); iii) *l'obtention, l'acquisition ou la possession* par les pouvoirs publics; et iv) le *contrôle* exercé par les pouvoirs publics sur l'obtention du produit. L'examen de la question de savoir s'il existe une "acquisition" doit nécessairement être effectué au cas par cas, compte tenu de tous les faits pertinents dans une analyse globale.⁸⁵

⁸⁰ Observation du Japon concernant la réponse du Canada à la question n° 47 du Groupe spécial après la deuxième réunion, paragraphes 57 à 62.

⁸¹ Réponse du Canada à la question n° 13 du Groupe spécial après la deuxième réunion, paragraphe 41.

⁸² Réponse du Canada à la question n° 13 du Groupe spécial après la deuxième réunion, paragraphe 42. (pas d'italique dans l'original)

⁸³ Déclaration liminaire du Canada à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 27.

⁸⁴ Observation du Japon concernant la réponse du Canada à la question n° 13 du Groupe spécial après la deuxième réunion, paragraphes 21 et 22.

⁸⁵ Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 49 à 58; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 28.

99. En l'espèce, ce sont les consommateurs de l'Ontario en général, et non les pouvoirs publics de l'Ontario, qui utilisent et consomment l'électricité fournie dans le cadre des contrats TRG et en tirent avantage, et ils le font pour leurs propres besoins, et non à l'avantage ou au nom des pouvoirs publics. Cela tient au fait que les paiements TRG sont effectués pour de l'électricité qui est *fournie au réseau*. Les pouvoirs publics de l'Ontario acquièrent l'électricité qu'ils consomment effectivement de la même manière que d'autres consommateurs de détail, et non par le biais du programme ou des contrats TRG.

100. Ensuite, les pouvoirs publics de l'Ontario n'obtiennent pas, n'acquièrent pas ni ne possèdent l'électricité renouvelable fournie dans le cadre des contrats TRG, et ils ne sont ni intéressés ni habilités à le faire. En particulier, ils ne reçoivent ni ne conservent de titre de propriété sur l'électricité fournie dans le cadre des contrats TRG. Le Canada n'explique pas en quoi l'OEO possède ou obtient – et de ce fait acquiert – l'électricité renouvelable qui est fournie *au réseau* dans le cadre des contrats TRG en vue d'une utilisation finale par les consommateurs de l'Ontario.

101. Enfin, les pouvoirs publics de l'Ontario n'exercent pas de contrôle sur l'obtention de l'électricité qui est fournie au réseau dans le cadre des contrats TRG. En fait, l'électricité est retirée du réseau sur ordre des consommateurs ontariens lorsqu'ils allument ou éteignent leurs appareils électroniques, et ce retrait est "presque instantané" sans aucune possibilité de contrôle par les pouvoirs publics.

102. Pour toutes ces raisons, compte tenu des faits de la présente affaire et de tous les éléments de l'analyse relative à l'acquisition pris conjointement, dont aucun ne pourrait être déterminant à lui seul, la seule conclusion logique est que les pouvoirs publics de l'Ontario n'effectuent *pas* d'"acquisition" d'électricité renouvelable dans le cadre du programme et des contrats TRG.⁸⁶

103. Deuxièmement, les contrats TRG ne sont pas conclus "pour les besoins des pouvoirs publics". Correctement interprétée conformément aux règles coutumières d'interprétation des traités du droit international, l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" signifie "*pour l'utilisation et la consommation par les pouvoirs publics ou à leur avantage*", le terme "avantage" désignant à nouveau l'avantage lié à l'utilisation d'un produit qui peut ne pas être en la possession des pouvoirs publics.⁸⁷ En l'espèce, les pouvoirs publics de l'Ontario n'utilisent pas, ne consomment pas l'électricité fournie dans le cadre des contrats TRG ni n'en tirent avantage, comme il a déjà été indiqué, de sorte que l'électricité n'est pas "pour les besoins des pouvoirs publics".

104. L'argument du Canada selon lequel l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" signifie simplement "pour un but des pouvoirs publics" – par exemple, assurer l'approvisionnement en électricité renouvelable – ne peut pas être admis parce qu'il rendrait complètement inopérantes les obligations de traitement national énoncées à l'article III. Le Canada laisse entendre que "pour relever de l'article III:8 a), un achat doit être effectué pour un but des pouvoirs publics autre que la discrimination elle-même, même si, lorsqu'ils achètent un produit pour ce but, les pouvoirs publics choisissent d'imposer des conditions discriminatoires".⁸⁸ Si les Membres considèrent que tel est le sens de l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics", alors les Membres qui souhaitent prendre des mesures discriminatoires pourraient simplement le faire en dissimulant la mesure discriminatoire

⁸⁶ Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 59 à 66; deuxième communication écrite, paragraphes 57 à 60; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 29 à 32.

⁸⁷ Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 69 à 75; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 30 et 33; réponses aux questions n° 45 et 47 du Groupe spécial après la deuxième réunion; observations concernant les réponses du Canada aux questions n° 45 et 47 du Groupe spécial après la deuxième réunion.

⁸⁸ Deuxième communication écrite du Canada, paragraphe 58.

derrière un but principal, dont il est allégué qu'il est non discriminatoire, de leur achat de produits, par exemple assurer un approvisionnement stable de ce produit. Cela rendrait illimitée l'exemption relative à l'acquisition par les pouvoirs publics énoncée à l'article III:8 a) et caduc le reste de l'article III.⁸⁹

105. Par ailleurs, même si l'on admet l'objectif déclaré du Canada, à savoir assurer l'approvisionnement en électricité renouvelable, l'OEO – qui est l'entité dont le Canada allègue qu'elle achète de l'électricité dans le cadre des contrats TRG pour les besoins des pouvoirs publics – n'a pas besoin d'acheter cette électricité étant donné la décision de politique générale des pouvoirs publics de l'Ontario d'établir l'OEO en tant qu'entité qui gère les contrats passés avec divers producteurs et leur fournit des services de règlement, tandis que d'autres entités (par exemple, la SIERE, Hydro One ou d'autres sociétés de transport/distribution locale) gèrent ou contrôlent la production et le transport de l'électricité en Ontario. Dans ces circonstances, considérer que le rôle de l'OEO remplit les conditions requises pour bénéficier de l'exemption relative à l'acquisition par les pouvoirs publics énoncée à l'article III:8 a) permettrait là encore à tous les Membres de contourner les prescriptions de l'article III:4 relatives au traitement national en faisant appel à un organe gouvernemental pour intervenir entre les participants au marché sous le prétexte de répondre à un "besoin des pouvoirs publics" qui est d'assurer un approvisionnement stable d'un certain produit, alors que l'"achat" de ce produit par l'organe gouvernemental n'est pas requis pour répondre à ce besoin.⁹⁰

106. Il est complètement artificiel de qualifier de "service public" l'intervention des pouvoirs publics sur le marché pour devenir le fournisseur d'un produit donné pour la population, qui est clairement distincte de la fourniture de services légitimes comme la santé ou l'éducation. En l'espèce, les pouvoirs publics ne fournissent pas un "service public" mais interviennent sur le marché pour devenir le fournisseur d'un produit. Les produits achetés par les pouvoirs publics pour être fournis à la population ne peuvent pas être considérés comme étant "pour les besoins des pouvoirs publics" au sens de l'article III:8 a) parce qu'une telle interprétation rendrait le reste de l'article III inopérant, comme le Japon l'a déjà expliqué.⁹¹

107. Troisièmement, les contrats TRG sont conclus "pour [une] reven[te] dans le commerce". Selon une interprétation correcte de cette expression suivant les règles coutumières d'interprétation des traités du droit international, cette expression signifie "*pour être vendu dans les circuits commerciaux*" (par opposition au fait d'être utilisé ou consommé par les pouvoirs publics).⁹² Fait important, l'historique de la négociation de l'article III:8 a) démontre que l'expression "dans le commerce" a été incluse dans cette disposition pour établir une distinction entre l'introduction par les pouvoirs publics de produits dans les circuits commerciaux après qu'ils les ont utilisés et l'introduction par les pouvoirs publics de produits dans les circuits commerciaux sans qu'ils les aient utilisés.⁹³ Là encore, du fait que l'électricité fournie conformément aux contrats TRG est injectée dans le réseau de transport et livrée presque instantanément aux consommateurs de l'Ontario pour qu'ils l'utilisent, dans la mesure où l'électricité renouvelable peut être considérée comme ayant été achetée par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre des contrats TRG, cette électricité renouvelable est achetée "pour être revendue dans le commerce".

⁸⁹ Déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 34.

⁹⁰ Observation du Japon concernant la réponse du Canada à la question n° 47 du Groupe spécial après la deuxième réunion, paragraphes 57 à 62.

⁹¹ Réponse du Japon à la question n° 47 du Groupe spécial après la deuxième réunion, paragraphe 70.

⁹² Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 78 à 85; deuxième communication écrite, paragraphes 66 à 68.

⁹³ Japon, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 36; réponse à la question n° 48 du Groupe spécial après la deuxième réunion; observation concernant la réponse du Canada à la question n° 48 du Groupe spécial après la deuxième réunion.

108. L'interprétation par le Canada de la revente "dans le commerce" comme signifiant qu'il doit y avoir un élément bénéfice rendrait tout l'article III inopérant. Cet argument donne à penser que chaque fois que les pouvoirs publics le souhaitent, ils pourraient simplement intervenir comme intermédiaire, payer un producteur national pour qu'il livre des produits à un consommateur et recouvrer auprès de celui-ci le montant payé au producteur (c'est-à-dire sans bénéfice, voire à perte), tout en prenant des mesures protectionnistes qui contreviendraient par ailleurs à l'article III, telles qu'une prescription imposant au producteur national d'utiliser uniquement des éléments locaux dans sa production. Pour cette raison, l'interprétation par le Canada de la revente "dans le commerce" ne peut pas être admise.⁹⁴

109. Toutefois, même si l'expression "dans le commerce" exige un élément bénéfice, cet élément est présent en l'espèce. Cela tient au fait que, même selon l'interprétation donnée par le Canada, l'article III:8 a) prescrirait simplement que les pouvoirs publics n'aient pas "pour" but la réalisation d'un bénéfice tiré de la revente d'un produit – c'est-à-dire qu'il n'exigerait pas que le bénéfice provenant de la revente aille aux pouvoirs publics. Les tarifs TRG sont conçus précisément pour permettre aux producteurs TRG de récupérer leurs coûts et de *réaliser un bénéfice raisonnable* sur l'électricité qu'ils injectent dans le réseau. Par conséquent, les contrats TRG sont assurément conclus avec l'OEO "pour [une] reven[te] dans le commerce".⁹⁵

110. En conclusion, le Japon met l'accent sur les implications de la position du Canada pour l'article III:8 a) du GATT. Si la prescription relative à la teneur en éléments locaux qui sert de condition à l'obtention des paiements TRG relève de l'exemption énoncée à l'article III:8 a) pour l'un quelconque des motifs allégués par le Canada, un Membre pourrait prescrire que le commerce d'un produit *quelconque* soit effectué par l'intermédiaire d'un organe gouvernemental pour le besoin allégué des pouvoirs publics d'assurer la fourniture stable de ce produit, tout en promulguant des mesures protectionnistes telles que des prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux en relation avec la production et l'offre de ce produit. Les arguments du Canada videraient totalement de leur substance les prescriptions de l'article III du GATT relatives au traitement national, ce qui indique que l'interprétation par le Canada de l'article III:8 a) du GATT contredit directement son contexte immédiat, c'est-à-dire la totalité de l'article III du GATT, et par conséquent ne peut pas être étayée au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

111. Par conséquent, de l'avis du Japon, la question dont le Groupe spécial est saisi n'est pas de savoir *si* les contrats TRG relèvent de l'exemption prévue à l'article III:8 a) du GATT – *ils n'en relèvent pas*. En fait, la véritable question que le Groupe spécial doit examiner est: quel point de l'article III:8 a) exclut-il les contrats TRG du champ d'application de cette disposition? Le principal argument du Japon est que les contrats TRG sont exclus du champ d'application de l'article III:8 a) parce qu'ils ne sont pas une "acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés". Toutefois, le Japon fait aussi valoir à titre subsidiaire que les contrats TRG sont exclus du champ d'application de l'article III:8 a) parce qu'ils ne sont pas conclus "pour les besoins des pouvoirs publics", ou parce qu'ils sont conclus "pour [une] reven[te] dans le commerce".

b) L'article III:8 b) n'est pas d'application

112. L'article III:8 b) du GATT de 1994 est également inapplicable au présent différend parce que le Japon n'allègue pas que les tarifs subventionnés dans le cadre du programme TRG sont payés exclusivement aux producteurs nationaux. Plus exactement, le Japon fait valoir que la prescription du

⁹⁴ Japon, deuxième communication écrite, paragraphe 69; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 37 à 39.

⁹⁵ Japon, deuxième communication écrite, paragraphes 70 et 71; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 39.

programme TRG relative à la teneur en éléments nationaux établit une discrimination à l'encontre du matériel de production d'énergie renouvelable importé qui favorise le même matériel produit en Ontario.⁹⁶

D. LE PROGRAMME TRG AINSI QUE LES CONTRATS TRG ET MICROTRG SONT DES MESURES CONCERNANT LES INVESTISSEMENTS ET LIÉES AU COMMERCE QUI SONT INCOMPATIBLES AVEC L'OBLIGATION RÉSULTANT POUR LE CANADA DE L'ARTICLE 2:1 DE L'ACCORD SUR LES MIC

113. Le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG sont également incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC parce qu'ils sont des mesures concernant les investissements et liées au commerce qui sont incompatibles avec les dispositions de l'article III du GATT de 1994.⁹⁷ Le Canada ne conteste pas que, si l'article III:8 du GATT de 1994 n'est pas d'application, le programme et les contrats TRG sont incompatibles avec les obligations résultant pour lui de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

114. Le Japon a déjà établi que le programme et les contrats TRG étaient incompatibles avec l'article III du GATT de 1994 (y compris le fait que l'article III:8 n'était pas d'application), de sorte que la question essentielle est de savoir si les mesures en cause peuvent être considérées comme des "mesures concernant les investissements qui sont liées au commerce de marchandises" – c'est-à-dire des MIC. Il ne devrait pas faire de doute que ces mesures doivent être qualifiées de MIC pour les raisons suivantes: i) elles encouragent les investissements dans la production d'énergie renouvelable et de matériel connexe en Ontario, et sont donc des "mesures concernant les investissements"; et ii) elles affectent le commerce du matériel de production d'énergie éolienne et d'énergie solaire, qui est incontestablement un "commerce de marchandises".

115. S'il fallait douter que le programme et les contrats TRG soient incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, il suffit simplement de se reporter à la liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC. Étant donné que les règles du programme et des contrats TRG relatives à la teneur en éléments nationaux exigent que les producteurs d'énergie éolienne et d'énergie solaire en Ontario utilisent du matériel fabriqué en Ontario pour produire leur électricité afin de pouvoir bénéficier des tarifs offerts par le programme TRG, ces mesures sont des MIC incompatibles avec les règles de l'OMC aux termes de l'Annexe 1 a).

IV. CONCLUSION

116. Pour les raisons exposées plus haut, le Japon demande que le Groupe spécial formule les constatations suivantes:

- 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 contravention à l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC;

⁹⁶ Voir la première communication écrite du Japon, section IV.B.2.b.

⁹⁷ Voir la première communication écrite du Japon, section IV.C.

- 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 à des produits similaires originaires de l'Ontario, en contravention à l'article III:4 du GATT de 1994; et
- 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 contreviennent donc à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

117. En conséquence, le Japon demande que le Groupe spécial recommande que le Canada:

- retire ses subventions prohibées sans retard, comme il est prescrit à l'article 4.7 de l'Accord SMC, en supprimant la prescription relative à la teneur en éléments nationaux du programme TRG, de même que celle qui figure dans les contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques; et
- rende le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques conformes au GATT de 1994 et à l'Accord sur les MIC, comme il est prescrit à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord.

ANNEXE A-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DE L'UNION EUROPÉENNE

TABLE DES MATIERES

| | | |
|-------------|--|-------------|
| I. | INTRODUCTION | A-38 |
| II. | CONTEXTE FACTUEL | A-38 |
| III. | ARGUMENTATION JURIDIQUE | A-39 |
| A. | LES MESURES EN CAUSE SONT DES SUBVENTIONS SUBORDONNEES A L'UTILISATION DE PRODUITS NATIONAUX DE PREFERENCE A DES PRODUITS IMPORTES: ARTICLE 3.1 B) ET 3.2 DE L'ACCORD SMC..... | A-39 |
| 1. | Il est satisfait au premier élément de la définition d'une subvention: soutien des revenus/prix et contribution financière..... | A-39 |
| a) | Soutien des revenus ou des prix: article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC..... | A-39 |
| b) | Contribution financière: article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC..... | A-40 |
| 2. | Il est satisfait au deuxième élément de la définition d'une subvention: avantage | A-41 |
| a) | L'article 14 d) de l'Accord SMC n'est pas applicable en l'espèce et, en tout état de cause, le point de repère suggéré par le Canada est inapproprié..... | A-42 |
| b) | L'existence d'un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC doit être déterminée par rapport au marché..... | A-42 |
| c) | Le point de repère du marché approprié devrait se rapporter aux conditions du marché de l'électricité en Ontario, indépendamment du mode de production..... | A-43 |
| d) | Le point de repère du marché approprié ne devrait pas être déterminé par rapport au coût de production et, en tout état de cause, la structure du programme TRG donne lieu à des paiements supérieurs aux coûts..... | A-44 |
| e) | Le PHEO est un point de repère approprié en l'espèce | A-45 |
| f) | N'importe lequel des autres points de repère montre l'existence d'un avantage..... | A-47 |
| i) | Le tarif de gros moyen pondéré perçu par tous les producteurs de l'Ontario autres que les producteurs TRG producteurs relevant du programme POSER..... | A-47 |
| ii) | La portion des prix de détail de l'électricité en Ontario correspondant au "prix du produit" | A-47 |
| iii) | Le tarif de gros moyen de l'électricité sur les marchés de gros concurrentiels extérieurs à l'Ontario | A-48 |
| g) | Même s'il devait être constaté que les prix TRG ne confèrent pas d'avantage, la nature de garantie à long terme de ces prix étayerait une détermination de l'existence d'un avantage | A-48 |
| h) | Observations finales quant à l'existence d'un "avantage" | A-48 |
| 3. | Subordination à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés: article 3.1 b) de l'Accord SMC | A-49 |
| 4. | Spécificité: article 2.3 de l'Accord SMC | A-49 |
| 5. | Violation de l'article 3.2 de l'Accord SMC | A-49 |
| 6. | Conclusion et réparation demandées | A-50 |

| | | |
|-----|---|-------------|
| B. | LES MESURES EN CAUSE SONT DES MESURES CONCERNANT LES INVESTISSEMENTS QUI SONT LIEES AU COMMERCE ET DES PRESCRIPTIONS AFFECTANT LA VENTE, L'ACHAT ET L'UTILISATION DE PRODUITS SUR LE MARCHE INTERIEUR AU SENS DE L'ARTICLE PREMIER DE L'ACCORD SUR LES MIC ET DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994, RESPECTIVEMENT..... | A-50 |
| 1. | Les mesures en cause sont des mesures concernant les investissements qui sont liées au commerce au sens de l'article premier de l'Accord sur les MIC..... | A-50 |
| 2. | Les mesures en cause sont des prescriptions affectant la vente, l'achat et l'utilisation de produits sur le marché intérieur au sens de l'article III:4 du GATT de 1994..... | A-50 |
| 3. | Conclusion | A-51 |
| C. | L'ARTICLE III:8 DU GATT DE 1994 NE S'APPLIQUE PAS EN L'ESPECE | A-51 |
| 1. | Article III:8 a) du GATT de 1994..... | A-51 |
| a) | L'article III:8 a) du GATT de 1994 comporte des prescriptions visant directement les produits achetés par les pouvoirs publics..... | A-51 |
| b) | Le programme TRG ne concerne pas un "achat" (ni une acquisition)..... | A-53 |
| c) | Le programme TRG ne concerne pas un achat "pour les besoins des pouvoirs publics" | A-54 |
| d) | Tout achat allégué d'électricité dans le cadre du programme TRG est effectué pour la revente dans le commerce..... | A-56 |
| e) | Tout achat allégué d'électricité dans le cadre du programme TRG est effectué a pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce | A-58 |
| f) | Conclusions..... | A-58 |
| 2. | Article III:8 b) du GATT de 1994 | A-59 |
| 3. | Conclusion | A-59 |
| D. | LES MESURES EN CAUSE SONT DES MESURES CONCERNANT LES INVESTISSEMENTS ET LIEES AU COMMERCE QUI SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 2:1 DE L'ACCORD SUR LES MIC, CONJOINTEMENT AVEC LE PARAGRAPHE 1 A) DE L'ANNEXE DE L'ACCORD..... | A-59 |
| 1. | Les allégations au titre de l'Accord sur les MIC sont plus spécifiques que l'allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 | A-59 |
| 2. | Le programme TRG relève du paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord sur les MIC | A-60 |
| 3. | Conclusion et réparation demandée..... | A-60 |
| E. | LES MESURES EN CAUSE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994 | A-60 |
| IV. | CONCLUSIONS ET DEMANDE DE RÉPARATION..... | A-62 |

I. INTRODUCTION

1. Les mesures en cause dans le présent différend sont les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux figurant dans le programme TRG (y compris le programme TRG pour microprojets) mis en place par les pouvoirs publics de l'Ontario en 2009. Plus précisément, l'Union européenne ne formule pas d'allégations à l'encontre des autres éléments du programme TRG; elle ne conteste pas non plus le but général de ce programme, qui est d'aider à promouvoir l'approvisionnement en électricité provenant de sources d'énergie renouvelables. Ce but est légitimement valable et, de l'avis de l'Union européenne, les Membres de l'OMC peuvent et devraient le soutenir activement, par exemple en accordant des subventions, dans la mesure où celles-ci sont compatibles avec les accords visés. Cependant, les Membres de l'OMC ne peuvent pas utiliser des programmes TRG pour atteindre d'autres buts faussant le commerce, comme la protection de leurs branches de production nationales au détriment des autres, en incluant des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux.

2. L'Union européenne note que les mesures en cause en l'espèce ont été prises par l'une des provinces canadiennes, et en particulier par les pouvoirs publics de l'Ontario. Les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux sont entièrement superflues et nuisent même à la bonne réalisation des objectifs légitimes visés par les programmes TRG. En effet, en subordonnant à une prescription protectionniste l'admission au bénéfice de son programme TRG, l'Ontario rend plus difficile et plus coûteuse la production d'électricité à partir de sources renouvelables, car il réduit la capacité des producteurs de mettre en place le meilleur matériel disponible à des prix compétitifs. Cette initiative – à savoir les distorsions et obstacles commerciaux induits par les mesures de l'Ontario – va à l'encontre de la logique en faveur de la mise en place de matériel pour la production d'énergie renouvelable, en tant que catégorie de biens environnementaux.

3. L'Union européenne considère que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux énoncées dans le programme TRG de l'Ontario et les intérêts protectionnistes qu'elles servent sont contraires au principe fondamental du traitement national et sont donc incompatibles avec les accords visés. Après avoir passé en revue le contexte procédural, les mesures en cause et le contexte factuel du présent différend, qui sont pour l'essentiel identiques à ceux de l'affaire DS412, elle traitera ses allégations au titre de l'Accord SMC, de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994.

4. L'Union européenne demande au Groupe spécial d'examiner tous les aspects fondamentaux du présent différend et de formuler des recommandations et des décisions sur ces aspects, à savoir les subventions prohibées et le traitement national. Ce n'est qu'en formulant des constatations et recommandations au sujet tant de nos allégations à l'encontre des subventions prohibées que de nos allégations concernant le manquement aux obligations en matière de traitement national que prévoient l'Accord sur les MIC et le GATT de 1994 que le Groupe spécial "se prononcera ainsi qu'il est prévu dans les accords visés" conformément au but du mécanisme de règlement des différends, qui est d'"arriver à une solution positive des différends". L'Union européenne invite en outre le Groupe spécial à examiner ses allégations dans l'ordre dans lequel elles sont exposées dans la présente communication.

II. CONTEXTE FACTUEL

5. L'Union européenne a incorporé la description factuelle, y compris toutes les pièces, de la première communication écrite et des communications ultérieures présentées par le Japon dans l'affaire DS412.

III. ARGUMENTATION JURIDIQUE

6. L'Union européenne estime que le programme TRG de l'Ontario (y compris le programme TRG pour microprojets) ainsi que les contrats exécutés individuellement dans le cadre de ce programme (appelés "le programme TRG et ses contrats connexes") sont incompatibles avec les obligations du Canada au titre de l'Accord SMC, de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994 parce qu'ils constituent une subvention prohibée et établissent aussi une discrimination à l'encontre des importations de matériel et de composants pour installations de production d'énergie renouvelable.

A. LES MESURES EN CAUSE SONT DES SUBVENTIONS SUBORDONNÉES A L'UTILISATION DE PRODUITS NATIONAUX DE PREFERENCE A DES PRODUITS IMPORTES: ARTICLE 3.1 B) ET 3.2 DE L'ACCORD SMC

7. L'Union européenne estime que les mesures en cause sont incompatibles avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC, parce que ces mesures 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'OMC, y compris l'Union européenne.

1. Il est satisfait au premier élément de la définition d'une subvention: soutien des revenus/prix et contribution financière

a) Soutien des revenus ou des prix: article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC

8. En l'espèce, l'UE déclare pour l'essentiel que les mesures en cause équivalent à une forme de soutien des revenus ou des prix pour les producteurs TRG. Elle considère que les mesures en cause équivalent à une forme de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994 et relèvent donc de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC. Le programme TRG fonctionne comme un système de soutien des prix dans lequel les pouvoirs publics de l'Ontario, par l'intermédiaire de leur organisme, l'OEO, conviennent contractuellement d'un prix avec les producteurs TRG puis paient ce prix directement (par l'intermédiaire d'un autre organisme, la SIERE) ou indirectement (par l'intermédiaire des SDL) aux producteurs TRG. Le Canada fait valoir que les mesures en cause doivent être qualifiées d'"achats de biens" et non de "soutien des revenus ou des prix" en raison de la nature de la transaction entre l'OEO et les producteurs TRG (à savoir que l'OEO paie les producteurs TRG en échange de leur fourniture d'électricité renouvelable injectée dans le réseau électrique de l'Ontario). Or la qualification alléguée des mesures en cause comme étant des "achats", en elle-même et à elle seule, n'empêche pas ces mesures d'être qualifiées de "forme quelconque de soutien des revenus ou des prix". Par conséquent, même à supposer pour les besoins de l'argumentation que chaque contrat ou paiement relevant du programme TRG pourrait être qualifié d'"achat de biens" (mais ce n'est pas le cas), le fait qu'un *programme* est en place qui vise à garantir des prix aux producteurs implique que les mesures en cause devraient être qualifiées de "soutien des revenus ou des prix". L'UE considère que le Groupe spécial devrait suivre les étapes de l'analyse suggérées par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* et déterminer quelles sont les caractéristiques qui constituent l'essence des mesures en cause *dans leur ensemble* et lesquelles de ces caractéristiques sont celles auxquelles il faut accorder le plus d'importance aux fins de la qualification de ces mesures au titre de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.

9. En outre, il y a soutien des revenus ou des prix "au sens de l'article XVI du GATT de 1994". Chose importante, le membre de phrase "au sens de l'article XVI du GATT de 1994" qui figure à l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC en relation avec la notion de "soutien des revenus ou des prix" n'implique pas l'obligation de constater l'existence d'un "préjudice grave" mentionné dans la deuxième phrase de l'article XVI:1. L'article 1.1 de l'Accord SMC ne concerne pas les "effets" découlant des

subventions, mais seulement la notion de subventions (c'est-à-dire leur "définition"). Les mots "*au sens*" (c'est-à-dire "selon la signification") confirment que la référence à l'article XVI du GATT de 1994 se limite à la notion de soutien des revenus ou des prix, en tant que question relative à la portée/définition, et ne vise pas les disciplines applicables.

10. En l'espèce, le programme TRG contient des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux qui, de par leur propre nature, réduisent voire éliminent les importations en Ontario de matériel et de composants pour installations de production d'énergie renouvelable. En conséquence, l'Union européenne estime que le programme TRG et ses contrats connexes apportent au producteur TRG, par des tarifs à long terme garantis et supérieurs aux tarifs du marché, un soutien des revenus ou des prix au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.

b) Contribution financière: article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC

11. L'Union européenne soutient que l'emploi du mot "ou" entre les paragraphes 1) et 2) de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC n'exclut pas la possibilité qu'une mesure relève à la fois d'un sous-élément et de l'autre. L'emploi de ce mot permet simplement de faire un choix ou d'autres qualifications pour satisfaire au premier élément de la définition d'une "subvention". Cela contraste avec l'emploi du mot "et" entre les premier et second alinéas a) et b) de l'article 1.1, qui impose la présence du premier élément (à savoir l'une quelconque des possibilités) et du deuxième élément (à savoir l'avantage) pour qu'il soit satisfait à la définition. L'UE note aussi que l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC et les mots "une forme quelconque" peuvent aussi viser le cas de programmes nationaux comportant une *combinaison* de diverses formes de contribution financière, associées à d'autres caractéristiques.

12. L'Union européenne fait valoir que les tarifs d'électricité garantis que l'OEO s'engage contractuellement à appliquer dans le cadre du programme TRG et de ses contrats connexes entraînent une "contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public" selon la définition figurant à l'article 1.1 a) 1) parce qu'ils comportent un "transfert direct de fonds" provenant des pouvoirs publics de l'Ontario. La contribution financière est accordée dès lors que l'OEO a signé le contrat TRG avec le producteur TRG et est convenu d'offrir les tarifs garantis, soit au moyen de versements effectués par la SIERE, soit par l'intermédiaire des SDL. À titre subsidiaire, l'Union européenne fait valoir que les tarifs d'électricité garantis que l'OEO s'engage contractuellement à appliquer dans le cadre du programme TRG et de ses contrats connexes entraînent une "contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public" selon la définition figurant à l'article 1.1 a) 1) parce qu'ils comportent un "transfert direct potentiel de fonds" provenant des pouvoirs publics de l'Ontario ou une situation dans laquelle les pouvoirs publics "achètent des biens". En outre, à titre subsidiaire, l'Union européenne fait valoir que les versements effectués par d'autres opérateurs privés (les SDL) qui paient les tarifs d'électricité garantis que l'OEO s'engage contractuellement à appliquer dans le cadre du programme TRG entraînent une "contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public" selon la définition figurant à l'article 1.1 a) 1) parce qu'ils comportent une action de charger ou d'ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC.

13. L'Union européenne considère qu'il est plus approprié de qualifier les engagements contractuels pris par l'OEO conformément aux contrats TRG de "transferts directs de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC parce que les paiements futurs sont effectués sans condition (autre que la nature du contrat, c'est-à-dire la fourniture prévue d'électricité en échange du paiement). En effet, dans le cadre du contrat TRG, les producteurs TRG s'engagent à injecter l'électricité produite dans le réseau en échange d'un paiement aux tarifs convenus. Cette production d'électricité est prévue et permet d'obtenir le tarif avantageux garanti. Par conséquent, aux fins de la détermination de l'existence d'une contribution financière, les paiements promis dans le cadre de contrats juridiquement

contraignants devraient être considérés comme "accordés" ou "transférés", même si matériellement ils n'ont pas encore eu lieu ou n'ont pas encore été effectués.

14. L'Union européenne déclare que l'engagement juridique de transférer à un producteur TRG la différence entre le tarif de l'électricité sur le marché qui s'appliquerait à un producteur dans le cadre du fonctionnement normal du marché (à savoir le prix d'équilibre du marché/prix horaire de l'énergie en Ontario (PHEO)) et le tarif dont bénéficie un producteur dans le cadre d'un contrat TRG équivaut à "une pratique des pouvoirs publics [qui] comporte un transfert direct de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC. En effet, les règles relatives aux TRG et le contrat TRG contiennent l'engagement contraignant pris par l'OEO de payer les tarifs garantis lorsque, le cas échéant, le producteur TRG injecte l'électricité dans le réseau. En outre, quoi qu'il arrive, l'OEO est en définitive tenu d'effectuer ces paiements. Par conséquent, il joue surtout un rôle d'intermédiaire (comme un agent ou une chambre de compensation), en n'achetant pas effectivement l'électricité. En fait l'électricité est achetée par d'autres opérateurs du marché (soit aux tarifs du marché, soit au-delà, c'est-à-dire à des tarifs "réglementés"), tandis que l'OEO paie les tarifs supérieurs à ceux du marché convenus contractuellement avec le producteur TRG. Par conséquent, de l'avis de l'Union européenne, il est plus approprié de qualifier de "transfert direct de fonds" le transfert des tarifs garantis, supérieurs à ceux du marché, aux producteurs TRG. Si le Groupe spécial devait considérer que les mesures en cause ne sont pas des "transferts directs de fonds", l'Union européenne soutient qu'il peut constater que ces mesures équivalent à un "transfert direct potentiel de fonds".

15. En tout état de cause, si le Groupe spécial devait considérer que l'OEO "achète" effectivement l'électricité conformément au contrat TRG, l'Union européenne considère que cela équivaudrait à une contribution financière sous la forme d'achats de biens au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.

16. À titre subsidiaire, l'Union européenne fait aussi valoir que les versements effectués par les autres opérateurs privés (SDL) qui paient les tarifs d'électricité garantis que l'OEO s'engage lui-même contractuellement à payer dans le cadre du programme TRG entraînent une "contribution financière des pouvoirs publics" selon la définition figurant à l'article 1.1 a) 1), sous l'une quelconque des formes mentionnées plus haut, parce que ces versements comportent une action de charger ou d'ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC. Cependant, le fait qu'en application de l'article 8.4 des règles relatives aux TRG, l'OEO est en définitive tenu d'acquitter les paiements convenus dans le cadre des contrats TRG renforce le point de vue de l'Union européenne selon lequel il est plus approprié de qualifier le programme TRG et ses contrats connexes de "transferts directs de fonds" par les pouvoirs publics.

17. En résumé, quelle que soit la manière dont le Groupe spécial traite cette question, l'Union européenne considère que le programme TRG et ses contrats connexes équivalent à une "contribution financière" au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. De fait, elle invite le Groupe spécial à formuler des constatations subsidiaires à cet égard.

2. Il est satisfait au deuxième élément de la définition d'une subvention: avantage

18. L'Union européenne estime que le programme TRG et ses contrats connexes confèrent un "avantage" au bénéficiaire, c'est-à-dire au producteur TRG, au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

- a) L'article 14 d) de l'Accord SMC n'est pas applicable en l'espèce et, en tout état de cause, le point de repère suggéré par le Canada est inapproprié

19. L'Union européenne considère que l'article 14 d) de l'Accord SMC n'est pas applicable en l'espèce car, pour les raisons expliquées précédemment, l'OEO n'achète pas d'électricité aux producteurs TRG.

20. En tout état de cause, appliquant l'article 14 d) aux faits en l'espèce, le Canada considère que le Groupe spécial devrait comparer les prix TRG avec un point de repère déterminé à partir d'un examen des conditions dans lesquelles l'électricité éolienne et solaire fait normalement l'objet d'échanges en Ontario. De l'avis de l'Union européenne, le Canada demande au Groupe spécial de comparer les prix TRG avec les prix TRG eux-mêmes vu qu'en Ontario, l'électricité éolienne et solaire est produite uniquement dans le cadre du programme TRG. Autrement dit, le programme TRG, y compris le barème de prix TRG, et tel qu'il est mis en œuvre au moyen de chaque contrat TRG, détermine le prix de l'électricité provenant de producteurs d'électricité éolienne et solaire. Il n'y a pas d'autre prix en Ontario pour cette électricité car les producteurs potentiels ne renonceraient jamais aux conditions généreuses qui leur sont offertes automatiquement par le programme TRG. Par conséquent, le Canada demande une comparaison circulaire et donc vide de sens.

21. Tout au plus, le point de repère suggéré par le Canada révèle la réalité du marché en ce qui concerne la production d'électricité éolienne et solaire en Ontario, à savoir que sans le programme TRG, aucun producteur ne serait prêt à faire les investissements nécessaires en Ontario. Autrement dit, les conditions dans lesquelles l'électricité éolienne et solaire fait normalement l'objet d'échanges en Ontario sont celles du programme (subventionné) TRG, sans lequel aucun échange n'aurait lieu en Ontario, comme le montre la nature incitative de ce programme lui-même.

- b) L'existence d'un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC doit être déterminée par rapport au marché

22. L'Union européenne estime qu'en l'espèce, l'existence d'un avantage doit être déterminée par rapport au marché, c'est-à-dire par rapport à ce que les producteurs TRG auraient obtenu du marché en Ontario en l'absence du programme TRG.

23. Dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, l'Organe d'appel a noté que "le sens ordinaire du terme "bénéfite" englob[ait] à l'évidence une forme d'avantage" et que "le deuxième élément de l'article 1.1 concern[ait] "l'avantage ..." conféré au bénéficiaire par [l']action des pouvoirs publics". Par conséquent, pour déterminer qu'un "avantage" existe au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, il faut que l'action des pouvoirs publics, indépendamment de sa forme (à savoir une contribution financière ou un soutien des revenus/prix), confère une forme d'avantage au bénéficiaire.

24. L'Organe d'appel a noté aussi que pour déterminer si un tel avantage existait, une sorte de comparaison ou d'hypothèse était nécessaire: il faut en particulier déterminer si l'action des pouvoirs publics rend le bénéficiaire "mieux loti" qu'il ne l'aurait été autrement, sans cette action. Selon l'Organe d'appel, "le marché constitue une bonne base de comparaison ... parce qu'on peut identifier la capacité d'une [action des pouvoirs publics] de fausser les échanges en déterminant si le bénéficiaire a reçu [une forme de "contribution financière" ou de soutien des revenus/prix] à des conditions plus favorables que celles auxquelles il a accès sur le marché". Pour reprendre les termes de l'Organe d'appel, "[l']article 14, dont nous avons dit qu'il constitue un contexte pertinent pour interpréter l'article 1.1 b), étaye notre thèse selon laquelle le marché constitue une bonne base de comparaison [puisqu'il y a] "avantage" au titre de chacun [des] principes directeurs si le bénéficiaire a reçu une "contribution financière" à des conditions plus favorables que celles auxquelles il a accès sur le marché". Par conséquent, l'essence de la détermination de l'existence d'un avantage au regard de

l'article 1.1 b) consiste à comparer, d'une part, ce que le bénéficiaire a obtenu de l'action des pouvoirs publics avec, d'autre part, ce qu'il aurait obtenu du marché, sans l'action des pouvoirs publics.

25. Dans l'affaire *Japon – DRAM*, l'Organe d'appel a rappelé comme suit la référence au critère du marché: "le marché pertinent peut être plus ou moins développé; il peut être constitué d'un grand ou d'un petit nombre de participants. ... Dans certains cas, le marché peut être plus rudimentaire. Dans d'autres cas, il peut être difficile de déterminer le marché pertinent et ses résultats. Mais ces contraintes en termes d'information ne modifient pas le cadre fondamental à partir duquel l'analyse devrait être effectuée. ... Il n'y a qu'un seul critère – le critère du marché". Dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a fait observer ce qui suit: "le marché auquel l'Organe d'appel faisait référence dans l'affaire *Canada – Aéronefs* correspond à un domaine dans lequel des biens et des services sont échangés entre acheteurs et vendeurs consentants. Le calcul d'un avantage ... nécessite ... un examen du comportement des deux parties à une transaction et, en particulier, par rapport aux conditions de l'offre et de la demande qui s'appliquent sur ce marché". De même, dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, l'Organe d'appel a noté ce qui suit: "[I]e texte de l'article 14 d) de l'Accord SMC ne qualifie aucunement les conditions "du marché" qui doivent servir de point de repère ... [e]n soi, le texte ne fait aucune référence explicite à un marché "pur", à un marché "non faussé par l'intervention des pouvoirs publics" ni à une "juste valeur marchande". Par conséquent, l'existence d'un avantage doit être déterminée par rapport au marché tel qu'il est, au marché où a lieu l'action des pouvoirs publics, en l'espèce l'Ontario.

26. S'agissant de l'analyse de l'avantage, les principales caractéristiques du programme TRG et de ses contrats connexes sont que conformément à ce programme et à ces contrats, l'OEO i) garantit des tarifs que les producteurs TRG ne pourraient pas obtenir du marché; et ii) accorde ces tarifs supérieurs à ceux du marché 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. Ces conditions sont accordées indépendamment de l'envergure ou de la capacité de production du projet.

27. Le programme TRG et ses contrats connexes résultent des efforts déployés par l'OEO pour faciliter l'investissement de producteurs privés dans de nouvelles opérations de production, que le marché de gros était incapable d'encourager. Ils sont, comme le Canada les qualifie, "des incitations en faveur de l'investissement à long terme afin de répondre à la demande prévue". Par conséquent, sans le programme TRG, les producteurs TRG ne seraient pas en mesure de participer au marché. Cela montre, de l'avis de l'Union européenne, que sans la mesure des pouvoirs publics, les producteurs TRG n'auraient pas pu obtenir les prix TRG et les autres conditions favorables figurant dans les contrats TRG.

28. Le Groupe spécial peut constater l'existence d'un avantage rien que sur cette base, car il n'est pas tenu d'après l'article 1.1 b) de l'Accord SMC de déterminer le montant de l'avantage (seulement son existence). En fait, dans d'autres affaires, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont déterminé l'existence d'un avantage au vu d'éléments de preuve montrant que sans l'action des pouvoirs publics, le bénéficiaire n'aurait rien obtenu du marché. Tel est le cas, par exemple, des injections de capitaux ou des apports de fonds destinés au sauvetage d'entreprises ayant des difficultés économiques, lorsque aucun investisseur rationnel (c'est-à-dire le marché) n'aurait apporté les mêmes fonds dans les mêmes conditions.

c) Le point de repère du marché approprié devrait se rapporter aux conditions du marché de l'électricité en Ontario, indépendamment du mode de production

29. Si le Groupe spécial devait considérer qu'une analyse plus approfondie est nécessaire pour déterminer l'existence d'un avantage en l'espèce, l'Union européenne considère que le point de repère approprié en l'espèce devrait se rapporter aux conditions du marché de l'électricité en Ontario,

indépendamment du mode de production. L'électricité est un produit de base, matériellement identique à tous égards. Un kilowattheure d'électricité est parfaitement substituable à un autre kilowattheure d'électricité, qu'il ait été produit à partir d'une source renouvelable ou non renouvelable. À cet égard, l'un et l'autre appartiennent au même marché de produits. Comme l'Organe d'appel l'a noté dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, "il semble raisonnable de conclure que ... deux produits se trouveraient sur le même marché s'ils étaient en concurrence effective ou potentielle sur ce marché".

30. En outre, en Ontario, les effets des différentes sources d'énergie sur l'environnement ne sont pas répercutés sur les prix payés par les consommateurs, qui résultent d'un prix composite. Les consommateurs paient le PHEO plus l'ajustement global, qui ne font pas de distinction entre les différentes techniques de production.

31. L'Union européenne fait aussi observer que le Canada n'a pas démontré qu'il y avait un marché de produits distinct en ce qui concerne l'électricité produite par des sources particulières d'énergie renouvelable en Ontario. En conséquence, contrairement à ce que soutient le Canada, le point de repère approprié en l'espèce devrait se rapporter aux conditions du marché de l'électricité en Ontario, indépendamment du mode de production.

32. En tout état de cause, de l'avis de l'Union européenne, il n'y a aucune raison de penser que les consommateurs disposés à acheter de l'électricité produite à partir de sources renouvelables préféreraient à cet égard les techniques plus coûteuses à celles qui le sont moins. Autrement dit, dans la mesure où l'électricité est produite à partir de sources "propres", les consommateurs n'ont peut-être pas d'autres préférences quant au type spécifique de source. Ceci dit, si le Groupe spécial devait considérer qu'en l'espèce, le point de repère pertinent du marché devrait prendre en compte l'existence d'une distinction entre l'électricité produite à partir de sources renouvelables et celle qui est produite à partir de sources non renouvelables en Ontario, l'Union européenne considère qu'il pourrait aussi déterminer l'existence d'un avantage sur la base des différents tarifs garantis dans le cadre du programme TRG. À cet égard, elle fait observer que le barème de prix TRG fait apparaître des prix plus bas pour les autres types d'électricité produite à partir de sources renouvelables, comme l'énergie hydraulique, la biomasse ou le biogaz, en comparaison avec le vent et le soleil. Par conséquent, même si l'on considère l'électricité renouvelable comme un marché distinct de l'énergie non renouvelable en Ontario (mais ce n'est pas le cas), un avantage serait accordé aux producteurs d'électricité éolienne et solaire.

d) Le point de repère du marché approprié ne devrait pas être déterminé par rapport au coût de production et, en tout état de cause, la structure du programme TRG donne lieu à des paiements supérieurs aux coûts

33. L'Union européenne considère que, contrairement à ce que soutient le Canada, un point de repère du marché approprié en l'espèce n'a pas à prendre en compte le coût de production de l'électricité renouvelable. Pour déterminer le point de repère du marché approprié en l'espèce, la question pertinente est plutôt de savoir quelle est la valeur marchande du produit (c'est-à-dire l'électricité) pour lequel le programme TRG et ses contrats connexes prévoient des tarifs à long terme garantis.

34. Dans le contexte de la fourniture de biens par les pouvoirs publics, l'Organe d'appel a noté que s'agissant de déterminer l'existence d'un avantage, la référence n'était pas le coût supporté par les pouvoirs publics pour fabriquer le produit mais la valeur marchande du produit en question. De l'avis de l'Union européenne, il en est de même pour les achats de biens. L'existence d'un avantage ne peut pas être déterminée par rapport au coût de production supporté par le producteur du bien en question; en fait, c'est la valeur marchande du produit acheté par les pouvoirs publics qu'il faut examiner pour déterminer si les pouvoirs publics ont payé une rémunération adéquate conformément aux "conditions

du marché existantes". Il est très révélateur qu'à l'article 14 d), parmi les facteurs inclus dans la notion de "conditions du marché existantes", aucune référence n'est faite au "coût de production".

35. Le fait que les prix TRG couvrent au moins le coût de production élevé des producteurs TRG ne montre pas qu'il n'existe pas d'avantage en l'espèce. Il montre, en fait, que sans le programme TRG, aucun investisseur ne serait disposé à produire de l'énergie éolienne et solaire en Ontario en raison de ces coûts de production élevés et du fait qu'il ne serait pas possible d'assurer un bénéfice approprié sur ce marché.

36. En tout état de cause, même s'il fallait tenir compte du coût de production de l'électricité éolienne et solaire, comme l'allègue le Canada, l'Union européenne déclare que la structure du programme TRG donne lieu à des paiements supérieurs aux coûts. En fait, en règle générale, le coût de production de l'électricité éolienne et solaire dépend surtout de l'emplacement des installations de production. Les dépenses d'investissement liées à la mise en place d'une installation de production ne devraient pas trop varier d'un pays à l'autre parce que le matériel de production représente la majeure partie de cette implantation (et donc des dépenses d'investissement) et que ces biens peuvent faire l'objet de transactions commerciales. Ce qui fait la différence, c'est la disponibilité des ressources – le vent et le soleil. Le fait que les prix TRG sont normalisés (c'est-à-dire qu'ils sont les mêmes pour tous les producteurs) indépendamment de l'emplacement des installations de production et de leur capacité de production effective devrait logiquement entraîner un plus grand bénéfice pour les producteurs TRG qui planteront des installations aux bons emplacements.

37. Il est intéressant de souligner que, comme il l'a été dit, 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. Cet élément concurrentiel a été remplacé par des tarifs normalisés qui devaient prendre en compte les coûts plus élevés liés à la promotion du développement de la capacité de fabrication locale (conformément aux prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux). La capacité de production d'énergie renouvelable a donc pu être mise en place en Ontario à un coût moindre. Par conséquent, l'Union européenne soutient que la structure du programme TRG donne lieu à des paiements supérieurs au coût de production.

e) Le PHEO est un point de repère approprié en l'espèce

38. L'Union européenne soutient que, dans les circonstances de la présente affaire, le PHEO est un point de repère approprié pour déterminer l'existence d'un avantage.

39. Premièrement, le PHEO représente le prix de gros de l'électricité en Ontario. C'est le prix de référence qui déclenche les paiements additionnels versés par les pouvoirs publics de l'Ontario aux producteurs (y compris les producteurs TRG) qui ont des tarifs réglementés.

40. Deuxièmement, même s'il est le résultat d'un système concernant la distribution matérielle de l'électricité en Ontario et, à cet égard, peut donc être qualifié de prix "du marché" au sens économique, le PHEO est le prix du marché au sens théorique et aux fins de l'analyse du point de repère au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Il n'est pas contesté qu'"en l'absence" des tarifs à long terme garantis prévus par le programme TRG, les producteurs TRG pourraient uniquement injecter leur électricité dans le réseau au prix du marché de gros de l'électricité, c'est-à-dire au prix d'équilibre du marché/PHEO. Sans le programme TRG, un producteur d'électricité de source éolienne ou solaire, comme le producteur TRG, serait obligé de participer au marché suivant les règles du marché de la SIÈRE et fournir son électricité dans le cadre du marché de gros de l'électricité, au PHEO. Par conséquent, dans les circonstances de l'espèce, le PHEO devient le prix du marché théorique, c'est-à-dire l'hypothèse qui se vérifierait en l'absence des mesures des pouvoirs publics en cause.

41. Le Canada confirme que 8% des producteurs ontariens ne perçoivent que le PHEO. De l'avis de l'Union européenne, le Canada confirme à nouveau la validité du PHEO en tant que point de repère du marché en l'espèce. En fait, il apparaît que le chiffre allégué de 8% des producteurs percevant uniquement le PHEO représente environ 16% de l'électricité totale fournie en 2010. En tout état de cause, quel que soit le chiffre, le fait est qu'il y a des producteurs qui peuvent, grâce à leur structure des coûts, vendre leur électricité et percevoir uniquement le PHEO. Les producteurs TRG ne peuvent tout simplement pas parce que leur structure des coûts est différente. Conclure que le PHEO payé à ces producteurs ne peut pas servir de point de repère en l'espèce reviendrait à dire que les prix effectifs du marché dans un secteur particulier ne peuvent pas être retenus pour une catégorie particulière du même produit parce que les coûts de production qui y sont associés sont beaucoup plus élevés et ne peuvent donc pas concurrencer le coût de production des autres opérateurs. Il ne peut en être ainsi. Si pour le même produit, à savoir l'électricité, il y a des producteurs capables de le produire et de dégager un bénéfice approprié au moyen du PHEO, alors on ne peut pas invoquer les coûts plus élevés des autres producteurs d'électricité pour faire valoir que le PHEO n'est pas un point de repère approprié. Poussé à l'extrême, l'argument du Canada conduirait à des résultats absurdes. En effet, un Membre pourrait faire valoir qu'il n'y a pas de subvention liée à la compensation de coûts de production plus élevés dus à l'utilisation de technologies obsolètes pour la production de biens qui entreraient en concurrence sur un autre marché où les opérateurs emploient des technologies plus avancées et des méthodes de production plus efficaces. Par conséquent, l'Union européenne considère que le fait qu'il y a des opérateurs percevant uniquement le PHEO montre seulement que ce prix peut servir de point de repère du marché en l'espèce. De même, dans l'affaire *Japon – DRAM*, en ce qui concerne la distinction entre investisseur de l'intérieur et investisseur de l'extérieur, l'Organe d'appel a noté qu'il n'y avait qu'un seul critère, le critère du marché, en fonction duquel les investisseurs rationnels agissaient. En ce sens, le fait qu'il y avait quelques investisseurs de l'intérieur, qui pourraient avoir des intérêts et des attentes en matière de bénéfice différents de ceux des investisseurs de l'extérieur, disposés à apporter les fonds nécessaires à une société aux prises avec des difficultés économiques implique que le marché aurait fourni ces fonds. Autrement dit, le marché est aussi mesuré par l'existence d'une catégorie d'investisseurs disposés à faire les investissements nécessaires, même s'il y a une autre catégorie qui ne le ferait pas. Comme dans le cas des investisseurs de l'extérieur, la présence de producteurs ne percevant que le PHEO sur le marché ontarien montre que ces producteurs font partie du marché en relation avec lequel l'existence d'un avantage peut être déterminée.

42. Troisièmement, le Canada fait valoir que le mécanisme commercial de la SIERE n'est pas le marché concurrentiel "classique" sur lequel l'offre et la demande se répondent. De fait, l'Union européenne convient qu'il ne s'agit peut-être pas du marché "classique". Et il n'y a peut-être pas beaucoup de marchés "classiques" dans beaucoup de juridictions en ce qui concerne l'électricité ou d'autres produits. Cependant, il s'agit d'un marché sur lequel à la demande, représentée par les autorités compétentes de l'Ontario, répond l'offre (c'est-à-dire les producteurs d'électricité). Et c'est le mécanisme commercial choisi par les autorités compétentes de l'Ontario pour régler les échanges d'électricité. Par conséquent, le PHEO représente le tarif qui est déterminé sur la base de l'offre et la demande en Ontario.

43. Quatrièmement, l'Union européenne fait observer qu'un moyen possible d'évaluer si le PHEO représente le prix de l'électricité en Ontario aux conditions du marché est d'examiner les prix facturés et payés par l'Ontario pour ses importations et ses exportations d'électricité. La similitude entre le PHEO et les prix à l'importation et à l'exportation est néanmoins révélatrice du fait que le PHEO reflète fidèlement le prix pratiqué en Ontario et dans les juridictions voisines aux conditions du marché. En tout état de cause, l'Union européenne estime que soit en eux-mêmes soit en tant que valeurs supplétives, les prix à l'importation et à l'exportation de l'électricité en Ontario montrent l'existence d'un avantage en l'espèce.

44. En conséquence, si le Groupe spécial devait considérer qu'il est nécessaire d'établir l'existence d'un avantage en l'espèce en faisant référence à la différence entre les prix TRG et un autre point de repère, l'Union européenne déclare que le PHEO servirait de base pour la constatation de l'existence d'un tel avantage puisqu'il serait le prix que les producteurs TRG obtiendraient sur le marché de gros de l'électricité en Ontario en l'absence du programme TRG, comme les autres producteurs qui n'obtiennent pas de tarifs réglementés.

f) N'importe lequel des autres points de repère montre l'existence d'un avantage

45. En tout état de cause, si le Groupe spécial devait considérer que le PHEO n'est pas un point de repère approprié en l'espèce pour l'établissement de l'existence d'un "avantage" au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, l'Union européenne estime que n'importe lequel des autres points de repère présentés par le Japon dans l'affaire DS412 montrerait qu'il y a un avantage en l'espèce.

i) *Le tarif de gros moyen pondéré perçu par tous les producteurs de l'Ontario autres que les producteurs TRG et producteurs relevant du programme POSER*

46. Le prix "du marché" au sens économique dans une situation où les pouvoirs publics réglementent les prix pourrait être compris comme étant le résultat des échanges libres qui ont lieu entre les pouvoirs publics (représentant en l'occurrence la demande et agissant au nom des consommateurs) et les producteurs d'électricité (représentant l'offre). En ce sens, on pourrait dire que le résultat de la moyenne pondérée de tous les tarifs convenus entre les pouvoirs publics de l'Ontario (exception faite des TRG et des tarifs semblables) et tous les producteurs (exception faite des producteurs TRG et des producteurs semblables) de l'Ontario équivaut au prix "du marché" de gros de l'électricité. Cette moyenne était de 7,13 cents/kWh en 2010, et donc inférieure aux tarifs garantis dans le cadre du programme TRG pour l'électricité éolienne et solaire. Sur cette base, le Groupe spécial peut constater que le programme TRG et ses contrats connexes confèrent un avantage au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

ii) *La portion des prix de détail de l'électricité en Ontario correspondant au "prix du produit"*

47. Les prix de détail pratiqués en Ontario peuvent être pris en compte en tant que point de repère possible parce qu'aucun producteur d'électricité en Ontario ne devrait s'attendre à bénéficier d'un tarif supérieur au prix de détail payé par les clients dans la portion de leur facture relative au produit, c'est-à-dire le prix de détail de l'électricité elle-même, à l'exclusion de toute charge au titre de services. Les prix de détail de l'électricité déterminés par la CEO dans le cadre de sa grille tarifaire réglementée (GTR) varient entre 7,1 cents/kWh et 8,3 cents/kWh pour les clients équipés de compteurs classiques et entre 6,2 cents/kWh et 10,8 cents/kWh pour les clients équipés de compteurs intelligents. Ces tarifs GTR représentent le PHEO plus l'ajustement global et sont les prix de détail payés par les consommateurs en Ontario pour le produit électricité lui-même (c'est-à-dire en l'absence de toutes redevances et charges liées aux services de transmission/distribution et à l'exploitation commerciale. Aucun producteur en Ontario ne devrait s'attendre à obtenir des tarifs supérieurs à ces prix fixés par la CEO dans sa GTR pour le produit électricité.

48. Par ailleurs, l'Union européenne note la déclaration du Canada selon laquelle "la plupart" des utilisateurs d'électricité en Ontario paient le prix qui leur est prescrit par le système, c'est-à-dire les prix réglementés par la CEO. En fait, il y a des consommateurs qui peuvent acheter leur électricité dans le cadre de contrats bilatéraux conclus avec des producteurs. Il va sans dire que ce prix sera toujours inférieur aux prix réglementés applicables aux consommateurs finals (sinon, il n'y aurait aucun intérêt à conclure ces accords bilatéraux). Par conséquent, même si le Groupe spécial devait considérer que le PHEO n'est pas un point de repère du marché en l'espèce, l'Union européenne considère qu'en l'absence du programme TRG, les producteurs TRG pourraient uniquement vendre leur électricité à un prix égal ou légèrement inférieur aux prix réglementés par la CEO (GTR), qui

sont tous très nettement inférieurs aux prix TRG. Étant donné qu'au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, il n'est pas nécessaire de quantifier le montant de la subvention, mais seulement d'en déterminer l'existence, le Groupe spécial peut constater sur cette base que le programme TRG et ses contrats connexes confèrent un avantage aux producteurs TRG.

iii) *Le tarif de gros moyen de l'électricité sur les marchés de gros concurrentiels extérieurs à l'Ontario*

49. L'Union européenne fait observer que le Canada ne fait pas valoir que les prix de l'électricité en Ontario (soit les tarifs convenus entre les pouvoirs publics de l'Ontario et les producteurs, soit les prix TRG) sont faussés. En fait, le Canada soutient que le Groupe spécial devrait comparer les prix TRG avec un point de repère déterminé à partir d'un examen des conditions dans lesquelles l'électricité éolienne et solaire fait normalement l'objet d'échanges en Ontario. À cet égard, l'Union européenne considère qu'il n'est pas nécessaire de sortir de l'Ontario pour identifier un point de repère approprié en l'espèce car, même si les prix sont fortement réglementés, cela n'implique pas qu'ils sont faussés. Cela dit, si le Groupe spécial devait considérer que les tarifs ou les prix réglementés en Ontario ne peuvent pas être utilisés, elle considère que les points de repère extérieurs proposés par le Japon, suivant lesquels les tarifs sont déterminés de manière concurrentielle sur des marchés de l'électricité déréglementés où les pouvoirs publics ont une présence limitée, montrent que le programme TRG et ses contrats connexes confèrent un avantage.

g) Même s'il devait être constaté que les prix TRG ne confèrent pas d'avantage, la nature de garantie à long terme de ces prix étayerait une détermination de l'existence d'un avantage

50. Enfin, l'Union européenne soutient que le Groupe spécial peut constater l'existence en l'espèce d'un avantage au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC rien qu'en prenant acte de la nature à long terme des tarifs garantis aux producteurs TRG, indépendamment de la question de savoir si ces tarifs sont supérieurs à ceux du marché. En effet, comme il a été expliqué plus haut, l'une des caractéristiques les plus pertinentes du programme TRG et de ses contrats connexes est qu'ils protègent les producteurs TRG contre tout risque de marché pour une période de 20 ans. Durant cette période, les producteurs TRG ont un tarif en échange duquel ils peuvent fournir autant d'électricité que cela leur est possible. En outre, les contrats TRG comportent des conditions de progressivité des prix qui assurent la rentabilité quelles que soient les conditions du marché. L'OEO assume tous les risques de marché sans faire payer de supplément.

51. Par conséquent, sur cette base, le Groupe spécial peut conclure que le programme TRG et ses contrats connexes, indépendamment du niveau des tarifs garantis, confèrent un avantage aux producteurs TRG.

h) *Observations finales quant à l'existence d'un "avantage"*

52. En résumé, l'Union européenne considère que le Groupe spécial peut constater que le programme TRG et ses contrats connexes confèrent un avantage aux producteurs TRG sur la base du fait incontesté qu'en l'absence de ce programme, les producteurs TRG ne seraient pas en mesure d'obtenir du marché les bénéfices nécessaires. Ainsi, la nature intrinsèque du programme TRG en tant qu'incitation à promouvoir la production d'électricité au moyen de sources renouvelables montre l'existence d'un avantage au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, comme dans les cas où le fait qu'aucun investisseur rationnel n'aurait fait un investissement particulier montre l'existence d'un avantage, quel qu'en soit le montant.

53. Si le Groupe spécial devait juger nécessaire de déterminer l'existence d'un avantage en l'espèce par référence à la différence entre les prix TRG et un point de repère du marché approprié, l'Union européenne a présenté divers points de repère à cet effet. Elle considère que d'après n'importe

lequel de ces points de repère, le Groupe spécial peut constater que le programme TRG et ses contrats connexes confèrent un avantage au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Même compte tenu des coûts de production, comme le préconise le Canada, l'existence d'un avantage est manifeste.

54. Enfin, le Groupe spécial peut aussi déterminer l'existence d'un avantage en l'espèce sur la base de la nature à long terme des tarifs garantis. En effet, le fait que les producteurs TRG ont la garantie de recevoir des paiements à des tarifs particuliers, quel qu'en soit le niveau, pour une période de 20 ans durant laquelle ces prix bénéficient automatiquement d'une progressivité indépendamment de toute évolution du marché, confère à ces producteurs un avantage qui peut être distingué de l'avantage conféré par le fait que les prix TRG sont supérieurs aux prix du marché.

3. Subordination à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés: article 3.1 b) de l'Accord SMC

55. L'Union européenne déclare que le programme TRG est une subvention subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC. Le programme TRG prescrit l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, "soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions". Cela peut s'appliquer au cas où une subvention est subordonnée simultanément à deux conditions cumulatives ou plus. Mais cela peut aussi s'appliquer au cas où une subvention est subordonnée à deux conditions alternatives ou plus de sorte que le respect de l'une quelconque d'entre elles donne droit à la subvention. Si l'une de ces conditions est "l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés", la subvention doit être réputée prohibée par l'article 3.1 b), quand bien même il pourrait aussi être théoriquement possible d'être admis à en bénéficier en remplissant une autre condition, comme l'utilisation d'une certaine quantité de main-d'œuvre ou de services nationaux. Une interprétation différente – laissant entendre, par exemple, qu'une subvention peut ne pas être prohibée si au moins une condition à remplir pour en bénéficier n'est pas incompatible avec l'Accord SMC – serait contraire à la lettre de l'article 3.1 b) et permettrait de contourner très facilement la prohibition en stipulant simplement que les bénéficiaires peuvent aussi obtenir la subvention en remplissant une autre condition non pertinente mais dissuasive.

56. En résumé, l'Union européenne estime que le programme TRG équivaut à une subvention prohibée au regard de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC.

4. Spécificité: article 2.3 de l'Accord SMC

57. L'article 1.2 de l'Accord SMC dispose ce qui suit: "Une subvention telle qu'elle a été définie au paragraphe 1 ne sera assujettie aux dispositions de la Partie II ou à celles des Parties III ou V que s'il s'agit d'une subvention spécifique au regard des dispositions de l'article 2." L'article 2.3 établit ce qui suit: "Toute subvention relevant des dispositions de l'article 3 sera réputée être spécifique." Les subventions accordées dans le cadre du programme TRG et de ses contrats connexes sont des subventions prohibées au regard de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC et sont donc réputées spécifiques conformément à l'article 2.3 de l'Accord SMC.

5. Violation de l'article 3.2 de l'Accord SMC

58. Compte tenu de ce qui précède, l'Union européenne estime que l'octroi et le maintien par l'Ontario de subventions prohibées subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés sont incompatibles avec les obligations du Canada au titre de l'article 3.2 de l'Accord SMC.

6. Conclusion et réparation demandées

59. L'Union européenne demande au Groupe spécial de constater que par le biais du programme TRG ainsi que des contrats TRG et contrats 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.

60. L'Union européenne demande au Groupe spécial de recommander que le Canada retire ses subventions prohibées sans retard (et, en tout cas, dans un délai maximum de 90 jours), comme le prescrit l'article 4.7 de l'Accord SMC.

B. LES MESURES EN CAUSE SONT DES MESURES CONCERNANT LES INVESTISSEMENTS QUI SONT LIÉES AU COMMERCE ET DES PRESCRIPTIONS AFFECTANT LA VENTE, L'ACHAT ET L'UTILISATION DE PRODUITS SUR LE MARCHÉ INTÉRIEUR AU SENS DE L'ARTICLE PREMIER DE L'ACCORD SUR LES MIC ET DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994, RESPECTIVEMENT

61. Après avoir démontré que le programme TRG et ses contrats connexes sont incompatibles avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC, l'Union européenne analysera la manière dont les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux incluses dans le programme TRG constituent une violation des autres dispositions pertinentes des accords visés énonçant le principe fondamental du traitement national.

1. Les mesures en cause sont des mesures concernant les investissements qui sont liées au commerce au sens de l'article premier de l'Accord sur les MIC

62. L'article premier de l'Accord sur les MIC définit le champ d'application de l'Accord, qui s'applique aux mesures concernant les investissements qui sont liées au commerce des marchandises. Le programme TRG et ses contrats connexes répondent à cette définition.

63. Premièrement, le programme TRG et ses contrats connexes sont des "mesures concernant les investissements" en ce sens qu'ils visent à encourager le développement d'une capacité locale de fabrication de matériel et de composants pour installations de production d'énergie renouvelable en Ontario. Deuxièmement, les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux incluses dans le programme TRG et ses contrats connexes sont indubitablement "liées au commerce". Enfin, les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux figurant dans le programme TRG et ses contrats connexes affectent le commerce des marchandises, en particulier celui du matériel et des composants pour la production d'énergie éolienne et solaire. Le programme TRG crée une incitation à acheter ou utiliser les produits ontariens au détriment des produits similaires importés. En conséquence, l'Union européenne déclare que le programme TRG et ses contrats connexes relèvent de l'Accord sur les MIC.

2. Les mesures en cause sont des prescriptions affectant la vente, l'achat et l'utilisation de produits sur le marché intérieur au sens de l'article III:4 du GATT de 1994

64. Dans sa première communication écrite dans le cadre de l'affaire DS412, le Japon a démontré que les règles du programme TRG et de ses contrats connexes relatives à la teneur en éléments nationaux étaient des "prescriptions" qui affectaient "la vente, ... l'achat, ... et l'utilisation ... sur le marché intérieur" de matériel et de composants pour la production d'énergie renouvelable en Ontario au sens de l'article III:4 du GATT. L'Union européenne incorpore ces arguments dans la présente communication et déclare, en conséquence, que le programme TRG et ses contrats connexes relèvent de ces dispositions.

3. Conclusion

65. Compte tenu de ce qui précède, l'Union européenne déclare que tant l'Accord sur les MIC que le GATT de 1994 sont applicables aux mesures en cause.

C. L'ARTICLE III:8 DU GATT DE 1994 NE S'APPLIQUE PAS EN L'ESPECE

66. Avant d'appliquer aux faits en l'espèce les dispositions pertinentes relatives au traitement national qui figurent dans l'Accord sur les MIC et dans le GATT de 1994, l'Union européenne examinera, en tant que question préliminaire, si l'article III:8 du GATT de 1994 s'applique en l'espèce. Comme elle le montrera ci-après, cet article n'est pas applicable en l'espèce.

1. Article III:8 a) du GATT de 1994

67. 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.

68. L'Union européenne note que le moyen de défense du Canada au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994 ne peut pas empêcher le Groupe spécial de constater que le programme TRG et ses contrats connexes sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, conjointement avec le paragraphe 1 a) de l'Annexe de cet accord. En conséquence de cette violation, le Groupe spécial peut aussi constater que le programme TRG et ses contrats connexes sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994, sans entreprendre une analyse de fond du moyen de défense du Canada au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994. En tout état de cause, afin d'arriver à une solution positive au présent différend, l'Union européenne demande au Groupe spécial d'examiner le moyen de défense du Canada au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994 et de formuler des constatations (même sous la forme de constatations subsidiaires) à ce sujet en raison du fait que les conditions d'application de cette disposition ne sont pas remplies en l'espèce.

69. L'Union européenne a montré que le moyen de défense du Canada au titre de l'article III:8 a) devait être jugé sans fondement pour les raisons suivantes.

a) L'article III:8 a) du GATT de 1994 comporte des prescriptions visant directement les produits achetés par les pouvoirs publics

70. Le Canada fait valoir que le champ d'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 ne se limite pas à l'achat des produits qui sont le principal objet d'une allégation de violation de l'article III. Selon lui, le texte de l'article III:8 a) ne lie en aucune manière les produits qui sont achetés aux produits qui sont le principal objet d'une allégation au titre de l'article III. En outre, le Canada considère que l'article XVI de l'Accord sur les marchés publics prohibe l'inclusion, au moyen de prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux, de conditions concernant les intrants, dans le produit qui est acheté. Selon lui, cette prohibition n'aurait pas de sens si l'article III:8 a) du GATT de 1994 interdisait déjà ces prescriptions.

71. Les arguments du Canada sont inappropriés. Premièrement, le texte de l'article III:8 a) du GATT de 1994 dispose que l'obligation de traitement national ne s'applique pas aux lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de "produits achetés" pour les besoins des pouvoirs publics. Ainsi, le texte de l'article III:8 a) est structuré de telle manière que le terme "produits" est directement qualifié par le mot "achetés", ce qui implique que les prescriptions

régissent les produits achetés par des organes gouvernementaux et non les autres produits qui n'ont aucun rapport avec l'objet du contrat d'acquisition. Autrement dit, les prescriptions régissant l'acquisition de produits achetés par des entités gouvernementales se limitent à ces produits et ne peuvent pas s'étendre à d'autres produits n'ayant aucun rapport avec le produit acheté.

72. Deuxièmement, l'article XVI:1 de l'Accord sur les marchés publics n'est d'aucun secours pour le Canada. Cette disposition énonce l'obligation de ne pas imposer d'opérations de compensation incluant des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux dans la qualification et la sélection des fournisseurs, produits ou services, ou dans l'évaluation des soumissions et l'adjudication des marchés. L'article XVI:2, pour sa part, prévoit une exception pour les pays en développement, qui sont autorisés à imposer des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux. Contrairement à ce que le Canada fait valoir, le fait que l'article XVI:1 de l'Accord sur les marchés publics prohibe ce que l'article III:8 a) du GATT de 1994 prohibe aussi ne signifie pas que l'article III:8 a) doit avoir un sens différent. Il y a dans les accords visés de nombreuses références croisées à des obligations énoncées dans d'autres accords visés et cela n'implique pas que les obligations de fond prévues par ces dispositions sont dépourvues de sens. Par conséquent, l'Accord sur les marchés publics peut être interprété comme précisant, en ce qui concerne les conditions relatives à la teneur en éléments nationaux, ce qui est prohibé par ailleurs à l'article III:8 a) du GATT de 1994.

73. En outre, la nature de l'Accord sur les marchés publics en tant qu'accord multilatéral implique que les parties à cet accord avaient l'intention de régler la question d'une manière autonome, c'est-à-dire sans avoir besoin d'invoquer d'autres dispositions comme l'article III:8 a) du GATT de 1994.

74. L'Union européenne fait aussi observer que le fait qu'il soit nécessaire de prévoir à l'article XVI:2 de l'Accord sur les marchés publics, en ce qui concerne les pays en développement, une exception à la règle générale qui proscriit l'inclusion de prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux dans les contrats d'acquisition pourrait aussi être interprété comme signifiant que la prohibition générale énoncée à l'article III:8 a) du GATT de 1994 s'applique aussi aux pays en développement. La possibilité de négocier certaines conditions lors de l'accession à l'Accord sur les marchés publics aurait pour objet d'encourager la participation au système, sans qu'une opinion soit formulée sur l'applicabilité de l'article III:8 a) du GATT de 1994. En outre, le GATT de 1994 inclut aussi des dispositions sur l'adoption de mesures pour des raisons de balance des paiements, situation qui est mentionnée dans l'Accord sur les marchés publics en tant qu'aspect relatif au développement sur lequel se fonde le recours à des opérations de compensation. L'Accord sur les MIC inclut aussi une disposition à cet égard. Enfin, il n'est pas sans précédent que les Membres de l'OMC, lorsqu'ils négocient un nouvel accord, acceptent à titre transitoire le maintien de mesures qui sont incompatibles avec les dispositions de l'OMC en vigueur: l'article 5 de l'Accord sur les MIC est un bon exemple de cette pratique, de même que l'article XVI:2 de l'Accord sur les marchés publics.

75. En conséquence, la référence à la manière dont l'Accord sur les marchés publics traite les opérations de compensation n'est pas pertinente pour l'interprétation du champ d'application de l'article III:8 a) du GATT. S'il en était autrement, le champ d'application d'un accord multilatéral (le GATT de 1994 et, en particulier, le champ d'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994) serait affecté par le sens donné à d'autres termes différents dans un accord multilatéral qui n'est pas contraignant pour l'ensemble des Membres de l'OMC.

76. Troisièmement, comme il est indiqué dans notre réponse à la question n° 22, dans les circonstances de la présente affaire, l'Union européenne souscrit à l'affirmation selon laquelle les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux ne relèvent pas de l'article III:8 a) parce que ce n'est pas du matériel qui est acquis par les pouvoirs publics. Le bien qui est acquis ou acheté (le cas échéant) par les pouvoirs publics de l'Ontario serait l'électricité produite par les producteurs TRG. Les prescriptions relatives à la teneur en élément nationaux se rapportent à des produits différents (à

savoir le matériel et les composants pour la production d'électricité), dont la provenance n'ajoute rien à la nature fondamentale du produit acquis ou acheté et en est complètement dissociée. Autrement dit, l'Union européenne soutient que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux imposées par les pouvoirs publics de l'Ontario ne "régissent" pas l'acquisition alléguée d'électricité, au sens de l'article III:8 a), parce qu'elles ne sont pas des prescriptions relatives à l'objet de l'acquisition, qui est l'électricité. Ces prescriptions "régissent" un "aspect" du matériel pour la production d'électricité qui n'a aucun lien rationnel avec les attributs de l'électricité ni avec l'objet de l'acquisition alléguée.

77. Prenons un exemple pour illustrer notre point de vue. L'Union européenne considère que des pouvoirs publics peuvent prescrire dans un appel d'offres pour l'achat de l'électricité qui sera utilisée pour éclairer les autoroutes et les voies publiques que cette électricité soit produite à partir de sources renouvelables. En pareil cas, il y a un lien entre le bien acquis et les prescriptions qui en régissent l'acquisition dans la mesure où la source renouvelable est une caractéristique liée à l'objet du contrat, c'est-à-dire à l'achat d'électricité. De même, les pouvoirs publics peuvent inclure des prescriptions en ce qui concerne les matières ou le tissu utilisés dans les costumes ou les chemises qu'ils achètent pour leurs fonctionnaires. Par contre, l'inclusion de prescriptions imposant, par exemple, de faire fabriquer ou tricoter les costumes ou les chemises au moyen de machines ou de matériel de fabrication locale (ou, de même, une prescription concernant l'origine du matériel et des composants utilisés pour la production, comme en l'espèce) serait sans rapport avec l'objet de l'acquisition. Et en fait, de telles prescriptions équivaldraient à une mesure déguisée de protectionnisme commercial.

78. En résumé, les faits en l'espèce montrent que la prescription imposant d'utiliser du matériel et des composants fabriqués en Ontario pour bénéficier du programme TRG n'a rien à voir avec l'objet déclaré du contrat TRG, qui concerne la fourniture d'électricité. Rien que pour cette raison, le Groupe spécial peut constater que le programme TRG et ses contrats connexes ne relèvent pas de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

79. En tout état de cause, l'Union européenne invite aussi le Groupe spécial à examiner les prescriptions de fond énoncées à l'article III:8 a) du GATT de 1994 qui, à son avis, aboutissent au même résultat, à savoir que le programme TRG et ses contrats connexes ne relèvent pas de cette disposition.

b) Le programme TRG ne concerne pas un "achat" (ni une acquisition)

80. Comme il a été expliqué plus haut dans le contexte de nos allégations au titre de l'Accord SMC, le Canada tente de qualifier d'"achat" ou d'"acquisition" par les pouvoirs publics ce que fait l'OEO en application des contrats TRG. Pour les raisons déjà mentionnées dans la section de sa communication relative aux allégations au titre de l'Accord SMC, l'Union européenne soutient que le programme TRG et ses contrats connexes ne concernent pas un "achat" ni une "acquisition".

81. En outre, le Canada soutient que le sens ordinaire du mot anglais "*procurement*" est "acquisition" et qu'il ne fait aucun doute que l'OEO acquiert de l'électricité renouvelable dans le cadre des contrats TRG. À cet égard, l'Union européenne note que le Canada convient qu'à l'article III:8 a) du GATT de 1994, le terme "*procurement*" coïncide avec "*acquisition*", comme dans les versions française et espagnole. Cependant, elle conteste que l'OEO acquière de l'électricité auprès des producteurs TRG par le biais des contrats TRG. Conformément au programme TRG et à ses contrats connexes, l'OEO facilite la production d'électricité provenant de sources renouvelables et ordonne aux producteurs TRG d'injecter leur électricité dans le réseau. En ce sens, l'OEO n'"acquiert" rien, hormis l'obligation de payer pour l'injection d'électricité dans le réseau ou pour l'exécution par les producteurs TRG des instructions que leur donne la SIERE de s'abstenir de produire de l'électricité.

82. Par conséquent, l'OEO n'acquiert pas, n'utilise pas ni ne possède l'électricité fournie par les producteurs TRG. Le but du programme TRG et de ses contrats connexes n'est pas d'acheter ou d'acquérir de l'électricité, mais de faire en sorte que l'électricité produite à partir de sources renouvelables soit injectée dans le réseau. Il apparaît que le Canada confirme qu'il n'y a pas d'achat quand il dit qu'il n'y a pas de "revente" d'électricité renouvelable dans le cadre du programme TRG. S'il n'y a pas de revente, alors il est raisonnable de supposer qu'il n'y a pas eu d'achat par l'OEO en premier lieu. Attendu que l'article III:8 a) du GATT de 1994 prescrit que les pouvoirs publics achètent ou acquièrent des produits et que l'OEO ne le fait pas dans le cadre du programme TRG et de ses contrats connexes, le Groupe spécial peut constater que ces mesures ne relèvent pas de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

c) Le programme TRG ne concerne pas un achat "pour les besoins des pouvoirs publics"

83. À supposer que le programme TRG et ses contrats connexes équivalent à un "achat" ou à une "acquisition" par les pouvoirs publics de l'Ontario (mais ce n'est pas le cas), l'Union européenne estime que le Groupe spécial peut aussi constater que le programme TRG et ses contrats connexes ne satisfont pas à la prescription énoncée à l'article III:8 a) du GATT de 1994 selon laquelle les produits doivent être achetés "pour les besoins des pouvoirs publics".

84. L'Union européenne a déjà traité les arguments du Canada concernant cet élément dans sa déclaration orale liminaire à la première réunion avec le Groupe spécial. Dans sa déclaration orale liminaire à la première réunion avec le Groupe spécial, le Canada n'a pas traité cette prescription de manière plus approfondie.

85. À cet égard, l'Union européenne rappelle que l'argument du Canada concernant le sens du membre de phrase "pour les besoins des pouvoirs publics" s'articule autour de la notion de "buts des pouvoirs publics" dans la mesure où ces buts figurent dans la législation, les règlements, les politiques ou les directives administratives. Elle considère que le fait que les buts déclarés figurent dans un texte législatif ou un règlement n'est pas pertinent. Sinon, tout but déclaré, quels que soient les besoins en question ou l'absence de lien avec l'objet du contrat d'acquisition, serait considéré comme remplissant automatiquement la condition d'un achat "pour les besoins des pouvoirs publics". De même, le fait que les pouvoirs publics achètent des produits conformément à une politique publique ou un objectif public particuliers n'est pas non plus pertinent, puisqu'en principe, les pouvoirs publics sont censés toujours agir conformément à des politiques publiques ou des objectifs publics. Autrement dit, il est à supposer que lorsqu'ils acquièrent des produits, les pouvoirs publics le font en ayant à l'esprit un objectif public ou une politique publique. Par conséquent, ces politiques et objectifs publics ne peuvent pas être déterminants quant au sens de l'expression "produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics", car sinon ces termes seraient dépourvus de tout sens réel.

86. De l'avis de l'Union européenne, la question essentielle que posent les termes "*for government purposes*" (pour les besoins des pouvoirs publics), lorsqu'ils sont lus conjointement avec les versions française et espagnole de l'article III:8 a) du GATT de 1994, est de savoir si les produits achetés par l'organisme gouvernemental ont été acquis en vue de répondre aux "besoins" des pouvoirs publics. Le terme "*necesidad*" ("besoin" en espagnol) signifie, entre autres choses, "*aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir*" (quelque chose qu'il est impossible d'éviter ou auquel on ne peut résister). Le terme "besoins" en français signifie "les choses considérées comme nécessaires à l'existence". Par conséquent, les termes "*necesidades/besoins*" ou "*purposes*" devraient être interprétés comme faisant référence aux besoins des pouvoirs publics, en ce sens que les différents organismes et structures gouvernementaux ne pourraient pas exister ni remplir leurs fonctions sans utiliser les biens achetés. Ces besoins peuvent inclure les achats effectués par les pouvoirs publics pour être en mesure de fournir des services publics aux citoyens, étant donné que les institutions publiques chargées de fournir des services publics auront besoin de ces produits pour les utiliser directement dans la fourniture de ces services. Comme le Brésil l'a fait observer dans sa déclaration

orale en tant que tierce partie, des gouvernements différents peuvent avoir des besoins différents selon "les différents rôles que les pouvoirs publics peuvent être amenés à jouer dans les différentes sociétés". L'Union européenne considère toutefois que les besoins des pouvoirs publics ne peuvent pas inclure des achats visant à assurer la conformité avec une quelconque politique publique déclarée, que les biens soient utilisés ou non par les pouvoirs publics dans l'exercice de leurs nombreuses fonctions et, par conséquent, que ces achats répondent ou non aux besoins des pouvoirs publics. Sinon, des achats des pouvoirs publics visant, en tant que politique publique déclarée, à "protéger les producteurs locaux contre les importations" échapperaient à l'obligation de traitement national énoncée à l'article III du GATT de 1994. Autrement dit, une interprétation selon laquelle le terme "*purposes*" ou "besoins" fait référence à une quelconque politique publique déclarée par les pouvoirs publics permettrait de contourner le principe fondamental du traitement national et irait donc à l'encontre de l'objet et du but de l'article III du GATT de 1994.

87. Prenons un exemple pour illustrer ce point. Des pouvoirs publics peuvent acheter du matériel médical et des médicaments qui seront utilisés dans les hôpitaux publics ou des livres qui seront utilisés par les élèves des écoles publiques pour fournir des services de santé et d'éducation au profit des citoyens. Ces achats seraient couverts par l'article III:8 a) du GATT de 1994 puisqu'ils seront utilisés par les pouvoirs publics pour fournir des services de santé et d'éducation à la population. Par contre, l'achat d'électricité par les pouvoirs publics, à l'usage des seuls producteurs locaux, même s'il y avait à la base une politique publique de soutien aux producteurs nationaux, ne viserait pas à répondre aux besoins des pouvoirs publics (ni même des citoyens d'une manière générale), mais répondre à une politique publique plus contestable du point de vue du traitement national. Plus généralement, l'achat d'électricité par les pouvoirs publics pour injection dans le réseau et utilisation par des usagers industriels ou résidentiels ne peut pas être considéré comme un achat "pour les besoins des pouvoirs publics" aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

88. En résumé, l'Union européenne considère que le membre de phrase "pour les besoins des pouvoirs publics" fait référence aux achats effectués par les pouvoirs publics pour répondre à leurs besoins, qui comprennent aussi leurs besoins en matière d'entretien de l'infrastructure du secteur public et en matière de services, y compris la fourniture de services aux citoyens. Cependant, ces termes ne couvrent pas les achats effectués aux fins d'une quelconque politique publique puisque, par définition, tous les achats des pouvoirs publics sont effectués à cette fin et que cette interprétation permettrait de contourner l'article III du GATT de 1994.

89. En l'espèce, le Canada fait valoir que l'OEO achète de l'électricité aux producteurs TRG pour mener à bien une politique publique, à savoir assurer un approvisionnement suffisant et fiable en électricité provenant de sources propres. Comme il a été dit, ce n'est pas l'existence d'un objectif de politique publique qui est pertinente aux fins de l'article III:8 a), mais l'existence d'un "besoin" des pouvoirs publics d'acheter les biens qu'ils utiliseront pour s'acquitter de leurs nombreuses fonctions. En l'espèce, le fait que l'OEO achète de l'électricité aux producteurs TRG afin d'assurer un approvisionnement suffisant et fiable en électricité provenant de sources propres, en application d'une politique publique, n'est pas pertinent car l'électricité achetée n'est pas utilisée par l'OEO ni par les pouvoirs publics de l'Ontario pour remplir l'une quelconque de leurs fonctions (comme l'éclairage des bâtiments publics, des routes, etc.).

90. En outre, le Canada ne démontre pas quels sont les besoins auxquels répondent les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux qui sont imposées sur ces achats. De l'avis de l'Union européenne, l'inclusion de ces prescriptions en ce qui concerne l'électricité éolienne et solaire montre que l'électricité fournie par les producteurs TRG n'est pas injectée dans le réseau pour répondre à des besoins des pouvoirs publics, à savoir, par exemple, assurer un approvisionnement suffisant et fiable en électricité provenant de sources propres; en fait, il y a derrière l'objectif déclaré un autre objectif qui ne répond à aucun besoin des pouvoirs publics.

91. En conséquence, même si le Groupe spécial devait considérer que dans le cadre des contrats TRG, l'OEO achète de l'électricité, le programme TRG et ses contrats connexes, dans la mesure où ils contiennent des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux pour l'électricité éolienne et solaire, n'équivaleraient pas à des achats "pour les besoins des pouvoirs publics" au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

d) Tout achat allégué d'électricité dans le cadre du programme TRG est effectué pour la revente dans le commerce

92. Le Canada interprète les mots "non pas pour être revendus dans le commerce" qui figurent à l'article III:8 a) du GATT de 1994 comme signifiant que l'achat ne doit pas avoir pour but la revente à des fins lucratives. Il soutient que l'OEO n'achète pas de l'électricité afin de réaliser un bénéfice et qu'en fait, il n'y a pas de bénéfice puisque l'OEO compense le coût de son achat au moyen de l'ajustement global. En outre, le Canada fait valoir qu'il n'y a pas de revente d'électricité renouvelable dans le cadre du programme TRG car l'OEO achète l'électricité pour l'injecter dans le réseau, où elle est disponible pour la consommation.

93. L'Union européenne déclare que les arguments du Canada sont dénués de fondement. Premièrement, en ce qui concerne l'interprétation des mots "revendus dans le commerce", le Canada se réfère à une définition du terme "commerce" qui inclut la notion de profits. L'Union européenne fait observer que la définition du Canada est tirée d'une définition spécialisée issue du droit commercial (français). En fait, la définition qui précède celle que mentionne le Canada, qui a une connotation économique, assimile le "commerce" à un "échange". De même, d'autres dictionnaires français qui, également dans leurs articles généraux, définissent plus spécifiquement les termes mêmes qui sont employés à l'article III:8 a) du GATT de 1994, à savoir "dans le commerce", renvoient à l'expression "sur le marché", sans indiquer un lien quelconque avec les profits. De même, le terme "*comercio*" en espagnol n'est pas défini par référence aux profits. Par conséquent, l'interprétation par le Canada du terme "commerce" selon le dictionnaire n'est pas déterminante. D'autres définitions étayaient l'interprétation de l'Union européenne selon laquelle l'expression "*commercial resale*" signifie que le produit acheté est vendu ou mis sur le marché ("revendus dans le commerce").

94. Deuxièmement, le Canada se réfère à certains précédents dans lesquels les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont interprété le terme "commerce". L'Union européenne fait observer que dans ces rapports, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel n'ont pas interprété le terme "commerce" dans le cadre de l'article III:8 du GATT de 1994. Étant donné que le même terme peut avoir des sens différents dans des contextes différents, elle estime que les références du Canada à ces rapports sont vaines.

95. En outre, même si dans ces rapports, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont considéré que la rentabilité jouait un rôle central dans le sens du terme "commerce" dans d'autres contextes, cela ne signifie pas que la notion de "commerce" doit toujours impliquer la rentabilité dans tous les cas et dans tous les contextes. Il peut être clair que le terme "commerce" recouvre des situations dans lesquelles il y a profit. Cependant, ce terme peut aussi recouvrir des situations dans lesquelles les profits sont absents et l'action est néanmoins qualifiée de "commerciale".

96. À cet égard, l'Union européenne conteste l'interprétation par le Canada des constatations du Groupe spécial *Canada – Exportations de blé et importations de grains*. Le Canada fait valoir que l'interprétation que donne le Groupe spécial de l'expression "considérations d'ordre commercial" figurant à l'article XVII:1 b) du GATT de 1994 "confirme que la rentabilité est un élément central du sens ordinaire du terme "commercial"". Or ce n'est pas ce que le Groupe spécial a décidé. En fait, au sujet de la structure particulière de l'entreprise commerciale d'État qui faisait l'objet du différend – la Commission canadienne du blé (CCB) – le Groupe spécial a fait observer explicitement que "[l]e fait

que l'objectif de la CCB en vendant du blé n'[était] pas de dégager des bénéfices pour elle-même n'[était] pas contesté". En fait, la CCB agissait comme un instrument, visant des revenus non par pour elle-même mais pour les producteurs canadiens: "étant donné sa structure de direction, la CCB est incitée à maximiser les revenus des producteurs dont elle commercialise les produits ... même si elle devait effectuer des ventes en plus grandes quantités et, dans certains cas, à des prix plus bas qu'une entreprise visant à maximiser les bénéfices, cela ne voudrait pas nécessairement dire que les ventes de la CCB ne seraient pas fondées uniquement sur des considérations d'ordre commercial". Autrement dit, l'interprétation correcte de la décision du Groupe spécial *Canada – Exportations de blé et importations de grains* est qu'il est tout à fait possible pour une entité structurée comme une entreprise commerciale d'État d'avoir un autre objectif que la réalisation de bénéfices pour elle-même, tout en effectuant des achats sur la base de "considérations d'ordre commercial".

97. Troisièmement, le Canada fait valoir que les achats de produits effectués par les pouvoirs publics en vue de revendre ces produits en dehors de l'appareil de l'État pour récupérer les frais d'acquisition (c'est-à-dire sans bénéfice) relèvent de l'article III:8 a) du GATT de 1994 parce que la revente pourrait être nécessaire pour répondre au besoin des pouvoirs publics pour lequel le produit a été acheté. Autrement dit, le Canada soutient que s'il est nécessaire, pour répondre à un besoin des pouvoirs publics, de réintroduire dans le commerce le produit acheté, même si celui-ci est vendu ultérieurement, ces achats relèveraient de l'article III:8 a) du GATT de 1994 et n'auraient donc pas à satisfaire à l'obligation de traitement national. L'Union européenne fait observer qu'une telle interprétation de l'article III:8 a) n'est pas admissible car elle conduirait au contournement de l'obligation de traitement national.

98. Au sujet des faits en l'espèce, ce que le Canada fait valoir, c'est que l'OEO peut acheter de l'électricité aux producteurs TRG, leur ordonner d'injecter cette électricité dans le réseau et autoriser les distributeurs à la vendre aux consommateurs. Selon le Canada, étant donné que l'OEO ne fait pas de bénéfice, ce mécanisme n'impliquerait pas une revente dans le commerce et relèverait de l'article III:8 a) du GATT de 1994. L'Union européenne n'est pas d'accord. L'expression "revente dans le commerce" ne peut être mesurée par rapport aux ressources économiques des Membres capables d'acheter des biens et de les revendre sans profit à d'autres opérateurs de manière à ce que ceux-ci dégagent finalement des bénéfices. Cela reviendrait à dire que certains Membres auraient la capacité financière de contourner l'obligation de traitement national énoncée à l'article III (en vendant sans profit) tandis que les autres relèveraient toujours de l'article III du GATT de 1994. Prenons d'autres exemples. Les pouvoirs publics ne peuvent pas acheter uniquement des pommes de terre du pays puis les revendre sans frais pour eux-mêmes (ou peut-être à perte) à d'autres opérateurs parce que l'effet négatif de distorsion des échanges pris en compte par l'obligation de traitement national énoncée à l'article III aurait déjà été causé. En effet, à cause de l'action des pouvoirs publics, les producteurs nationaux de pommes de terre verraient leur production achetée par les pouvoirs publics et finalement réintroduite dans le commerce, contournant ainsi l'essence de l'article III du GATT de 1994. Le membre de phrase "non pas pour être revendus dans le commerce" qui figure à l'article III:8 a) est destiné à faire en sorte que le principe du traitement national ne soit pas contourné par l'autorisation donnée aux pouvoirs publics d'acheter sur une base discriminatoire dans les cas où le produit acheté reviendra sur le marché effectif parce que les pouvoirs publics le revendent. En ce sens, l'historique de la négociation confirme que l'expression "dans le commerce" a été introduite "pour garantir l'application constante de la disposition visant à exempter du traitement national les marchés de marchandises qui sont vendues après utilisation".

99. Enfin, l'Union européenne fait observer qu'en l'espèce, le fait que l'OEO ne dégage pas de bénéfices est peut-être dénué de pertinence dans la mesure où l'électricité est injectée dans le réseau "pour être revendue dans le commerce". En effet, il n'est pas contesté que l'électricité fournie par les producteurs TRG est ultérieurement vendue avec profit par les distributeurs ou les détaillants indépendants.

100. En conséquence, l'Union européenne considère que le Groupe spécial peut constater que le programme TRG et ses contrats connexes ont pour objet la revente dans le commerce et échappent donc à l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

e) Tout achat allégué d'électricité dans le cadre du programme TRG est effectué pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce

101. Le Canada soutient que pour relever de la dernière partie de la phrase de l'article III:8 a) du GATT de 1994, un achat doit être fait "pour" que le produit serve à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce. Les cas dans lesquels le produit acheté sert incidemment à la production de marchandises destinées à la revente dans le commerce relèveraient de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

102. L'Union européenne n'est pas d'accord. L'emploi du mot "pour" ne dépend pas de l'intention subjective du Membre concerné quand celui-ci achète les produits en question. Cela rendrait subjectif le critère juridique prévu à l'article III:8 du GATT de 1994, qui serait donc susceptible d'être contourné (autrement dit, s'il est uniquement fondé sur l'intention alléguée ou déclarée du Membre concerné). Au contraire, l'Union européenne considère que le critère juridique prévu à l'article III:8 a) devrait être objectif. En ce sens, les versions espagnole et française des termes "*with a view to*", à savoir "*para*"/"pour" ("for") sont neutres et recouvrent les situations dans lesquelles il y a des éléments de preuve indiquant l'intention qui sous-tend l'achat des pouvoirs publics, ainsi que les situations dans lesquelles, en fait, les produits achetés par les pouvoirs publics en dehors des obligations de traitement national servent à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce. Par conséquent, l'interprétation subjective du mot "pour" donnée par le Canada ne peut pas être admise.

103. En outre, le Canada soutient que le membre de phrase "servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce" devrait être interprété comme faisant référence aux actions des pouvoirs publics, et non aux actions d'autres opérateurs. L'Union européenne considère que cette interprétation ne peut pas non plus être admise. Les termes sont neutres en ce qui concerne l'utilisateur et ne disent certainement pas qu'il s'agit de "servir aux pouvoirs publics" comme le Canada le prétend. En fait, l'article III:8 a) emploie le terme "servir" en général, sans spécifier l'utilisateur effectif. Étant donné que ces termes sont fondamentalement de nature à empêcher tout contournement, l'Union européenne considère que l'interprétation correcte devrait englober les situations dans lesquelles l'achat des pouvoirs publics est effectué pour que quiconque se serve ultérieurement du produit pour la production de marchandises destinées à la revente dans le commerce.

104. En conséquence, en l'espèce, le Groupe spécial peut constater qu'il n'est pas satisfait à cet élément de l'article III:8 a) du GATT de 1994 car l'électricité injectée dans le réseau par les producteurs TRG est utilisée par des entités en Ontario pour produire des marchandises à des fins commerciales, fait que le Canada ne conteste pas.

f) Conclusions

105. Compte tenu de ce qui précède, l'Union européenne demande au Groupe spécial de constater que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux incluses dans le programme TRG et ses contrats connexes ne relèvent pas de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Le Groupe spécial peut faire cela en examinant un, plusieurs ou la totalité des éléments de cet article mentionnés ci-dessus.

106. En conséquence, le programme TRG et ses contrats connexes ne relèvent pas de l'article III:8 a) puisqu'ils ne concernent pas un achat (ni une acquisition) par un organe gouvernemental. Même si un achat est effectué, cette acquisition n'est pas faite pour que les pouvoirs

publics de l'Ontario en aient directement la consommation, l'avantage ou l'usage. Enfin, même si un achat est effectué, cette acquisition est faite pour la revente dans le commerce et/ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce.

2. Article III:8 b) du GATT de 1994

107. En l'espèce, l'Union européenne n'allègue pas que le programme TRG contrevient à l'article III:4 parce que les tarifs supérieurs à ceux du marché qu'il prévoit pour l'énergie produite par les producteurs TRG sont disponibles uniquement pour les producteurs d'énergie renouvelable implantés en Ontario, et non pour les producteurs d'énergie renouvelable non implantés en Ontario. Elle soutient en fait que les prescriptions du programme TRG relatives à la teneur en éléments nationaux établissent une discrimination à l'encontre du matériel et des composants importés pour la production d'énergie renouvelable et en faveur des mêmes matériel et composants produits en Ontario. En conséquence, le programme TRG et ses contrats connexes ne relèvent pas de l'article III:8 b).

3. Conclusion

108. Compte tenu de ce qui précède, l'Union européenne conclut que l'article III:8 du GATT de 1994 ne s'applique pas en l'espèce. Par conséquent, les dispositions relatives au traitement national qui figurent à l'article III:4 du GATT de 1994 et à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, conjointement avec le paragraphe 1 a) de l'Annexe de cet accord, sont applicables en l'espèce.

D. LES MESURES EN CAUSE SONT DES MESURES CONCERNANT LES INVESTISSEMENTS ET LIEES AU COMMERCE QUI SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 2:1 DE L'ACCORD SUR LES MIC, CONJOINTEMENT AVEC LE PARAGRAPHE 1 A) DE L'ANNEXE DE L'ACCORD

109. L'Union européenne déclare que les mesures en cause sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, conjointement avec le paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord, parce qu'elles sont des mesures concernant les investissements et liées au commerce 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.

1. Les allégations au titre de l'Accord sur les MIC sont plus spécifiques que l'allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994

110. Les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux incluses dans le programme TRG et ses contrats connexes sont au cœur du présent différend. En particulier, pour bénéficier des tarifs à long terme garantis dans le cadre du programme TRG, les producteurs d'électricité solaire photovoltaïque (TRG et microTRG) ou éolienne (TRG) doivent acheter ou utiliser une proportion de produits fabriqués, façonnés ou assemblés en Ontario et énumérés dans la grille de teneur en éléments nationaux applicable qui soit suffisante pour atteindre le niveau minimum requis applicable en ce qui concerne cette teneur. Cela incite les producteurs TRG à utiliser des produits d'origine ontarienne de préférence aux produits d'autres origines dans leurs installations de production d'électricité solaire photovoltaïque ou éolienne, parce que les produits d'origine ontarienne sont comptabilisés aux fins du niveau de la teneur en éléments nationaux d'un projet tandis que les produits d'autres origines ne le sont pas. Autrement dit, le programme TRG établit une discrimination à l'encontre des produits importés parce que les producteurs TRG doivent acheter ou utiliser au moins certains produits d'origine ou de source nationale pour bénéficier de ce programme. Étant donné que, la formulation de l'allégation au titre de l'Accord sur les MIC est plus spécifique en ce qui concerne les faits en cause en l'espèce, en comparaison avec le GATT, et que les mesures en cause sont de la nature d'une MIC, l'Union européenne examinera d'abord ses allégations au titre de l'Accord sur les MIC.

2. Le programme TRG relève du paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord sur les MIC

111. Pour montrer qu'une MIC est incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, il y a au moins deux possibilités pertinentes en l'espèce: soit 1) des éléments de preuve sont présentés qui démontrent l'existence de l'une quelconque des situations décrites dans la liste exemplative de MIC comme étant incompatibles avec la disposition relative au traitement national prévue à l'article III:4 du GATT (et, en particulier, au paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord sur les MIC), soit 2) une violation de l'article III:4 du GATT de 1994 est montrée.

112. L'Union européenne considère qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve indiquant que le programme TRG et ses contrats connexes sont des MIC explicitement visées au paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord sur les MIC. En effet, le programme TRG est une MIC "à laquelle il est nécessaire de se conformer pour obtenir un avantage" puisque la non-conformité avec le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux signifie pour les producteurs qu'ils ne bénéficieront pas du programme TRG. En outre, le programme TRG prescrit l'achat ou l'utilisation de matériel et de composants nationaux pour atteindre le niveau minimum requis applicable pour la teneur en éléments nationaux.

113. Par conséquent, l'Union européenne estime que le programme TRG et ses contrats connexes sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'*Accord sur les MIC*, conjointement avec le paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord, parce que ce sont des MIC qui prescrivent que des entreprises (les producteurs TRG) achètent ou utilisent du matériel et des composants pour installations de production d'énergie renouvelable d'origine ou de source ontarienne.

3. Conclusion et réparation demandées

114. Compte tenu de ce qui précède, l'Union européenne demande au Groupe spécial de constater que le programme TRG et ses contrats connexes sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'*Accord sur les MIC*, conjointement avec le paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord, parce que ce sont des MIC qui prescrivent que des entreprises achètent ou utilisent du matériel et des composants pour installations de production d'énergie renouvelable d'origine ou de source ontarienne.

115. L'Union européenne demande au Groupe spécial de recommander que le Canada rende le programme TRG et ses contrats connexes conformes à l'Accord sur les MIC, comme le prescrit l'article 19:1 du Mémoire d'accord.

E. LES MESURES EN CAUSE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994

116. L'Union européenne fait valoir que le programme TRG et ses contrats connexes sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'ils sont des MIC relevant du paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord sur les MIC. À titre subsidiaire, elle fait valoir que le programme TRG et ses contrats connexes sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 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 de matériel et de composants pour la production d'énergie renouvelable sur le marché intérieur, en accordant un traitement moins favorable aux produits similaires originaires de l'UE.

117. Le programme TRG et ses contrats connexes relèvent de la liste exemplative des mesures qui sont réputées incompatibles avec l'article III:4 du GATT conformément à l'Annexe de l'Accord sur les MIC. L'Union européenne considère que, rien que sur cette base, le Groupe spécial peut constater que le programme TRG et ses contrats connexes sont aussi, par conséquent, incompatibles avec l'article III:4 du GATT.

118. Si le Groupe spécial devait décider d'examiner l'allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 séparément (par exemple parce qu'il n'applique pas le principe d'économie jurisprudentielle) et/ou avant d'examiner l'allégation au titre de l'Accord sur les MIC, l'Union européenne déclare que les mesures en cause sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994, parce qu'elles accordent au matériel et aux composants importés pour installations de production d'énergie renouvelable un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires originaires de l'Ontario. Elle incorpore à la présente communication les paragraphes 262 à 283 de la première communication écrite présentée par le Japon dans l'affaire DS412.

119. De fait, le matériel et les composants pour la production d'énergie renouvelable fabriqués localement en Ontario et ceux qui sont importés de l'Union européenne sont des "produits similaires" au sens de l'article III:4 du GATT de 1994. Plusieurs groupes spéciaux ont été d'avis que lorsque la différence de traitement entre les produits nationaux et les produits importés était exclusivement fondée sur l'origine des produits, il convenait de traiter les produits comme étant "similaires" au sens de l'article III:4. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire d'établir la similarité des produits importés et des produits nationaux d'après les critères traditionnels, c'est-à-dire leurs propriétés physiques, les utilisations finales et les goûts et habitudes des consommateurs. Autrement dit, il suffit, pour répondre au critère du "produit similaire", que la partie plaignante démontre qu'il peut y avoir ou qu'il y aura des produits nationaux et des produits importés qui sont "similaires". En l'espèce, le seul critère permettant de distinguer les produits est celui de l'origine. La grille de teneur en éléments nationaux ne mentionne aucune différence substantielle entre le matériel national et le matériel importé en ce qui concerne leurs propriétés physiques, les utilisateurs finals, les perceptions des consommateurs et les classements tarifaires. Par conséquent, les deux produits, l'un national et l'autre importé, sont similaires.

120. En outre, comme il a été expliqué plus haut, le programme TRG et ses contrats connexes sont des prescriptions qui affecte la vente, l'achat et l'utilisation de produits sur le marché intérieur au sens de l'article III:4 du GATT de 1994.

121. De plus, le programme TRG et ses contrats connexes accordent au matériel et aux composants importés pour la production d'énergie renouvelable un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires originaires de l'Ontario. Le programme TRG crée parmi les producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque implantés en Ontario des incitations à utiliser du matériel et des composants pour la production d'énergie renouvelable produits en Ontario. Ces mesures visent fondamentalement à altérer les conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux similaires afin de créer artificiellement une préférence pour les produits nationaux.

122. En conséquence, 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 de matériel et de composants pour la production d'énergie renouvelable sur le marché intérieur, en accordant un traitement moins favorable aux produits similaires originaires de l'UE, le programme TRG et ses contrats connexes sont incompatibles avec l'obligation du Canada d'accorder le traitement national au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

123. Compte tenu de ce qui précède, l'Union européenne demande au Groupe spécial de constater que le programme TRG et ses contrats connexes sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'ils sont des MIC relevant du paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord sur les MIC. À titre subsidiaire, elle demande au Groupe spécial de constater que le programme TRG et ses contrats connexes sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 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 de matériel et de composants pour la

production d'énergie renouvelable sur le marché intérieur, en accordant un traitement moins favorable aux produits similaires originaires de l'UE.

124. L'Union européenne demande au Groupe spécial de recommander que le Canada rende le programme TRG et ses contrats connexes conformes au GATT de 1994, comme le prescrit l'article 19:1 du Mémoire d'accord.

IV. CONCLUSIONS ET DEMANDE DE RÉPARATION

125. Compte tenu de ce qui précède, l'Union européenne demande au Groupe spécial de constater ce qui suit:

- le Canada a 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'OMC, y compris l'Union européenne;
- le Canada a 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
- le Canada a 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 ou, à titre subsidiaire, 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 de matériel et de composants pour la production d'énergie renouvelable sur le marché intérieur, en accordant un traitement moins favorable aux produits similaires originaires de l'UE.

ANNEXE A-3

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DU CANADA

TABLE DES MATIÈRES

| | | |
|-------------|--|-------------|
| I. | PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DU CANADA RELATIVE AU DIFFÉREND DS412 | A-64 |
| A. | INTRODUCTION | A-64 |
| B. | APERÇU FACTUEL..... | A-64 |
| C. | ARGUMENTS JURIDIQUES..... | A-71 |
| 1. | Le programme TRG n'est pas visé par l'article III du GATT..... | A-71 |
| 2. | Allégation du Japon au titre de l'Accord sur les MIC..... | A-73 |
| 3. | Allégation du Japon au titre de l'Accord SMC..... | A-74 |
| II. | PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DU CANADA RELATIVE AU DIFFÉREND DS426 | A-77 |
| A. | LE PROGRAMME TRG N'EST PAS VISÉ PAR L'ARTICLE III DU GATT CAR IL RELÈVE DE L'ARTICLE III:8 A)..... | A-77 |
| B. | ALLÉGATION DE L'UNION EUROPÉENNE AU TITRE DE L'ACCORD SMC..... | A-78 |
| III. | DÉCLARATION LIMINAIRE DU CANADA À LA PREMIÈRE RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL | A-80 |
| A. | ALLÉGATION AU TITRE DU GATT | A-80 |
| B. | ALLÉGATION AU TITRE DE L'ACCORD SMC | A-83 |
| IV. | DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DU CANADA RELATIVE AUX DIFFÉREND DS412 ET DS426 | A-85 |
| A. | ALLÉGATION AU TITRE DU GATT | A-86 |
| B. | ALLÉGATION RELATIVE AUX SUBVENTIONS | A-90 |
| V. | DÉCLARATION LIMINAIRE DU CANADA À LA DEUXIÈME RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL | A-91 |
| A. | ALLÉGATION AU TITRE DU GATT | A-91 |
| B. | ALLÉGATION RELATIVE AUX SUBVENTIONS | A-93 |

I. PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DU CANADA RELATIVE AU DIFFÉREND DS412¹

A. INTRODUCTION

1. L'électricité est essentielle au bien-être public. Les pouvoirs publics de l'Ontario jouent donc un rôle important en assurant un approvisionnement en électricité suffisant et fiable, y compris à partir de sources propres, en réglementant le secteur de l'électricité et en détenant des installations de production ainsi que la majeure partie du réseau de transport. Ils achètent aussi de l'électricité par le biais de son mandataire, l'Office de l'électricité de l'Ontario (OEO), qui conclut des "accords d'achat d'électricité" avec des producteurs d'électricité indépendants.

2. En vertu du programme de tarifs de rachat garantis (TRG) de l'Ontario, l'OEO achète de l'électricité provenant de sources renouvelables. Outre qu'il aide à assurer l'approvisionnement en électricité, le programme TRG contribue aussi à la protection de l'environnement, car il diminue la dépendance de l'Ontario à l'égard de l'électricité produite à partir de charbon, réduisant ainsi la production de gaz à effet de serre.

3. L'acquisition d'électricité par l'OEO dans le cadre du programme TRG relève de l'article III:8 a) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT) et n'est donc pas visé par l'article III du GATT et ne peut pas être incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MIC). L'article III:8 a) exempte les lois, règlements et prescriptions qui régissent certaines acquisitions des obligations énoncées à l'article III du GATT et dans l'Accord sur les MIC. Comme le Ministère de l'économie, du commerce et de l'industrie du Japon l'a expliqué, l'article III:8 a) "permet aux pouvoirs publics d'acheter de préférence des produits nationaux, faisant de leurs acquisitions l'une des exceptions à la règle du traitement national".

4. Le Japon n'a pas non plus étayé son allégation selon laquelle le programme TRG est une subvention prohibée au titre de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) pour deux raisons: premièrement, il a qualifié à tort l'achat de biens par l'OEO de transfert direct ou de transfert direct potentiel de fonds, ou de forme de soutien des revenus ou des prix; et, deuxièmement, les points de repère qu'il a choisis pour établir qu'un "avantage" est conféré sont inappropriés.²

B. APERÇU FACTUEL

5. Le réseau d'électricité en Ontario était détenu et exploité antérieurement par les pouvoirs publics de la province. De 1973 à 1998, une entreprise publique dénommée Ontario Hydro était chargée d'assurer la quasi-totalité de la production et du transport d'électricité dans la province. En 1998, les difficultés financières rencontrées par Ontario Hydro ont amené les pouvoirs publics à adopter la *Loi sur la concurrence dans le secteur de l'énergie* et la *Loi de 1998 sur l'électricité*, qui ont créé le marché de l'électricité et partagé les responsabilités d'Ontario Hydro entre cinq entités distinctes.

¹ Le Canada a résumé chronologiquement ses principaux arguments dans ses déclarations écrites et ses déclarations liminaires orales. Il s'est efforcé de résumer uniquement les nouveaux points qui ont été soulevés dans les communications ultérieures. S'agissant des résumés de ses réponses aux questions du Groupe spécial et de certaines observations concernant les réponses des plaignants, le Canada les a soit insérés dans les sections pertinentes du présent document soit placés, dans la mesure du possible, dans une note de bas de page relative au texte le plus pertinent.

² En ce qui concerne la demande de décision préliminaire du Canada au titre de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, le Groupe spécial a présenté une description générale des arguments du Canada dans sa décision.

6. Premièrement, la Société indépendante de gestion du marché de l'électricité (SIGME) a été créée pour gérer le marché de gros de l'électricité.³ Deuxièmement, Ontario Power Generation (OPG) a été constituée pour détenir et exploiter les actifs productifs d'Ontario Hydro, assumant ainsi 90% de la production d'électricité en Ontario. Troisièmement, Hydro One a été chargée de détenir la majeure partie du réseau de transport de l'Ontario et sa principale entreprise de distribution. Quatrièmement, la Société financière de l'industrie de l'électricité de l'Ontario (SFIEO) a été créée pour gérer la dette et les contrats conclus avec des producteurs d'électricité privés hérités d'Ontario Hydro. Cinquièmement, l'Office de la sécurité des installations électriques (OSIE) a été établi afin d'améliorer la sécurité des installations électriques pour les résidents en Ontario.

7. En même temps, la Commission de l'énergie de l'Ontario (CEO) a été chargée de réglementer le secteur de l'électricité et de fixer les tarifs pour les installations de distribution ainsi que les prix à la consommation dans le cadre de la grille tarifaire réglementée (GTR).⁴

³ Réponse à la question n° 19 (deuxième série): Le marché de gros de l'électricité géré par la SIGME était fondé sur les offres d'électricité et les soumissions d'achat d'électricité. Sur ce marché, les producteurs offraient des quantités d'électricité selon des tarifs et des volumes spécifiques, tandis que les acheteurs (principalement des sociétés de distribution locale (SDL)) présentaient des soumissions d'achat. La SIGME équilibrait l'offre et la demande en acceptant toutes les offres jusqu'à concurrence de la quantité totale d'électricité nécessaire pendant un intervalle donné de cinq minutes. La dernière quantité d'électricité acceptée par la SIGME permettait de fixer le prix d'équilibre du marché. La moyenne de tous les prix d'équilibre du marché pour une heure donnée représentait le PHEO. Après la fermeture du marché en novembre 2002, ce mécanisme a continué de servir de base à la SIERE pour équilibrer l'offre et la demande physiques (c'est-à-dire le volume). Toutefois, le mécanisme de la SIERE fonctionne différemment. Premièrement, les producteurs d'électricité ne présentent pas tous des "offres" de la même manière. Surtout, la production hors charge commandée (y compris l'électricité éolienne et solaire relevant du programme TRG) est automatiquement acceptée dans l'empilement de la SIERE sur la base des estimations des volumes produits et sans aucune "offre" de tarif. La SIERE accepte ensuite dans l'empilement la quantité en charge de base provenant de toutes les installations d'OPG réglementées. OPG "offre" cette électricité en charge de base à des tarifs extrêmement bas et souvent négatifs pour faire en sorte qu'elle soit acceptée. Elle peut le faire sans avoir d'incidence négative sur ses recettes parce que ses tarifs réels sont fixés par une réglementation de la CEO.

C'est seulement après que ces volumes ont été acceptés que la SIERE commence à accepter dans l'empilement les offres des autres producteurs. Ce sont des producteurs qui perçoivent soit des tarifs contractuels soit uniquement le PHEO. Ces offres se rapportent à toutes les sources de production, à l'exception des sources de production hors charge commandée. Toutefois, les tarifs offerts ne reflètent pas le coût de production réel des sources d'électricité contractuelles parce qu'ils sont prédéterminés par les contrats de l'OEO/la SFIEO. En fin de compte, les dernières quantités d'électricité acceptées dans l'empilement proviennent généralement des producteurs d'électricité à partir de gaz qui ont passé des contrats avec l'OEO. Ces contrats contiennent des dispositions imposant aux producteurs d'électricité à partir de gaz de "faire des offres" à un tarif déterminé selon une formule qui leur permet d'opérer aux moments où cela est le plus rentable pour eux.

En ce qui concerne le côté de la demande du mécanisme d'empilement de la SIERE, les SDL, qui présentent la grande majorité des "soumissions" de demande sont inélastiques par rapport tant aux tarifs qu'aux volumes. Ils suivent simplement la demande des utilisateurs finals sur la base des volumes de consommation escomptés et acceptent tout tarif.

⁴ Réponse à la question n° 37 (première série): Les activités de la CEO avant et après l'ouverture du marché à la concurrence en 2002 sont essentiellement les mêmes. En 2003, le rôle de la CEO s'est élargi pour inclure l'élaboration d'un nouveau mécanisme de fixation des prix de détail de l'électricité, la GTR. En outre, lorsque l'OEO a été créé en 2002, la CEO a été chargée d'approuver ses redevances et ses procédures d'acquisition. En 2005, elle est devenue responsable de la réglementation des tarifs pour les actifs productifs réglementés d'OPG.

En 2002, la SIERE s'appelait la SIGME. Elle était responsable de la gestion du marché de gros de l'électricité et de l'exploitation du réseau. En 2004, la SIGME a été rebaptisée SIERE. La SIERE continue aujourd'hui de gérer la fiabilité du réseau d'électricité, est chargée d'appliquer l'algorithme qui permet d'équilibrer l'offre et la demande physiques, et fournit des prévisions à court terme concernant l'offre et la demande d'électricité. Ses responsabilités n'ont pas été fondamentalement modifiées; toutefois, la suppression du mot "marché" dans son appellation indiquait le changement intervenu dans le réseau d'électricité de l'Ontario.

8. Alors que le marché concurrentiel était mis en place entre 1998 et 2002, peu d'installations de production ont été construites, et l'investissement du secteur privé a été insuffisant pour assurer un approvisionnement fiable. Le marché concurrentiel s'est ouvert en mai 2002.⁵ Pendant l'été de 2002, des températures très élevées dans la province ont fait grimper la demande ainsi que les prix de l'électricité. En conséquence, les pouvoirs publics ont plafonné les prix de l'électricité pour les usagers résidentiels et institutionnels et les petites entreprises.

9. Dans le cadre d'un plan visant à supprimer les prix plafonds et à faciliter l'investissement dans les nouvelles opérations de production, les pouvoirs publics ont à nouveau restructuré le réseau d'électricité en 2004 par le biais de la *Loi sur la restructuration du secteur de l'électricité*. Cette restructuration est en grande partie à l'origine du réseau qui existe en Ontario aujourd'hui. La supervision du réseau d'électricité par les pouvoirs publics a été confiée au Ministère de l'énergie, qui est chargé de faire en sorte que les besoins en électricité de l'Ontario soient satisfaits de manière durable. Le Ministère de l'énergie est aussi responsable en vertu de la loi de la Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité (SIERE), de la CEO, de l'OEO, d'OPG et d'Hydro One.

10. Comme l'expérience du marché de gros concurrentiel a démontré qu'il ne serait pas suffisant pour répondre aux besoins en approvisionnement à long terme, l'OEO a été créé et chargé de planifier le réseau à long terme, d'acquérir de l'électricité et de promouvoir les énergies renouvelables et propres.⁶ Durant la restructuration, la SIGME a aussi été rebaptisée SIERE. La SIERE continue de gérer la fiabilité du réseau d'énergie et d'administrer le réseau d'électricité.

L'OEO n'existait pas en 2002. Il a été créé par la Loi sur la restructuration du secteur de l'électricité en 2004. En 2002, il n'y avait aucune entité chargée d'acquérir de l'électricité au nom des pouvoirs publics de l'Ontario.

⁵ Réponse à la question n° 1 (deuxième série): Les techniques de production qui existaient pendant la période de libéralisation étaient l'énergie nucléaire, le charbon, le pétrole et le gaz, l'énergie hydraulique, l'énergie éolienne, le bois et les déchets. Les capacités et les productions respectives en 2002 ont été communiquées. Ces producteurs percevaient le PHEO à titre de rémunération, à l'exception des producteurs d'électricité privés, qui percevaient des tarifs contractuels. Pendant la période de libéralisation, les producteurs privés étaient payés en moyenne 0,06 à 0,07 dollar/kWh. Le mécanisme de la SIGME ne s'appliquait pas aux producteurs privés, car ils pouvaient bénéficier de leurs tarifs contractuels convenus avec l'ancienne Ontario Hydro au début des années 1990. Les producteurs privés représentaient environ 6% de la production en 2002. Le PHEO moyen pendant la période de libéralisation allait de 0,03 à 0,83 dollar/kWh. Les charges non liées aux produits n'étaient pas incluses dans le PHEO, et elles ne le sont toujours pas actuellement. En 2002, ces charges comprenaient les frais de service du marché de gros, les frais de transport et la redevance de liquidation de la dette; au cours de la période allant de mai à novembre 2002 inclus, elles s'élevaient en moyenne, à 0,07 dollar/kWh, 0,887 dollar/kWh et 0,07 dollar/kWh, respectivement. Elles étaient payées, en sus du PHEO, par tous les utilisateurs finals d'électricité pendant la période de libéralisation, exactement comme aujourd'hui. De mai à novembre 2002, l'Ontario a importé au total 5,1 TWh d'électricité. Cela représentait environ 5,7% de la demande totale en Ontario pendant cette période (les importations nettes comptant pour environ 4,4% de la demande totale).

Les pouvoirs publics de l'Ontario ont décidé de mettre un terme à la libéralisation car des températures très élevées avaient fait grimper la demande, l'approvisionnement avait été entravé par la structure du marché qui n'encourageait pas l'entrée d'un nombre suffisant de nouveaux producteurs et, en conséquence, les prix avaient augmenté sensiblement sur une courte période. Les difficultés rencontrées par les consommateurs en raison de ces prix élevés ont amené les pouvoirs publics à réduire et à plafonner les prix de l'électricité applicables à certains consommateurs. Afin de supprimer les prix plafonds et de faciliter l'investissement dans de nouvelles opérations de production, les pouvoirs publics ont restructuré le marché de l'électricité pour mettre en place le réseau d'électricité qui existe actuellement.

⁶ Réponse aux questions n° 10 et 36 (première série): L'OEO n'est ni un "représentant" ni une "chambre de compensation". La législation portant création de l'OEO ne lui donne pas pour mandat d'agir en tant que représentant mais de passer des contrats d'acquisition. L'OEO n'a pas de contrats de représentation avec des vendeurs ou des acheteurs d'électricité et n'agit pas sur instruction des fournisseurs TRG ou des consommateurs. En fait, conjointement avec le Ministère de l'énergie, il décide les conditions d'achat.

11. À ce jour, l'électricité est produite par les installations d'OPG (qui fournissent environ 50% de l'offre) et par les producteurs d'électricité indépendants qui ont passé des contrats avec l'OEO ou la SFIEO (environ 42% de l'offre). Au milieu de 2011, l'électricité acquise par l'OEO représentait une capacité de production d'environ 12 426 MW en Ontario. L'OEO acquiert de l'électricité en passant des contrats à long terme appelés "accords d'achat d'électricité".⁷

12. Ainsi, les pouvoirs publics de l'Ontario contribuent à assurer l'approvisionnement en électricité en réglementant le secteur de l'électricité, en détenant des installations de production et en acquérant de l'électricité.⁸ Ce faisant, ils doivent relever deux principaux défis: premièrement, assurer un approvisionnement suffisant; et, deuxièmement, assurer un approvisionnement à partir de sources propres.

13. Le premier défi pour ce qui est d'assurer un approvisionnement suffisant tient au fait que la population de l'Ontario aura augmenté de 28% en 2030, alors que plusieurs installations nucléaires seront fermées temporairement pour entretien. Par conséquent, l'offre diminuera alors que la demande devrait augmenter. En outre, les pouvoirs publics se sont engagés à éliminer la production d'électricité à partir de charbon pour 2014. Il est prévu qu'une capacité de production de 15 000 MW devra être modernisée, remplacée ou ajoutée à la capacité existante de 35 000 MW d'ici à 2030.

14. Toutefois, les pouvoirs publics se heurtent à la difficulté de stimuler l'investissement dans de nouvelles opérations de production d'électricité, c'est-à-dire au problème des "fonds manquants". Ce problème se pose lorsque les prix de gros ne sont pas suffisamment rémunérateurs pour couvrir les coûts fixes des producteurs ou les coûts d'investissement totaux des nouveaux producteurs. En conséquence, les investisseurs ne financeront pas la construction de nouvelles installations de

Une "chambre de compensation" est "[u]ne institution [...] pour l'ajustement de leurs créances mutuelles portant sur des chèques et des titres [...]". L'OEO ne joue pas ce rôle. Il n'agit pas non plus en tant qu'"organisme de réglementation" – c'est le rôle de la CEO. La CEO réglemente les prix payés par les usagers et les entreprises en Ontario qui sont de petits consommateurs, les tarifs payés aux actifs productifs d'électricité qui sont détenus par les pouvoirs publics, et les redevances payées aux entreprises de transport et de distribution pour la livraison de l'électricité. Par contre, l'OEO ne réglemente rien. Il conclut des contrats pour l'achat d'électricité. Les fournisseurs sont libres d'accepter ou de rejeter les prix proposés par l'OEO.

Réponse à la question n° 29 (première série): Les engagements de l'OEO ne sont pas garantis par le gouvernement de l'Ontario. Actuellement, la seule source de revenus de l'OEO pour payer les prix contractuels est l'ajustement global. Dans le cas peu probable où les consommateurs ne paieraient pas l'ajustement global, l'OEO pourrait être incapable d'effectuer ces paiements.

⁷ Réponse aux questions n° 16 et 18 (deuxième série): Selon une pratique courante, les contrats précisent le type de technique de production qui sera utilisé. Par exemple, les contrats relevant de l'Initiative concernant les contrats hydroélectriques (HCI) sont attribués uniquement aux centrales hydroélectriques. De même, les contrats au titre du Programme d'offre standard pour la production combinée de chaleur et d'électricité concernent uniquement l'électricité produite à partir de gaz. D'autres programmes, tels que le programme TRG, prescrivent la production d'électricité à partir de certaines sources renouvelables. Le seul contrat pour la production d'électricité nucléaire concerne la rénovation de Bruce Power. Les contrats de l'OEO avec les installations hydroélectriques au titre des programmes HCI et TRG sont formulés en termes généraux pour ce qui est de la technologie (c'est-à-dire qu'ils prévoient des tarifs standard). La pratique courante veut aussi que les contrats des producteurs connectés au réseau contiennent des prescriptions concernant le réseau. Celles-ci incorporent généralement les règles du marché de la SIÈRE. Par exemple, l'article 2.2 d) du contrat RES II dispose que les producteurs d'électricité doivent fournir une "évaluation de l'incidence du raccordement ...".

⁸ Réponse à la question n° 34 (première série): En Ontario, les objectifs de la sécurité de l'approvisionnement en électricité et de la production durable sont énoncés à l'article premier de la Loi de 1998 sur l'électricité. Le mandat de l'OEO, à savoir assurer un approvisionnement en électricité suffisant, fiable et sûr, est énoncé à l'article 25.2 de cette loi. Ces objectifs sont aussi prévus dans la Loi de 2009 sur l'énergie verte et dans le Plan énergétique à long terme (PELT). Ils sont communs aux juridictions voisines. Afin de pouvoir participer au réseau d'électricité nord-américain, la SIÈRE est tenue de se conformer aux normes élaborées par la North American Reliability Corporation, y compris l'obligation d'avoir des réserves de production suffisantes.

production aux prix de gros. Le problème est plus grave pour les techniques de production à forte intensité de capital qui sont nécessaires à la production d'électricité renouvelable.⁹

15. En Ontario, le prix du marché de gros (appelé le prix horaire de l'électricité en Ontario (PHEO)) n'est pas suffisamment rémunérateur pour stimuler l'investissement dans la production d'électricité. Ainsi, 92% des producteurs d'électricité en Ontario ne sont pas rémunérés uniquement par le PHEO – ils bénéficient de prix réglementés ou contractuels qui sont supérieurs au PHEO conformément aux règlements de la CEO et aux contrats avec l'OEO ou la SFIEO.¹⁰ Pour les installations nucléaires et installations hydroélectriques de production en charge de base d'OPG, les tarifs sont fixés par la CEO, tandis que les producteurs qui perçoivent un prix contractuel en fonction de la capacité sont les producteurs d'électricité privés, les producteurs d'électricité indépendants, les centrales d'OPG ayant passé des contrats, et les producteurs relevant du programme d'approvisionnement en énergie renouvelable (RES) et du programme TRG.¹¹ Les seuls producteurs

⁹ Réponse à la question n° 42 (première série), et aux questions n° 2 et 7 (deuxième série): Un obstacle important pour l'entrée de nouveaux investisseurs dans le secteur de l'électricité en Ontario est qu'ils doivent faire en sorte que le produit de leurs ventes couvre le total de leurs coûts de production et leur procure des recettes suffisamment intéressantes pour justifier les risques. En outre, les nouveaux investisseurs se heurtent aussi à des obstacles en ce qui concerne le financement de leurs projets, car ils doivent souvent démontrer aux bailleurs de fonds qu'ils disposent de contrats d'achat d'électricité à long terme avec des entités solvables. Par ailleurs, ils doivent satisfaire à plusieurs prescriptions réglementaires, y compris: respecter certaines prescriptions en matière de crédit; présenter une demande à la SIERE pour devenir participant au marché et acquitter des frais de dossier; obtenir une licence de la CEO; enregistrer les installations de production auprès de la SIERE (si elles sont connectées au réseau de transport); et enregistrer les compteurs d'intervalles utilisés pour mesurer l'énergie qui entre dans le réseau ou en sort.

Tous les fournisseurs TRG connectés au réseau de la SIERE sont considérés comme des "participants au marché" et doivent respecter les règles du marché de la SIERE. Ces règles visent à assurer la sécurité et la fiabilité du système.

¹⁰ Réponse à la question n° 38 (première série); à la question n° 5 (deuxième série): Tous les tarifs perçus par les producteurs d'électricité sont supérieurs au PHEO, sauf pour certaines centrales au charbon et installations hydroélectriques pour la production autre hors charge de base d'OPG qui sont plus anciennes et ne sont pas réglementées. Les centrales nucléaires et les centrales hydroélectriques pour la production en charge de base d'OPG perçoivent des tarifs supérieurs au PHEO. À compter du 1^{er} mars 2011, le tarif de l'électricité nucléaire était de 0,056 dollar/kWh, et le tarif réglementé de l'hydroélectricité de 0,034 dollar/kWh. Bruce Power percevait 0,057 dollar/kWh pour ses unités "A" et un prix plancher de 0,045 dollar/kWh pour ses unités "B", les tarifs étant ajustés selon les modalités de ses contrats. Ces tarifs augmentent en fonction de l'indice des prix à la consommation (IPC). Les centrales hydroélectriques non réglementées perçoivent uniquement le PHEO. Les centrales relevant du programme HCI de l'OEO perçoivent 0,069 dollar/kWh, un tarif qui augmente en fonction de l'IPC. Les producteurs d'électricité hydraulique relevant du programme TRG perçoivent 0,131 dollar/kWh. En moyenne, les producteurs d'électricité à partir de gaz ayant conclu des contrats avec l'OEO sont payés 0,09 dollar/kWh, tandis que les producteurs privés produisant à partir de gaz dans le cadre de contrats perçoivent 0,10 dollar/kWh. Deux installations au charbon qui ont conclu des contrats avec la SFIEO perçoivent environ 0,10 dollar/kWh de plus que le PHEO, à titre de soutien pour imprévus. Les autres installations au charbon perçoivent uniquement le PHEO. Les producteurs d'électricité à partir de bioénergie dans le cadre du programme POSER sont payés 0,11 dollar/kWh. Les nouveaux projets de bioénergie relevant du programme TRG ont des tarifs compris entre 0,104 dollar et 0,195 dollar/kWh. Les tarifs de l'énergie éolienne et solaire au titre du programme RES vont de 0,08 dollar/kWh à 0,11 dollar/kWh. Pour les projets éoliens dans le cadre du programme du TRG, le tarif est 0,135 dollar/kWh. Les producteurs TRG d'électricité solaire perçoivent entre 0,443 dollar et 0,713 dollar/kWh, en fonction de l'installation. Les producteurs d'électricité solaire relevant du programme POSER perçoivent 0,42 dollar/kWh. Les contrats de l'OEO pour la production d'électricité à partir de gaz naturel et d'électricité autre que solaire photovoltaïque dans le cadre du programme POSER prévoient une hausse annuelle des prix à raison de 20% de l'IPC en Ontario.

¹¹ Réponse aux questions n° 15 et 16 (première série): Le seul contrat qui existe entre les producteurs d'électricité en Ontario et les entreprises de transport est un "accord de raccordement" indiquant les modalités selon lesquelles les producteurs injectent l'électricité dans le réseau de transport. La redevance perçue par l'entreprise de transport pour distribuer l'électricité est déterminée par la CEO et payée par les consommateurs. Il n'existe pas de contrats d'achat d'électricité entre les producteurs et les entreprises de transport. Le seul

qui perçoivent uniquement le PHEO sont les installations hydroélectriques non réglementées d'OPG et deux installations au charbon, qui représentent environ 8% de la production. Il s'agit d'installations appartenant à l'État et plus anciennes, dont les dépenses d'investissement ont été largement amorties. Quant aux installations au charbon, elles seront fermées d'ici la fin de 2014.

16. Deuxièmement, l'Ontario doit relever le défi d'assurer un approvisionnement en énergie propre, car il s'est engagé à réduire sa production de gaz à effet de serre et à supprimer progressivement toutes les centrales au charbon pour la fin de 2014. Le charbon sera remplacé en partie par des énergies renouvelables. Les pouvoirs publics visent à accroître la capacité de production à partir d'énergie éolienne, d'énergie solaire et de bioénergie pour la porter à 10 700 MW d'ici à 2018.¹²

17. Les programmes TRG jouent un rôle important pour ce qui est d'assurer un approvisionnement en électricité propre. Des pays de par le monde, y compris le Japon, ont élaboré des programmes TRG qui prévoient généralement des tarifs garantis dans le cadre de contrats à long terme en échange de la fourniture d'électricité renouvelable par un producteur.¹³ Ces prix sont souvent supérieurs à ceux de l'électricité produite à partir de sources traditionnelles, pour prendre en compte les coûts de production plus élevés.

18. Les coûts de production d'électricité éolienne et solaire sont sensiblement plus élevés pour plusieurs raisons. Par exemple, il y a moins d'économies d'échelle par rapport aux grandes centrales nucléaires, au charbon, hydrauliques et au gaz; les installations éoliennes et solaires produisent de l'électricité sur une période de l'année beaucoup plus courte; l'expérience acquise étant plus limitée, l'efficacité opérationnelle est moindre; et le manque d'expérience dans la construction d'installations éoliennes et solaires nuit à l'efficacité. Ainsi, les prix garantis par les programmes TRG apportent aux producteurs une rémunération pour couvrir les coûts plus élevés encourus dans la production d'électricité renouvelable.

contrat entre les producteurs et les SDL est un "accord de raccordement" semblable. La redevance des SDL pour la distribution d'électricité est déterminée par la CEO et payée par les consommateurs. Il n'y a pas de contrats d'achat d'électricité entre les producteurs et les SDL. Il n'y a pas de relation contractuelle entre les producteurs d'électricité en Ontario et les consommateurs, qu'ils soient raccordés au réseau de transport ou au réseau de distribution.

¹² Réponse à la question n° 33 (première série): Les politiques actuelles en matière d'"approvisionnement diversifié" figurent dans le PELT. Le PELT prévoit que l'approvisionnement diversifié de l'Ontario doit réaliser l'équilibre entre la fiabilité, les coûts et l'incidence sur l'environnement. Par conséquent, les différentes technologies utilisées doivent permettre d'équilibrer les objectifs, à savoir: conservation, charge de base, puissance intermédiaire et puissance en période de pointe suffisantes, et réduction des émissions de carbone.

¹³ Réponse aux questions n° 46 et 50 (deuxième série): Un certain nombre de gouvernements dans le monde encouragent la fourniture d'électricité à partir de sources propres dans le cadre de politiques visant à assurer un approvisionnement fiable et suffisant. Par exemple: 1) le Japon, par sa "politique énergétique stratégique"; 2) l'Europe, par la "Directive relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables"; 3) l'Allemagne, dans sa déclaration intitulée "La voie vers l'énergie du futur – fiable, abordable et écologique"; 4) la Californie, par sa politique intitulée "Un avenir avec des énergies propres"; 5) l'Australie, par le biais de son Département des ressources, de l'énergie et du tourisme, et son engagement en faveur des technologies de production d'énergie propre; 6) l'Afrique du Sud, en vertu de sa Loi nationale sur l'énergie; et 7) la Suisse, par le biais de sa "Stratégie énergétique 2050".

Le Canada ne pense pas que tous les gouvernements poursuivent cet objectif de la même manière que les pouvoirs publics de l'Ontario. C'est le cas pour certains. Par exemple, l'Inde acquiert de l'électricité renouvelable dans le cadre de son programme "National Solar Mission", qui vise à "promouvoir une croissance écologiquement durable tout en répondant au problème de la sécurité énergétique du pays" et prescrit que les services publics des États acquièrent de l'électricité produite à partir d'énergie solaire par le biais d'une "obligation d'achat d'électricité renouvelable".

19. Le programme TRG de l'Ontario a été établi par une directive ministérielle adressée à l'OEO par le Ministre de l'énergie et de l'infrastructure le 24 septembre 2009, en vertu des pouvoirs conférés par l'article 25.35 de la *Loi de 1998 sur l'électricité*. L'objectif visé était d'encourager les nouvelles opérations de production d'électricité renouvelable. Cela était nécessaire car la plupart de ces producteurs ne seraient pas entrés sur le marché en l'absence du programme TRG.

20. La Directive ministérielle chargeait l'OEO d'élaborer un programme TRG "conçu pour l'acquisition d'électricité provenant d'un large éventail de sources renouvelables" et stipulait que chaque microprojet TRG relatif à l'énergie éolienne, solaire photovoltaïque et solaire devait contenir un certain pourcentage d'éléments nationaux.¹⁴ Les principaux objectifs du programme TRG consistent à "accroître la capacité d'approvisionnement en énergie renouvelable afin d'assurer une production suffisante et de réduire les émissions" et à "introduire une méthode d'acquisition plus simple et développer les capacités de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables." La Directive ministérielle stipule les technologies admissibles aux fins du programme et prescrit le processus d'établissement des prix, la durée des contrats et les conditions spécifiques devant figurer dans les règles TRG et les contrats.

21. L'OEO met en œuvre les règles TRG et la Directive ministérielle au moyen d'"accords d'achat d'électricité" conclus avec les producteurs d'électricité, en vertu du pouvoir conféré par la Directive ministérielle et de son habilitation à acquérir de l'électricité prévue à l'article 25.2 5) de la *Loi de 1998 sur l'électricité*. Le programme TRG est ouvert aux producteurs d'électricité provenant de sources solaire, éolienne, hydraulique et bioénergétique.¹⁵ Les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux s'appliquent uniquement aux projets solaires et aux projets éoliens dont la puissance est supérieure à 10 kilowatts.

22. Les contrats TRG accordent aux producteurs d'électricité solaire et éolienne des prix fixes conformément au barème de prix TRG, pendant 20 ans. Les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux sont énoncées dans l'annexe D ("Grille de teneur en éléments nationaux") du contrat TRG. Comme pour les autres types d'électricité réglementés et acquis en Ontario, les contrats TRG prévoient des prix supérieurs au PHEO afin de fournir les revenus additionnels nécessaires pour couvrir les coûts plus élevés encourus. Ces paiements supplémentaires sont récupérés au moyen de l'ajustement global, un montant facturé aux clients en fonction de la consommation totale et du type de consommateur.¹⁶

¹⁴ Réponse à la question n° 32 (première série): Le programme TRG a été élaboré conformément aux objectifs de la Loi de 2009 sur l'énergie verte. Il n'y a pas de prescriptions fonctionnelles ou techniques sous-jacentes aux prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux.

¹⁵ Réponse à la question n° 41 (première série): L'OEO a le pouvoir discrétionnaire de rejeter les demandes relatives aux programmes TRG ou de microTRG qui pourraient néanmoins satisfaire aux conditions pertinentes. Ce pouvoir discrétionnaire est énoncé à l'article 12.2 c) des règles TRG et à l'article 6.1 e) des règles régissant les microTRG.

¹⁶ Réponse à la question n° 30 (première série); à la question n° 3 (deuxième série): Le système de production, de transport et de distribution d'électricité en Ontario est un système financier fermé. Tous les coûts sont récupérés auprès des usagers par le biais de redevances ou de charges perçues au titre de l'ajustement global. Il n'y a pas de transfert de fonds provenant des recettes consolidées en faveur de l'OEO, de la CEO ou de la SIERE.

En janvier 2005, les pouvoirs publics de l'Ontario ont mis en place le mécanisme de "prestation provinciale", en partie pour recouvrer le coût des contrats avec les producteurs d'électricité privés. Ce mécanisme a été rebaptisé ultérieurement "ajustement global".

Réponse à la question n° 39 (première série); aux questions n° 4 et 8 (deuxième série): La SIERE paie la composante PHEO des paiements aux producteurs TRG, tandis que l'OEO paie le solde au moyen de l'ajustement global. Les SDL agissent comme représentants, au nom de l'OEO, pour effectuer les paiements au titre des contrats TRG aux producteurs raccordés au réseau de distribution, en utilisant les fonds recouverts auprès des consommateurs qui constituent le PHEO et l'ajustement global. Les processus de règlement sont

C. ARGUMENTS JURIDIQUES

23. Les allégations du Japon selon lesquelles le Canada a enfreint les règles du GATT, de l'Accord sur les MIC et de l'Accord SMC ne sont pas fondées car: i) la prescription relative à la teneur en éléments nationaux relève de l'article III:8 a) du GATT et n'est donc pas visée par l'article III du GATT; ii) comme la prescription relative à la teneur en éléments nationaux n'est pas visée par l'article III, elle ne peut pas être incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC; iii) le Groupe spécial n'a pas compétence pour l'allégation au titre de l'Accord SMC du fait que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon est lacunaire; iv) à titre subsidiaire, les pouvoirs publics de l'Ontario n'effectuent pas de transfert de fonds ni n'accordent une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'Accord SMC – ils achètent de l'électricité; et v) le Japon n'a pas démontré que le prix payé par les pouvoirs publics pour l'énergie renouvelable dans le cadre du programme TRG conférerait un avantage au sens de l'Accord SMC.

1. Le programme TRG n'est pas visé par l'article III du GATT

24. Certaines acquisitions par les pouvoirs publics ne sont pas visées par l'article III du GATT. Lors de l'élaboration de cet article, certaines parties ont cherché à faire en sorte que les obligations en découlant s'appliquent de façon générale aux achats effectués par les pouvoirs publics. Toutefois, cette proposition d'étendre expressément l'obligation de traitement national aux achats des pouvoirs publics a été rejetée. Au lieu de cela, certaines acquisitions par les pouvoirs publics ont été exclues du champ de l'obligation de traitement national par ce qui est devenu finalement l'article III:8 a).¹⁷ Cet article dispose ce qui suit:

énoncés à l'article 8 des règles TRG ("Aperçu des règlements") et dans l'annexe B du contrat TRG. Le même processus de règlement s'applique d'une manière générale à tous les producteurs d'électricité ayant conclu des contrats avec l'OEO, indépendamment de la technologie. Les producteurs raccordés au réseau de transport perçoivent le PHEO auprès de la SIERE et le solde auprès de l'OEO par le biais de l'ajustement global. Les producteurs raccordés au réseau de distribution sont payés par l'intermédiaire des SDL. Toutefois, pour ce qui est des producteurs RES ayant conclu des contrats avec l'OEO, celui-ci paie directement le montant total aux détenteurs de contrats RES I et RES II. Les détenteurs de contrats RES III sont payés par la SIERE pour la composante PHEO, et par l'OEO pour le solde. La CEO ne passe pas de contrats avec les producteurs d'électricité.

Tous les contrats de l'OEO, y compris les contrats TRG et contrats TRG pour microprojets, ont le même objectif de base – assurer un approvisionnement en électricité sûr et fiable pour l'Ontario à partir de sources propres. De façon générale, les producteurs d'électricité indépendants ayant conclu des contrats avec l'OEO perçoivent des tarifs qui varient selon la technologie et les modalités de leurs contrats. Les tarifs pour les projets éoliens relevant du processus RES de demande de proposition vont de 0,08 dollar/kWh à 0,11 dollar/kWh. Ces projets prévoient une capacité beaucoup plus petite que celle des projets éoliens relevant du programme TRG, pour lesquels le tarif est 0,135 dollar/kWh. La rémunération des producteurs ayant conclu des contrats de production d'électricité à partir de gaz varie selon les contrats. Pour les contrats d'approvisionnement en énergie propre, les tarifs sont fondés sur les soumissions les moins disantes qui ont été acceptées. Pour les autres contrats de production au gaz, les tarifs sont fondés sur des négociations bilatérales. Les contrats de production au gaz sont conçus pour permettre aux producteurs de récupérer les coûts du combustible indépendamment des fluctuations du prix du gaz naturel. Les prescriptions concernant le raccordement au réseau sont semblables pour toutes les technologies, mais les grands projets de production d'électricité font l'objet de prescriptions plus étendues.

Réponse à la question n° 40 (première série): Les SDL agissent en tant que mandataires de l'OEO pour effectuer les paiements contractuels aux producteurs microTRG. Les procédures de règlement sont décrites à l'article 4.4 du contrat microTRG et à l'article 5.2 des règles régissant les microTRG.

¹⁷ Réponse à la question n° 59 (première série): Le but de l'article III:8 a) est d'exclure du champ d'application de l'article III les lois, règlements et prescriptions qui régissent certaines acquisitions. Cela permet de faire en sorte que ces lois, règlements et prescriptions ne soient pas visés par l'article III et que les Membres puissent librement imposer des conditions pour les acquisitions pertinentes qui seraient autrement incompatibles avec cet article.

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.

25. L'article III:8 a) laisse aux pouvoirs publics la latitude nécessaire pour poursuivre des objectifs de politique publique au moyen de leurs acquisitions. Comme le Ministère de l'économie, du commerce et de l'industrie du Japon l'a expliqué:

L'article III:8 a) du GATT permet aux pouvoirs publics d'acheter de préférence des produits nationaux, faisant de leurs acquisitions l'une des exceptions à la règle du traitement national. Cette exception est autorisée parce que les Membres de l'OMC reconnaissent le rôle des acquisitions par les pouvoirs publics dans les politiques nationales. Par exemple, ... les acquisitions par les pouvoirs publics peuvent ... être utilisées comme un instrument de politique générale pour promouvoir les petites entreprises, les industries locales ou les technologies de pointe.

26. Les lois et prescriptions portant création et mise en œuvre du programme TRG – à savoir l'article 25.35 de la *Loi de 1998 sur l'électricité*, la Directive ministérielle, et les règles et contrats TRG et relatifs aux microTRG – satisfont à tous les éléments de l'article III:8 a). La *Loi de 1998 sur l'électricité* est une loi, la Directive ministérielle impose à l'OEO des prescriptions l'enjoignant d'établir le programme, et les règles et contrats types TRG et relatifs aux microTRG lui imposent des prescriptions concernant la mise en œuvre du programme. En outre, ces lois et prescriptions régissent l'acquisition d'électricité renouvelable par l'OEO.

27. L'OEO est un organe gouvernemental qui acquiert le produit¹⁸ qu'est l'électricité renouvelable. L'*Oxford English Dictionary* définit le mot "product" (produit) comme signifiant "[a]n object produced by a particular action or process; the result of mental or physical work or effort" (un objet produit par une action particulière ou un procédé particulier; le résultat d'un travail ou d'un effort mental ou physique). L'électricité renouvelable est un "objet" en ce sens. Les lois et prescriptions susmentionnées indiquent aussi expressément que l'OEO "acquiert" de l'électricité, que le programme TRG est un "programme d'acquisition" et qu'il est conçu pour *acquérir* de l'électricité provenant d'un large éventail de sources d'énergie renouvelables.

28. Le sens ordinaire du mot "procurement" (acquisition) est "[t]he action of obtaining something; acquisition [...]" ([l]action d'obtenir quelque chose; action d'acquérir ...", et celui du mot "purchase" (acheter) est "[t]o acquire in exchange for payment in money or an equivalent; to buy" (acquérir en échange d'un paiement en espèces ou d'un équivalent; obtenir contre paiement).¹⁹ L'OEO acquiert de l'électricité renouvelable par un achat: il verse de l'argent en contrepartie de la fourniture de cette électricité dans le réseau de transport. La Directive ministérielle et les contrats indiquent que l'OEO *achète* de l'électricité dans le cadre de contrats qui sont des "accords d'achat d'électricité".

¹⁸ Réponse à la question n° 51 (deuxième série): L'électricité est une marchandise et un produit aux fins de l'Accord SMC, du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC.

Réponse à la question n° 53 (première série): L'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables qui font l'objet des contrats TRG est le même produit que l'électricité produite à partir de toutes les autres sources.

¹⁹ Réponse à la question n° 56 (première série): L'"acquisition" n'est qu'un simple élément de l'article III:8 a). Rien n'indique que les mots figurant après le mot "acquisition" en limitent le sens ordinaire. Pour relever de cet article, l'"acquisition" doit concerner un "produit" qui est "acheté" par un "organe gouvernemental", et cet achat doit être effectué "pour les besoins des pouvoirs publics". Un "achat" sera toujours une "action d'acquérir" et, par conséquent, sera toujours une "acquisition" aux fins de l'article III:8 a).

29. Les lois et les prescriptions relatives au programme TRG *régissent* l'acquisition d'électricité parce qu'elles ordonnent ou réglementent les achats de l'OEO. Le sens ordinaire du terme "régir", confirmé par le Groupe spécial *CE – Certaines questions douanières*, est "commander, réglementer ou déterminer ...".

30. Selon son sens ordinaire, un "achat pour les besoins des pouvoirs publics" est un achat effectué pour un but des pouvoirs publics. Ces achats peuvent être ordonnés par un texte législatif, un règlement, une politique ou une directive administrative. L'achat d'électricité renouvelable par l'OEO contribue à réaliser l'objectif des pouvoirs publics qui est d'assurer un approvisionnement en électricité suffisant et fiable à partir de sources propres.

31. Par ailleurs, cet achat n'est pas effectué pour une revente dans le commerce car ce n'est pas un achat ayant pour but une revente avec bénéfice. Le sens ordinaire du mot "commercial", tel qu'il a été confirmé par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs*, est "intéressé par la rentabilité financière plutôt que par le talent artistique; susceptible de dégager un profit ...", tandis que le mot "pour" signifie "dans le but d'atteindre ...".²⁰ Les achats de l'OEO n'ont pas pour but une revente avec bénéfice. Conformément à l'alinéa 25.2 2) de la *Loi de 1998 sur l'électricité*, l'OEO ne tire pas profit de la vente d'électricité – il récupère simplement les coûts de ses achats. De même, il n'achète pas l'électricité renouvelable pour que ce produit serve à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce, car ni lui ni un quelconque autre organe des pouvoirs publics de l'Ontario n'utilise l'électricité pour fabriquer des marchandises.

2. Allégation du Japon au titre de l'Accord sur les MIC

32. L'article 2:1 de l'Accord sur les MIC dispose ce qui suit: "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." Par conséquent, le programme TRG ne peut contrevenir à l'article 2:1 que s'il est incompatible avec l'article III du GATT. Comme il n'est pas visé par les obligations énoncées à l'article III, il n'est donc pas incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.²¹

²⁰ Réponse à la question n° 48 (deuxième série): La structure de l'article III:8 a) montre que l'expression "dans le commerce" a été incluse pour faire en sorte que l'achat d'un produit relève de cet article lorsqu'un organe gouvernemental veut revendre le produit sur une base non commerciale afin de contribuer à répondre aux besoins des pouvoirs publics qui sous-tendent l'achat. Cette interprétation est compatible avec l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). La portée de l'AGCS se limite aux mesures qui sont "commerciales" et non "gouvernementales". L'exclusion du champ d'application de l'AGCS des "services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental" montre l'importance accordée par les Membres de l'OMC au maintien d'une liberté d'action dans la réalisation de certaines activités "gouvernementales".

²¹ Réponse à la question n° 54 (première série): La communication de l'Union européenne semble indiquer que, alors que les mesures qui relèvent de l'article III:8 a) du GATT ne peuvent pas contrevenir à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, les mesures énumérées dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC ont été considérées par les négociateurs comme ne relevant pas de l'article III:8 a) du GATT. Cela n'est pas correct. Premièrement, cette communication est incompatible avec le texte car ni l'article ni l'Annexe ne font référence à la compatibilité des mesures avec l'article III du GATT dans son ensemble. Deuxièmement, l'Union européenne ne fournit aucun élément de preuve pour étayer son interprétation concernant l'intention des négociateurs. Troisièmement, cela est incompatible avec les autres dispositions de l'Accord sur les MIC. Si l'interprétation de l'Union européenne est correcte, cela doit aussi être l'effet de la liste exemplative des MIC qui sont incompatibles avec l'article XI:1 du GATT. Autrement dit, les MIC qui sont indiquées dans l'Annexe comme étant incompatibles avec l'article XI:1 doivent être exclues du champ d'application de l'article XI:2. Par exemple, l'Annexe mentionne les mesures "qui restreignent l'importation, par une entreprise, de produits servant ou liés à sa production locale ...". De telles mesures peuvent manifestement relever de l'article XI:2 c) ii).

3. Allégation du Japon au titre de l'Accord SMC

33. Le Groupe spécial n'a pas compétence pour examiner cette allégation car la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon en ce qui concerne l'Accord SMC n'est pas conforme à l'article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Mémoire d'accord) du fait qu'elle ne "cont[ient] [pas] un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème". En réponse à la communication antérieure du Canada relative à la compétence, le Japon a résumé sa demande d'établissement d'un groupe spécial et expliqué pour la première fois que la forme de l'avantage était une "contribution financière" ou un "soutien des revenus ou des prix" au moyen de la "fixation de prix à long terme garantis" à des "conditions plus avantageuses que celles qui [étaient] offertes sur le marché"; et que les "bénéficiaires de l'avantage" étaient les "installations de production d'énergie renouvelable ... qui cont[enaient] un pourcentage défini d'éléments nationaux".

34. Comme l'Organe d'appel l'a confirmé dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, la réponse du Japon ne peut pas remédier aux lacunes de sa demande d'établissement d'un groupe spécial. Un Membre plaignant ne peut pas fournir le "fondement juridique de l'allégation" en se fondant sur le membre de phrase "subventions subordonnées ... à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés", à moins qu'il n'indique, sur la base de l'article 1.1 a), quelle forme de subvention a été accordée. Étant donné que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon n'a pas indiqué la forme de la subvention, qui l'avait accordée et qui en avait bénéficié, ainsi que la forme de l'avantage conféré, elle n'a pas satisfait à l'article 6:2 du Mémoire d'accord, et le Groupe spécial n'a pas compétence pour examiner l'allégation relative à la subvention. Accepter cette compétence portera atteinte à la prescription imposant de fournir "le fondement juridique de la plainte" et encouragera les Membres plaignants à obtenir des avantages procéduraux en attendant la présentation de la première communication écrite pour divulguer le fondement juridique de leur plainte.

35. À titre subsidiaire, le Japon n'a pas démontré son allégation au titre de l'Accord SMC pour deux raisons. Premièrement, il a qualifié à tort l'achat de biens par l'OEO comme étant un "transfert direct ou transfert direct potentiel de fonds" ou "une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix". Comme le Canada l'a démontré plus haut, l'OEO achète de l'électricité renouvelable²² dans le cadre d'accords d'achat d'électricité. Selon le Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs*, si une transaction est qualifiée à juste titre d'achat, même si elle implique un transfert ou un transfert potentiel de fonds, elle doit être classée en tant qu'achat de biens, sinon les mots "achètent des biens" employés à l'article 1.1 a) 1) iii) sont rendus "redondants et inutiles". Par conséquent, le transfert en l'espèce, à savoir le paiement du tarif TRG en échange de la production et de la fourniture d'électricité renouvelable, ne peut pas modifier la qualification correcte, qui reste un achat de biens.

36. De même, la qualification avancée à titre subsidiaire par le Japon selon laquelle le programme TRG constitue une forme de soutien des revenus est incompatible avec le sens ordinaire et le contexte constitué par l'article 1.1 a) 1) et avec le raisonnement du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs*. Cette qualification rendrait aussi l'article 1.1 a) 1) iii) inutile.

37. Deuxièmement, le Japon n'a pas démontré que le programme TRG conférerait un "avantage" aux producteurs d'électricité éolienne et solaire au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, car les

²² Réponse à la question n° 23 (première série): Les faits qui démontrent l'existence de "produits achetés" au regard de l'article III:8 a) du GATT permettent aussi de démontrer que les pouvoirs publics "achètent des biens" au regard de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC. Néanmoins, ces deux membres de phrase ne sont pas identiques. Par conséquent, une conclusion selon laquelle les pouvoirs publics n'"achètent" pas au sens de l'Accord SMC ne signifie pas automatiquement qu'il n'y a pas de "produits achetés" aux fins de l'article III:8 a). Il serait toujours possible pour le Groupe spécial de constater que l'OEO acquiert de l'électricité conformément à l'article III:8 a).

quatre points de repère qu'il a proposés et le calcul de la "valeur marchande actuelle" sont des points de comparaison inappropriés pour l'évaluation de l'avantage. Ces points de repère sont: le PHEO; certains prix de gros moyens dans certaines juridictions à l'extérieur de l'Ontario (Alberta, New York, Nouvelle-Angleterre et la PJM Interconnection); un "prix de gros moyen pondéré" pour tous les producteurs en Ontario autres que les producteurs TRG et ceux qui relèvent du programme d'offre standard en matière d'énergie renouvelable (POSER); et la part du "prix du produit" dans les factures des usagers en Ontario.

38. L'importance de déterminer un point de comparaison approprié a été soulignée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, dans laquelle il a indiqué qu'"une contribution financière ne conf[érait] un "benefit" ... que si elle [était] *fournie à des conditions plus avantageuses que celles que le bénéficiaire aurait trouvées sur le marché*". En outre, le contexte de l'article 14 d) de l'Accord SMC décrit les conditions à prendre en compte pour choisir un point de comparaison, à savoir: "L'adéquation de la rémunération sera déterminée *par rapport aux conditions du marché ... dans le pays de fourniture ou d'achat (y compris le prix, la qualité, la disponibilité, la qualité marchande, le transport et autres conditions d'achat ou de vente)*."

39. La condition fondamentale d'un achat au titre du programme TRG est que l'électricité doit être produite à partir de ressources renouvelables. Étant donné que tous les points de repère du Japon font abstraction de cette condition, ils sont inappropriés. Ce caractère inapproprié est confirmé par le fait que la structure des coûts et les conditions d'exploitation de l'énergie éolienne et solaire sont différentes par rapport aux autres techniques de production et qu'elles influencent le prix auquel un producteur sera disposé à vendre ses marchandises et le prix auquel les marchandises seront effectivement vendues. Un point de repère faisant référence à des tarifs qui ne permettraient pas de couvrir des coûts de production raisonnables ne peut pas être approprié. Tous les points de repère du Japon ont fait abstraction de la condition fondamentale figurant dans le programme TRG.²³

40. Comme l'a expliqué M. William Hogan, un éminent économiste dans le domaine de l'électricité, les installations éoliennes et solaires ont des économies d'échelle beaucoup moins élevées par rapport aux centrales nucléaires, au charbon, au gaz et hydrauliques. Les producteurs d'électricité non renouvelable utilisent des technologies à plus grande échelle et peuvent produire de l'énergie à moindre coût. Par ailleurs, les installations éoliennes et solaires produisent de l'électricité sur une période de l'année beaucoup plus courte que la plupart des installations de production d'électricité non renouvelable. Les principales différences au niveau des coûts et des caractéristiques opérationnelles entre les technologies ont été résumées par M. Hogan dans le tableau 1 de son rapport.

41. En conséquence, les points de comparaison du Japon sont inappropriés parce qu'ils ne tiennent pas compte de la condition fondamentale qui est l'achat d'électricité renouvelable. Toutefois, il y a d'autres raisons pour lesquelles ces points de repère proposés sont inappropriés. Premièrement, le PHEO ne couvre pas les coûts de production des producteurs d'électricité non renouvelable.²⁴ En

²³ Observation concernant la réponse du Japon à la question n° 28 (deuxième série): Le Japon a présenté deux nouveaux prix plus élevés que ceux de la GTR pour tenter de réhabiliter le point de repère "part du prix du produit dans le prix de détail en Ontario" qu'il avait proposé. Il ne tient pas compte du fait que ce sont des tarifs pour l'électricité en tant que produit et qu'ils ne sont pas comparables aux tarifs de l'électricité éolienne et solaire. En général, les utilisateurs finals paieraient davantage que la GTR s'ils choisissaient de passer un contrat avec un détaillant qui garantit une certaine certitude en matière de prix pour une partie du prix du produit (à savoir le PHEO) pendant une période plus longue que celle qui est prévue dans la GTR.

²⁴ Réponse à la question n° 14 (deuxième série): La CEO ne fixe pas les "tarifs de gros de l'électricité" (PHEO). Le PHEO est déterminé par le mécanisme de contrôle-commande de la SIÈRE. La CEO fixe les tarifs pour un certain nombre d'entités, y compris les tarifs réglementés d'OPG. 14 a): Ces tarifs pour la production prescrite d'OPG permettraient à OPG de réinvestir dans ses installations de manière à assurer la viabilité à long terme de ses actifs. 14 b): Pour fixer ces tarifs, la CEO se conforme au cadre indiqué dans le Règlement n° 53/05 de l'Ontario. Elle examine si les coûts des installations ont été engagés avec prudence et étudie la

fait, 92% des producteurs en Ontario perçoivent davantage que le PHEO, et même le Japon admet que les offres et les soumissions "ne reflètent pas les prix effectivement payés par les consommateurs ou les tarifs effectivement perçus par les producteurs; elles servent plutôt de mécanisme de "contrôle-commande" pour déterminer la quantité de l'offre et le PHEO". Les points de comparaison hors juridiction avancés par le Japon prennent aussi en compte des prix du marché de gros semblables au PHEO, fondés sur les coûts traditionnels de production d'électricité non renouvelable. Par conséquent, ils sont inappropriés pour les mêmes raisons. Ces points de comparaison n'ont aucun rapport avec la réalité de la production d'électricité renouvelable en Ontario. Comme le Japon le reconnaît, le programme TRG "est devenu nécessaire pour encourager l'entrée sur le marché de producteurs d'électricité renouvelable qui, pour la plupart, n'y seraient pas entrés en l'absence du programme TRG".

42. Deuxièmement, tant le prix de gros moyen pondéré du Japon que sa composante "prix du produit" dans le prix de détail réglementé de la CEO ne tiennent pas compte non plus de la condition d'achat fondamentale dans le cadre du programme TRG, à savoir la production d'électricité renouvelable. Ces points de comparaison comprennent principalement des techniques de production d'électricité non renouvelable qui ne sont pas comparables entre elles et qui bénéficient également

structure du capital considéré (le ratio d'endettement), le coût de la dette et le rendement des fonds propres. La CEO suit les précédents et la jurisprudence en matière de réglementation des services publics usuels au Canada et aux États-Unis pour réglementer le coût des services. Pour faciliter la collecte des renseignements, elle organise des interrogatoires et des audiences publiques au cours desquels les parties prenantes peuvent présenter des éléments de preuve et faire l'objet de contre-interrogatoires.

14 c): L'OEO peut imposer des redevances et des charges pour les coûts encourus dans l'exercice des activités permises ou requises en vertu de la *Loi de 1998 sur l'électricité*. Les tarifs de l'OEO doivent être approuvés par la CEO. Par le biais de ces redevances, l'OEO récupère ses dépenses de personnel et dépenses afférentes à des consultants.

Réponse aux questions n° 26 et 27 (première série); aux questions n° 12 et 15 (deuxième série): Les paiements à OPG (pour les installations réglementées) sont fondés sur la récupération des coûts et une marge de rendement. Celle-ci est déterminée au moyen d'une formule fondée sur les taux des obligations du gouvernement canadien et des obligations de sociétés et sur une prime de risque. En 2011, la marge de rendement était de 9,43%. Toutefois, les installations non réglementées perçoivent uniquement le PHEO car il s'agit d'anciennes installations dont les dépenses d'investissement sont largement amorties. Certaines installations au charbon d'OPG ont un contrat avec la SFIEO, qui permet à OPG de récupérer ses coûts jusqu'à la fermeture des installations à la fin de 2014. Les versements de l'OEO à OPG pour un projet d'installation fonctionnant à la biomasse seront aussi guidés par les principes de la récupération des coûts et de la marge de rendement.

OPG n'établit pas de "profil de risque commercial" car elle emprunte auprès du gouvernement de l'Ontario. En 2011, la cote de crédit attribuée à OPG par Standard & Poor's était "A-". S'agissant des producteurs d'électricité indépendants, pour les contrats concurrentiels, le tarif est la soumission la moins disante reçue qui satisfait aux conditions requises. Pour les contrats TRG, le tarif était fondé sur la récupération des coûts et la marge. Le taux de rendement du capital utilisé pour élaborer les tarifs TRG en 2009 était de 11%. Pour les contrats POSER relatifs à l'électricité solaire photovoltaïque, le tarif était principalement fondé sur la récupération des coûts, et pour d'autres sur les tarifs RES. Les tarifs des producteurs d'électricité privés ne comportent pas un taux de rendement particulier mais sont liés aux tarifs payés par les grands consommateurs d'électricité.

La "formule de calcul des prix" n'est pas la même pour toutes les technologies car certains producteurs perçoivent des tarifs réglementés et d'autres des tarifs contractuels, conformément au programme d'acquisition pertinent et aux objectifs de l'acquisition. En soi, les calculs de prix ne visent pas à créer un traitement préférentiel. Le principe général sur lequel reposent les tarifs contractuels et les tarifs réglementés est de permettre la récupération des coûts et un taux de rendement raisonnable pour les producteurs d'électricité.

Réponse à la question n° 17 (deuxième série): Les profits des producteurs d'électricité varient selon leur efficacité respective. De façon générale, un producteur peut obtenir des rendements plus élevés par rapport à d'autres producteurs s'il est en mesure de réduire ses coûts effectifs et/ou d'accroître sa production. Toute variation de la rentabilité pendant la durée d'un contrat sera aussi fonction de l'efficacité et de la production.

Réponse à la question n° 20 (deuxième série): L'OEO ne maintient pas de réserves de trésorerie. Tout excédent de liquidités à la fin d'un mois sert à payer les dépenses d'exploitation du mois suivant.

d'importantes économies d'échelle, de facteurs de capacité plus élevés et de coûts irrécupérables et fixes plus bas. Par ailleurs, le "prix du produit" est un prix composite pour toutes les formes d'électricité et reflète le volume écrasant de la production d'électricité non renouvelable. L'électricité renouvelable, autre que l'hydroélectricité, ne représente actuellement que 4% environ de la capacité de l'Ontario.

43. Enfin, le calcul par le Japon de la valeur marchande actuelle est vicié parce que, une fois de plus, le Japon fait abstraction du fait que la condition d'achat essentielle est que de l'électricité *renouvelable* doit être fournie. L'utilisation par le Japon du PHEO et du "prix du produit" comme "prix du marché de l'électricité", pour reprendre ses termes, ne tient pas compte des coûts importants encourus par les producteurs TRG d'électricité éolienne et solaire, ni d'un taux de rendement raisonnable. Comme M. Hogan l'a démontré, les investisseurs ne financeront la construction d'une *quelconque* nouvelle installation de production que si la valeur actualisée des futures recettes escomptées est supérieure à leurs coûts *globaux*. L'approche du Japon présume qu'un investisseur ou un producteur seraient prêts à accepter des tarifs bien inférieurs à leurs coûts de production pendant une période de 20 ans. Aucun investisseur rationnel n'accepterait de telles pertes. Par conséquent, le Japon n'a pas démontré que le programme TRG conférerait un avantage et qu'il constituait une subvention prohibée.

44. Pour les raisons exposées plus haut, le Canada demande que le Groupe spécial rejette les allégations du Japon et constate qu'il n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article III:4 du GATT et l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

II. PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DU CANADA RELATIVE AU DIFFÉREND DS426

45. L'Union européenne étaye dans une large mesure ses allégations en répétant les arguments présentés dans la première communication écrite du Japon relative au différend DS412. Le Canada a démontré, dans sa première communication écrite relative au différend DS412, que ces arguments étaient dénués de fondement et il incorpore donc cette communication en l'espèce.

A. LE PROGRAMME TRG N'EST PAS VISÉ PAR L'ARTICLE III DU GATT CAR IL RELÈVE DE L'ARTICLE III:8 A)

46. Pour les raisons exposées dans la première communication écrite du Canada relative au différend DS412, le programme TRG est un programme d'acquisition qui relève de l'article III:8 a). Le fait que l'OEO achète de l'électricité est confirmé par son paiement de la taxe sur les ventes dans le cadre des contrats TRG.

47. L'Union européenne fait valoir que le rôle de l'OEO, qui est de faciliter la diversification des sources d'approvisionnement en électricité par la promotion de l'utilisation de sources d'énergie plus propres, n'exige pas l'achat d'électricité auprès des producteurs TRG. Or elle néglige le fait que l'OEO doit aussi "appuyer ... l'objectif qui est d'assurer un approvisionnement en électricité suffisant, fiable et sûr". Bien que la "promotion de l'utilisation de sources d'énergie plus propres" n'exige peut-être pas d'achat, c'est la manière que le gouvernement de l'Ontario a choisie pour promouvoir cet objectif.

48. L'Union européenne fait valoir que le sens donné par le dictionnaire pour l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" impliquerait que l'acquisition est effectuée "pour une raison se rapportant aux pouvoirs publics". Cela concorde avec la définition du Canada car des raisons se rapportant aux pouvoirs publics peuvent aussi être décrites comme étant les objectifs des pouvoirs publics. L'Union européenne fait aussi valoir que l'expression "besoins des pouvoirs publics" signifie "la consommation, l'avantage ou l'usage" en relation avec les pouvoirs publics et elle s'appuie sur les versions française et espagnole de l'article III:8 a) pour conclure que cela signifie que l'achat vise les

"besoins" (needs) des pouvoirs publics. Or elle n'explique pas en quoi des achats pour les "besoins" pouvoirs publics sont des achats pour la consommation, l'avantage ou l'usage en relation avec les pouvoirs publics. En fait, les "besoins" des pouvoirs publics peuvent être interprétés comme étant simplement ce qui est nécessaire pour réaliser les objectifs des pouvoirs publics.²⁵ L'Union européenne s'est aussi appuyée sur les Notes générales du Canada figurant dans l'Appendice 1 de l'Accord sur les marchés publics (AMP). Ce n'est pas un contexte pertinent, car les Notes ne relèvent d'aucune des catégories reconnues à l'article 31 2) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ces notes n'ont pas été établies en relation avec la conclusion du GATT et ont été rédigées par le Canada uniquement au sujet d'un traité conclu entre différentes parties plusieurs décennies après le GATT. Les Notes du Canada précisent simplement l'étendue de ses engagements au titre d'un accord différent, l'AMP. Le Canada n'indiquait pas un sens général du mot "procurement" (acquisition), encore moins un sens aux fins de l'article III:8 a) du GATT.

49. En outre, la référence de l'Union européenne à la Note d'information du Secrétariat de l'OMC n'étaye pas son interprétation de l'expression "besoins des pouvoirs publics". Il est uniquement dit dans la Note qu'à l'origine, les deux dispositions entendaient se référer au même type de marchés publics, mais rien n'est dit au sujet de l'intention finale des rédacteurs. En fait, la Note montre clairement qu'en définitive, les rédacteurs n'en ont pas limité la portée aux achats destinés à "être [...] consommés par les pouvoirs publics".

50. Les achats de l'OEO ne sont pas effectués pour une revente dans le commerce, car ils n'ont pas pour but une revente avec bénéfice. Le rôle central du profit dans le sens du terme anglais "commercial" (dans le commerce) est confirmé par plusieurs décisions de l'OMC, à savoir dans le rapport *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)* (Organe d'appel) mentionné plus haut; dans le rapport *Chine – Droits de propriété intellectuelle* (Groupe spécial), selon lequel "[l]a caractéristique distinctive d'une activité commerciale est qu'elle est à visée lucrative"; et dans le rapport *Canada – Exportations de blé et importations de grains* (Groupe spécial), où il est dit qu'une entreprise commerciale d'État agissant en s'inspirant de "considérations d'ordre commercial" devrait essayer d'effectuer ses achats ou ses ventes à des conditions qui sont "avantageuses du point de vue économique".

51. En outre, l'exemple donné par l'Union européenne d'un supermarché qui vend des marchandises à perte n'étaye pas son interprétation des mots "dans le commerce", car un supermarché peut toujours espérer dégager un bénéfice de la vente d'autres produits à des clients qui sont attirés par ces "prix d'appel". Comme le Canada l'a expliqué dans sa première communication écrite relative au différend DS412, l'achat d'électricité n'est pas effectué "pour la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce", car il vise à assurer une source d'électricité fiable et suffisante pour les Ontariens.

B. ALLÉGATION DE L'UNION EUROPÉENNE AU TITRE DE L'ACCORD SMC

52. Le Groupe spécial n'a pas compétence pour examiner cette allégation car l'Union européenne n'a pas présenté le fondement juridique de son allégation dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 6:2 du Mémoire d'accord. Elle n'a pas indiqué le type de contribution financière ou la forme du soutien des revenus ou des prix, ni le bénéficiaire et la manière dont un avantage est conféré. Le Canada demande que le Groupe spécial constate que les demandes

²⁵ Réponse à la question n° 28 (première série): Cette interprétation est confirmée par le texte anglais de l'article III:8 a) du GATT. Ce texte ne fait pas référence à un achat pour les "besoins" (needs) des pouvoirs publics. En fait, il fait référence à un achat "pour les besoins des pouvoirs publics" (governmental purposes). D'après son sens ordinaire, un achat "pour les besoins des pouvoirs publics" (for governmental purposes) est un achat effectué en vue des objectifs des pouvoirs publics. Étant donné que les textes français et espagnol peuvent être lus comme étant compatibles avec cette interprétation, comme il est expliqué plus haut, cela doit être l'interprétation correcte de ce membre de phrase.

d'établissement d'un groupe spécial présentées par l'Union européenne et le Japon sont l'une et l'autre incompatibles avec l'article 6:2, et qu'il décline sa compétence.

53. À titre subsidiaire, l'Union européenne n'a pas démontré que le programme TRG était incompatible avec l'Accord SMC pour les raisons indiquées dans la première communication écrite du Canada relative au différend DS412 (résumées plus haut).

54. L'Union européenne a adopté la qualification erronée par le Japon des achats de l'OEO mais laisse entendre que c'est seulement la différence entre le PHEO et le prix TRG qui représente les fonds directement transférés. Or le fait de séparer le paiement du PHEO ne transforme pas ces "achats de marchandises" en "transferts directs de fonds".

55. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, l'évaluation de l'existence d'une contribution financière suppose un examen de la nature de la transaction au moyen de laquelle quelque chose ayant une valeur économique est transféré par les pouvoirs publics". Il convient de mettre l'accent sur la *nature* de la transaction dans son ensemble, et non simplement sur la manière dont les paiements sont effectués.

56. L'Organe d'appel a reconnu que, outre les contributions monétaires énumérées aux paragraphes 1.1 a) 1) i) et ii), "une contribution ayant une valeur financière peut aussi être faite *en nature*, les pouvoirs publics fournissant des biens ou des services, ou achetant des biens". Les "contributions financières" énumérées à l'alinéa i) sont toutes des exemples de "contributions monétaires". Celles qui sont énumérées à l'alinéa iii) soit n'impliquent nullement une contribution monétaire (fourniture en nature de biens ou de services), soit n'impliquent pas *simplement* une contribution monétaire (c'est-à-dire l'achat de biens). Ce qui différencie une simple contribution monétaire telle qu'un "transfert direct de fonds" d'un "achat de biens" est que ce dernier implique une contribution monétaire *en échange* d'un bien. En l'espèce, les transactions de l'OEO avec les producteurs TRG impliquent une contribution monétaire (paiements) *en échange* d'électricité – un bien – qui, comme l'OEO l'ordonne, doit être injectée dans le réseau une fois produite. Par conséquent, cette transaction est qualifiée à juste titre d'"achat de bien" et non de transfert de fonds.

57. L'Union européenne fait aussi valoir que les achats de l'OEO constituent une forme de "soutien des revenus ou des prix". Dans sa première communication écrite relative au différend DS412, le Canada a montré que cette interprétation rendrait l'article 1.1 a) 1) iii) "redondant et inutile". En outre, l'Union européenne a donné une interprétation erronée des mots "un produit" figurant à l'article XVI du GATT pour étayer sa position. Les mots "un produit" à l'article XVI ne font pas référence à des intrants non subventionnés. Ils font référence en fait aux marchandises qui subissent effectivement l'incidence de la subvention notifiée. L'Union européenne allègue que l'OEO subventionne l'électricité renouvelable, et non les intrants. Par conséquent, elle devrait démontrer que le commerce de l'électricité, et non du matériel, est affecté par la subvention alléguée.

58. L'Union européenne s'appuie sur les points de repère proposés par le Japon pour déterminer qu'un avantage a été conféré aux producteurs d'électricité renouvelable. Elle allègue que le PHEO est déterminé par les forces du marché et qu'il constitue donc un point de repère approprié. Or, comme le Canada l'a démontré dans sa réponse à la première communication écrite du Japon, le PHEO n'est pas un point de repère approprié parce qu'il ne reflète pas le coût de production de l'électricité renouvelable.²⁶ À la suite de sa restructuration en 2004, le marché de gros antérieurement

²⁶ Réponse à la question n° 55 (première série): D'après les décisions de l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – Bois de construction résineux IV* et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'article 14 d) de l'Accord SMC ne qualifie aucunement les conditions du marché qui doivent servir de point de repère. En soi, le texte ne fait aucune référence explicite à un marché "pur", à un marché "non faussé par l'intervention des pouvoirs publics" ni à une "juste valeur marchande". Par conséquent, le fait qu'il existe une réglementation par les pouvoirs publics n'empêche pas nécessairement la prise en compte des prix dans une

concurrentiel est devenu un mécanisme destiné principalement à permettre à la SIERE d'équilibrer physiquement l'offre et la demande au moyen d'instructions en matière de contrôle-commande.

59. Par conséquent, le marché de gros de la SIERE est avant tout un mécanisme de contrôle-commande dans lequel l'électricité est offerte à des tarifs qui ne reflètent pas les coûts de production réels. Les coûts réels de la plupart des producteurs d'électricité sont pris en compte dans les tarifs réglementés de la CEO ou dans les contrats. En outre, les producteurs TRG d'électricité éolienne et solaire ne produisent pas en charge commandée, c'est-à-dire qu'ils ne présentent pas d'offres pour le mécanisme commercial de la SIERE. Ainsi, leur production n'affecte pas le PHEO. Au lieu de cela, ils fournissent à la SIERE, un jour à l'avance, les estimations horaires du volume d'électricité qu'ils prévoient de produire.

60. Pour les raisons exposées plus haut, le Canada demande que le Groupe spécial rejette les allégations de l'Union européenne. Il demande aussi que le Groupe spécial constate qu'il n'a pas compétence pour l'allégation au titre de l'Accord SMC.

III. DÉCLARATION LIMINAIRE DU CANADA À LA PREMIÈRE RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL

A. ALLÉGATION AU TITRE DU GATT

61. L'achat d'électricité renouvelable par l'OEO est attesté par cinq faits. Premièrement, l'OEO verse de l'argent uniquement en échange de l'électricité renouvelable qui est produite. Les articles 3.1 et 1.4 de l'annexe B du contrat TRG montrent que l'OEO paie les producteurs uniquement pour

juridiction visée par cette réglementation aux fins d'une analyse de l'avantage. L'Organe d'appel a aussi reconnu que, dans des circonstances limitées, par exemple dans les cas où les prix sont faussés par la position prédominante des pouvoirs publics en tant que fournisseur d'un bien, des points de repère autres que les prix du secteur privé dans la juridiction pertinente peuvent être utilisés pour une analyse de l'adéquation de la rémunération. Il s'ensuit que, lorsque les prix sont faussés par la position prédominante des pouvoirs publics en tant qu'acheteur d'un bien, des points de repère de rechange peuvent être utilisés. Toutefois, l'Organe d'appel a aussi tenu à rappeler que, quel que soit l'autre point de repère choisi, il devait se rapporter aux conditions du marché existantes dans ce pays et prendre en compte le prix, la qualité, la qualité marchande et les autres conditions d'achat ou de vente comme il était prescrit à l'article 14 d). De l'avis du Canada, il n'est pas possible de déterminer dans l'abstrait un "point" à partir duquel l'intervention des pouvoirs publics sur un marché prive ce marché de sa capacité de fixer les prix, aux fins d'une analyse de l'avantage. Une telle détermination doit être établie au cas par cas.

Réponse à la question n° 57 (première série): 57 a): Pour procéder à une analyse de l'"avantage", il faut commencer par examiner le "marché" et s'efforcer de déterminer un point de comparaison approprié. Toutefois, il peut y avoir des situations dans lesquelles un critère du marché ne peut pas être appliqué "strictement". À cet égard, le point de départ, lorsqu'il s'agit de déterminer l'adéquation de la rémunération, est constitué par les prix auxquels les biens en question sont achetés par des acheteurs privés au cours de transactions effectuées dans des conditions de pleine concurrence dans le pays d'achat (*États-Unis – Bois de construction résineux IV*). Toutefois, des points de repère de rechange peuvent être utilisés et "pourraient inclure des valeurs supplétives qui tiennent compte des prix de biens semblables cotés sur les marchés mondiaux, ou des valeurs supplétives construites sur la base des coûts de production".

57 b): La structure de l'article 14 de l'Accord SMC implique qu'un avantage peut être déterminé de différentes manières tenu du type de contribution financière. Les principes de base devraient être semblables, mais l'article 14 reconnaît qu'il existe une certaine latitude permettant d'adapter l'analyse de l'avantage au type de "contribution financière" en question. Par ailleurs, selon le type de produit en question, il peut être nécessaire d'effectuer la détermination de l'avantage de différentes manières car la nature du produit lui-même peut influencer les conditions du marché pertinentes. En l'espèce, par exemple, nous examinons un bien unique, dont la production et la consommation exigent une réglementation par les pouvoirs publics afin de permettre un approvisionnement suffisant. En outre, la nature physique de l'électricité exige une planification centrale, du fait des contraintes physiques liées à la nécessité d'équilibrer constamment l'offre et la demande.

l'électricité qu'ils injectent dans le réseau.²⁷ Deuxièmement, l'OEO acquiert le droit de percevoir des recettes futures, ainsi que d'autres produits dérivés résultant de la production d'électricité renouvelable, comme le montre l'article 2.10 a) du contrat TRG.²⁸ Troisièmement, l'OEO paie la taxe sur les ventes pour les paiements aux producteurs, comme le montre l'article 3.5 du contrat TRG.²⁹ Quatrièmement, les contrats indiquent que l'OEO achète de l'électricité³⁰ dans les définitions, à l'article 3.4 et 3.5, dans l'appendice A du contrat TRG et à l'article 2.1 du contrat microTRG.³¹ Cinquièmement, dans d'autres textes législatifs et documents de l'OEO il est reconnu que l'OEO

²⁷ Réponse à la question n° 17 (première série); à la question n° 10 (deuxième série): L'obligation énoncée dans la règle TRG n° 6.3 est mise en œuvre par le biais des articles 3.1 et 1.4 de l'annexe B du contrat TRG. Dans la pratique, l'OEO s'acquitte des "obligations de paiement" mentionnées dans la règle TRG n° 6.3 a) en calculant chaque mois le montant de ses engagements au titre des contrats TRG. Il communique ce montant à la SIERE, qui l'utilise, avec les montants relatifs aux autres accords d'achat d'électricité de l'OEO et de la SFIEO, pour calculer l'ajustement global. Cet ajustement global est inclus dans la facture d'électricité mensuelle qui est payée par les ménages et les entreprises, généralement à une SDL. La SDL récupère ses frais de distribution et envoie le reste à la SIERE, qui en retranche l'ajustement global et l'envoie à l'OEO. L'OEO utilise ce montant pour payer ses engagements au titre des accords d'achat d'électricité. Les annexes B3A et B3B du contrat TRG concernent l'une et l'autre les projets de production raccordée au réseau de distribution.

Réponse à la question n° 9 (première série): Le Canada conteste la note de bas de page 69 de la première communication écrite de l'Union européenne. Les pouvoirs publics de l'Ontario (les pouvoirs publics "A" dans l'exemple donné par l'Union européenne) n'"ordonnent" à aucune entreprise de vendre quoi que ce soit. Par l'intermédiaire de l'OEO, ils passent un contrat en vertu duquel ils conviennent d'acheter l'électricité que le fournisseur injecte dans le réseau.

²⁸ Réponse à la question n° 18 (première série): La règle TRG n° 7.3 c) fait référence à l'achat par l'OEO des recettes provenant de produits connexes contractuels futurs. Dans le cadre du contrat TRG, l'OEO acquiert 80% des recettes provenant de produits connexes contractuels futurs. En outre, il acquiert aussi des attributs environnementaux. Cela contribue à démontrer que l'OEO achète de l'électricité renouvelable.

Réponse à la question n° 2 (première série): Cet article fait référence aux attributs environnementaux, qui sont définis comme étant les "intérêts ou droits découlant des attributs ... associés à une installation de production d'électricité renouvelable". Par le biais de ses paiements aux fournisseurs, l'OEO acquiert des produits dérivés, tels que des crédits d'émission de carbone.

²⁹ Réponse à la question n° 11 (deuxième série): Il n'existe aucune disposition concernant l'assujettissement à la taxe sur les ventes dans le contrat microTRG. La raison en est le fait que l'OEO a prévu que les fournisseurs relevant de microTRG seraient admis à bénéficier de l'exonération fiscale s'agissant de la prescription régissant l'imposition et le recouvrement de la taxe sur les ventes qui est applicable à ceux dont les revenus sont inférieurs à 30 000 dollars par an.

³⁰ Réponse à la question n° 25 (deuxième série): Les contrats TRG portent sur l'achat d'électricité. Comme tout contrat d'achat, ils contiennent des dispositions visant à faire en sorte que la marchandise réponde aux exigences de l'acheteur, à savoir que l'électricité fournie aide à réaliser l'objectif des pouvoirs publics de l'Ontario qui est d'assurer un approvisionnement sûr en électricité. À cette fin, le contrat prévoit le paiement de l'électricité qui est injectée dans le réseau. Il impose des conditions concernant la conception et la construction des installations pour des raisons de sécurité et de compatibilité avec le réseau. Les clauses du contrat relatives à l'assurance contribuent à faire en sorte que les installations soient effectivement construites. Les droits des bailleurs de fonds et les dispositions relatives aux renégociations permettent d'assurer le fonctionnement en continu des installations. Même si les contrats TRG sont davantage que de simples contrats d'achat (ce qu'ils ne sont pas), tant qu'ils ne transforment pas la nature de la transaction en l'une ou l'autre forme de "contribution financière" indiquée à l'article 1.1 a) 1), il s'agira d'une transaction dans laquelle les pouvoirs publics achètent des biens. Aucune des "facettes" indiquées par le Groupe spécial dans sa question ne modifie la nature de la transaction.

Observation concernant la réponse du Japon à la question n° 25 (deuxième série): Le Japon fait valoir que "l'OEO promet de payer un tarif ... qui garantit la récupération des coûts plus un rendement raisonnable de l'investissement sur une période de 20 ans", mais c'est le prix qui est garanti, et non la récupération des coûts ou un taux de rendement raisonnable. L'efficacité des producteurs d'électricité détermine leur possibilité de récupérer leurs coûts et d'obtenir un taux de rendement raisonnable. Un producteur inefficace risque de ne pas pouvoir récupérer ses coûts.

³¹ Voir la réponse à la question n° 1 (première série).

"acquiert" et "achète" de l'électricité, comme il est indiqué dans la *Loi de 1998 sur l'électricité*, la Directive ministérielle et le code de règlement au détail.

62. Le Japon s'est aussi appuyé sur la décision du Groupe spécial *États-Unis – Cartographie par sonar*. Or ce Groupe spécial examinait le sens d'une expression différente – "marché public" – et un traité différent, l'Accord du Tokyo Round relatif aux marchés publics. Il n'examinait pas le sens du terme "acquisition" figurant à l'article III:8 a) du GATT.

63. Le Japon fait valoir que l'OEO n'achète pas d'électricité parce que celle-ci est fournie par les producteurs directement dans le réseau. Toutefois, l'électricité est unique du fait qu'elle ne peut pas être stockée et qu'elle est consommée presque au moment même où elle est produite. Par conséquent, il n'est pas utile d'essayer de déterminer qui en a la propriété au sens d'une possession matérielle. En outre, la possession n'est pas une condition pour son achat, comme dans le cas, par exemple, de l'achat d'un livre sur Internet par quelqu'un qui paie avec une carte de crédit et ordonne à Amazon de livrer le livre à un destinataire différent. Un autre exemple est celui du commerce de produits en transit par le biais d'un connaissance.

64. Le champ d'application de l'article III:8 a) ne se limite pas à l'achat des produits qui sont le principal objet d'une allégation de violation de l'article III. En effet, les rédacteurs du GATT n'ont pas inclus de limitations spécifiques, en ce sens, telles que les obligations imposées dans l'AMP. L'article XVI de l'AMP prohibe l'imposition d'"opérations de compensation" (c'est-à-dire de "mesures utilisées pour encourager le développement local ou améliorer la balance des paiements [y compris] au moyen de prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale"). L'AMP prohibe ces opérations de compensation. Les signataires de l'AMP n'auraient pas eu besoin de prohiber les opérations de compensation si elles l'avaient déjà été par le GATT.³² Il n'y aurait eu aucune raison de le faire.

65. Le Japon et l'Union européenne ont fait valoir que les achats de l'OEO ne relevaient pas de l'article III:8 a) car ils étaient destinés à la revente dans le commerce. En réponse, le Canada note ce qui suit. Premièrement, l'électricité renouvelable achetée par l'OEO n'est pas "revendue"; en fait, elle est combinée avec de l'électricité provenant d'autres sources et mise à disposition pour la consommation. Deuxièmement, l'OEO n'achète pas dans le but de faire un quelconque profit. Troisièmement, bien que l'Union européenne s'appuie sur la version française de l'article III:8 a), qui contient les mots "revendus dans le commerce", le texte français peut être interprété comme signifiant une revente avec bénéfice. Le mot "commerce" peut être défini comme signifiant une "opération ayant pour objet de mettre les divers produits ... à la portée des consommateurs et des clients, à l'effet d'en tirer un profit". Le choix des mots dans les versions anglaise et espagnole, à savoir "commercial resale" et "reventa comercial", et non "resale in commerce" confirme cette interprétation.³³

³² Réponse à la question n° 22 (première série): Les Membres de l'OMC ont un instrument pour accepter des disciplines relatives aux conditions qu'ils imposent sur les intrants – à savoir l'AMP, et non le GATT. En outre, l'article XVI 2) de l'AMP permet aux pays en développement de négocier des exemptions aux disciplines concernant les opérations de compensation. Cela n'aurait pas de sens si ces pays étaient assujettis à de telles disciplines au titre du GATT. Mme Sue Arrowsmith explique que c'est une pratique courante pour les pouvoirs publics d'exiger que les entreprises privées achètent des produits nationaux comme condition d'accès aux marchés publics. Ces mesures sont généralement appelées "opérations de compensation". Lorsque ces opérations de compensation concernent uniquement des activités en relation avec le contrat passé par les pouvoirs publics, il est évident que ce sont des mesures régissant les acquisitions et qu'elles sont exclues de la règle du traitement national.

³³ Réponse à la question n° 25 (première série): Un "manque de pureté" dans les conditions du marché ne détermine pas directement le point de savoir si une revente sur ce marché est "commerciale". En fait, cela est directement déterminé par la question de savoir si l'intention du revendeur est de dégager un profit. Néanmoins, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles la réglementation d'un marché contribue à démontrer le bien-être des consommateurs et, ensuite, à montrer que le produit a été acheté pour être mis à la disposition des

66. Des achats effectués pour la revente en dehors des pouvoirs publics en vue de la récupération des coûts relèvent de l'article III:8 a) parce que cette revente pourrait être nécessaire à la réalisation de l'objectif des pouvoirs publics pour lequel le produit a été acheté.

67. Enfin, l'achat d'électricité renouvelable par l'OEO n'est pas effectué "pour la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce". Un achat ne sera exclu du champ d'application de l'article III:8 a) que s'il est effectué "pour" que le produit serve à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce. Un achat n'est pas exclu du champ d'application de cet article simplement parce que le produit sert à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce. Or l'électricité renouvelable est achetée pour assurer un approvisionnement en électricité fiable et suffisant. Elle n'est pas achetée pour l'utilisation à laquelle certains consommateurs peuvent la destiner.

B. ALLÉGATION AU TITRE DE L'ACCORD SMC

68. Le Canada axe ses communications sur deux points essentiels. Premièrement, contrairement aux qualifications erronées que les plaignants persistent à donner de la nature de la transaction, l'OEO achète de l'électricité renouvelable par le biais du programme TRG. Dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, l'Organe d'appel a qualifié les "transferts directs de fonds" d'"... action impliquant le transfert de fonds des pouvoirs publics au bénéficiaire", le terme "fonds" incluant "non seulement l'argent, mais aussi les ressources financières et les autres créances financières de manière plus générale". Par contre, il a qualifié l'"achat de biens" de situations dans lesquelles "... les biens sont fournis aux pouvoirs publics par les bénéficiaires ...". Il a noté que le terme "achat" était généralement interprété comme signifiant que la personne ou l'entité fournissant les biens obtiendra[it] une certaine contrepartie en échange.³⁴

69. L'Organe d'appel a aussi noté dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV* que l'"éventail de mesures des pouvoirs publics susceptibles de fournir des subventions [était] encore élargi par le concept de "soutien des revenus ou des prix" ...".³⁵

consommateurs et non pour permettre de dégager un bénéfice de la revente. La réglementation de l'environnement dans lequel une transaction a lieu n'affecte pas la question de savoir si cette transaction est un achat au regard de l'article III:8 a) du GATT ou de l'Accord SMC. L'"achat" est déterminé par la question de savoir s'il y a une "acquisition" en échange d'un "paiement".

³⁴ Voir la réponse à la question n° 19 (première série).

³⁵ Réponse à la question n° 58 (première série): 58 a): Quel que soit le sens précis que pourrait avoir l'expression "soutien des revenus ou des prix", il s'agit d'une notion qui n'est pas couverte par les mots "contributions financières". Les paragraphes a) 1 et a) 2) de l'article 1.1 sont séparés par la conjonction disjonctive "ou", indiquant que les "contributions financières" sont distinctes du "soutien des revenus ou des prix". Le fait que l'article 1.1 a) 2) fait référence à l'article XVI du GATT signifie que le type de "soutien des revenus ou des prix" visé par l'Accord SMC est le type de "soutien des revenus ou des prix" notifié au titre de l'article XVI.

58 b): Les tarifs d'importation des produits agricoles, et en fait tout droit d'importation, peuvent conférer des avantages aux producteurs de marchandises, mais ils ne devraient pas être traités comme des subventions. Comme le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* l'a indiqué, les actions des pouvoirs publics pouvant conférer un avantage, par exemple, les droits d'importation, ne devraient pas être traitées toutes comme des subventions. S'agissant de ce qui distingue ces actions des pouvoirs publics d'un "soutien des revenus ou des prix", il convient de mettre l'accent sur la nature de la mesure. Dans les cas où le prix d'une marchandise est soutenu par des achats des pouvoirs publics, cette action peut être qualifiée de soutien des revenus ou des prix si le soutien fait baisser les importations de produits concurrents ou augmenter les exportations du produit soutenu. Or ce n'est pas le cas en ce qui concerne le programme TRG. La nature des achats de l'OEO est d'assurer un approvisionnement suffisant en électricité de sources propres. S'agissant des prescriptions en matière de salaire minimal, le Canada n'estime pas qu'elles pourraient soutenir les prix car elles alourdiraient vraisemblablement les coûts de production d'une marchandise.

70. Ainsi, les méthodes par lesquelles les pouvoirs publics peuvent transférer une valeur économique sont différenciées par référence à leurs qualités inhérentes. Les "transferts directs de fonds" sont des transactions "selon lequ[el]les] de l'argent, des ressources financières et/ou des créances financières sont mis à la disposition d'un bénéficiaire". Les formes de "soutien des revenus ou des prix" impliquent des transactions dont la nature est de soutenir les revenus ou les prix pour un produit donné. Toutefois, lors des "achats" des pouvoirs publics, le paiement est effectué "en contrepartie" de l'échange d'une marchandise.

71. Deuxièmement, il faut considérer la transaction *dans son ensemble* pour en établir la *nature* essentielle. Comme il est montré plus haut, la *nature* des transactions de l'OEO est que les paiements sont effectués *en contrepartie* d'électricité renouvelable.

72. Les plaignants n'ont pas démontré que les achats de l'OEO conféraient un avantage. Conformément à l'article 14 d) de l'Accord SMC, il n'y a pas d'avantage conféré à moins que l'achat ne s'effectue moyennant une rémunération plus qu'adéquate" "par rapport aux conditions du marché existantes pour le bien ... en question dans le pays ... d'achat". Comme il a été reconnu dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, "la détermination d'un point de comparaison approprié" est essentielle pour cet examen. Ainsi, le Groupe spécial doit déterminer un point de repère axé sur les conditions d'échange de l'électricité éolienne et solaire, spécifiquement, car la mesure en cause concerne uniquement ces achats de l'OEO. Ni le Japon ni l'Union européenne n'ont identifié de tels points de repère.

73. Au lieu de cela, les plaignants ont mis l'accent sur des points de repère concernant l'électricité non renouvelable. La raison peut en être le fait que, pour un utilisateur final, tous les types d'électricité sont les mêmes. S'il est vrai que les consommateurs finals ne peuvent pas faire de distinction entre les types d'électricité qu'ils consomment, leur opinion est hors de propos. Toute analyse de l'avantage doit être axée sur les bénéficiaires allégués de l'avantage, c'est-à-dire les producteurs d'électricité éolienne et solaire.

74. Pour l'Ontario, l'acheteur en question, la manière dont l'électricité est produite est une condition essentielle de l'achat, car cette condition doit permettre d'atteindre l'objectif d'un approvisionnement en énergie sûr et propre. Le Groupe spécial doit examiner le comportement des producteurs d'électricité éolienne et solaire et des acheteurs d'électricité éolienne et solaire par rapport aux conditions de l'offre et de la demande en Ontario.

75. Le PHEO est un point de repère inapproprié pour les raisons que le Canada a expliquées dans ses premières communications écrites. Le mécanisme de marché de la SIÈRE n'est pas le marché concurrentiel classique sur lequel l'offre et la demande se répondent. En outre, bien que 8% des producteurs d'électricité en Ontario ne perçoivent effectivement que le PHEO, c'est seulement parce que ces producteurs sont des installations anciennes appartenant à l'État, dont les dépenses d'investissement ont été largement amorties, et qui, dans le cas des installations au charbon, seront fermées d'ici la fin de 2014. Pour 92% des producteurs d'électricité, le PHEO n'est pas un prix adéquat. En outre, la plupart des utilisateurs d'électricité paient simplement le prix demandé par le système.

76. En résumé, le Japon et l'Union européenne n'ont pas présenté un point de repère approprié et, par conséquent, n'ont pas démontré l'existence d'une subvention. Ainsi, il ne peut pas être constaté que le programme TRG est contraire à l'article 3:1 b) de l'Accord SMC.

58 c): Il est probable qu'un "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'Accord SMC impliquerait un certain type d'engagement budgétaire.

IV. DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DU CANADA RELATIVE AUX DIFFÉRENDS DS412 ET DS426

77. La première audience a confirmé que le programme TRG était un programme d'achat d'électricité renouvelable permettant d'assurer un approvisionnement en électricité suffisant et fiable pour les citoyens de l'Ontario à partir de sources propres. Elle a aussi confirmé que l'achat d'électricité renouvelable par les pouvoirs publics relevait de l'article III:8 a) du GATT.

78. Durant la première audience, le Japon et l'Union européenne n'ont pas prouvé que le programme TRG impliquait des "transferts directs de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. Au lieu de cela, les plaignants ont continué à répéter les affirmations formulées dans leurs premières communications écrites. Le Japon et l'Union européenne ne se sont pas non plus acquittés de la charge qui leur incombait de prouver que le programme TRG impliquait une forme de "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.

79. En outre, le Japon et l'Union européenne n'ont pas prouvé que le programme TRG conférait un "avantage" aux fournisseurs TRG, comme il est prescrit à l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

80. S'agissant de l'ordre d'analyse en l'espèce, en réponse à la question n° 24 de la première série de questions du Groupe spécial, le Canada a noté que, selon l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Bananes III*, lorsqu'il apparaissait que le GATT de 1994 et un autre accord figurant dans l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC (par exemple, l'Accord SMC) étaient l'un et l'autre applicables à la mesure en question, la mesure devrait être examinée sur la base de l'accord qui "trait[ait] expressément et de manière détaillée" de la mesure.

81. En l'espèce, tant le Japon que l'Union européenne se sont donné beaucoup de mal pour faire savoir clairement que ce qu'ils contestaient dans le programme TRG et les contrats TRG, c'étaient les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux. Dans sa première communication écrite, le Japon déclare d'emblée ce qui suit:

Plus précisément, le Japon conteste le programme TRG, ainsi que les contrats TRG et microTRG exécutés individuellement, non pas parce qu'ils ont pour effet de promouvoir les investissements dans la production d'énergie renouvelable, mais parce que, compte tenu de la prescription relative à la teneur en éléments nationaux, ils établissent une discrimination à l'encontre des importations de matériel de production d'énergie renouvelable et en faveur du matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué en Ontario.

82. Dans le même ordre d'idées, l'Union européenne indique dans sa première communication écrite ce qui suit:

Les mesures en cause dans le présent différend sont les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux figurant dans le programme TRG (y compris le programme de microTRG) mis en place par les pouvoirs publics de l'Ontario en 2009. Plus précisément, l'Union européenne ne formule pas d'allégations à l'encontre des autres éléments du programme TRG; elle ne conteste pas non plus le but général de ce programme, qui est d'aider à promouvoir l'approvisionnement en électricité provenant de sources d'énergie renouvelables. ... Cependant, les Membres de l'OMC ne peuvent pas utiliser des programmes TRG pour atteindre d'autres buts faussant le commerce, comme la protection de leurs branches de production nationales au détriment des autres, en incluant des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux.

83. Il est donc clair que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux, et leur incidence sur les importations de matériel de production d'énergie renouvelable en provenance de ces deux pays sont au centre de la plainte du Japon et de l'Union européenne. L'accord qui concerne le plus spécifiquement le traitement de ces marchandises est le GATT et, plus précisément, l'article III du GATT. Par conséquent, en l'espèce, l'analyse du Groupe spécial devrait commencer par le GATT.

A. ALLÉGATION AU TITRE DU GATT

84. Le Canada réaffirme les explications qu'il a données dans ses communications précédentes, à savoir que l'OEO achète de l'électricité renouvelable. Le Japon et l'Union européenne ont contesté le fait que le Canada s'appuie sur des descriptions concernant l'achat et l'acquisition d'électricité par l'OEO qui figurent dans des textes législatifs et des documents connexes autorisant les achats de l'OEO. En réponse, le Canada note qu'il s'appuie sur la qualification présentée par diverses entités gouvernementales et privées qui n'ont rien à voir avec le présent différend et n'ont aucune raison d'en présenter une qualification erronée. En outre, des groupes spéciaux de l'OMC ont reconnu l'importance de la description donnée par un Membre de sa propre législation. Dans l'affaire *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, le Groupe spécial a fait observer qu'un Membre était normalement "bien placé pour expliquer le sens de sa propre législation".

85. Le Japon fait valoir que "[l]acquisition et le paiement par les pouvoirs publics sont certainement des aspects de l'"analyse de l'acquisition", mais, fondamentalement, il en est de même pour l'utilisation, la consommation ou l'avantage en relation avec les pouvoirs publics". Aucune des sources invoquées par le Japon pour étayer sa définition du terme "acquisition" n'est appropriée.

86. S'agissant de l'invocation par le Japon de l'affaire *États-Unis – Cartographie par sonar*, le Canada note que le Groupe spécial n'examinait pas le sens du terme "achat", ni de façon générale ni dans le cadre de l'article III:8 a). Le Groupe spécial a même souligné qu'il n'avait "pas l'intention de donner une définition des marchés publics au sens de l'article I:1 a)".

87. Le Japon a fait valoir que le mot "servir" à l'article III:8 a) montrait que cet article "envisageait l'examen de la manière dont les produits acquis *serv[aient]*". Contrairement aux affirmations du Japon, le mot "servir" à la fin de l'article montre clairement que les rédacteurs n'avaient pas l'intention d'imposer une prescription selon laquelle les achats des pouvoirs publics qui relevaient de l'article III:8 a) devaient servir aux pouvoirs publics. Bien que le Japon invoque des observations formulées par les Secrétariats du GATT et de l'OMC, ce ne sont pas des sources valables pour l'interprétation du GATT. En outre, les Secrétariats ne laissent pas entendre qu'un "marché public" se *limite* aux circonstances décrites à l'article XVII:2.³⁶ En fait, le Secrétariat a indiqué qu'"à

³⁶ Réponse à la question n° 45 (deuxième série): Il existe des similitudes entre les articles III:8 a) et XVII:2. L'un et l'autre limitent la portée des obligations découlant du GATT. Les deux articles contiennent l'expression "pouvoirs publics" et les mots "produits", "être revendus" et "servir à la production de marchandises". Toutefois, il y a des différences importantes. L'article III:8 a) s'applique aux "lois, règlements et prescriptions", tandis que l'article XVII:2 s'applique aux "importations de produits". Alors que l'article III:8 a) fait référence à des "produits achetés", l'article XVII:2 fait référence à des "produits destinés à être immédiatement ou finalement consommés". L'article III:8 a) fait référence à des "produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics", tandis que l'article XVII:2 contient les mots "consommés par les pouvoirs publics ou pour leur compte". L'article III:8 a) exclut de son champ d'application les achats effectués "pour" "être revendus dans le commerce" ou "servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce", tandis que l'article XVII:2 exclut de son champ d'application les achats "destinés" "à être revendus ou à servir à la production de marchandises, en vue de la vente". Alors que l'article III:8 a) qualifie les mots "revendus" et "vente" par l'expression "dans le commerce", l'article XVII:2 ne le fait pas. L'article XVII:2 impose une obligation sur les importations qui relèvent du paragraphe – les Membres doivent "accorder[] un traitement équitable au commerce des autres parties contractantes" –, alors que l'article III:8 a) n'impose aucune obligation. Enfin, l'article III:8 a) établit un lien entre les premières et les deuxièmes conditions d'application du paragraphe par les mots "and not" (et non pas) – il dispose que "[l]es dispositions du présent article ne s'appliqueront pas

l'origine, les deux dispositions entendaient se référer au même type de marchés publics", mais il ne dit rien au sujet de l'intention *ultime* des rédacteurs.

88. Le Japon cherche aussi à limiter le sens du terme "acquisition" en invoquant le but de l'article III du GATT, à savoir "éviter le protectionnisme ...". Ce faisant, il fait abstraction du but de l'article III:8 a), qui est de donner aux Membres la possibilité de poursuivre des politiques au moyen de leurs acquisitions en dehors de leur obligation de traitement national, comme le Ministère de l'économie, du commerce et de l'industrie du Japon l'a reconnu dans une déclaration concernant cet article.

89. L'invocation par le Japon de l'historique de la négociation, à savoir une observation alléguée du Secrétariat de l'OMC concernant les "achats effectués par les pouvoirs publics" ("purchases effected for governmental use"), est fondée sur une déclaration citée de manière inexacte dans l'*Index analytique du GATT*, puis par le Secrétariat. Le document lui-même n'indique pas cela.

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 ...". Inversement, l'article XVII:2 établit un lien entre les conditions par les mots "and not otherwise" (et non) – il dispose que "[l]es dispositions du paragraphe premier du présent article ne s'appliqueront pas aux importations de produits destinés à être immédiatement ou finalement consommés par les pouvoirs publics ou pour leur compte et non à être revendus ...".

D'après son sens ordinaire, le mot "otherwise" signifie "dans des circonstances différentes des circonstances actuelles ou considérées". Son emploi à l'article XVII:2 pourrait indiquer que l'importation de "produits destinés à ... être revendus" est une circonstance différente de l'importation de "produits destinés à être immédiatement ou finalement consommés par les pouvoirs publics ou pour leur compte". Ces différences importantes dans la structure et le libellé de l'article XVII:2 amoindrissent son utilité en tant que contexte aux fins de l'interprétation de l'article III:8 a). Néanmoins, quel que soit le contexte constitué par l'article, il aide à démontrer que l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" à l'article III:8 a) ne se limite pas à la "consomm[ation] par les pouvoirs publics ou pour leur compte", mais a une portée plus large. L'article XVII:2 permet aussi de démontrer que les conditions énoncées à l'article III:8 a) sont cumulatives. L'inclusion du mot "otherwise" dans l'article XVII:2 montre clairement que les rédacteurs ont choisi de ne pas inclure ce mot dans l'article III:8 a). En établissant, au lieu de cela, un lien entre ces conditions par le mot "et", les rédacteurs ont indiqué que les conditions étaient cumulatives – pour relever de l'article III:8 a), un produit doit être acheté "pour les besoins des pouvoirs publics" et, aussi, "non pas pour être revendu[] dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce".

Étant donné que les conditions énoncées à l'article III:8 a) sont cumulatives, un produit acheté "pour les besoins des pouvoirs publics" doit pouvoir être également un produit acheté "pour être revendu[] dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce" – sinon, il n'y aurait aucune raison d'inclure la condition selon laquelle l'achat n'est pas destiné à cette fin. Cela renforce l'idée qu'un produit acheté "pour les besoins des pouvoirs publics" ne peut pas se limiter à un produit acheté pour être consommé par les pouvoirs publics, comme le Japon et l'Union européenne le laissent entendre. Un organe gouvernemental ne peut pas acheter un produit pour le consommer et, en même temps, l'acheter pour qu'il soit revendu dans le commerce ou serve à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce. Inversement, un organe gouvernemental peut acheter un produit pour réaliser un objectif des pouvoirs publics, mais aussi pour qu'il soit revendu dans le commerce ou serve à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce. (Par exemple, le Liquor Control Board of Ontario achète des boissons alcooliques destinées à être revendues dans le commerce au public mais pour réaliser l'objectif des pouvoirs publics qui est de financer la fourniture de services publics avec les bénéfices tirés de cette revente).

Observation concernant la réponse du Japon à la question n° 45 (deuxième série): Bien que le Japon invoque un commentaire de M. Ping Wang selon lequel les différences entre l'article III:8 a) et l'article XVII:2 ne sont pas importantes, la seule référence concernant cette déclaration est une note de cours non publiée de Mme Arrowsmith. Or Mme Arrowsmith a écrit que "les achats [de] livres destinés à être distribués contre une somme minimale aux bibliothèques locales" "relev[ai]ent de l'exclusion". De toute évidence, un organe gouvernemental qui achète des livres pour les distribuer aux bibliothèques locales ne les achète pas pour sa propre consommation. De même, Mme Arrowsmith a écrit que l'achat de marchandises dans le cadre de l'aide apportée à un autre pays relevait de l'article III:8 a), même si c'était ce pays qui consommerait les marchandises.

90. Le Japon a également cité de manière sélective M. John Jackson à l'appui de son interprétation des besoins des pouvoirs publics. Or, dans ses observations qui ont été invoquées par le Japon, M. Jackson ne faisait pas référence au sens de l'expression "besoins des pouvoirs publics", mais à un aspect différent de l'article III:8 a).

91. Enfin, le Japon ne peut pas s'appuyer sur l'historique de la négociation pour ce qui est de la proposition des États-Unis visant à étendre l'obligation de traitement national car cette proposition a été rejetée.

92. Même si l'interprétation par le Japon du mot "acquisition" était correcte, les achats de l'OEO n'en sont pas moins conformes à tous les quatre éléments de son interprétation. Premièrement, l'OEO "paie" l'électricité. Deuxièmement, comme le mot "*benefit*" signifie "avantage, profit ou bien", cet achat est à l'"avantage" et pour le "bien" des pouvoirs publics de l'Ontario car il les aide à réaliser leur politique, à savoir un approvisionnement en électricité suffisant et fiable provenant de sources propres. Troisièmement, l'OEO "*obtient*" et "*acquiert*" de l'électricité en payant et en stipulant qu'elle doit être injectée dans le réseau. L'utilisation ou la possession ne sont pas nécessaires, de la même façon que les pouvoirs publics obtiennent et acquièrent souvent des médicaments qui seront utilisés par des personnes malades. La déclaration de la SIÈRE indiquant qu'elle ne devient pas propriétaire de l'énergie ne dit rien au sujet des acquisitions de l'OEO. Quatrièmement, l'OEO et le Ministère de l'énergie ont le "*contrôle*" de l'obtention d'électricité parce qu'ils décident des modalités d'achat, y compris le prix et la durée du contrat, alors que les consommateurs obtiennent uniquement l'électricité provenant du stock d'électricité combinée par l'usage qu'ils en font.

93. Le Japon s'appuie sur la définition donnée par l'Australie du mot anglais "purpose", à savoir "avantage ou utilisation pratiques", mais il ne dit pas que l'Australie a reconnu que ce sens n'était peut-être pas aussi courant que celui qui était cité par le Canada, et que le contexte de cette définition était spécifique à l'expression "to work to good purpose" (travailler utilement), différente du membre de phrase "governmental purpose" (besoins des pouvoirs publics).

94. La définition du Japon fait en outre abstraction du contexte de l'article III:8 a). Outre qu'il exclut de son champ d'application les achats "pour ... la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce", cet article exclut aussi les achats effectués "pour être revendus dans le commerce". Toutefois, les pouvoirs publics ne peuvent pas acheter un produit en vue de leur propre "utilisation" ou "consommation" et, en même temps, l'acheter "pour [qu'il soit] revendu[] dans le commerce". Par conséquent, définir l'achat comme étant destiné à l'"utilisation" ou à la "consommation" par les pouvoirs publics prive de tout effet la prescription selon laquelle l'achat ne doit pas être effectué "pour être revendu[] dans le commerce".

95. Le Japon et l'Union européenne affirment qu'interpréter un achat "pour les besoins des pouvoirs publics" comme étant un achat visant un objectif des pouvoirs publics rendrait la prescription illimitée. Cela est inexact. Premièrement, seuls les achats que l'on peut objectivement discerner comme visant les objectifs des pouvoirs publics seront effectués "pour les besoins des pouvoirs publics". Deuxièmement, l'objectif doit être discernable avant l'achat.³⁷ Troisièmement, la

³⁷ Réponse à la question n° 47 (deuxième série): La fourniture de services publics est un objectif de tout gouvernement. Le Groupe spécial peut différencier les services publics qui devraient être considérés comme relevant de l'article III:8 a) et ceux qui ne devraient pas l'être en distinguant ceux qui sont identifiés publiquement par les pouvoirs publics avant le moment de l'achat comme étant un service qu'ils fournissent et ceux qui ne le sont pas. Ainsi, le fait d'assurer un approvisionnement fiable et suffisant en électricité de sources propres est un service public qui relève des "besoins des pouvoirs publics", car le gouvernement de l'Ontario a indiqué qu'il s'agissait d'un service public qu'il fournirait en vertu de dispositions législatives promulguées avant le moment de l'achat.

À titre subsidiaire, le Groupe spécial peut toujours distinguer objectivement, suivant l'approche suggérée par le Brésil, les cas où un "besoin des pouvoirs publics" inclut la fourniture de services publics dont le

discrimination, en soi, ne peut pas être l'objectif qui sous-tend l'achat. Interpréter un objectif discriminatoire comme étant un "besoin des pouvoirs publics" ferait en sorte qu'un achat pourrait relever de l'article III:8 a) du simple fait qu'il est incompatible avec l'obligation de traitement national énoncée à l'article III:4. Une telle interprétation pourrait donc rendre sans effet l'article III:4.

96. En outre, le Japon et l'Union européenne font abstraction des limites imposées par l'AMP. Un achat effectué en vue des objectifs des pouvoirs publics et qui satisfait aux autres prescriptions de l'article III:8 a) n'est pas soumis aux disciplines énoncées à l'article III mais le sera aux disciplines prévues par l'AMP si le Membre choisit de les accepter.

97. Même si un achat "pour les besoins des pouvoirs publics" n'était pas un achat effectué en vue des objectifs des pouvoirs publics, l'achat d'électricité renouvelable par l'OEO n'en est pas moins effectué pour les besoins des pouvoirs publics. Les achats de l'OEO sont effectués pour les besoins des pouvoirs publics, selon l'interprétation de cette expression par le Brésil.

98. Le Brésil a rejeté l'idée qu'un achat "pour les besoins des pouvoirs publics" au sens de l'article III:8 a) du GATT se limitait aux achats destinés à la consommation par les pouvoirs publics. Selon lui, cette interprétation "indique[rait] que le seul objectif des pouvoirs publics est de fournir des services permettant leur propre maintien et le fonctionnement normal de leur bureaucratie". Or, "la bureaucratie d'État n'est qu'un moyen de réaliser une multitude de fins, définies par chaque société".

99. Le Brésil a dit que "[l]'objectif des pouvoirs publics" ne [pouvait] pas être interprété conceptuellement", mais qu'il dépendait du "rôle" que les pouvoirs publics "[pouvaient] ... jouer" et du "degré de l'intervention exercée dans la pratique dans un pays donné". Il a fait observer, par exemple, que "la plupart des gouvernements [avaient] effectivement la responsabilité constitutionnelle ou juridique de fournir de nombreux services à leurs citoyens, tels que les services concernant la santé, l'éducation, l'eau, l'électricité, les transports et la sécurité publique", et il a noté que "[l]a fourniture de ces services [était] certainement considérée comme un besoin des pouvoirs publics par ces gouvernements".

100. Par conséquent, les achats de l'OEO sont effectués "pour les besoins des pouvoirs publics", suivant l'interprétation de cette expression par le Brésil. Pour appliquer l'exemple du Brésil, la *Loi constitutionnelle de 1982* du Canada habilite les provinces canadiennes à légiférer au sujet de l'exploitation de sites et d'installations dans la province pour la production d'électricité.³⁸ Ainsi, le gouvernement de l'Ontario a promulgué des textes législatifs afin d'assurer un approvisionnement fiable et suffisant en électricité provenant de sources propres. C'est à cette fin que les pouvoirs publics, par l'intermédiaire de l'OEO, achètent de l'électricité renouvelable.

101. Le Japon et l'Union européenne font valoir que l'électricité renouvelable est achetée par l'OEO "pour être revendue dans le commerce". Le Japon interprète ce membre de phrase comme

gouvernement a la "responsabilité constitutionnelle ou juridique". S'agissant de la "fonction spécifique exercée par un gouvernement donné" dans le "secteur de l'économie du pays", le gouvernement de l'Ontario régit le secteur de l'électricité et détient un grand nombre des installations de production et la majeure partie du réseau de transport et de distribution. Il s'acquitte de son rôle en vertu de la constitution canadienne. Selon l'interprétation donnée par l'Union européenne, l'achat d'électricité dans le cadre du programme TRG est aussi effectué pour un service public car il n'est pas différent de l'achat par les pouvoirs publics de "médicaments qui seront utilisés dans les hôpitaux publics ou de [] livres qui seront utilisés par les élèves des écoles publiques".

³⁸ Réponse à la question n° 35 (première série): La répartition du pouvoir législatif entre le gouvernement central du Canada et la province de l'Ontario est établie en vertu des articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867. Les provinces sont habilitées à légiférer au sujet de la production d'électricité, y compris l'exploitation d'installations d'énergie renouvelable, sous réserve de deux exceptions. Premièrement, le gouvernement fédéral a le pouvoir de légiférer au sujet de la production d'électricité d'origine nucléaire (en vertu de sa compétence exclusive en matière d'énergie atomique) et, deuxièmement, il a autorité sur les exportations internationales d'électricité (en vertu de sa compétence exclusive en matière d'échanges et de commerce).

signifiant "pour être vendu dans les circuits commerciaux (par opposition au fait d'être utilisé ou consommé par les pouvoirs publics)". De même, l'Union européenne fait valoir que "le facteur déterminant est le point de savoir si les marchandises sont vendues sur le marché, là où d'autres marchandises semblables font l'objet d'échanges". Toutefois, cette interprétation prive de tout effet l'expression "dans le commerce".

102. En outre, les motifs invoqués par le Japon et l'Union européenne à l'appui de leur interprétation de l'expression "dans le commerce" sont dénués de fondement. Pour étayer son interprétation du membre de phrase "pour être revendus dans le commerce", le Japon se fonde sur une définition du dictionnaire du terme anglais "commercial", à savoir "[o]f or pertaining to commerce or trade" (relevant du commerce ou des échanges ou s'y rapportant). Il donne ensuite plusieurs définitions du mot "commerce" qui, selon lui, "n'inclut aucun élément de "profit"". Toutefois, il fait abstraction du fait que le mot "commerce" a été défini comme étant "l'échange des produits ..., dans l'intention de dégager un profit". L'observation du Secrétariat de l'OMC invoquée par le Japon contredit en fait l'interprétation qu'il donne de l'expression "être revendus dans le commerce" car elle indique qu'un produit d'occasion revendu après avoir été utilisé ne sera pas considéré comme étant revendu dans le commerce. La revente d'un produit d'occasion n'a pas pour but de dégager un bénéfice; elle vise la récupération de certains des coûts encourus lors de l'achat initial.

B. ALLÉGATION RELATIVE AUX SUBVENTIONS

103. Il incombe au Japon et à l'Union européenne de démontrer que le programme TRG est une subvention. L'un et l'autre allèguent avoir présenté des éléments *prima facie* et espèrent ainsi faire passer au Canada la charge de réfuter l'allégation. Or, comme le Canada l'a démontré, les plaignants ont continué à qualifier de manière erronée la transaction en cause et à s'appuyer sur des points de repère inappropriés pour évaluer l'avantage. En conséquence, ils ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait. Il n'est satisfait à cette obligation que lorsque les éléments de preuve présentés sont suffisants pour permettre de présumer que ce qui est allégué est vrai. C'est seulement une fois cette présomption établie que la charge passe au défendeur qui doit la réfuter.

104. Le Canada réitère ses explications précédentes qui montrent que les transactions au titre du programme TRG sont des achats d'électricité renouvelable et non un "transfert direct de fonds" ni un "soutien des revenus ou des prix". L'OEO conclut divers contrats d'achat avec différents producteurs par le biais de négociations bilatérales, de demandes de propositions et de programmes d'offres permanents, comme le programme TRG. Ce faisant, il s'acquitte de son mandat légal, à savoir assurer un approvisionnement en électricité suffisant. Il ne s'agit pas d'un "soutien des revenus ou des prix". Selon la théorie des plaignants, tout contrat des pouvoirs publics pour l'achat de marchandises à un prix contractuel constituerait un "soutien des revenus ou des prix".

105. L'Union européenne laisse entendre que le programme TRG fonctionne de façon analogue à un programme de soutien typique pour des produits agricoles, dans lequel les pouvoirs publics font en sorte que les producteurs obtiennent un prix garanti qu'ils n'auraient pas obtenu autrement sur un marché. Cela est inexact parce que le PHEO ne représente pas un prix du marché de l'électricité et que, dans une situation typique de soutien des prix, les prix s'appliquent non seulement aux vendeurs qui traitent avec les pouvoirs publics mais aussi aux autres vendeurs de la marchandise en question.

106. En réponse au fait que les plaignants persistent à mettre l'accent sur le PHEO comme point de repère, le Canada réitère ses explications précédentes qui montrent que cela n'est pas approprié.

V. DÉCLARATION LIMINAIRE DU CANADA À LA DEUXIÈME RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL

A. ALLÉGATION AU TITRE DU GATT

107. Le Canada a démontré que le programme TRG n'était pas visé par les obligations énoncées à l'article III:4 du GATT et à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC car il relevait de l'article III:8 a) du GATT. Il réitère ses explications précédentes et analysera plus en détail plusieurs questions en réponse aux plaignants.

108. Dans sa question n° 59, le Groupe spécial a demandé quel était le but de l'article III:8 a) du GATT. Dans sa réponse, le Japon n'a pas mentionné la déclaration faite par son Ministère de l'économie, du commerce et de l'industrie. Au lieu de cela, il a invoqué le paragraphe 1 de l'article III pour restreindre le champ d'application de l'article III:8 a). Or cette référence est malvenue. Cet article commence en indiquant que "[l]es dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux lois, règlements et prescriptions régissant" certaines acquisitions. Par conséquent, ce sont toutes les dispositions de l'article III, y compris le paragraphe 1, qui ne s'appliquent pas aux lois, règlements et prescriptions régissant les acquisitions.

109. Le Canada a expliqué que la possession matérielle n'était pas une condition d'achat, comme dans le cas, par exemple, de l'achat d'un livre sur Internet et de produits faisant l'objet d'un connaissance. Il apparaît que le Japon a maintenant modifié sa position car il fait valoir que, dans ces exemples, "les acheteurs allégués ont le droit de prendre possession". Toutefois, le Japon ne donne aucune source à l'appui de cette nouvelle définition du mot "achat". Il laisse aussi entendre que l'acheteur doit soit utiliser lui-même le produit soit chercher à tirer bénéfice de la revente du produit. Cela n'est pas compatible avec l'achat par des organisations à but non lucratif de produits alimentaires et de médicaments qu'elles n'utilisent pas elles-mêmes et dont elles ne tirent aucun bénéfice.

110. Le Japon a aussi comparé le rôle de l'OEO avec celui des "négociants" et "agrégateurs" du secteur de l'électricité dans certains États des États-Unis, qui, selon les gouvernements de ces États, deviennent "propriétaires" de l'électricité. Bien que ces "négociants" et "agrégateurs" puissent devenir "propriétaires" de l'électricité, ils ne la possèdent jamais matériellement car l'électricité est transmise du producteur au consommateur final par des lignes de transport et de distribution. Même si la possession était une condition d'achat, les pouvoirs publics de l'Ontario n'en achètent pas moins de l'électricité, car ils détiennent 97% des lignes de transport et seulement trois des 80 sociétés de distribution locale en Ontario sont des sociétés privées.³⁹ Par conséquent, lorsqu'un fournisseur TRG injecte de l'électricité dans le réseau, elle devient en majeure partie la possession matérielle des pouvoirs publics de l'Ontario.

111. La condition contractuelle selon laquelle l'OEO doit payer l'électricité dont un fournisseur reçoit l'ordre de ne pas produire est nécessaire pour empêcher une production excédentaire d'électricité dans le réseau et est une condition courante dans les contrats d'achat d'électricité. La SIERE n'a jamais ordonné à un fournisseur TRG de ne pas produire d'électricité, contrairement à la

³⁹ Réponse à la question n° 13 (deuxième série): Bien qu'Hydro One (une société de transport d'électricité) soit tenue de fonctionner comme "entreprise commerciale", son principal mandat est d'assurer "le transport et la distribution d'électricité d'une manière sûre, fiable et rentable". Elle doit "donner la priorité aux investissements dans la capacité de transport et de distribution afin de soutenir les projets nécessaires pour maintenir en permanence la sécurité et la fiabilité du réseau". Les 77 SDL appartenant à l'État sont chargées d'assurer la "fourniture d'électricité d'une manière fiable". Les SDL sont tenues de se constituer en société conformément à la Loi de 1998 sur l'électricité. Elles perçoivent des tarifs pour la distribution d'électricité qui permettent la récupération des coûts et un taux de rendement "juste et raisonnable". L'OEO est chargé d'approuver les tarifs d'Hydro One et des SDL conformément à ce principe.

déclaration de l'Union européenne.⁴⁰ Elle ne peut pas non plus adresser cette demande aux petits fournisseurs TRG parce que ceux-ci ne sont pas raccordés directement au réseau.

112. L'achat d'électricité par l'OEO est analogue aux exemples de l'Union européenne concernant des achats pour les besoins des pouvoirs publics, à savoir des achats de matériel médical et de médicaments qui seront utilisés dans les hôpitaux publics et de livres qui seront utilisés dans des écoles publiques "pour fournir des services de santé et d'éducation au profit des citoyens". De même, l'électricité est achetée pour être utilisée par les Ontariens afin de fournir le service public qui consiste à assurer un approvisionnement sûr en électricité provenant de sources propres au profit des citoyens de l'Ontario.

113. L'Union européenne a fait valoir qu'un achat "pour les besoins des pouvoirs publics" (governmental purposes) est un achat pour satisfaire les "besoins" (needs) des pouvoirs publics. Elle précise que "[c]es besoins peuvent inclure les achats effectués par les pouvoirs publics pour être en mesure de fournir des services publics aux citoyens ...". Elle met toutefois l'accent sur un objectif erroné lorsqu'elle fait valoir que la prescription relative à la teneur en éléments nationaux n'est pas imposée en vue de la fourniture de services. Cette prescription est une *condition* de l'achat, et l'article III:8 a) n'impose pas de limitations quant à l'objectif de ces conditions. Par exemple, pour l'achat des livres qui seront utilisés par les élèves des écoles publiques, les pouvoirs publics pourraient exiger comme condition que les livres soient publiés dans le pays. Le besoin qui sous-tend cet achat est donc celui des pouvoirs publics. De même, l'achat d'électricité renouvelable par l'OEO est effectué "pour les besoins des pouvoirs publics" car il doit permettre d'assurer un approvisionnement en électricité suffisant et fiable pour les citoyens de l'Ontario à partir de sources propres, et aussi "pour [permettre aux pouvoirs publics d']être en mesure de fournir des services publics aux citoyens".

114. L'Union européenne et le Japon ont aussi fait valoir qu'une "reven[te] dans le commerce" était une revente dans l'intention que *quelqu'un* dégage un profit, et que les fournisseurs, distributeurs et détaillants TRG tireraient tous profit de la revente alléguée. Or les éléments contenus dans l'article III:8 a) concernent principalement les actions des *pouvoirs publics*: l'achat est effectué "par des organes *gouvernementaux*"; les besoins sont ceux des "*pouvoirs publics*"; et le but pour lequel l'achat est effectué est celui des *pouvoirs publics*. Par conséquent, la nature "commerciale" de la revente est déterminée par l'intention que les *pouvoirs publics* en tirent profit.

⁴⁰ Réponse à la question n° 21 (première série): 21 a): La SIERE n'a jamais ordonné à un producteur TRG de réduire sa production.

21 b): S'il est ordonné à un producteur de réduire l'ensemble de sa production, la nature de la transaction n'en devrait pas moins être qualifiée d'"achat de marchandises". La disposition relative au "paiement contractuel additionnel" est une condition de l'achat d'électricité renouvelable. De plus, c'est une clause courante dans les accords d'achat d'électricité quelle que soit la source de production car les administrateurs du réseau doivent pouvoir réduire l'injection dans le réseau afin d'éviter les surcharges. Il n'est pas inhabituel que des accords d'achat et de vente concernant divers produits contiennent des conditions exigeant le paiement même lorsque l'acheteur ne peut pas prendre livraison. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque l'acheteur s'est engagé à payer les marchandises mais ne peut pas les faire entrer dans ses stocks.

21 c): Cette situation ne s'applique pas aux installations pour microTRG et de type 3B parce qu'elles ne sont pas raccordées au réseau de transport. Seuls les producteurs raccordés au réseau de transport relèvent du dispositif de contrôle-commande de la SIERE.

21 d): Une condition analogue s'applique à certains contrats conclus avec des installations nucléaires, qui ne peuvent pas aisément modérer le volume d'électricité qu'elles produisent en réponse aux instructions de la SIERE. En particulier, les contrats avec Bruce Power (nucléaire) contiennent des dispositions qui prévoient le paiement intégral lorsque les producteurs doivent réduire ou arrêter sur commande la production pour permettre de gérer la congestion du réseau. La plupart des producteurs d'électricité en charge commandée (comme les installations au charbon et les installations hydrauliques) n'ont pas besoin de ces dispositions, car ils peuvent plus facilement répondre aux instructions de démarrage ou d'arrêt de production.

115. Par ailleurs, toute revente d'électricité est dénuée de pertinence en ce qui concerne les bénéficiaires des fournisseurs TRG, car ceux-ci en obtiennent un dans le cadre du contrat TRG dès qu'ils injectent de l'électricité dans le réseau. Les distributeurs ne tirent pas non plus bénéfice de la revente, mais du *service* de distribution de l'électricité. Enfin, les détaillants réalisent un profit dans le cadre de contrats financiers distincts avec les utilisateurs finals, et non du fait de l'utilisation de l'électricité par ces utilisateurs finals.

116. L'Union européenne a fait valoir que la *prescription relative à la teneur en éléments nationaux* ne régissait aucune acquisition de l'OEO. Or ce n'est pas la *prescription relative à la teneur en éléments nationaux* qui doit régir l'acquisition. Rien dans l'article III:8 a) n'exige que la "prescription régissant l'acquisition" soit la même que celle dont il est allégué qu'elle est contraire à l'obligation de traitement national. Même si l'Union européenne avait raison, la prescription relative à la teneur en éléments nationaux "régit" bien les acquisitions de l'OEO, car "régir" signifie "contrôler, réglementer ou déterminer", et l'OEO n'est pas autorisée à acheter de l'électricité si la condition n'est pas remplie.

117. En outre, la prescription relative à la teneur en éléments nationaux n'est pas "dissociée de la nature fondamentale du produit", car elle concerne le procédé et la méthode de production de l'électricité qui est achetée, c'est-à-dire les services et les intrants utilisés pour produire l'électricité. Comme Mme Sue Arrowsmith l'a indiqué, "[l]orsque ces opérations de compensation ou mesures secondaires concernent uniquement les activités en relation avec le contrat attribué par les pouvoirs publics ..., *il est clair qu'il s'agit de mesures "régissant" l'acquisition ...*".

B. ALLÉGATION RELATIVE AUX SUBVENTIONS

118. Dans cette déclaration, le Canada mettra l'accent sur les questions suivantes: premièrement, l'approche analytique correcte pour déterminer la "contribution financière" ou le "soutien des revenus ou des prix"; et, deuxièmement, la qualification appropriée des transactions TRG.

119. L'Union européenne invoque trois affaires pour faire valoir que la même mesure peut être qualifiée simultanément au regard de plusieurs alinéas de l'article 1.1 a) 1). Toutefois, ces affaires n'étaient pas sa théorie.

120. Dans l'affaire *Japon – DRAM (Corée)*, le Groupe spécial s'exprimait de façon incidente et examinait en fait la question de savoir si les modifications des conditions de remboursement d'un prêt et les échanges de créances contre des participations étaient des "transferts directs de fonds", et non s'ils pouvaient être traités comme une quelconque autre "contribution financière".

121. Dans l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, l'Organe d'appel n'effectuait pas une analyse de la "contribution financière" au regard de l'article 1.1. En fait, il interprétait le terme "bénéficiaire" dans le contexte d'une analyse de l'avantage, et déterminait si un bénéficiaire devait être une "personne morale" ou pouvait être une personne physique. L'Organe d'appel estimait simplement que des "contributions financières" pouvaient être accordées directement à des personnes morales telles que des entreprises, ou par le biais de personnes physiques telles que les propriétaires d'une entreprise, au moyen d'un allègement fiscal. Cela ne revient pas à dire que la même transaction peut être qualifiée à juste titre à la fois de "transfert direct de fonds" et de "recettes sacrifiées".

122. L'Union européenne invoque aussi l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, dans laquelle l'Organe d'appel a indiqué dans une note de bas de page que: "[l]a structure de [l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC] n'exclu[ait] pas expressément qu'une transaction puisse être visée par plus d'un alinéa". D'après l'Organe d'appel, "[l]'article 1.1 a) 1) ... ne définit pas explicitement la relation qui est censée exister entre les alinéas constitutifs". Contrairement aux

affirmations de l'Union européenne, ce qui ressort clairement de cette jurisprudence, c'est que l'Organe d'appel n'a pas dit spécifiquement qu'il pouvait être constaté à juste titre qu'une mesure ou transaction particulière constituait de multiples formes de "contribution financière" en même temps.⁴¹

123. S'agissant de la nature du "soutien des revenus ou des prix", le Canada note que le type de "soutien des revenus ou des prix" visé à l'article XVI du GATT a été incorporé par référence dans le texte de l'article 1.1 a) 2).⁴² L'article XVI:1 prescrit la notification d'"une subvention, y compris toute forme de soutien des revenus ou des prix, qui a directement ou indirectement pour effet d'accroître les exportations ... ou de réduire les importations ...". Par conséquent, il faut qu'il y ait des "effets sur le commerce". Il n'y a aucun élément de preuve donnant à penser que des importations d'électricité éolienne ou solaire en Ontario ont diminué à la suite du programme TRG, ou que des exportations ont augmenté. En fait, il n'y a aucun élément de preuve indiquant l'existence d'un quelconque commerce d'électricité éolienne ou solaire. Par conséquent, il ne peut pas être satisfait à l'une des prescriptions concernant le "soutien des revenus ou des prix".

124. D'après son sens ordinaire, un "soutien des prix" est une "aide des pouvoirs publics ou d'un autre organisme officiel visant à maintenir les prix à un certain niveau indépendamment de l'offre ou de la demande", et ce sens s'applique de la même façon à la notion de soutien des revenus. Par conséquent, cela signifie non seulement que les revenus ou les prix doivent être maintenus au moyen de mesures gouvernementales, mais aussi qu'il y aurait des *niveaux* de revenus ou de prix qui seraient d'abord établis par l'offre et la demande (c'est-à-dire par un marché).

125. Ainsi, un "soutien des revenus ou des prix" présuppose nécessairement un marché qui donne un signal amenant les pouvoirs publics à prendre des mesures pour maintenir les revenus ou les prix lorsqu'ils tombent au-dessous d'un certain *niveau*. L'Union européenne reconnaît cela lorsqu'elle donne l'exemple d'un mécanisme concernant le lait, dans lequel les producteurs sont payés si le prix du *marché* est inférieur au prix garanti. Le programme TRG n'est fondé sur aucun signal de ce type.

126. Les bénéficiaires d'un soutien des prix ne sont pas uniquement les vendeurs qui traitent avec les pouvoirs publics. En fait, le soutien des prix devrait aussi modifier le prix du marché pour les autres vendeurs sur ce marché. Par exemple, lorsque les pouvoirs publics achètent du sucre pour soutenir son prix, cela devrait modifier le prix du sucre non seulement pour ceux qui vendent aux pouvoirs publics mais aussi pour les autres vendeurs. En l'espèce, il n'y a pas d'allégation selon laquelle des vendeurs, hormis les producteurs TRG, qui traitent avec les pouvoirs publics, perçoivent les prix TRG.

127. S'agissant d'un "transfert direct de fonds", le Japon allègue maintenant que le programme TRG est un "don conditionnel". Cela est inexact parce que, premièrement, l'obligation de produire de l'électricité et de l'injecter dans le réseau est la principale caractéristique de tous les contrats avec l'OEO. Le Japon peut la qualifier d'"obligation réciproque" "exécutée" contre paiement, mais ce n'est

⁴¹ Réponse à la question n° 24 (deuxième série): L'Organe d'appel n'a pas estimé, contrairement aux affirmations de l'Union européenne, qu'il pouvait être constaté à juste titre qu'une mesure particulière constituait de multiples formes de "contribution financière" en même temps. Un groupe spécial devrait décider où il convient de placer la mesure. Si elle relève de l'article 1.1 a) 1) en tant que "contribution financière", une qualification appropriée aboutira à un seul alinéa. Lorsque le Groupe spécial doit choisir entre l'un des alinéas de l'article 1.1 a) 1) et éventuellement l'article 1.1 a) 2), la même analyse appropriée aux fins de la qualification amènera de nouveau à conclure que la mesure relève de l'un ou de l'autre, mais pas des deux articles en même temps. Le mot "ou" entre les deux paragraphes renforce cette approche.

⁴² Réponse à la question n° 20 (première série): L'article 1.1 a) 2) ne subordonne pas à une constatation de l'existence d'un "préjudice grave" la constatation d'un "soutien des revenus ou des prix". Le présent différend n'est pas une affaire relative à un "préjudice grave" (au sens des articles 5 c) et 6 de l'Accord SMC). Dans une telle affaire, l'évaluation d'un préjudice grave devrait être effectuée uniquement après une constatation de l'existence d'un avantage, et d'une "spécificité" au regard de l'article 2 de l'Accord SMC.

qu'une autre manière de décrire un "achat de marchandises". Deuxièmement, le Japon ne fait pas référence à la conclusion de l'Organe d'appel selon laquelle des dons sont normalement accordés "... sans qu[e le bénéficiaire] soit tenu ou censé accorder quoi que ce soit en échange au donateur". La théorie du Japon cherche à brouiller la distinction entre un "transfert direct de fonds" et un "achat de marchandises" au point de rendre ce dernier redondant.

128. Passant maintenant à la question de l'"avantage", le Canada a démontré à maintes reprises que tous les points de repère proposés par les plaignants étaient des tarifs pour le produit électricité combinée, et qu'ils ne reflètent donc pas les conditions d'achat et de vente pour l'électricité éolienne ou solaire en Ontario. L'hypothèse sous-jacente à la position des plaignants selon laquelle les tarifs pour le produit électricité combinée sont des points de repère appropriés est indéfendable. Les plaignants font valoir qu'il existe un marché unique de l'électricité en Ontario et que toutes les sources de production sont en concurrence les unes avec les autres sur ce marché unique. Ce n'est simplement pas le cas pour les raisons exposées ci-après.

129. Premièrement, le mécanisme de marché ou algorithme⁴³ administré par la SIERE n'est pas un "cadre dans lequel les acheteurs et les vendeurs se rencontrent pour échanger des biens ou des services ...". Ce marché de gros de l'électricité en Ontario a été mis en place et supprimé en 2002. Par la suite, les pouvoirs publics ont créé un système assorti d'un mécanisme de marché pour permettre à la SIERE d'équilibrer l'offre et la demande physiques et de prendre les décisions de contrôle-commande. L'OEO a également été chargé de réglementer les tarifs de certaines installations d'OPG.

130. De ce fait, le PHEO ne représente plus un tarif de l'électricité déterminé par l'interaction des acheteurs et des vendeurs, et seulement 8% des producteurs le perçoivent. Le Canada note que l'Union européenne conteste ce chiffre, sur la base de certaines données figurant dans le tableau 1 de la première communication écrite du Japon. Toutefois, l'Union européenne suppose que tous les producteurs d'électricité inclus par le Japon dans la catégorie "Électricité thermique non réglementée", de la rubrique "Actifs d'OPG", perçoivent uniquement le PHEO. C'est une hypothèse erronée. La pièce JPN-15 du Japon, sur laquelle est fondé le tableau 1, inclut trois installations – les centrales de Lambton, Nanticoke et Lennox – dans cette catégorie, qui représente une production supérieure à 11,5 TWh. Ces installations perçoivent toutes des tarifs contractuels au titre d'accords conclus avec la SFIEO ou l'OEO. Elles ne perçoivent pas uniquement le PHEO. Correctement prise en compte, la part des installations qui perçoivent uniquement le PHEO est bien 8% en 2010. Bien que le PHEO s'applique aux importations, ce n'est toujours pas un point de repère approprié, car les importations constituent aussi le produit électricité combinée.

131. Deuxièmement, contrairement aux affirmations du Japon et de l'Union européenne, les différentes sources d'électricité en Ontario ne sont pas en concurrence mutuelle de la manière qu'ils disent, car elles ont des coûts et des attributs spécifiques différents.⁴⁴ En outre, bien que l'Union

⁴³ Réponse à la question n° 31 (première série): Il existe un algorithme, l'"algorithme de contrôle-commande", qui fonctionne selon deux modes – "limité" et "illimité". La différence est que le mode limité tient compte de toutes les limitations physiques du réseau, contrairement au mode illimité. Le mode limité génère les instructions de contrôle-commande, tandis que le mode illimité sert à empiler les offres (de la plus faible à la plus élevée) et à déterminer le prix d'équilibre du marché. Les consommateurs paient le PHEO majoré de l'ajustement global.

Les prix payés par les consommateurs sont fondés sur la GTR, qui est établie et examinée tous les six mois par la CEO. Ces prix prennent en compte les prévisions concernant le PHEO et l'ajustement global pour les 12 mois suivants et toute récupération de variation par rapport à l'année précédente. Le PHEO moyen en 2011 s'élevait à 31,47 dollars/MWh, ce qui représentait environ 22% de la facture moyenne d'un usager résidentiel. L'ajustement global s'élevait en moyenne à 40,48 dollars/MWh en 2011.

⁴⁴ Réponse à la question n° 3 (première série): Les coûts de production de l'électricité renouvelable sont sensiblement plus élevés que ceux de l'électricité provenant de sources non renouvelables. La production d'électricité renouvelable donne lieu également à des attributs environnementaux tels que des crédits d'émission de carbone, qui peuvent avoir une valeur économique sur les marchés de ces crédits.

européenne admette que les pouvoirs publics représentent le côté de la demande de la transaction, elle continue de mettre l'accent sur l'opinion des utilisateurs finals qui ne participent même pas au mécanisme de la SIERE dont il est allégué qu'il constitue le marché pertinent.

132. Troisièmement, les plaignants ont aussi fait valoir que le PHEO est le tarif que les producteurs obtiendraient en l'absence du programme TRG. Toutefois, même avant ce programme, l'Ontario avait des programmes d'acquisition spécifiques pour l'achat d'électricité renouvelable. Selon toute probabilité, en l'absence du programme TRG, un producteur potentiel d'électricité renouvelable s'adresserait aux pouvoirs publics par l'intermédiaire de l'OEO et essaierait de négocier un contrat avec des tarifs tenant compte des conditions du marché existantes, y compris ses coûts et les besoins d'approvisionnement des pouvoirs publics.

133. Les divers points de repère hors juridiction présentés par le Japon et l'Union européenne sont aussi des tarifs pour le produit électricité et sont donc inappropriés. L'Union européenne fait valoir en outre que le Canada n'avait pas montré que les points de repère dans la juridiction proposés étaient faussés. Le Canada souligne que c'est la partie qui veut invoquer des points de repère hors juridiction qui doit justifier leur utilisation, comme cela est indiqué dans les affaires *États-Unis – Bois de construction résineux IV* et *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*.

134. Même s'il était justifié d'utiliser ces points de repère, il faudrait les ajuster afin de tenir compte des conditions du marché existantes pour l'électricité éolienne et solaire en Ontario. L'Organe d'appel a reconnu qu'il serait très difficile de procéder aux ajustements nécessaires. Le Japon n'a effectué aucun ajustement pour les tarifs hors juridiction présentés. En tant que tels, ils sont inappropriés pour l'analyse du Groupe spécial.

135. Enfin, si le PHEO ou l'un quelconque des autres points de repère proposés étaient appropriés, cela voudrait dire qu'un avantage serait conféré à tout producteur percevant un tarif plus élevé que ces points de repère, même si le tarif était insuffisant pour couvrir les coûts de production.^{45,46} Il serait

Réponse aux questions n° 41 et 43 (deuxième série): Il n'y a pas de concurrence entre la production d'électricité éolienne et solaire au titre du programme TRG – que ce soit sur la base des tarifs ou des volumes – et toute autre forme de production d'électricité en Ontario, de la manière alléguée par les plaignants. Étant donné que les contrats TRG eux-mêmes établissent les tarifs payés aux producteurs, il n'y a pas de concurrence par les prix. En outre, comme les producteurs TRG d'électricité éolienne et solaire produisent des formes d'électricité hors charge commandée, la SIERE accepte toutes leurs estimations des volumes de production dans l'empilement de la charge commandée, avant toutes les autres formes de production et sans aucune offre de tarif. Les tarifs applicables aux autres formes de production d'électricité renouvelable sont aussi fixés par contrat, et ces producteurs ne présentent pas d'offres à la SIERE. Comme les tarifs pour la production réglementée d'OPG sont fixés par la CEO, il n'y a pas de concurrence par les prix. De même, il n'y a pas de concurrence par les prix entre les formes contractuelles de production. En ce qui concerne les anciennes installations au charbon et les petites installations hydrauliques qui perçoivent uniquement le PHEO, cela ne résulte pas d'une concurrence par les tarifs entre des formes d'électricité. En fait, les tarifs sont fonction d'une décision de politique gouvernementale.

Il n'existe actuellement aucun marché de gros concurrentiel de l'électricité en Ontario de la manière alléguée par les plaignants. Comme l'Union européenne le reconnaît, le PHEO, qui est déterminé en définitive par la dernière offre d'électricité acceptée dans l'empilement de la SIERE, est établi en général en fonction des offres des producteurs d'électricité à partir de gaz qui ont conclu des contrats avec l'OEO. Ces offres sont déterminées par une formule contenue dans les contrats. Par conséquent, le PHEO est un tarif déterminé par les contrats de l'OEO, non par les forces d'un marché concurrentiel.

⁴⁵ Réponse à la question n° 44 (deuxième série): L'Union européenne semble laisser entendre que le climat est le facteur de coût le plus important dans une installation éolienne ou solaire et que, puisque ce facteur varie d'un endroit à l'autre, un tarif standard ferait en sorte que les installations TRG n'existeraient pas là où il couvrirait uniquement les dépenses d'investissement et les frais d'exploitation. Cet argument implique que les producteurs TRG établiraient leurs installations uniquement là où les tarifs seraient beaucoup plus élevés que les coûts, ce qui signifie que, "structurellement", le programme TRG ne peut pas être considéré comme reflétant les coûts de production et qu'il confère donc un avantage. Cette affirmation est indéfendable. Premièrement,

constaté que des producteurs qui perdent de l'argent chaque jour reçoivent une subvention. Le présent Groupe spécial serait obligé de constater qu'un tarif d'électricité beaucoup moins élevé que les coûts de production de cette électricité constituerait une "rémunération plus qu'adéquate" – c'est tout simplement impossible.

136. Une approche analytique qui aurait été susceptible d'être adoptée aurait pu commencer par déterminer les prix du secteur privé dans la juridiction pour les marchandises en question. Les plaignants n'ont pas fourni ces éléments de preuve. Si aucun prix du secteur privé pour l'électricité éolienne et solaire en Ontario n'est disponible, une solution de rechange, telle qu'un point de repère construit sur la base des coûts de production, pourrait éventuellement être employée, comme l'a noté l'Organe d'appel. En réponse aux questions n° 65 et 67 du Groupe spécial, l'Arabie saoudite fait effectivement la même remarque. Les plaignants n'ont pas présenté une telle solution de rechange.

137. S'il s'avérait en définitive impossible d'utiliser un point de repère dans la juridiction appropriée, le recours à un point de repère hors juridiction aurait été néanmoins envisageable, mais ces tarifs doivent être justifiés et ajustés pour tenir compte des conditions du marché existantes en Ontario. Malgré des indications claires de l'Organe d'appel, les plaignants ont choisi de ne pas adopter cette approche et ont présenté, au lieu de cela, des points de repère inappropriés. Ces points de repère ne peuvent pas constituer le fondement d'une analyse correcte de l'avantage. Par conséquent, les plaignants ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait d'établir que le programme TRG était incompatible avec l'Accord SMC.

l'Union européenne ne présente aucun élément textuel ou jurisprudentiel à l'appui de sa position selon laquelle un avantage peut être déterminé simplement parce que le paiement d'une marchandise est à un taux fixe. Deuxièmement, laisser entendre que des tarifs standard confèrent nécessairement un avantage à certains producteurs conduirait à des résultats absurdes. Prenons, par exemple, le cas d'un achat de stylos par les pouvoirs publics à un prix catalogue applicable à tous les consommateurs. Il est évident que n'importe quel fabricant de stylos aura des coûts et un rapport efficacité intrinsèquement différents. Si une analyse de l'avantage était effectuée sur la base suggérée par l'Union européenne, il serait constaté que les pouvoirs publics accordent des subventions à tous les fabricants, bien que d'autres acheteurs non gouvernementaux paient le même prix pour la marchandise. Cela ne peut pas être l'analyse appropriée.

Les tarifs de l'électricité éolienne au Québec présentés par l'Union européenne proviennent d'une autre juridiction que l'Ontario. L'Union européenne n'a donné aucune justification concernant l'utilisation de ces tarifs comme point de repère. En outre, toute utilisation en ce sens doit d'abord être ajustée en fonction des conditions du marché existantes dans la juridiction en question. Comme cela n'a pas été fait, les tarifs ne sont pas utiles pour l'examen de l'existence d'un avantage par le Groupe spécial.

⁴⁶ Réponse à la question n° 42 (deuxième série): L'argument du Japon selon lequel l'historique du marché de l'électricité en Ontario démontre que le programme TRG confère un avantage n'est pas convaincant. Premièrement, le Japon semble faire valoir que le Groupe spécial peut constater l'existence d'un avantage conféré dans l'abstrait. Or le Groupe spécial doit déterminer si les achats de l'OEO sont effectués moyennant une rémunération plus qu'adéquate suivant l'article 14 d) de l'Accord SMC. Deuxièmement, le Japon ne reconnaît pas que le marché de gros concurrentiel a pris fin en novembre 2002 et qu'un tel marché n'a pas été rétabli. Troisièmement, l'analyse de l'avantage doit être fondée sur une comparaison avec un point de repère de la même époque. Il serait illogique de comparer le prix d'achat d'une marchandise avec les conditions du marché qui existaient des années avant les transactions en question. En l'espèce, les tarifs incriminés de l'électricité éolienne et solaire relevant du programme TRG sont entrés en vigueur le 24 septembre 2009. Quatrièmement, la référence à un prix du marché antérieur sous la forme du PHEO tel qu'il était pendant la période de libéralisation reste une référence à un tarif de l'électricité combinée.

ANNEXE B

COMMUNICATIONS ÉCRITES ET DÉCLARATIONS ORALES DES TIERCES PARTIES

| Table des matières | | Page |
|---------------------------|---|-------------|
| Annexe B-1 | Résumé analytique intégré de l'Australie | B-2 |
| Annexe B-2 | Résumé analytique intégré du Brésil | B-7 |
| Annexe B-3 | Résumé analytique intégré de la Chine | B-10 |
| Annexe B-4 | Résumé analytique intégré d'El Salvador | B-14 |
| Annexe B-5 | Résumé analytique intégré de l'Union européenne (DS412) | B-17 |
| Annexe B-6 | Résumé analytique intégré du Japon (DS426) | B-21 |
| Annexe B-7 | Résumé analytique intégré de la Corée | B-28 |
| Annexe B-8 | Résumé analytique intégré du Mexique | B-32 |
| Annexe B-9 | Déclaration de la Norvège en tant que tierce partie | B-36 |
| Annexe B-10 | Résumé analytique intégré du Royaume d'Arabie saoudite | B-38 |
| Annexe B-11 | Résumé analytique intégré des États-Unis | B-42 |

ANNEXE B-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DE L'AUSTRALIE

I. INTRODUCTION

1. La présente procédure engagée par le Japon et l'Union européenne offre aux Membres l'occasion d'examiner l'interprétation des obligations des Membres en matière de commerce international dans le contexte des mesures environnementales nationales. L'Australie traite les questions clés ci-après:

- a. la définition d'une subvention au regard l'article 1.1 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC);
- b. la détermination de l'existence d'un avantage au regard de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC; et
- c. la portée de l'article III:8 a) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT de 1994).

II. SUBVENTION

A. CONTRIBUTION FINANCIÈRE OU SOUTIEN DES REVENUS OU DES PRIX

2. L'Australie souscrit aux arguments de l'Union européenne et du Japon en ce qui concerne le classement des contrats TRG comme forme de soutien des revenus ou des prix au regard de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.

3. À titre subsidiaire, l'Australie estime que le Groupe spécial aurait toute latitude d'examiner l'argument selon lequel les pouvoirs publics de l'Ontario "achètent des biens" au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC par le biais de l'exécution des contrats TRG.

4. Le Canada fait valoir que l'Office de l'électricité de l'Ontario (OEO) conclut des accords d'achat d'électricité avec des producteurs d'énergie renouvelable pour acquérir ou acheter de l'énergie renouvelable. Il affirme que cette transaction "est et reste un achat de biens".¹

5. L'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* a identifié deux aspects d'un achat de biens au sens de l'article 1.1 a) 1) iii):

- a. les biens sont fournis aux pouvoirs publics par le bénéficiaire; et²
- b. la personne ou l'entité fournissant les biens obtiendra une certaine contrepartie en échange.³

¹ Première communication écrite du Canada, paragraphe 120.

² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 619.

³ Ibid.

6. L'Australie estime que, pour déterminer si une contribution financière est un achat de biens, il n'est pas nécessaire que les pouvoirs publics utilisent les biens achetés. En fait, selon elle, un achat de biens aux fins de l'article 1.1 a) 1) iii) a lieu lorsque les pouvoirs publics paient une personne ou une entité pour la fourniture de biens.

7. Dans le présent différend, l'OEO est un mandataire des pouvoirs publics de l'Ontario. Il est tenu contractuellement, en vertu d'un contrat TRG exécuté, de payer au tarif contractuel l'électricité produite par les producteurs TRG. Le tarif contractuel perçu par les producteurs TRG pourrait être classé à juste titre comme contrepartie pour l'électricité fournie sur le marché de l'électricité de l'Ontario.

8. L'Australie estime que le Groupe spécial pourrait appliquer ce raisonnement pour constater que la transaction entre l'OEO et les producteurs TRG pourrait être qualifiée à juste titre d'achat de biens selon la définition d'une contribution financière figurant à l'article 1.1 a) 1) iii).

B. AVANTAGE

9. L'Australie n'accepte pas l'argument du Canada selon lequel les points de comparaison utilisés par le Japon et l'Union européenne sont inappropriés pour l'évaluation de la question de savoir si l'acquisition d'électricité éolienne et solaire par l'OEO dans le cadre des contrats du programme TRG confère un "avantage".⁴

10. L'Australie note qu'une contribution financière confère un avantage si les conditions de cette contribution sont plus favorables que celles auxquelles le bénéficiaire a accès sur le marché. À son avis, le marché pertinent dans le présent différend est celui de l'électricité. À cet égard, l'Australie note que l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* a dit que le calcul d'un avantage par rapport aux conditions du marché existantes "nécessit[ait] ... un examen du comportement des deux parties à une transaction et, en particulier, par rapport aux conditions de l'offre et de la demande qui s'appliqu[ai]ent sur ce marché".⁵

11. De l'avis de l'Australie, le moyen de défense du Canada concernant le programme TRG est essentiellement axé sur les conditions de fourniture d'énergie renouvelable dans son analyse de l'avantage. Plus précisément, le Canada souligne à plusieurs reprises que les coûts de production de l'énergie renouvelable sont notablement plus élevés que ceux de l'énergie non renouvelable. L'Australie ne le conteste pas. Toutefois, à son avis, le Groupe spécial devrait aussi examiner le côté demande du marché de l'électricité lorsqu'il analyse l'avantage. À ce propos, l'Australie déclare que, bien que le programme TRG fasse la distinction entre les différentes sources d'énergie renouvelable (éolienne et solaire) pour déterminer le tarif perçu par les producteurs TRG par kWh d'électricité produite, cette distinction ne se répercute pas sur le marché. En outre, les consommateurs d'électricité en Ontario ne font pas (et ne peuvent pas faire) de distinction entre les sources d'électricité renouvelables et non renouvelables.

12. L'Australie ne pense pas que la différence de coûts de production entre les différents types d'énergie exclue une analyse de l'avantage d'après le prix du marché de l'électricité. À son avis, le produit subventionné en question est l'électricité, et non le sous-ensemble d'électricité produit à partir de sources renouvelables.

⁴ *Ibid.*, paragraphe 130.

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 981.

13. Selon l'Australie, il existe deux façons possibles pour les contrats TRG de conférer un avantage aux producteurs TRG. Premièrement, le soutien des pouvoirs publics crée un acheteur d'énergie renouvelable qui n'existerait pas autrement. En l'absence d'un soutien des pouvoirs publics, il n'y aurait pas de rémunération suffisante pour stimuler les investissements dans l'énergie renouvelable – les forces du marché à elles seules n'engendreraient pas une participation rentable au secteur de l'énergie renouvelable. Deuxièmement, les producteurs TRG perçoivent pour leur produit un prix plus élevé que celui qui est applicable par ailleurs sur le marché.

14. S'agissant de la deuxième question, l'Australie estime que le prix horaire de l'électricité en Ontario (PHEO) utilisé par le Japon et l'UE est un point de comparaison approprié pour la détermination de l'existence d'un avantage. Le PHEO est le tarif de l'électricité tel qu'il est déterminé par l'offre et la demande d'électricité en Ontario et il est le tarif qu'un producteur d'électricité percevrait sur le marché de gros, en l'absence de tout arrangement contractuel et réglementaire.⁶

III. ACQUISITION PAR LES POUVOIRS PUBLICS

15. Une question importante qui se pose en l'espèce est de savoir si l'achat d'électricité en vue de sa distribution au grand public devrait être qualifié à juste titre d'acquisition par les pouvoirs publics aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

16. L'Australie estime que le simple fait de qualifier une activité d'"acquisition" dans la législation ne suffit pas pour faire entrer cette activité dans le champ de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

A. BESOINS DES POUVOIRS PUBLICS

17. La détermination de la question de savoir si l'achat d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario peut être considéré à juste titre comme étant effectué pour les "besoins des pouvoirs publics" est essentielle pour l'analyse au regard de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

18. L'Australie note que le terme anglais "purpose" peut signifier "practical advantage or use" (avantage ou utilisation pratiques).⁷ Ce sens n'est peut-être pas aussi courant que celui qui est cité par le Canada, mais l'Organe d'appel a indiqué que celui qui interprétait un traité "devrait chercher le sens qui donn[ait] effet, simultanément, à tous les termes du traité, tels qu'ils [étaient] utilisés dans les diverses langues authentiques".⁸ L'Australie note que la partie pertinente de la version française de l'article III:8 a) 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 ..." (pas d'italique dans l'original)

19. Il apparaît que cette version du texte et, en particulier, l'expression "les besoins" étayent l'interprétation du terme "purposes" comme signifiant "aux fins d'un avantage pratique [pour les pouvoirs publics] ou d'une utilisation pratique" par les pouvoirs publics, et non un "achat effectué

⁶ Première communication écrite du Japon, paragraphe 220.

⁷ Collins English Dictionary en ligne, consulté le 9 janvier 2012: <http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/purpose>.

⁸ États-Unis – Droits compensateurs finals concernant le bois d'œuvre résineux, paragraphe 59.

pour un but des pouvoirs publics" ou "un achat par un organe gouvernemental qui est ordonné dans des lois, des règlements, une politique ou une directive administrative".⁹

20. L'Australie soutient que le Groupe spécial aura besoin d'examiner si, en l'absence d'un avantage pratique pour les pouvoirs publics ou d'une utilisation pratique par les pouvoirs publics, l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario est effectuée pour les "besoins des pouvoirs publics" au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

B. REVENTE DANS LE COMMERCE

21. Si le Groupe spécial admet que l'achat d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario est effectué pour les "besoins de pouvoirs publics", l'Australie estime qu'il devrait examiner les questions suivantes pour déterminer si l'acquisition est destinée à une "reven[te] dans le commerce" au regard de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

22. L'Australie note que le New Oxford Dictionary en ligne définit le terme anglais "commercial" comme signifiant concerné par le "commerce" ou engagé dans le "commerce"; le commerce est défini comme étant l'activité d'acheter et de vendre. La notion de bénéfice dans ces deux définitions est un aspect secondaire.¹⁰

23. Bien que l'OEO n'ait pas de but lucratif, il acquiert de l'électricité qui est injectée dans le réseau électrique en vue d'une revente et d'une distribution immédiates. Le réseau électrique est qualifié de "marché physique" où l'électricité est achetée et vendue.¹¹ L'OEO acquiert l'électricité dans l'intention qu'elle soit revendue aux conditions du marché.

24. L'Australie affirme qu'une interprétation de l'expression "pour être revendus dans le commerce" comme signifiant un achat effectué en vue d'une revente avec bénéfice serait une définition trop étroite. Une telle interprétation élargirait les exemptions possibles des dispositions de l'article III:1 relatives au traitement national auxquelles il est fait référence à l'article III:8 a). L'Australie estime que le Groupe spécial a toute latitude d'examiner si l'exemption énoncée à l'article III:8 a) prévoyait une aussi large exception à la disposition.

25. Les pouvoirs publics de l'Ontario n'utilisent pas la grande majorité de l'électricité qu'ils achètent. L'électricité est achetée pour être distribuée aux consommateurs qui l'achètent aux tarifs du marché. L'Australie soutient que l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'était pas censé viser la situation dans laquelle les pouvoirs publics concluent des contrats pour la fourniture ou l'achat d'électricité à des prix fixes, qu'ils vendent ensuite sur le marché pour la consommation générale.

IV. CONCLUSION

26. De l'avis de l'Australie, le programme TRG pourrait être considéré soit comme un achat de biens au sens d'une contribution financière visée à l'article 1.1 a) 1) iii) soit comme une forme de soutien des revenus ou des prix au regard de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.

27. L'Australie ne considère pas que la différence de coûts de production entre les différents types d'énergie exclue une analyse de l'avantage d'après le prix du marché de l'électricité.

⁹ Première communication écrite du Canada, paragraphe 86.

¹⁰ Oxford New Dictionary, en ligne, consulté le 9 janvier 2012:
<http://oxforddictionaries.com/definition/commercial?q=commercial>;
<http://oxforddictionaries.com/definition/commerce?q=commerce>.

¹¹ Première communication écrite du Japon, paragraphe 68, note de bas de page 120.

28. Enfin, selon l'Australie, une interprétation de l'article III:8 a) du GATT de la manière suggérée par le Canada élargirait la portée de la disposition bien au-delà de son sens ordinaire. Une telle interprétation pourrait amoindrir notablement la portée des obligations d'accorder le traitement national énoncées à l'article III et permettre un large éventail de mesures protectionnistes, ce qui est contraire au principe important énoncé à l'article III:1 du GATT de 1994.

ANNEXE B-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DU BRÉSIL

I. INTRODUCTION

1. Le Brésil présente des observations concernant des aspects: i) du sens de l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a) du GATT; et ii) de l'interprétation du terme "avantage" figurant à l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et du point de repère approprié pour la détermination de l'existence d'un avantage.

II. ARTICLE III:8 A) DU GATT: "POUR LES BESOINS DES POUVOIRS PUBLICS"

2. En soutenant que seuls les achats effectués pour le propre usage des pouvoirs publics ou leur propre avantage devraient être considérés comme répondant aux besoins des pouvoirs publics, le Japon et l'UE limitent indûment la portée de l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a) du GATT. Cette interprétation semble indiquer que le seul objectif des pouvoirs publics est d'assurer le maintien et le fonctionnement normal de leur bureaucratie et ne tient pas compte du fait que la bureaucratie d'État n'est qu'un moyen de réaliser une multitude de fins, définies par chaque société. Si les négociateurs avaient souhaité restreindre le sens de l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" aux achats effectués par des organes gouvernementaux pour leur "propre usage", ils auraient dû le faire expressément. Au lieu de cela, le libellé de l'article III:8 a) est "l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics", ce qui signifie que la bonne interprétation de cette disposition doit donner sens à l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics".

3. L'expression "besoins des pouvoirs publics" ne peut pas être interprétée conceptuellement d'une manière générale et *a priori*. En fait, elle peut être interprétée uniquement au cas par cas, au vu de la fonction spécifique exercée par les pouvoirs publics considérés dans chaque secteur de l'économie. Le Brésil propose d'envisager ce concept comme un spectre: à une extrémité du spectre, le Membre peut agir en tant qu'intervenant, constitutionnellement ou juridiquement tenu de garantir la fourniture d'un certain bien ou service; à l'autre extrémité, il peut agir en tant qu'agent économique comme tout autre agent, entièrement assujéti aux conditions du marché. Dans le premier cas, les besoins des pouvoirs publics occupent une place centrale et sont donc clairement visés par l'article III:8 a); dans le second, ils sont au mieux marginaux extérieurs au champ de ladite exception. La portée des besoins des pouvoirs publics peut être perçue comme relevant des catégories suivantes de l'action des pouvoirs publics: i) fournisseurs de biens ou de services (constituant parfois un monopole d'État); ii) agents incitateurs, promouvant des secteurs stratégiques pour assurer le développement de domaines dans lesquels l'entreprise privée seule peut ne pas suffire; iii) régulateurs, surveillant de près la fourniture d'un certain service, sans être juridiquement obligés de fournir ces biens ou services; et iv) agents économiques, assujettis aux conditions du marché. Dans les deux premières catégories, il serait facile de discerner les besoins des pouvoirs publics. Dans la troisième, il faudrait prendre en compte d'autres considérations. Dans la quatrième, l'action des pouvoirs publics ne relèverait pas de l'éventail des besoins des pouvoirs publics.

4. Le Groupe spécial devrait donc comparer la conception, la structure et les principes de base globaux d'un programme d'acquisition avec la fonction spécifique exercée par les pouvoirs publics. Par ailleurs, pour interpréter le sens de l'expression "besoins des pouvoirs publics", les entités juridictionnelles devraient s'abstenir de déterminer dans l'abstrait ce qui est un "besoin "légitime" des

pouvoirs publics". Tout comme un "accordéon" (en référence à l'analogie établie pour le "produit similaire" par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*), la définition des besoins des pouvoirs publics s'étire et se contracte selon la manière dont des pouvoirs publics agissent pour répondre à leurs besoins et selon la mesure dans laquelle ils le font, ainsi qu'il est inféré du cadre légitime applicable et des faits de chaque cas.

5. Néanmoins, la définition des "besoins des pouvoirs publics" ne peut pas être aussi large que le laisse entendre le Canada ("tous les achats d'un organe gouvernemental qui sont ordonnés par un texte législatif, un règlement, une politique ou une directive administrative"), sinon la portée de l'obligation d'accorder le traitement national énoncée à l'article III serait considérablement amoindrie.

III. ARTICLE 1.1 B) DE L'ACCORD SMC: "AVANTAGE" ET POINTS DE REPÈRE

6. Les parties au différend sont en désaccord au sujet du point de repère ou des "points de comparaison" appropriés qui permettraient d'évaluer s'il existe un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC conféré par les tarifs payés aux producteurs d'énergie qui participent au programme TRG. Selon le Brésil, le point de repère approprié en l'espèce devrait être évalué à la lumière de la décision rendue dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* par l'Organe d'appel, qui s'est appuyé sur le concept de "marché" établi dans l'affaire *Canada – Aéronefs* pour conclure ce qui suit:

"... Même dans les cas où un marché est limité pour un bien ou un service particulier, le prix du marché n'est pas dicté uniquement par le prix qu'un vendeur souhaite demander ou par ce qu'un acheteur souhaite payer. En fait, le prix d'équilibre établi sur le marché résulte de la discipline imposée par un échange tenant compte de l'offre et de la demande tant des vendeurs que des acheteurs sur ce marché."¹

7. Bien que les coûts de production soient pertinents pour l'analyse du point de savoir si un avantage est conféré (puisqu'ils déterminent si un producteur offrirait un produit en l'absence de l'intervention des pouvoirs publics), ce sont des paramètres incomplets pour ce qui est d'explicitier les points de repère, car ils se rapportent uniquement au côté offre du marché.² Pour analyser correctement un marché et donc établir de manière adéquate ses points de repère, il faut procéder à une évaluation complète des acheteurs comme des vendeurs, en examinant non seulement le prix auquel les vendeurs sont disposés à offrir leurs produits, mais aussi le prix que les acheteurs sont disposés à payer pour les biens ou services en question.

8. Lorsqu'il y a une participation importante des pouvoirs publics sur le marché, les prix pratiqués dans le secteur privé peuvent ne pas être un point de repère approprié, comme l'Organe d'appel l'a reconnu dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux VI*. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a souligné que l'utilisation d'autres points de repère devait être liée aux "conditions du marché existantes dans le pays de fourniture (y compris le prix, la qualité, la disponibilité, la qualité marchande, le transport et autres conditions d'achat ou de vente), en vue de déterminer, en

¹ *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 981).

² "Nous reconnaissons que, dans certaines circonstances, les coûts supportés par un vendeur peuvent être un facteur pertinent à examiner pour évaluer si des biens ou des services ont été fournis moyennant une rémunération moins qu'adéquate. Toutefois, de notre point de vue, la difficulté que présente l'analyse du Groupe spécial n'est pas qu'il a mentionné ces coûts comme étant un facteur dans son analyse, mais plutôt comme étant l'unique fondement de ses constatations" (*CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 980).

dernier ressort, si les biens en cause [avaient] été fournis par les pouvoirs publics moyennant une rémunération moins qu'adéquate".³

9. Quant au point de repère approprié à utiliser en l'espèce, le Brésil estime que tant le côté offre que le côté demande du marché de l'énergie devraient être pris en compte. Le point de repère ne peut pas se fonder uniquement sur les prix auxquels les producteurs d'un certain type sont disposés à vendre ou les prix établis par les pouvoirs publics, de même que les prix du marché de gros non réglementés dans un secteur stratégique d'une économie ne peuvent pas servir de base pour ce point de repère.

³ *États-Unis – Bois de construction résineux IV* (rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 115).

ANNEXE B-3

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DE LA CHINE

I. QUESTION DE SAVOIR SI L'ARTICLE III:8 A) DU GATT DE 1994 S'APPLIQUE AU PRÉSENT DIFFÉREND

1. Le Canada affirme que l'acquisition d'électricité renouvelable dans le cadre du programme TRG relève de l'article III:8 a) du GATT et est donc exemptée de la discipline énoncée à l'article III:4 du GATT de 1994.

2. Pour que l'exemption s'applique, il doit être satisfait à plusieurs conditions, à savoir, entre autres, "pour les besoins des pouvoirs publics" et "non pas pour être revendus dans le commerce". Selon la Chine, les deux expressions se rapportent à deux conditions parallèles, et le non-respect de l'une ou de l'autre entraînera la non-application de l'article III:8 a) du GATT.

a) Pour les besoins des pouvoirs publics

3. Dans sa communication, le Canada allègue qu'un achat pour les "besoins des pouvoirs publics" est un achat effectué pour un but des pouvoirs publics. Selon la Chine, le membre de phrase "un achat pour les besoins des pouvoirs publics" doit être lu dans son ensemble. Suivant cette lecture, le sens ordinaire de ce membre de phrase est que les pouvoirs publics sont la raison de l'achat, qu'ils tireront avantage du résultat ou de l'effet de l'achat, ou qu'ils sont le but ou la fin de l'achat.

4. Il est hors de doute que l'électricité "achetée" par l'OEO sera injectée dans le réseau pour être vendue aux utilisateurs finals de l'Ontario. Par conséquent, l'électricité est achetée pour les utilisateurs finals et non pour les pouvoirs publics. Les pouvoirs publics eux-mêmes ne tireront pas directement avantage du résultat ou de l'effet de l'achat. Bien que les pouvoirs publics de l'Ontario achètent aussi de l'électricité par le biais de l'OEO, la quantité d'électricité qu'ils consomment ne représente qu'une partie très négligeable. En conséquence, les pouvoirs publics ne constituent pas le but ni la fin de l'achat. Par ailleurs, comme la majeure partie de l'électricité est vendue aux utilisateurs finals et non aux pouvoirs publics, comment ces derniers peuvent-ils tirer avantage de cet "achat"? La Chine n'est donc pas convaincue par l'affirmation du Canada selon laquelle l'"achat" par l'OEO est effectué pour les besoins des pouvoirs publics.

b) Non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce

5. La Chine prend note de la déclaration du Canada selon laquelle l'OEO ne vise pas un bénéfice et d'ailleurs n'en tire aucun de la vente d'électricité renouvelable – l'OEO récupère simplement le coût de l'achat de cette électricité renouvelable. Or, de l'avis de la Chine, le fait que les pouvoirs publics ne tirent aucun bénéfice peut uniquement prouver que l'achat par l'OEO ne constitue pas une revente dans le commerce et le Groupe spécial doit continuer à examiner si l'achat sert à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce. Selon le Canada, l'électricité sera injectée dans le réseau pour être utilisée par tous les consommateurs de l'Ontario, qu'il s'agisse de ménages, des pouvoirs publics ou d'agents économiques. L'électricité vendue aux agents économiques servira certainement à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce. Bien que le Canada fasse valoir que ni l'OEO ni aucune autre partie des pouvoirs publics de l'Ontario ne se servent de l'électricité renouvelable qui est achetée par l'OEO pour fabriquer des marchandises, il ne

peut pas empêcher d'autres utilisateurs finals d'électricité de fabriquer des marchandises destinées à être revendues dans le commerce.

6. En conclusion, la Chine estime que, puisque l'achat d'électricité par l'OEO n'est pas effectué pour les besoins des pouvoirs publics, que l'électricité sera vendue par l'OEO aux utilisateurs finals et que certains d'entre eux pourront s'en servir pour produire des marchandises destinées à la vente dans le commerce, le programme TRG ne répond pas aux critères énoncés à l'article III:8 a) du GATT.

II. QUESTION DE SAVOIR SI LE PROGRAMME TRG CONCERNÉ CONSTITUE UNE SUBVENTION AU REGARD DE L'ACCORD SMC

7. Le Canada fait valoir que le Japon ne démontre pas que le programme et les contrats TRG confèrent aux producteurs TRG d'électricité éolienne et solaire un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

8. Le Japon propose quatre points de repère pour étayer son allégation selon laquelle le programme et les contrats TRG confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, y compris le prix horaire de l'électricité en Ontario (PHEO). Le Canada fait valoir que tous les points de comparaison proposés par le Japon sont inappropriés car ils ne tiennent pas compte de la condition d'achat fondamentale prévue dans un contrat TRG, à savoir que l'électricité renouvelable doit être produite. Il souligne que les conditions uniques en matière de coûts et d'exploitation rendent inappropriée la comparaison des prix entre certains types ou tous les types d'électricité non renouvelable et l'électricité éolienne et solaire. Pour autant, la Chine n'est pas convaincue par l'affirmation du Canada.

a) Question de savoir si le fait de conférer ou non un avantage ne dépend pas de la proportion de bénéficiaires non subventionnés

9. Le Canada fait valoir que le Japon ne démontre pas que le programme et les contrats TRG confèrent aux producteurs TRG d'électricité éolienne et solaire un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

10. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans l'affaire Canada – Aéronefs, une contribution financière ne confère un "benefit", c'est-à-dire un avantage, que si elle est *fournie à des conditions plus avantageuses que celles que le bénéficiaire aurait trouvées sur le marché*.¹ De plus, selon les critères énoncés par l'Organe d'appel dans l'affaire DS379, pour contester que le prix du marché, c'est-à-dire le PHEO, soit le point de repère approprié, le Canada doit prouver: 1) que les pouvoirs publics de l'Ontario sont un fournisseur (ou un acheteur) "*prédominant*"; 2) que le marché de l'électricité en Ontario est faussé par l'existence du rôle "*prédominant*" des pouvoirs publics de l'Ontario; 3) d'autres facteurs. Or, le Canada dit seulement que 92% des producteurs ont perçu un prix supérieur au PHEO et qu'il semble donc que les pouvoirs publics de l'Ontario sont un acheteur "*prédominant*". Cependant, le Canada n'a pas expliqué en détail en quoi le marché était faussé par l'existence du rôle "*prédominant*" des pouvoirs publics de l'Ontario, ni n'a expliqué en détail s'il y avait d'autres facteurs qui pourraient influencer sur l'évaluation du point de repère approprié. Par conséquent, de l'avis de la Chine, la réfutation par le Canada de l'existence d'un "avantage" ne répond pas à la condition énoncée par l'Organe d'appel à cet égard.

¹ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 149. (italique dans l'original)

b) Question de savoir si le fait de conférer ou non un avantage ne dépend pas du coût encouru par le bénéficiaire de la subvention

11. Le Canada fait valoir que l'énergie éolienne et solaire nécessite d'importantes dépenses d'équipement et comporte des coûts fixes permanents considérables, et qu'aucun investisseur rationnel dans la production d'énergie éolienne et solaire ne vendrait de l'électricité à un prix inférieur au coût. Il affirme donc que les prix proposés par le Japon comme points de repère sont inférieurs au coût de production et ne peuvent pas constituer un point de repère approprié pour déterminer l'existence d'un "avantage".² La Chine ne peut pas non plus souscrire à cette affirmation.

12. Selon la Chine, le prix servant de point de repère n'est pas déterminé par le coût de production. Comme il est indiqué plus haut, le fait de conférer un avantage dépend de la question de savoir s'il existe ou non un avantage par rapport aux prix pratiqués sur le marché. Il ne dépend manifestement pas du coût encouru par le bénéficiaire des subventions.

13. Le Canada fait valoir que le coût d'exploitation de l'énergie renouvelable est plus élevé que celui des autres formes d'énergie. Toutefois, même si cela est vrai, le coût élevé ne peut que prouver l'existence d'une subvention car, sauf intervention des pouvoirs publics, il n'y a pas de raison pour que des utilisateurs finals rationnels paient davantage pour acheter de l'électricité produite à partir d'une énergie renouvelable puisque sa qualité n'est pas supérieure à celle de l'électricité fossile. Comme l'électricité provenant d'une énergie renouvelable et celle qui provient d'autres formes d'énergie sont semblables et comparables, nous ne voyons pas pourquoi le PHEO applicable à l'électricité provenant d'autres formes d'énergie ne peut pas être le point de repère approprié. Avec le recul, même si le PHEO n'est pas un point de repère approprié, nous ne voyons toujours pas pourquoi le coût de production du bénéficiaire des subventions sera déterminant pour évaluer l'existence d'un "avantage" conféré, ce qui n'a aucun fondement juridique dans les Accords et la jurisprudence de l'OMC.

14. En conclusion, la Chine estime que l'affirmation du Canada concernant l'"avantage" n'est pas compatible avec l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et la jurisprudence pertinente de l'OMC.

III. QUESTION DE SAVOIR SI LA RESTRICTION À L'EXPORTATION POURRAIT ÊTRE CONSIDÉRÉE COMME UN "SOUTIEN DES REVENUS" AU REGARD DE L'ARTICLE 1.1 A) 2) DE L'ACCORD SMC

15. La Chine a noté que le paragraphe 33 de la communication de l'UE concernant le différend DS426 faisait référence aux affaires *États-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions* (DS194) et *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières* (DS394, DS395 et DS398), affirmant que la restriction à l'exportation pourrait être considérée comme un "soutien des revenus" au regard de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.

16. La Chine affirme qu'une restriction à l'exportation n'est pas un "soutien des revenus ou des prix" et illustre le raisonnement comme suit.

17. Premièrement, la lecture de l'expression "soutien des revenus ou des prix" dans son contexte n'épuise pas toutes les interventions des pouvoirs publics qui peuvent avoir un effet sur les revenus ou les prix, comme les droits de douane et les restrictions quantitatives. Selon la Chine, l'expression "soutien des revenus ou des prix" est fondée sur la nature d'une action des pouvoirs publics et non seulement sur les effets de cette action.

² Première communication écrite du Canada, paragraphe 147.

18. Deuxièmement, appliquer le critère de l'"effet" à l'existence d'un "soutien des revenus ou des prix" aurait des incidences considérables. En particulier, cela semblerait laisser entendre que toute mesure des pouvoirs publics créant des conditions commerciales favorisant ou entraînant l'accroissement de l'offre d'un produit sur le marché intérieur constituerait un "soutien des revenus ou des prix", et donc une "subvention" au regard de l'article SMC. Il est inévitable que le critère de l'effet exagérera la portée raisonnable du "soutien des revenus ou des prix".

19. Troisièmement, puisque l'article XI du GATT de 1994 traite de l'obligation des Membres de procéder à une "élimination générale des restrictions quantitatives", il est très douteux que le concept de "soutien des revenus ou des prix" énoncé à l'article 1.1 a) de l'Accord SMC vise à faire entrer cette action des pouvoirs publics dans le cadre de l'Accord SMC.

20. Quatrièmement, nous notons que le concept de "soutien des prix du marché" est inclus dans l'Annexe 3 de l'Accord sur l'agriculture, qui dispose que le "soutien des prix du marché" est calculé d'après la différence entre un prix de référence extérieur et le "prix administré appliqué". Cela indique qu'il doit y avoir un contrôle direct du prix intérieur par les pouvoirs publics pour que l'existence d'un "soutien des prix" soit prouvée. En conséquence, pour ce qui est du "soutien des revenus ou des prix", la question centrale devrait être l'action directe des pouvoirs publics et la nature de cette action, et non une fluctuation des prix qui est un effet indirect d'une autre forme d'intervention des pouvoirs publics.

21. Enfin, l'UE est arrivée à sa conclusion en se référant au paragraphe 7.430 du rapport du Groupe spécial *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières* (DS394, DS395 et DS398). Or, en faisant référence au rapport du Groupe spécial, elle n'a pas remarqué la note de bas de page qui y était ajoutée par le Groupe spécial et qui disait explicitement ce qui suit: "L'emploi du terme "subvention" ici n'implique pas une conclusion juridique au regard de l'Accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires."³

22. En résumé, la Chine estime que l'expression "soutien des revenus ou des prix" doit être interprétée de façon étroite et qu'une restriction à l'exportation n'est pas un "soutien des revenus ou des prix". Cela dit, elle ne conteste pas l'affirmation de l'UE selon laquelle les programmes TRG pertinents constituent des subventions. Ce qu'elle conteste, c'est le fait que l'UE utilise un exemple inapproprié de restriction à l'exportation pour illustrer l'expression "soutien des revenus ou des prix".

³ Rapport du Groupe spécial *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières* (DS394, DS395 et DS398), note de bas de page 674.

ANNEXE B-4

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ D'EL SALVADOR

I. INTRODUCTION

1. El Salvador a exprimé son souhait de participer en tant que tierce partie à la présente procédure du fait que celle-ci porte sur diverses questions systémiques liées principalement à l'Accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires. Il estime que les subventions sont des outils essentiels dans la gestion de la politique commerciale des pays, étant donné que ces systèmes, dans certains cas, sont indispensables pour promouvoir le développement économique et social des pays.

2. Le présent document traitera de deux questions ayant une importance systémique pour El Salvador: a) le fait essentiel que la subvention doit émaner des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre; et b) le fait que le soutien des revenus ou des prix est accordé au "sens de l'article" XVI du GATT de 1994.

II. ANALYSE

A. DES POUVOIRS PUBLICS OU DE TOUT ORGANISME PUBLIC DU RESSORT TERRITORIAL D'UN MEMBRE

3. Dans le présent différend, le débat porte sur la nature du lien entre différentes entités opérant sur le marché de l'énergie renouvelable de la province de l'Ontario, comme il ressort de la question n° 15 posée par le Groupe spécial aux parties.

4. El Salvador juge important de mettre l'accent sur le rôle que joue dans ce système le fait que les sociétés de distribution locale ("Local Distribution Company" – LDC) appartiennent aux autorités municipales de l'Ontario, étant donné le rôle prépondérant dont les plaignants allèguent que ces sociétés jouent dans le fonctionnement du transfert direct de fonds ou des transferts directs potentiels de fonds au sens de l'article 1.1 a) 1 de l'Accord SMC en faveur des producteurs TRG.¹

5. À ce sujet, nous faisons remarquer que, dans le différend "*États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*", l'Organe d'appel a demandé que, pour déterminer la présence des pouvoirs publics ou d'un organisme public en relation avec une subvention, les autorités chargées de l'enquête et les groupes spéciaux procèdent à une "*évaluation minutieuse de l'entité en question et ... identifie[nt] les caractéristiques communes qu'elle présent[ait] et la relation qu'elle a[vait] avec les pouvoirs publics au sens étroit eu égard, en particulier, à la question de savoir si l'entité exerç[ait] un pouvoir pour le compte des pouvoirs publics. L'autorité chargée de l'enquête doit, pour établir sa détermination, évaluer et prendre dûment en considération toutes les caractéristiques pertinentes de l'entité et, pour arriver à sa détermination finale concernant la manière dont cette entité devrait être qualifiée, éviter de se*

¹ Annexe 1 de la première communication écrite du Japon (DS412), reproduction des schémas indiquant les flux énergétiques et monétaires (figures 2 et 3).

concentrer exclusivement ou indûment sur une seule caractéristique sans accorder l'attention voulue à d'autres caractéristiques qui peuvent être pertinentes".²

6. Nous considérons que ce qui précède est pertinent pour le présent différend car cela permettra de vérifier le montant des transactions financières en faveur des producteurs TRG sous la forme de tarifs pour l'énergie produite, effectuées dans l'exercice des pouvoirs conférés aux autorités municipales de l'Ontario, étant donné que les deux plaignants, le Japon comme l'Union européenne, ont affirmé que la "*majeure partie*" des sociétés de distribution locales appartenaient aux autorités municipales de l'Ontario.

B. LE SOUTIEN DES REVENUS OU DES PRIX EST ACCORDÉ AU "*SENS DE L'ARTICLE*" XVI DU GATT DE 1994

7. Dans sa première communication en tant que tierce partie au présent différend, El Salvador a fait référence à la prescription voulant que la forme de soutien des revenus ou des prix prévue à l'article 1.1 a) 2 de l'Accord SMC ait lieu au "*sens de l'article*" XVI du GATT de 1994.³

8. Nous disions dans cette communication qu'à notre avis, il faudrait que des paramètres objectifs soient présentés pour que le Groupe spécial puisse déterminer qu'il y avait eu réduction des importations de matériel et de composants pour la production d'énergie renouvelable en faveur des mêmes produits provenant de la province de l'Ontario.

9. Nous notons en outre que le Groupe spécial, dans sa question n° 20 posée aux parties, a fait référence à cet élément de l'article 1.1 a) 2 de l'Accord SMC.

10. Selon El Salvador, cette disposition de l'Accord SMC exige qu'il soit satisfait à la disposition de l'article XVI:1 du GATT de 1994, à savoir déterminer la manière dont cela a pour effet "*directement ou indirectement*" de "*réduire les importations de ce produit sur son territoire*".

11. L'Accord exige qu'il s'agisse d'un soutien des prix ainsi qualifié. Cette détermination devrait se faire compte tenu des effets directs ou indirects sur le commerce par le biais des importations et exportations du produit subventionné. En ce sens, il existera un soutien des prix dans la mesure où des effets seront engendrés ou produits des effets sous la forme d'une réduction des importations.

12. Nous estimons que les méthodes prévues dans d'autres dispositions de l'OMC peuvent être employées pour la mesure considérée dans le présent différend; par exemple, dans le domaine des sauvegardes, on peut examiner la corrélation, qui peut être temporelle entre l'augmentation du dommage et la branche de production, en vérifiant s'il existe une corrélation entre le moment où une augmentation des importations a eu lieu et le dommage; on peut aussi analyser les conditions de concurrence entre les importations et le produit national similaire.

13. De l'avis d'El Salvador, il faut examiner et déterminer de manière positive au moyen de la méthode employée la question de savoir si le soutien des revenus ou des prix a été accordé au sens de l'article XVI du GATT de 1994.

² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, paragraphe 319.

³ Première communication écrite d'El Salvador (DS426), paragraphes 13 à 16.

III. CONCLUSION

14. La présente affaire pose d'importantes questions systémiques concernant l'application de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires et, El Salvador espère donc que le Groupe spécial prendra en compte ce qui a été exposé plus haut.

ANNEXE B-5

**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DE
L'UNION EUROPÉENNE (DS412)**

TABLE DES MATIERES

| | | |
|-------------|---|-------------|
| I. | INTRODUCTION | B-18 |
| II. | DEMANDE DE DÉCISION PRÉLIMINAIRE PRÉSENTÉE PAR LE CANADA | B-18 |
| III. | MESURES EN CAUSE | B-18 |
| IV. | ACCORD SMC | B-18 |
| V. | GATT DE 1994..... | B-19 |
| VI. | ACCORD SUR LES MIC | B-20 |

I. INTRODUCTION

1. L'Union européenne intervient dans la présente affaire en raison de l'intérêt systémique que revêt pour elle l'interprétation de dispositions fondamentales de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* (l'"Accord SMC"), de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (le "GATT de 1994"), de l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce* (l'"Accord sur les MIC") et du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémorandum d'accord"). Elle a aussi un intérêt commercial substantiel dans la question, qui l'a amenée à présenter sa propre demande d'ouverture de consultations avec le Canada, le 11 août 2011 (DS426). Dans le contexte de son intervention en tant que tierce partie, elle exposera ses vues sur les allégations juridiques formulées par le Japon, sans toutefois se prononcer définitivement sur les faits spécifiques de l'espèce ni préjuger les allégations et arguments qu'elle peut présenter dans le contexte du différend DS426.

II. DEMANDE DE DÉCISION PRÉLIMINAIRE PRÉSENTÉE PAR LE CANADA

2. L'Union européenne ne comprend pas pourquoi les parties n'ont pas fourni aux tierces parties une copie de leurs communications au moment où elles les ont déposées. La régularité de la procédure est un principe fondamental du règlement des différends à l'OMC qui éclaire les dispositions du Mémorandum d'accord et y trouve son expression. Elle suppose que les intérêts et les vues des tierces parties "seront pleinement pris en compte dans la procédure des groupes spéciaux". Cela n'est possible que si les parties fournissent aux tierces parties les copies de leurs communications au moment où elles les déposent (ou peu de temps après). L'Union européenne ne comprend pas non plus pourquoi le Groupe spécial n'a pas transmis aux tierces parties les communications des parties au moment où il les a reçues et, en tout état de cause, avant de prendre une décision préliminaire sur les questions soulevées par le Canada. Sur le fond, elle convient avec le Japon que la demande de décision préliminaire présentée par le Canada n'est pas justifiée.

III. MESURES EN CAUSE

3. L'Union européenne croit comprendre que le Japon conteste le programme TRG (y compris le programme de microTRG) ainsi que les contrats TRG et contrats microTRG.

IV. ACCORD SMC

4. L'Union européenne convient avec le Japon que les mesures en cause, c'est-à-dire le programme TRG ainsi que les contrats TRG et contrats microTRG, en imposant une prescription relative à la teneur en éléments nationaux sur les producteurs TRG d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque comme condition pour l'obtention de tarifs garantis supérieurs à ceux du marché pour l'électricité, constitueraient des subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, qui sont prohibées par l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.

5. L'Union européenne estime que le programme TRG équivaut à une subvention suivant la définition donnée à l'article 1.1 de l'Accord SMC. Premièrement, quelle que soit la façon dont on le considère, comme un transfert direct de fonds ou un transfert direct potentiel de fonds, le programme TRG implique une contribution financière des pouvoirs publics de l'Ontario, par l'intermédiaire de ses organismes publics (et, en particulier l'OEO) et/ou d'organismes privés que les pouvoirs publics ont chargés ou auxquels ils ont ordonné d'effectuer des paiements TRG (c'est-à-dire les sociétés de distribution locales). La province canadienne de l'Ontario, au moyen des contrats TRG signés entre l'OEO et le producteur TRG, s'engage à payer le prix convenu pour l'électricité générée par ce producteur. De l'avis de l'Union européenne, il serait plus approprié de qualifier cet engagement de "transfert direct de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC parce que les paiements

futurs sont effectués sans condition (autre que la nature du contrat, c'est-à-dire la fourniture prévue d'électricité en échange du paiement). Deuxièmement, à titre subsidiaire, le programme TRG prévoit une forme de soutien des revenus ou des prix pour le producteur TRG au moyen de prix garantis au sens de l'article 1.1 a) 2). Troisièmement, le programme TRG apporte aussi un avantage au bénéficiaire, c'est-à-dire le producteur TRG. Il entraînera dans la plupart des cas un avantage pour le producteur TRG, qui résulte de la différence entre les prix du marché et les prix garantis. De l'avis de l'Union européenne, dans une analyse *ex ante*, l'évaluation de l'avantage devrait être axée sur le point de repère du marché pertinent au moment où la contribution financière est accordée au bénéficiaire. Ce point de repère suppose un examen de ce qu'un participant au marché aurait été en mesure d'obtenir sur le marché à ce moment-là. Le point de repère du marché repose sur une projection du flux prévu des rendements qui sont censés résulter de la contribution financière. Le Japon a illustré ce point de diverses manières. Quelle que soit la façon dont le Groupe spécial traitera cette question, l'Union européenne estime que le programme TRG confère un avantage au bénéficiaire.

6. Il apparaît que la subvention est "subordonnée" en ce sens que le respect des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux est obligatoire: si le producteur TRG ne montre pas qu'il a satisfait aux prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux avant de commencer ses activités, il y aura défaut d'exécution du contrat. En outre, le programme TRG exigerait l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, "soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions".

V. GATT DE 1994

7. Selon le Japon, le matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué en Ontario et celui qui est importé du Japon et, d'après ce que l'Union européenne croit comprendre, également celui d'autres pays, sont des "produits similaires", au sens de l'article III:4 du GATT de 1994. L'Union européenne souscrit à l'évaluation effectuée par le Japon. Selon les renseignements donnés par le Japon, les mesures contestées sont des "prescriptions" au sens de l'article III:4. D'après les renseignements donnés par le Japon, la grille de teneur en éléments nationaux a force exécutoire, principalement du fait que le non-respect de ces prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux implique un défaut d'exécution du contrat. Quant à la question de savoir si la mesure affecte la vente, l'achat ou l'utilisation des marchandises importées sur le marché intérieur, l'Union européenne souhaite rappeler qu'il suffit que l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce que cette mesure modifie de manière défavorable les conditions de concurrence. Il suffit donc d'analyser, en se fondant sur les éléments de fait disponibles, si tel est le cas pour les mesures contestées par le Japon.

8. L'Union européenne estime qu'une analyse des effets effectifs de la mesure en cause sur la vente des produits importés n'est pas requise au titre de l'article III:4. Pour ce qui est de savoir si le Japon s'est acquitté de la charge de la preuve qui lui incombait s'agissant de la question de savoir si la mesure contestée modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits importés, elle fait observer que l'Organe d'appel a récemment noté que l'analyse de la question de savoir si un traitement moins favorable était accordé aux produits importés exigeait un examen attentif fondé sur une étude approfondie de l'idée maîtresse et l'effet essentiel de la mesure en tant que telle, y compris des conséquences de la mesure pour les conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux similaires. D'après l'Organe d'appel, il n'est cependant pas nécessaire que cette analyse soit fondée sur des éléments de preuve empiriques concernant les effets effectifs de la mesure en cause sur le marché intérieur du Membre concerné. Le programme TRG crée, parmi les producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque implantés en Ontario des incitations à utiliser du matériel de production d'énergie renouvelable produit en Ontario. En particulier, d'après les renseignements donnés dans la première communication écrite du Japon, le programme TRG lie le tarif normal garanti contractuellement uniquement à l'utilisation (dans une mesure importante, voir la grille de teneur en éléments nationaux) de produits provenant de l'Ontario.

9. Enfin, sur la base des faits présentés dans la première communication écrite du Japon, l'Union européenne souscrit à l'analyse concernant l'inapplicabilité de l'article III:8 du GATT de 1994. Premièrement, il semble qu'il n'existe aucune "acquisition" au sens de l'article III:8 a). Les pouvoirs publics de l'Ontario n'acquièrent à aucun moment des produits quelconques pour son propre usage ou à son propre avantage dans le cadre du programme TRG. En tout état de cause, il semble que même si l'on pouvait faire valoir que cette acquisition a lieu, mais ce n'est pas le cas, les produits seraient acquis uniquement pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce. D'après les renseignements donnés par le Japon, l'électricité fournie dans le cadre du programme TRG est vendue à tous les consommateurs aux prix commerciaux. Deuxièmement, l'exception prévue à l'article III:8 b) ne s'applique pas non plus. Le Japon ne fait pas valoir que le programme TRG favorise les producteurs d'énergie renouvelable implantés en Ontario mais que ce programme établit une discrimination à l'encontre du matériel de production d'énergie renouvelable importé. Comme il ressort d'une jurisprudence constante, l'article III:8 b) ne constitue pas un moyen de défense pour des mesures qui établissent une discrimination entre les produits importés et les produits nationaux.

10. Par conséquent, l'Union européenne estime que les mesures en cause sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994.

VI. ACCORD SUR LES MIC

11. Selon le Japon, le programme TRG, les contrats TRG et contrats microTRG sont aussi incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. L'Union européenne souscrit d'une manière générale à l'évaluation effectuée par le Japon. Outre les arguments présentés par le Japon, elle souhaiterait souligner que le Groupe spécial *Indonésie – Automobiles* a noté que l'Accord sur les MIC était un "accord à part entière du système de l'OMC", qui s'appliquait indépendamment de l'article III du GATT et qui contenait des dispositions transitoires spéciales, y compris des prescriptions de notification; et a conclu que l'Accord sur les MIC avait une "existence juridique autonome". Dans cette affaire, le Groupe spécial avait décidé d'examiner d'abord les allégations au titre de l'Accord sur les MIC, "puisque celui-ci [était] plus spécifique que l'article III:4 pour ce qui est des allégations considérées". L'Union européenne estime que si le présent Groupe spécial devait suivre l'approche choisie par le Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, il serait satisfait aux prescriptions imposant de constater l'existence d'une violation de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

12. Enfin, l'Union européenne note aussi que les mesures en cause seraient visées par l'Annexe 1 a) de l'Accord sur les MIC, qui fait référence à une catégorie de mesures jugées incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national prévue à l'article III:4 du GATT de 1994. Une constatation établissant qu'une mesure relève de l'Annexe 1 a) de l'Accord sur les MIC entraîne, en elle-même et à elle seule, une constatation de violation de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et donc une constatation de violation de l'article III:4 du GATT de 1994. Par conséquent, selon l'Union européenne, le Groupe spécial n'a pas besoin d'examiner d'abord s'il y a violation de l'article III:4 du GATT de 1994 pour conclure ensuite qu'il y a violation de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

ANNEXE B-6

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DU JAPON (DS426)

ABRÉVIATIONS UTILISÉES

| Abréviation | Intitulé |
|----------------------|--|
| Accord SMC | Accord sur les subventions et les mesures compensatoires |
| CE | Communautés européennes |
| Convention de Vienne | Convention de Vienne sur le droit des traités |
| GATT de 1994 | Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 |
| Mémorandum d'accord | Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends |
| OED | <i>Oxford English Dictionary</i> |
| OEO | Office de l'électricité de l'Ontario |
| OMC | Organisation mondiale du commerce |
| Programme TRG | programme de tarifs de rachat garantis de l'Ontario |
| TRG | tarifs de rachat garantis |
| UE | Union européenne |

AFFAIRES CITÉES

| Titre abrégé | Titre complet de l'affaire et référence |
|---|--|
| <i>CE – Certaines questions douanières</i> | Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Certaines questions douanières</i> , WT/DS315/AB/R, adopté le 11 décembre 2006 |
| <i>CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)</i> | Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires, Plainte des États-Unis</i> , WT/DS174/R, adopté le 20 avril 2005 |
| <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, distribués aux Membres de l'OMC le 30 janvier 2012, adoptés le 22 février 2012 |
| <i>États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur</i> | Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur</i> , WT/DS152/R, adopté le 27 janvier 2000 |
| <i>États-Unis – Loi de 1916 (CE)</i> | Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Loi antidumping de 1916, Plainte des Communautés européennes</i> , WT/DS136/R et Corr.1, adopté le 26 septembre 2000, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R |
| <i>États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE</i> | Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes</i> , WT/DS212/R, adopté le 8 janvier 2003, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS212/AB/R |
| <i>Inde – Brevets (États-Unis)</i> | Rapport de l'Organe d'appel <i>Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture</i> , WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998 |

1. Le Japon traite trois questions dans la présente communication: i) le caractère suffisant de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Union européenne; ii) la pertinence de la qualification de mesures dans la législation nationale aux fins du droit de l'OMC; et iii) le sens de l'expression "soutien des revenus ou des prix".¹

I. LA DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL PRÉSENTÉE PAR L'UNION EUROPÉENNE EST SUFFISANTE AU REGARD DE L'ARTICLE 6:2 DU MÉMORANDUM D'ACCORD ET, PAR CONSÉQUENT, LE GROUPE SPÉCIAL DEVRAIT REJETER LA DEMANDE DE DÉCISION PRÉLIMINAIRE PRÉSENTÉE PAR LE CANADA

2. Dans une lettre adressée au Groupe spécial et datée du 14 février 2012, le Canada a réitéré la demande de décision préliminaire qu'il avait présentée au sujet de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon dans le différend DS412. Le Groupe spécial chargé d'examiner le différend DS412 n'a pas jugé que la demande du Canada était fondée, déclarant explicitement qu'il n'était "pas convaincu du bien-fondé de la demande du Canada".² Le présent Groupe spécial devrait de même juger que la demande de décision préliminaire présentée par le Canada en l'espèce est dénuée de fondement, essentiellement pour les mêmes raisons que celles que le Japon a exposées dans sa réponse du 11 novembre 2011 à la demande de décision préliminaire présentée par le Canada dans le différend DS412.³

3. Le Canada soulève deux nouveaux points qui n'étaient pas mentionnés dans le différend DS412 et qui appellent une réponse. Premièrement, il laisse entendre que le récent rapport de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières* étaye une constatation selon laquelle la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'UE est insuffisante. Deuxièmement, il laisse entendre que l'emploi par l'UE d'une expression que le Japon n'a pas employée dans sa propre demande d'établissement d'un groupe spécial dans le différend DS412 – à savoir, l'expression "supérieurs à ceux du marché" – établit que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon dans le différend DS412 était inadéquate. Pour les raisons indiquées ci-après, ces arguments présentés par le Canada sont sans fondement.

A. L'ANALYSE EFFECTUÉE PAR L'ORGANE D'APPEL DANS L'AFFAIRE CHINE – MATIÈRES PREMIÈRES N'ÉTAIE PAS UNE CONSTATATION SELON LAQUELLE LA DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL PRÉSENTÉE PAR L'UE EST INSUFFISANTE

4. La demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Union européenne est suffisante au regard de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, et une décision du présent Groupe spécial de rejeter la demande de décision préliminaire présentée par le Canada serait pleinement compatible avec le raisonnement suivi par l'Organe d'appel dans l'affaire *Chine – Matières premières*. Le Japon fait aussi observer que dans l'affaire *Chine – Matières premières*, l'Organe d'appel s'est principalement appuyé sur la même jurisprudence que celle que les parties au différend DS412 ont invoquée dans leurs communications sur cette question.⁴

¹ Le Japon note tout d'abord qu'il incorpore dans le différend DS426, lorsqu'il y a lieu, les arguments qu'il présente dans le différend DS412.

² Communication du Groupe spécial aux parties, WT/DS412, 21 novembre 2011.

³ Réponse du Japon à la demande de décision préliminaire présentée par le Canada, WT/DS412, 17 novembre 2011.

⁴ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphes 218 à 235. Il apparaît que le Canada s'appuie essentiellement sur le fait que l'Organe d'appel a réitéré dans ce différend sa constatation dans un différend antérieur selon laquelle le bref exposé du fondement prévu à l'article 6:2 devrait "expliquer succinctement *comment* ou *pourquoi* la mesure en cause [était] considérée par le Membre plaignant comme

5. L'Organe d'appel dans l'affaire *Chine – Matières premières* a souligné que la détermination du caractère suffisant au regard de l'article 6:2 "suppos[ait] une analyse au cas par cas".⁵ En outre, une détermination du caractère suffisant "peut dépendre de la question de savoir si l'on voit suffisamment clairement quel "problème" est causé par quelle mesure ou quel groupe de mesures" et si "la capacité d'un groupe spécial de remplir sa fonction juridictionnelle" est "comprom[ise]".⁶

6. La question principale qui se pose dans le présent différend est de savoir si la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'UE "cont[ient] un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui [soit] suffisant pour énoncer clairement le problème".⁷ Dans l'affaire *Chine – Matières premières*, l'Organe d'appel, s'appuyant sur sa jurisprudence antérieure, a expliqué que "le bref exposé du fondement juridique de la plainte exigé par l'article 6:2 du Mémoire d'accord devrait "expliquer succinctement *comment* ou *pourquoi* la mesure en cause [était] considérée par le Membre plaignant comme contraire à l'obligation en question dans le cadre de l'OMC".⁸

7. L'Organe d'appel dans l'affaire *Chine – Matières premières* a conclu que la demande d'établissement d'un groupe spécial en question dans ce différend ne satisfaisait pas à cet aspect de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.⁹ Il a fait observer en outre que les dispositions de l'OMC énumérées "cont[enaient] toute une série d'obligations dissemblables"¹⁰ et a constaté que la demande d'établissement d'un groupe spécial était insuffisante au regard de l'article 6:2 du "fait qu'il n'a[vait] pas été établi de liens suffisamment clairs entre le large éventail des obligations contenues [dans les 13 dispositions de l'OMC énumérées] et les 37 mesures contestées".¹¹

8. Aucun de ces faits et circonstances n'existe dans le présent différend (ni dans le différend DS412). La demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Union européenne ne comporte pas un éventail complexe de mesures et de dispositions de l'OMC sans établir de liens suffisamment clairs entre les mesures et les obligations juridiques auxquelles il est allégué qu'il y a eu manquement. En fait, elle montre très clairement quel "problème"¹² en relation avec l'Accord SMC est causé par les mesures énumérées qui sont liées au programme TRG – à savoir que les mesures TRG sont des "subventions" suivant la définition figurant à 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" et donc incompatibles avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC. L'Union européenne n'occulte pas la question de savoir "comment ou pourquoi"¹³ les mesures en cause sont contraires aux

contraire à l'obligation en question dans le cadre de l'OMC". Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 226, citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Certaines questions douanières*, paragraphe 130. Toutefois, le Japon note que dans sa communication en vue d'une décision préliminaire dans le différend DS412, le Canada avait déjà présenté ses arguments en invoquant cette constatation de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Certaines questions douanières* (voir l'annexe 1 de la communication du Canada du 14 février 2012 en vue d'une décision préliminaire, dans le différend DS426, paragraphe 5), mais que la demande du Canada a été purement et simplement rejetée par le Groupe spécial dans le différend DS412. Voir la communication du Groupe spécial du 21 novembre 2011 aux parties au différend DS412. Par conséquent, les arguments superficiels exposés par le Canada dans le différend DS426 qui s'appuient sur la simple réaffirmation par l'Organe d'appel de sa constatation antérieure n'établissent guère d'éléments *prima facie* qui modifieraient la décision préliminaire du Groupe spécial dans le différend DS412 ou justifieraient que l'on s'en écarte.

⁵ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 220.

⁶ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 220.

⁷ Article 6:2 du Mémoire d'accord.

⁸ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 226 (italique dans l'original), citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Certaines questions douanières*, paragraphe 130.

⁹ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 226.

¹⁰ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 228.

¹¹ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 234.

¹² Article 6:2 du Mémoire d'accord.

¹³ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 226.

obligations dans le cadre de l'OMC en question. Et ces obligations sont énoncées à l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC, et non à l'article 1.1 de l'Accord SMC. Par conséquent, il est clair que le raisonnement suivi par l'Organe d'appel dans l'affaire *Chine – Matières premières*, lu dans le contexte des faits de ce différend, étaye une constatation du présent Groupe spécial selon laquelle la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Union européenne est suffisante au regard de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.

B. LA PRÉSENCE (OU L'ABSENCE) DE L'EXPRESSION "SUPÉRIEURS À CEUX DU MARCHÉ" DANS LA DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL PRÉSENTÉE PAR L'UE EST SANS IMPORTANCE

9. Par ailleurs, on comprend difficilement quelle importance le Groupe spécial pourrait attacher à l'expression "supérieurs à ceux du marché" employée par l'Union européenne dans sa description des mesures en cause lorsqu'il examinera la demande de décision préliminaire présentée par le Canada dans laquelle celui-ci allègue un manquement à l'obligation de présenter un bref exposé du *fondement juridique* de la plainte.

II. LA QUALIFICATION ET LE TRAITEMENT PAR LES POUVOIRS PUBLICS DE L'ONTARIO DE LEUR PROGRAMME TRG NE DÉTERMINENT PAS LE STATUT DES MESURES AU REGARD DE L'ARTICLE III:8 A) DU GATT DE 1994 ET DE L'ARTICLE 1.1 A) 1) III) DE L'ACCORD SMC

10. Le Canada affirme que la qualification et le traitement du programme TRG dans le texte des mesures de l'Ontario en cause établissent que ce programme constitue l'"acquisition" ou l'"achat" d'électricité renouvelable au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994¹⁴, et l'"achat" de cette électricité au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.¹⁵ Or, la qualification et le traitement figurant dans le texte de mesures intérieures ne peuvent pas avoir d'incidence sur l'application ou l'interprétation de ces dispositions des Accords de l'OMC ou, plus généralement, sur la détermination du point de savoir s'il y a eu manquement à des obligations dans le cadre de l'OMC. La raison en est que les mesures intérieures doivent être considérées comme des faits par un groupe spécial de l'OMC; les termes conventionnels doivent être interprétés par un groupe spécial de l'OMC conformément aux règles coutumières d'interprétation des traités codifiées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités; et ensuite, les données de fait disponibles doivent être appliquées à l'interprétation juridique correcte pour déterminer s'il y a eu violation. En fait, cela n'aurait pas été plus déterminant pour l'analyse du Groupe spécial si les pouvoirs publics de l'Ontario avaient déclaré explicitement dans leurs contrats TRG que "le présent contrat [était] réputé compatible avec les dispositions du GATT de 1994" ou que "le présent contrat constitu[ait] une acquisition conformément à l'Accord sur les marchés publics".

11. Conclure le contraire reviendrait à permettre au Canada de déterminer si ses mesures sont compatibles avec ses obligations dans le cadre de l'OMC, et l'Organe d'appel a dit dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)* qu'"il [était] évident qu'il ne [pouvait] pas en être ainsi".¹⁶ Pour dire les choses simplement, les groupes spéciaux de l'OMC ne sont pas liés par l'interprétation ou la qualification qu'un Membre donne de ses propres mesures intérieures.¹⁷ En fait, comme le Groupe spécial *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE* l'a résumé pertinemment, les groupes spéciaux de l'OMC sont chargés d'"établir le sens de[s] [mesures]

¹⁴ Première communication écrite du Canada, paragraphes 16 et 17.

¹⁵ Première communication écrite du Canada, paragraphe 54.

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 66.

¹⁷ Voir le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.55; le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, paragraphe 7.19; et le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 1916 (CE)*, paragraphe 6.51.

contestée[s] en tant qu'élément de fait et [de] déterminer si cet élément de fait constitue, de la part du Membre défendeur, un comportement contraire à ses obligations dans le cadre de l'OMC".¹⁸

12. Pour des raisons semblables, la façon précise dont un Membre choisit d'administrer son régime fiscal est peu pertinente pour la question de savoir si une transaction particulière est ou n'est pas une "acquisition" ou un "achat" aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994, et/ou un "achat" aux fins de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC. C'est purement une question de finance interne pour les pouvoirs publics du Membre dont il s'agit et il est certain que des pouvoirs publics peuvent choisir de taxer de nombreuses activités autres que des achats. Tout au plus, le fait allégué indique que les pouvoirs publics de l'Ontario ont déterminé le champ d'application des "ventes" assujetties à leur taxe sur les "ventes".¹⁹ Cela n'est rien d'autre qu'une question de qualification juridique en *droit interne*, qui ne peut pas lier la qualification juridique par le Groupe spécial de l'action gouvernementale en cause au regard de *l'Accord sur l'OMC*.

III. L'ARTICLE XVI:1 DU GATT DE 1994 NE LIMITE PAS LE "SOUTIEN DES REVENUS OU DES PRIX" AU SOUTIEN ACCORDÉ POUR LES MARCHANDISES QUI SUBISSENT EFFECTIVEMENT L'INCIDENCE DE LA SUBVENTION

13. Le Canada laisse entendre que pour que le "soutien des revenus ou des prix" constitue une "subvention" au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC, le soutien doit être accordé pour les marchandises dont le commerce en subit effectivement l'incidence. Il fonde cette opinion sur les prescriptions de notification énumérées à l'article XVI:1 du GATT de 1994 et, en particulier, sur l'idée que, à son avis, la référence à "un produit" dans cette disposition "n'est pas une référence à des intrants non subventionnés" mais, en fait, une référence à "l'objet de la subvention alléguée".²⁰

14. Le Japon note que l'article XVI:1 du GATT de 1994 ne définit pas le sens du terme "subvention"; la définition du mot "subvention" est donnée à l'article 1.1 de l'Accord SMC. L'article XVI:1 du GATT de 1994 énonce les conditions auxquelles les prescriptions de notification et l'obligation d'examen imposées par cette disposition s'appliqueront.

15. Dans la mesure où l'article XVI:1 peut constituer le contexte pertinent pour l'interprétation de l'expression "soutien des revenus ou des prix" figurant à l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC, il n'étaye pas le point de vue du Canada. Le Canada ne présente aucun élément ni aucune analyse quelconque à l'appui de son interprétation selon laquelle les mots "un produit" font référence à "l'objet de la subvention alléguée" et ne peuvent pas faire référence à des "intrants non subventionnés". Il convient de noter que l'article XVI:1 emploie en anglais l'expression "*any product*" ("*un produit*") et non une expression comme "*like product*" (produit *similaire*).²¹ S'agissant de la définition du mot "any", l'*Oxford English Dictionary* indique ce qui suit: "In affirmative sentences it asserts concerning a being or thing of the sort named, without limitation as to which, and thus constructively of *every one*

¹⁸ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphe 6.38 (italique omis), citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, paragraphe 7.18 et le rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 66.

¹⁹ Le Japon fait aussi observer que la taxe particulière en cause est décrite comme étant une taxe "qui s'applique à la *fourniture* de la plupart des biens et services au Canada" et qu'il n'apparaît donc pas qu'elle soit une taxe appliquée à l'"achat" de biens et de services, malgré l'emploi de l'expression "taxes sur les ventes". Voir Canada Revenue Agency, *How GST/HST Works*, pièce CDA-56 (pas d'italique dans l'original). Cela montre aussi pourquoi un groupe spécial ne devrait pas s'appuyer sur la qualification par un Membre d'une mesure dans son régime juridique interne aux fins de l'application et de l'interprétation du droit de l'OMC.

²⁰ Première communication écrite du Canada, paragraphes 61 et 62.

²¹ Pas d'italique dans l'original.

of them, since every one may in turn be taken as a representative"²² (dans les phrases affirmatives, il affirme au sujet d'un être ou d'une chose de la sorte qui est indiquée, sans limitation quant à laquelle et donc, par interprétation, de *chacune* d'elles, puisque chacune peut à son tour être considérée représentative). Ainsi, les mots "un produit" figurant à l'article XVI:1 font référence à tout produit, y compris des intrants non subventionnés, dont les exportations peuvent augmenter ou les importations diminuer à la suite du soutien des revenus ou des prix accordé. Autrement dit, pour que le "soutien des revenus ou des prix" relève du champ d'application de l'article XVI du GATT et donc du sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC, il n'est pas nécessaire qu'il soit accordé pour un produit identique ni même "similaire" aux produits affectés. En fait, le soutien des revenus ou des prix accordé pour un produit relève de la définition d'une "subvention" s'il accroît les exportations ou réduit les importations de *tout produit*, qu'il s'agisse d'un produit identique, d'un produit "similaire" ou de tout autre produit.

²² *The Oxford English Dictionary*, OED Online, Oxford University Press, <http://www.oed.com/view/Entry/8973>. (italique dans l'original)

ANNEXE B-7

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DE LA CORÉE

1. De l'avis de la Corée, il apparaît que les mesures adoptées par l'Ontario qui font l'objet du présent différend visent fondamentalement à répondre à une question cruciale de protection de l'environnement – fournir des incitations qui encourageront l'élaboration de méthodes de production d'électricité qui soient en définitive durables du point de vue de l'environnement et viable du point de vue économique. Il est essentiel que les dispositions des Accords de l'OMC n'entravent pas ces efforts au niveau mondial. En même temps, il ne faudrait pas permettre que l'objectif qui est de promouvoir des politiques énergétiques respectueuses de l'environnement serve de prétexte à l'adoption de mesures discriminatoires visant non pas à protéger l'environnement, mais à favoriser la production nationale par rapport aux importations.

2. À la lumière de ces considérations, le présent différend comporte des incidences systémiques importantes qui vont au-delà des détails factuels des programmes d'incitation de l'Ontario. La décision du Groupe spécial dans cette affaire donnera des indications importantes quant à la façon dont les actions menées en vue de développer des énergies de remplacement durables peuvent et devraient être conciliées avec les règles de l'OMC.

A. *Interprétation de l'article III:8 a) du GATT de 1994*

3. Il n'apparaît pas que le Canada conteste que le programme de l'Ontario ne respecte pas les obligations énoncées à l'article III:4 du GATT et à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Le Canada soutient en fait que l'article III:4 est simplement inapplicable en l'espèce, parce que le programme de l'Ontario relève de l'exception énoncée à l'article III:8 a) du GATT. Et, à la lumière de ses allégations selon laquelle l'article III:4 ne s'applique pas, il soutient aussi qu'il ne peut y avoir violation dérivée de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

4. Il ressort de l'examen des termes spécifiques de l'article III:8 a) du GATT que le terme "acquisition" n'est pas défini dans l'article – ni, d'ailleurs, dans l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (l'"AMP"). Le texte de l'article III:8 a), lu dans son ensemble, donne effectivement à penser que le sens du mot "acquisition" n'est pas complètement identique à celui du mot "achat" – puisque l'article III:8 a) utilise les deux termes dans la même phrase d'une manière qui laisse penser qu'il peut y avoir des types d'acquisition qui ne comportent pas d'achats. Il apparaîtrait donc que le terme "acquisition" englobe toute forme d'acquisition par les pouvoirs publics, y compris mais non exclusivement, l'"achat".

5. Les Membres plaignants affirment qu'il n'y a pas "acquisition" en l'espèce "parce que les pouvoirs publics de l'Ontario n'acquièrent aucun produit pour leur propre usage ou à leur propre avantage dans le cadre du programme TRG".¹ Pour évaluer cet argument, le Groupe spécial devra non seulement interpréter le sens juridique du terme "acquisition", mais aussi évaluer le rôle précis joué par les pouvoirs publics de l'Ontario dans les transactions visées par le programme TRG de l'Ontario.

¹ Voir la première communication écrite du Japon, paragraphe 287.

6. Le Canada affirme qu'il est incontestable que "l'électricité renouvelable" est un "produit".² Le seul élément qu'il apporte à l'appui de cette affirmation est un dictionnaire en ligne qui définit le mot "product" (produit) comme signifiant "[a]n object produced by a particular action or process; the result of mental or physical work or effort" (un objet produit par une action particulière ou un procédé particulier; le résultat d'un travail ou d'un effort mental ou physique). Or, la puissance électrique n'est pas un objet matériel.³ Elle est en fait une forme d'énergie produite généralement lorsque l'on fait tourner des bobines de fil dans un champ magnétique pour provoquer un flux d'électrons (le courant électrique) du fait de la différence de potentiel (la tension). Sur le plan technique, la puissance électrique (mesurée en watts ou en kilowatts) est le résultat de la multiplication du courant par la tension. L'énergie électrique (mesurée par exemple en kilowattheure) est la multiplication de la puissance électrique par le temps.⁴

7. Au moment où le GATT était négocié, le classement de l'électricité dans le cadre des dispositions du GATT a été évoqué lors d'une discussion sur l'exception prévue à l'article XX pour les ressources naturelles épuisables. Le rapport de New York (rapport du Comité de rédaction) indique ce qui suit: "Comme il semble généralement accepté que l'énergie électrique ne doit pas être classée parmi les produits, deux délégués n'ont pas jugé nécessaire de réserver le droit pour leur pays d'interdire l'exportation de l'énergie électrique."⁵ Il est clair, par conséquent, qu'il y avait quelque doute quant à la question de savoir si l'électricité était considérée comme un "produit" aux fins du GATT au moment où le GATT était négocié.

8. Il apparaît que ce doute subsiste même aujourd'hui. Par exemple, alors que le Système harmonisé inclut effectivement une position pour l'énergie électrique (code 2716.00 du SH), il indique aussi que cette position est "facultative".⁶ Autrement dit, le Système harmonisé est d'avis qu'il est possible, mais non nécessaire, de classer l'électricité comme une marchandise à des fins tarifaires.

9. En outre, même si l'électricité est dûment classée comme "produit" aux fins de l'article III:8 a), il n'est pas évident que l'"énergie renouvelable" – expression utilisée par le Canada et les Membres plaignants pour l'électricité générée au moyen de l'énergie éolienne, solaire photovoltaïque ou d'autres énergies de remplacement "propres" – soit un produit distinct. La jurisprudence de l'OMC a constamment défini les "produits" en fonction des caractéristiques de l'article en question, et non en fonction des "procédés et méthodes de production" utilisés pour les fabriquer.⁷ Alors que la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* donne à

² Voir la première communication écrite du Canada, paragraphe 70 ("On ne peut pas non plus contester que l'électricité renouvelable est un produit.").

³ À cet égard, il convient de noter que le *Shorter Oxford English Dictionary* ne définit pas le terme "product" (produit) comme un quelconque "objet", comme le Canada le laisse entendre. En fait, il définit le mot "product" comme signifiant "*thing* produced by an action, operation, or natural process" (*chose* produite par une action, une opération ou un processus naturel) et le mot "thing" (*chose*) comme signifiant "inanimate material object" (objet matériel inanimé). Voir le *Shorter Oxford English Dictionary* (6^{ème} éd. 2007), pages 2359 et 3239.

Par ailleurs, d'autres dictionnaires indiquent qu'un "product" (produit) peut être un "good" (bien) ou un "service" (service) qui est commercialisé ou vendu en tant que marchandise. Voir le *Merriam Webster's Collegiate Dictionary* (11^{ème} éd. 2003), page 991.

⁴ En mathématiques, le résultat de la multiplication de deux nombres est désigné comme étant le "produit" de ces nombres. *Id.* Toutefois, rien n'indique que les rédacteurs de l'article III:8 aient voulu adopter cet usage mathématique.

⁵ Voir *Index analytique: Guide des règles et pratiques du GATT* (6^{ème} éd. 1995), page 633, citant le rapport de New York, page 34, commentaires généraux sur l'article 37, et EPCT/C.6/89, pages 4 et 5.

⁶ Voir Organisation mondiale des douanes, *Nomenclature du SH Édition 2007*, chapitre 27, disponible à l'adresse:

"www.wcoomd.org/fr/paged'accueil_shoverviewboxes_shnomenclaturedusyst232meharmonis233.htm"

⁷ Voir par exemple *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, rapport du Groupe spécial, WT/DS381/R, 15 septembre 2011, paragraphes 7.216 à

penser que certaines restrictions fondées sur la méthode de production peuvent être autorisées lorsqu'elles sont justifiées au titre de l'article XX du GATT, ces restrictions représentent une exception aux disciplines normales du GATT et non l'application d'une définition du "produit" fondée sur les méthodes de production.

10. La question reste donc ouverte pour ce qui est de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, l'électricité devrait être considérée comme un "produit" ou si une définition du "produit" qui prend en considération les méthodes utilisées pour produire l'électricité serait appropriée lorsque l'intention est de réaliser des objectifs environnementaux importants. Le Groupe spécial devra examiner ces questions attentivement en utilisant tous les outils d'interprétation des traités. Selon la Corée, il ne suffit pas de se contenter de citer une seule définition du dictionnaire et d'affirmer qu'il ne peut y avoir aucune contestation quant au sens du terme ou à son application dans les circonstances de l'espèce.

11. En même temps, s'appuyant sur une définition du dictionnaire du terme "purpose", le Canada affirme qu'"un achat pour les besoins des pouvoirs publics" est un achat effectué pour un but des pouvoirs publics". Et, parce que "les pouvoirs publics expriment leurs buts au moyen de textes législatifs, de règlements, de politiques et de directives administratives", le Canada allègue que tout "achat par un organe gouvernemental qui est ordonné par un texte législatif, un règlement, une politique ou une directive administrative est un achat pour les besoins des pouvoirs publics".⁸

12. Selon l'interprétation du Canada, toutefois, il n'y aurait aucune raison pour que l'article III:8 fasse référence aux achats pour les besoins des pouvoirs publics, parce que presque toutes les acquisitions effectuées par des pouvoirs publics le seraient "pour les besoins des pouvoirs publics". En bref, pour que le membre de phrase "besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 ne soit pas rendu inutile, il doit impliquer quelque chose de plus qu'un acte compatible avec des "textes législatifs, des règlements, des politiques ou des directives administratives".

13. Le Canada semble aussi laisser entendre que les "besoins des pouvoirs publics" peuvent être distingués de l'intérêt de la société dans le but allégué de l'action gouvernementale. Il a certainement raison de souligner l'importance d'un approvisionnement adéquat et fiable en énergie électrique pour le bien-être public.⁹ Cependant, la même description pourrait s'appliquer à presque tout autre domaine de l'activité économique: il est tout aussi important pour le bien-être public que les approvisionnements en produits alimentaires, les soins de santé, l'éducation, le rassemblement et la diffusion de renseignements, l'habillement, les transports, l'emploi, les arts et spectacles ainsi que l'expression personnelle, à leur manière, soient adéquats et fiables. En conséquence, si l'expression "besoins des pouvoirs publics" est censée exprimer une limitation significative dans le cadre de l'article III:8, il apparaîtrait qu'un critère qui exige seulement un certain lien entre l'achat et une question quelconque relative au bien-être public est inadéquat.

B. Le système de tarifs de rachat garantis de l'Ontario et l'Accord SMC

14. Dans le présent différend, les Membres plaignants soutiennent aussi que les incitations fournies dans le cadre du programme TRG de l'Ontario devraient être prohibées au titre de l'article 3

7.219. Voir aussi *id.* le paragraphe 4.244 (faisant état de l'argument ci-après du Mexique: "Les obligations figurant dans les Accords de l'OMC ne doivent pas être interprétées de façon à permettre à un Membre de l'OMC de subordonner l'accès à son marché intérieur à la conformité avec une politique unilatérale de ce Membre en ce qui concerne des actions menées à l'extérieur de son territoire, y compris des procédés ou méthodes de production non incorporés. Les seules circonstances dans lesquelles de telles actions devraient être permises sont lorsque celles-ci peuvent être justifiées au regard d'une des exceptions spécifiques aux obligations dans le cadre de l'OMC.").

⁸ Voir la première communication écrite du Canada, paragraphe 86.

⁹ Voir par exemple la première communication écrite du Canada, paragraphes 16 et 17.

de l'*Accord SMC*, parce qu'elles constituent, à leur avis, des subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

15. Il apparaît qu'il y a un désaccord factuel entre les Membres plaignants et le Membre défendeur sur la question de savoir si les paiements en faveur des producteurs d'électricité prévus dans le système TRG de l'Ontario représentent des versements pour des achats d'électricité ou d'autres transferts d'argent qui sont distincts de transactions d'achat d'électricité. En outre, dans la mesure où les paiements sont des versements pour des achats d'électricité, une autre question se pose, à savoir si l'électricité représente un bien, un service ou une quelconque autre catégorie. Selon la Corée, une analyse correcte des transactions au regard de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* n'est pas possible tant que ces questions de fait complexes n'auront pas été résolues de manière satisfaisante.

16. Les articles 2 et 14 de l'*Accord SMC* prescrivent l'application d'un point de repère, dans la mesure du possible, dans l'analyse de l'"avantage." Du fait que l'"avantage" est un concept relationnel qui exige une comparaison entre une transaction relevant d'un programme gouvernemental et une transaction aux conditions du marché, il est essentiel d'identifier un point de repère du marché correct pour analyser correctement l'avantage. À tout le moins, un point de repère devrait constituer un critère objectif pour mesurer l'existence et le montant de l'avantage, sur la base de l'examen de situations effectives sur le marché pour les transactions commerciales.

17. La Corée note que la sélection d'un "prix du marché" (et donc du point de repère pour l'analyse de l'avantage) exige parfois une analyse complexe qui peut comporter un examen des rendements sur une période plus longue. Du fait que les individus ont des horizons temporels différents, des participants au marché rationnels peuvent attribuer des poids différents aux conséquences à court terme et à long terme d'une transaction et donc en évaluer très différemment le rendement global. Plus généralement, il est courant que des entreprises visant à maximiser les bénéfices acceptent une perte à court terme pour obtenir un plus grand bénéfice à long terme. Les programmes de recherche-développement – qu'ils soient financés par des sociétés ou des pouvoirs publics – constitueraient de bons exemples d'une telle réflexion à long terme.

18. Dans cette perspective, il semble loin d'être facile ou simple de choisir un point de repère lorsque, comme en l'espèce, interviennent des considérations commerciales et de politique générale à long terme complexes ainsi que des investissements avec de longs délais de récupération. Dans ces circonstances, il se peut qu'un instantané pris à un moment isolé ne permette pas nécessairement une comparaison fiable qui prenne en compte la situation réelle du marché, comme le prescrit l'article 14 de l'*Accord SMC*.

ANNEXE B-8

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DU MEXIQUE

I. INTRODUCTION

1. Le Mexique a exprimé son intention de participer en tant que tierce partie à la présente procédure en raison des questions systémiques importantes liées à l'Accord SMC, à l'Accord sur les MIC et à certaines dispositions du GATT de 1994 qui y sont soulevées. Nous saisissons aussi l'occasion pour nous prononcer sur une autre question de procédure qui revêt une grande importance pour nous, à savoir l'interprétation de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.

2. Nous reconnaissons que les règles de l'OMC n'empêchent pas les Membres de l'Organisation de promouvoir la création d'infrastructures pour l'exploitation de nouvelles sources d'énergie favorables à l'environnement et nous soulignons qu'il importe que les pays encouragent l'exploitation de ce type d'énergie, pour autant qu'ils respectent les obligations énoncées dans les accords visés. Cependant, nous croyons comprendre d'après les communications des parties qu'il ne s'agit pas d'un différend sur le commerce et l'environnement.

3. Le présent document traite deux questions ayant une importance systémique pour le Mexique: i) l'analyse de la demande d'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 6:2 du Mémoire d'accord; et ii) le lien entre l'Accord SMC, l'article III du GATT de 1994 et l'Accord sur les MIC, en ce qui concerne les subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

II. ANALYSE

A. INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 6:2 DU MÉMOIRE D'ACCORD

4. Le Mexique note que dans une grande partie des procédures de règlement des différends engagées récemment à l'OMC, des exceptions préliminaires ont été soulevées au sujet de l'article 6:2 du Mémoire d'accord. Il craint que ces exceptions préliminaires ne deviennent la règle et non l'exception, et qu'elles soient utilisées comme une stratégie procédurale qui entrave et retarde les procédures.

5. Le Canada fait valoir dans ses exceptions préliminaires que les demandes d'établissement d'un groupe spécial présentées par le Japon et l'Union européenne ne satisfont pas aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, en ce qui concerne leurs plaintes au titre de l'Accord SMC.

6. Nous faisons observer tout d'abord que la partie pertinente de l'article 6:2 du Mémoire d'accord indique que les demandes d'établissement d'un groupe spécial "indiquer[ont] les mesures spécifiques en cause et contiendr[ont] un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème".

7. Comme il ressort du texte de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, une demande d'établissement d'un groupe spécial doit simplement comporter: i) l'indication des mesures spécifiques en cause; et ii) un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème. Le texte de l'article 6:2 exige que les mesures en cause soient indiquées, mais non expliquées, et que le fondement juridique de la plainte soit exposé mais non argumenté. Et cela pour autant que ce soit suffisant pour énoncer clairement le problème.

8. L'article 6:2 du Mémorandum d'accord a été interprété comme prescrivant que la demande d'établissement d'un groupe spécial non seulement détermine le mandat du groupe, mais aussi permette de réaliser l'objectif concernant la régularité de la procédure en indiquant au défendeur la nature de la cause qu'il doit défendre. Dans l'affaire *Chine – Élément de fixation* (paragraphe 562) et *Chine – Matières premières* (paragraphe 219), l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit:

L'article 6:2 du Mémorandum d'accord énonce les prescriptions essentielles en matière de demande d'établissement d'un groupe spécial et, par implication, les prescriptions relatives à l'établissement du mandat conféré à un groupe spécial conformément à l'article 7:1 du Mémorandum d'accord. La partie plaignante doit indiquer la mesure spécifique en cause et présenter un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème. L'Organe d'appel a constaté que la demande d'établissement d'un groupe spécial "aid[ait] ... à déterminer la portée du différend" en ce qui concerne chaque mesure et, "par conséquent, établi[ssait] et délimit[ait] la compétence du groupe spécial". La demande d'établissement d'un groupe spécial contribue en outre à réaliser, du point de vue de la régularité de la procédure, l'objectif important de notification au défendeur de la nature de la cause que celui-ci doit défendre. Comme l'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, "[c]et objectif concernant la régularité de la procédure n'est pas un élément constitutif d'un établissement correct de la compétence d'un groupe spécial mais en découle". Il faut donc examiner la demande d'établissement d'un groupe spécial "telle qu'elle existait au moment du dépôt" pour déterminer si une allégation donnée relève du mandat du groupe spécial. Pour sa part, un groupe spécial doit "examiner soigneusement la demande d'établissement d'un groupe spécial, lue dans son ensemble, et d'après le libellé utilisé", afin de déterminer si cette demande est "suffisamment précise" pour être conforme à l'article 6:2 du Mémorandum d'accord.

L'Organe d'appel a expliqué que l'article 6:2 du Mémorandum d'accord avait une fonction décisive dans le règlement des différends à l'OMC et énonçait deux prescriptions essentielles auxquelles un plaignant devait satisfaire dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, à savoir l'"indication des mesures spécifiques en cause et la fourniture d'un bref exposé du fondement juridique de la plainte (soit les allégations)". Ensemble, ces deux éléments constituent la "*question* portée devant l'ORD", de sorte que si l'un d'eux n'est pas dûment indiqué, la question ne relève pas du mandat du groupe spécial. Le respect de ces prescriptions n'est donc "pas une simple formalité". Comme l'Organe d'appel l'a noté, une demande d'établissement d'un groupe spécial constitue le fondement du mandat des groupes spéciaux, conformément à l'article 7:1 du Mémorandum d'accord. En outre, elle contribue à réaliser, du point de vue de la régularité de la procédure, l'objectif de notification au défendeur et aux tierces parties de la nature de l'argumentation du plaignant. L'indication des mesures spécifiques en cause et la fourniture d'"un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème" sont donc essentielles pour ce qui est de définir la portée du différend devant être examiné par le groupe spécial.

9. Le Mexique reconnaît l'importance du rôle que joue la demande d'établissement d'un groupe spécial non seulement dans la détermination du mandat de ce groupe, mais aussi dans la réalisation de l'objectif concernant la régularité de la procédure. Cependant, les exceptions préliminaires concernant l'article 6:2 du Mémorandum d'accord doivent uniquement être présentées à titre exceptionnel et lorsqu'il existe réellement une lacune qui compromet la régularité de la procédure juridique.

10. Nous faisons observer que, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, le Japon indique les mesures spécifiques en cause comme étant "celles qui ont été prises par le gouvernement canadien ou les provinces en relation avec le programme [TRG] établi en 2009 par la province canadienne de l'Ontario, qui prévoit la fixation de prix à long terme garantis pour la production des installations de production d'énergie renouvelable qui contiennent un pourcentage défini d'éléments d'origine nationale". De son côté, l'Union européenne indique les mesures comme étant "celles qui se rapportent au programme [TRG] établi en 2009 par la province canadienne de l'Ontario, qui prévoit la fixation de prix à long terme garantis, supérieurs à ceux du marché, pour la production des installations de production d'énergie renouvelable qui contiennent un pourcentage minimum d'éléments d'origine nationale".

11. Le Japon et l'Union européenne indiquent également dans leur demande les instruments juridiques qui contiennent la mesure. Enfin, les deux demandes présentent les trois plaintes, en précisant le type de violation dont il s'agit, c'est-à-dire en exposant le fondement juridique de la plainte. De l'avis du Mexique, cela est suffisant pour énoncer clairement le problème, aux termes de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.

12. Le Canada fait en outre valoir que, s'agissant d'une plainte concernant des subventions au titre de l'Accord SMC, pour satisfaire aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, il faut indiquer les éléments pertinents de la subvention, à savoir la contribution financière, les pouvoirs publics, l'organisme public ou l'entité privée chargés de l'accorder, et l'avantage conféré.

13. Quant aux éléments constitutifs de la subvention dont le Canada fait valoir qu'ils doivent être indiqués pour qu'il soit satisfait aux prescriptions de l'article 6:2 s'agissant de plaintes concernant des subventions, et sans préjuger le point de savoir si cet argument est correct ou si les éléments indiqués répondent effectivement aux définitions correspondantes de l'Accord SMC, les demandes d'établissement d'un groupe spécial présentées par le Japon et l'Union européenne permettent d'identifier l'autorité qui accorde la subvention, à savoir le gouvernement canadien ou les provinces, et concrètement, la province de l'Ontario. De même, de l'avis du Mexique, la lecture des demandes permet d'identifier la contribution financière comme étant la fixation de prix à long terme garantis pour la production des installations de production d'énergie renouvelable qui contiennent un pourcentage défini d'éléments nationaux et, enfin, de constater que l'avantage conféré serait celui qui est obtenu grâce aux prix fixes garantis.

14. Par conséquent, quand bien même l'Union européenne et le Japon auraient pu être plus spécifiques au sujet des organismes publics qui accordent la subvention et plus clairs en indiquant que la fixation de prix garantis se faisait au moyen des contrats relevant du programme de tarifs de rachat garantis, nous estimons que les demandes d'établissement présentées par les deux plaignants ont été suffisamment spécifiques et claires pour que le Canada sache à quoi s'attendre, satisfaisant ainsi aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, qui imposent d'indiquer les mesures spécifiques en cause et de faire un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème. De plus, il apparaît selon nous que l'indication de la subvention est suffisante pour satisfaire aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.

15. Nous rappelons donc notre préoccupation quant au fait que les exceptions préliminaires relatives à l'article 6:2 du Mémoire d'accord pourraient devenir une simple stratégie procédurale visant à éviter le débat sur le fond de l'affaire, au lieu d'être un moyen légitime de faire en sorte que la défense puisse être dûment assurée dans le cadre du différend.

B. LIEN ENTRE L'ACCORD SMC, L'ARTICLE III DU GATT ET L'ACCORD SUR LES MIC

16. D'après ce que croit comprendre le Mexique, lorsqu'il est établi qu'il existe une violation de l'Accord SMC du fait de l'existence d'une subvention prohibée subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, il y aura nécessairement violation du principe de traitement national énoncé à l'article III du GATT de 1994. En d'autres termes, la subordination d'un programme à l'utilisation de produits nationaux est discriminatoire en accordant un traitement moins favorable aux produits étrangers. De même, ce type de programmes subordonnés à l'utilisation de produits nationaux constitue des mesures concernant l'investissement et, en contrevenant à l'article III du GATT de 1994, constitue automatiquement une violation de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

17. Cependant, l'affaire à l'examen présente une complication supplémentaire du fait que le Canada fait valoir que les mesures constituent des achats par les pouvoirs publics et qu'elles ne sont donc pas visées par l'article III du GATT de 1994. La détermination par le Groupe spécial du point de savoir s'il s'agit ou non d'achats par les pouvoirs publics sera déterminante pour le règlement du différend.

18. De l'avis du Mexique, lorsqu'il s'agit d'achats par les pouvoirs publics, une violation de l'Accord SMC ne donnerait pas lieu à une violation automatique de l'article III du GATT de 1994. En d'autres termes, l'article III du GATT de 1994 contient des dispositions spécifiques qui excluent les achats par les pouvoirs publics du champ d'application de l'article (à savoir l'alinéa a) de l'article III:8 du GATT de 1994). De plus, si l'article III du GATT de 1994 ne s'applique pas aux achats par les pouvoirs publics, il n'y aurait pas violation de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

19. Nous ne trouvons dans l'Accord SMC aucune disposition spécifique qui exclue les achats par les pouvoirs publics de son champ d'application. Cela dit, on peut douter qu'un achat par les pouvoirs publics, du fait que ceux-ci reçoivent quelque chose en échange d'un paiement, puisse être considéré comme une contribution financière aux fins de la définition d'une subvention au sens de l'Accord SMC.

20. Toutefois, si le Groupe spécial détermine qu'il ne s'agit pas d'un achat par les pouvoirs publics, la mesure ne serait pas exclue du champ d'application de l'article III du GATT de 1994 et pourrait donc constituer une violation de cet article, ainsi que de l'Accord sur les MIC. Dans ce cas, il faudrait également déterminer si les éléments de la définition d'une subvention au sens de l'Accord SMC sont réunis.

21. Compte tenu de ce qui précède, la détermination par le Groupe spécial du point de savoir si la mesure constitue ou non des achats par les pouvoirs publics définira, dans ce différend en particulier, le lien qui existe entre les trois accords visés en l'espèce.

III. CONCLUSION

22. Le Mexique espère que le Groupe spécial pourra prendre en considération les vues qu'il exprime dans la présente communication en tant que tierce partie, car la décision qui sera prise dans ce différend porte sur des questions d'une importance systémique pour l'interprétation des dispositions pertinentes de l'Accord SMC, de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994.

ANNEXE B-9

DÉCLARATION DE LA NORVÈGE EN TANT QUE TIERCE PARTIE

Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial,

1. La Norvège se félicite de l'occasion qui lui est donnée de présenter ses vues sur les questions soulevées dans la présente procédure du Groupe spécial. Ses observations se rapportent aux deux différends DS412 et DS426. La Norvège n'a pas présenté de communication écrite en tant que tierce partie au Groupe spécial, et exposera donc brièvement dans la présente déclaration orale ses vues sur une question de droit, à savoir l'applicabilité de l'article III:8 du GATT.¹

2. En réponse aux allégations du Japon et de l'Union européenne selon lesquelles le "programme TRG" constitue un manquement aux obligations résultant pour le Canada de l'article III:4 du GATT, le Canada fait valoir que cette disposition n'est pas applicable en l'espèce parce que la mesure relève de l'article III:8 du GATT.

3. Selon l'article III:8 du GATT, l'article III du GATT "ne s'appliquer[a] 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".

4. Le Canada affirme que l'Office de l'électricité de l'Ontario (l'OEO) est un organe gouvernemental qui acquiert le produit qu'est l'énergie renouvelable pour les besoins des pouvoirs publics. La Norvège note qu'il y a désaccord entre les parties sur le point de savoir s'il y a une quelconque "acquisition" dans le présent différend. À cet égard, elle convient avec le Japon et l'Union européenne que la question essentielle est de savoir si l'OEO "achète" *effectivement* de l'énergie renouvelable ou s'il est juste un intermédiaire, une sorte de "chambre de compensation".² Selon nous, il ne suffit pas que les activités de l'OEO soient appelées "acquisition" ou désignées comme telles. Le programme TRG peut uniquement entrer dans le champ d'application de l'article III:8 du GATT si l'OEO acquiert *effectivement* de l'énergie renouvelable. Sans s'étendre outre mesure sur les faits en l'espèce, la Norvège tend à penser comme l'Union européenne que l'OEO semble être davantage un intermédiaire qu'une entité achetant – ou acquérant – effectivement de l'énergie renouvelable.³

5. Si le Groupe spécial devait toutefois conclure que l'OEO acquiert effectivement de l'énergie renouvelable, il devra examiner si cet achat – ou cette acquisition – est effectué "pour les besoins des pouvoirs publics". Le Canada souligne que l'achat est effectué "en vue d'un but des pouvoirs publics de l'Ontario", et que cela constitue des "besoins des pouvoirs publics".⁴ Cette interprétation du Canada permettrait dans la pratique que tout achat effectué par les pouvoirs publics constitue un "besoin des pouvoirs publics" car tout achat en ce sens comportera un certain but de cette entité.

6. Comme d'autres tierces parties l'ont fait dans leurs communications écrites, la Norvège demanderait instamment au Groupe spécial de faire preuve de prudence dans son interprétation de l'expression "besoins des pouvoirs publics". Si l'interprétation du Canada est acceptée, cela pourrait, comme d'autres l'ont noté, avoir pour conséquence que toute acquisition effectuée par les pouvoirs

¹ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("le GATT").

² Première communication écrite du Japon, paragraphes 287 à 289; première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 114 et 115.

³ Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 57.

⁴ Première communication écrite du Canada, paragraphe 88.

publics sous forme d'achat relèverait de l'article III:8. Cela aurait pour effet de rendre l'expression "besoins des pouvoirs publics" inutile, et entraînerait aussi le contournement de l'obligation énoncée à l'article III:4 du GATT.⁵

7. Avant de conclure, Monsieur le Président, la Norvège note que certaines tierces parties ont examiné l'expression "organisme public" et d'autres questions relatives à l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs*.⁶ Bien que ces questions n'aient pas été longuement traitées par les parties en l'espèce, la Norvège se joindrait à l'Arabie saoudite pour demander instamment que les principes ayant trait aux expressions "organisme public" et "contrôle exercé par les pouvoirs publics", tels qu'ils ont été établis par l'Organe d'appel dans l'affaire susmentionnée, soient respectés.

8. Je vous remercie de votre attention. La Norvège est prête à répondre aux questions que le Groupe spécial pourrait lui poser.

⁵ Communication de l'Australie en tant que tierce partie, paragraphe 41; communication de la Corée en tant que tierce partie, paragraphe 32; communication de la Chine en tant que tierce partie, paragraphe 15.

⁶ Communication de l'Arabie saoudite en tant que tierce partie, paragraphes 2 à 17; communication d'El Salvador en tant que tierce partie, paragraphes 5 à 8.

ANNEXE B-10

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DU ROYAUME D'ARABIE SAOUDITE

I. INTRODUCTION

1. Le Royaume d'Arabie saoudite a été admis à participer en tant que tierce partie aux présents différends pour exposer ses vues sur deux questions importantes concernant l'interprétation de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (l'Accord SMC). Ces questions revêtent une importance systémique pour tous les Membres de l'OMC.

II. UN "ORGANISME PUBLIC" EST UNE ENTITÉ QUI POSSÈDE OU EXERCE UN POUVOIR GOUVERNEMENTAL OU QUI EST INVESTIE DE CE POUVOIR

2. La décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs (Chine)* énonce le critère faisant autorité qu'un groupe spécial doit appliquer pour déterminer si une entité est un "organisme public". L'Organe d'appel a établi dans cette décision qu'un organisme public était une entité qui possédait ou exerçait un pouvoir gouvernemental ou qui était investie de ce pouvoir. Il a constaté que seul le pouvoir gouvernemental permettait de déterminer si une entité était un organisme public, et que d'autres facteurs, comme l'appartenance aux pouvoirs publics, n'étaient pas suffisants pour satisfaire au critère juridique.¹

A. LE "POUVOIR GOUVERNEMENTAL" EST LE POUVOIR DE COMMANDER OU DE CONTRAINDRE DES ORGANISMES PRIVÉS

3. L'Arabie saoudite demande que les Groupes spéciaux reconnaissent les éléments uniques qui définissent le "pouvoir gouvernemental" – le pouvoir de commander ou de contraindre. L'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs* a défini l'expression "pouvoirs publics" comme étant l'"exercice continu d'un pouvoir sur des sujets; [l']action d'ordonner ou de réglementer et de contrôler, émanant de personnes habilitées à cet effet".² Il a constaté que les "éléments qui définiss[aient]" l'expression "pouvoirs publics" – "le pouvoir effectif de soumettre les individus à des règles, à un contrôle, à une supervision ou à d'autres disciplines par l'exercice d'un pouvoir légal" – éclairaient nécessairement le sens de l'expression "organisme public".³

4. Pour expliciter l'expression "pouvoir gouvernemental", l'Organe d'appel a expliqué qu'un organisme public devait avoir le pouvoir de "charger" un organisme privé d'agir ou de lui "ordonner" de le faire, ainsi qu'il était prévu à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC⁴, et que cette "action d'ordonner" exigeait le pouvoir de "contraindre ou commander un organisme privé, ou [de] régir ses actions".⁵ Un organisme public doit donc avoir la capacité de contraindre, commander, contrôler ou régir un organisme privé. C'est l'essence du "pouvoir gouvernemental", conformément au texte même de l'article 1.1 de l'Accord SMC.

¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs (Chine)*, paragraphes 318 et 346.

² *Ibid.*, paragraphe 290.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, paragraphes 293 et 294.

⁵ *Ibid.*, paragraphe 294.

B. LE RESPECT NON DISCRÉTIONNAIRE D'UN MANDAT DONNÉ PAR LES POUVOIRS PUBLICS NE CONSTITUE PAS L'EXERCICE D'UN POUVOIR GOUVERNEMENTAL

5. Si le rôle d'une entité consiste simplement à s'acquitter d'un mandat donné par les pouvoirs publics et que l'entité n'a aucune prise sur la manière dont elle exerce les fonctions gouvernementales, elle n'a pas de "pouvoir gouvernemental" et ne fait qu'agir sur l'ordre des pouvoirs publics. La jurisprudence de l'OMC a établi une distinction entre une action "discrétionnaire" – "faisant intervenir l'exercice d'un jugement et d'un choix" – et l'"application d'une règle rigoureuse".⁶ Si une entité est tenue par la loi de mettre en œuvre une politique ou un programme donnés, sans user d'un pouvoir discrétionnaire, la mise en œuvre de la loi n'indique pas que l'entité possède ou exerce un pouvoir gouvernemental. En pareil cas, l'analyse par un groupe spécial de la question de savoir si les transactions de l'entité peuvent constituer une "contribution financière" doit être fondée sur le critère de l'action de charger ou d'ordonner énoncé à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC.

C. LA DÉTERMINATION DE LA QUALITÉ D'ORGANISME PUBLIC EXIGE UNE ÉVALUATION OBJECTIVE DE TOUS LES ÉLÉMENTS DE PREUVE SANS METTRE INDÛMENT L'ACCENT SUR UN SEUL FACTEUR

6. Les groupes spéciaux ont l'obligation positive d'examiner objectivement tous les éléments de preuve relatifs à la question de l'organisme public, et de ne pas mettre indûment l'accent sur une quelconque caractéristique de l'entité en question. Selon l'Organe d'appel, cet examen exige d'un groupe spécial qu'il procède à une analyse approfondie du statut juridique et des actions de l'entité en question.⁷ Un groupe spécial "doit mettre en évidence des éléments de preuve positifs" qui établissent que l'entité considérée est un organisme public, c'est-à-dire qu'elle possède ou exerce un pouvoir gouvernemental.⁸ En l'absence de tels éléments de preuve, l'entité ne peut pas être considérée comme un "organisme public", même si un groupe spécial peut par la suite examiner si les pouvoirs publics ont "chargé" l'entité de faire quelque chose ou lui ont "ordonné" de le faire.

D. DES ÉLÉMENTS DE PREUVE CONCERNANT UN CONTRÔLE EXERCÉ PAR LES POUVOIRS PUBLICS NE SONT PAS SUFFISANTS POUR SATISFAIRE AU CRITÈRE DE L'"ORGANISME PUBLIC"

7. L'exercice par les pouvoirs publics d'un "contrôle significatif" sur une entité n'est pas à lui seul suffisant pour déterminer que l'entité est un organisme public. En fait, le contrôle exercé par les pouvoirs publics est simplement un élément de preuve qui peut être pris en considération pour déterminer si l'entité en cause possède un "pouvoir gouvernemental", tel qu'il est défini plus haut. L'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs (Chine)* l'a bien précisé.⁹

8. Bien que des éléments de preuve montrant que les pouvoirs publics exercent un contrôle significatif sur une entité puissent établir une présomption réfutable selon laquelle l'entité est un "organisme public", l'Organe d'appel a estimé que ces éléments de preuve à eux seuls ne permettraient pas de régler la question, et qu'ils pouvaient être réfutés par des éléments de preuve indiquant que l'entité en cause ne possédait pas ni n'exerçait un pouvoir gouvernemental.¹⁰ Les groupes spéciaux doivent donc s'assurer que toute détermination selon laquelle une entité est un organisme public est

⁶ Rapport du Groupe spécial *Chine – Services audiovisuels*, paragraphe 7.324. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *Turquie – Riz*, paragraphe 7.128.

⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs (Chine)*, paragraphe 319.

⁸ *Ibid.*, paragraphe 326.

⁹ *Ibid.*, paragraphes 318 et 319.

¹⁰ *Ibid.*, paragraphe 318.

étayée par des éléments de preuve positifs indiquant que l'entité considérée possède un pouvoir gouvernemental et exerce ce pouvoir dans l'exécution de fonctions gouvernementales. Des éléments de preuve relatifs au contrôle exercé par les pouvoirs publics peuvent être pris en considération, mais uniquement dans la mesure où ils servent à établir que l'entité possède un pouvoir gouvernemental.

III. LES POINTS DE REPÈRE EXTERNES CONCERNANT LES SUBVENTIONS SONT GÉNÉRALEMENT INAPPROPRIÉS

9. Pour déterminer l'existence et l'importance de l'avantage conféré par une subvention, il est généralement inapproprié de recourir à des points de repère externes, comme les prix pratiqués sur les marchés internationaux ou dans des pays tiers. Les règles de l'OMC établissent que c'est le marché intérieur, et non des marchés extérieurs, qui constitue le point de repère le plus approprié.

1. La mesure d'un avantage devrait être fondée sur un point de repère du marché intérieur

10. Le marché intérieur du pays en cause est le point de départ de toute détermination de l'existence d'un avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Le terme "avantage" n'est pas défini dans l'Accord, mais l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* a dit que ce terme "comport[ait] une forme de comparaison", qui mesurait si, avec la "contribution financière" en cause, "le bénéficiaire ... n'[était] pas "mieux loti" qu'en l'absence de contribution".¹¹ L'Organe d'appel a ajouté que le point de repère permettant de mesurer l'avantage conféré par une subvention devait être fondé sur le "marché".

11. L'article 14 de l'Accord SMC, auquel l'Organe d'appel a eu recours comme contexte pour interpréter le terme "avantage" au regard de l'article 1.1 b), établit expressément que le "marché" est le marché intérieur du Membre de l'OMC qui accorde la "contribution financière". L'article 14 d) dispose que l'adéquation de la rémunération "sera" (et non "peut être" ou "devrait être") déterminée par rapport aux conditions du marché existantes dans le pays de fourniture".

2. Les points de repère externes ne sont pas autorisés sauf dans des circonstances "très limitées"

12. Bien que l'Organe d'appel ne se soit pas prononcé sur l'utilisation de points de repère externes, à l'extérieur du pays, concernant les subventions pour calculer un avantage au regard de l'article 1.1 b), ses décisions concernant l'article 14 d) limitent strictement le recours à de tels points de repère externes. Le prix est la principale des "conditions du marché existantes" énumérées à l'article 14 d), et il devrait être le premier point de référence utilisé pour déterminer l'existence d'un avantage.

13. L'Organe d'appel a confirmé cette interprétation dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, dans laquelle il a dit que l'article 14 d) "soulign[ait] de par ses termes que les prix de biens semblables vendus par des fournisseurs privés dans le pays de fourniture [étaient] le premier point de repère que les autorités chargées de l'enquête [devaient] utiliser lorsqu'elles détermin[aient] si les biens [avaient] été fournis par les pouvoirs publics moyennant une rémunération moins qu'adéquate".¹² Il a aussi dit clairement que "le point de départ, lorsqu'il s'agi[ssait] de déterminer l'adéquation de la rémunération, [était] constitué par les prix auxquels les biens identiques ou semblables [étaient] vendus par des fournisseurs privés au cours de transactions effectuées dans des conditions de pleine concurrence dans le pays de fourniture".¹³ Il a souligné que les circonstances

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157. (non souligné dans l'original)

¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 90. (pas d'italique dans l'original)

¹³ *Ibid.*

dans lesquelles l'autorité chargée de l'enquête pouvait utiliser d'autres points de repère étaient "très limitées" – uniquement lorsqu'il avait été *prouvé* que les prix pratiqués dans le secteur privé étaient faussés.¹⁴ L'Organe d'appel a aussi signalé à cet égard que les disciplines relatives aux subventions ne devaient pas être utilisées pour "neutraliser des différences en matière d'avantages comparatifs entre les pays".¹⁵

14. Par conséquent, un groupe spécial ne peut pas utiliser des points de repère externes pour mesurer le montant d'un "avantage" conféré, le cas échéant, au bénéficiaire d'une contribution financière à moins d'établir les circonstances "très limitées" nécessaires qui permettent l'utilisation de ces points de repère.

IV. CONCLUSION

15. L'Arabie saoudite demande instamment aux Groupes spéciaux de prendre en compte ses positions concernant les questions d'interprétation exposées plus haut.

¹⁴ *Ibid.*, paragraphes 102 et 103.

¹⁵ *Ibid.*, paragraphe 109.

ANNEXE B-11

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ÉTATS-UNIS

I. QUESTIONS D'INTERPRÉTATION RELATIVES À L'ARTICLE III:4

1. Le Japon se réfère à des rapports antérieurs concernant l'article III:4 du GATT de 1994. Les États-Unis complètent l'analyse de la "similarité" sur un point: plusieurs groupes spéciaux, y compris le Groupe spécial *Canada – Blé*, ont jugé significatif le fait qu'une mesure établit une distinction entre un produit national et un produit importé uniquement sur la base de l'origine. Le Groupe spécial *États-Unis – FSC (article 21:5)*, après avoir constaté que la loi en cause dans ce différend établissait une distinction entre les articles étrangers et les articles importés uniquement sur la base de l'origine, a dit qu'"il n'[était] pas nécessaire de démontrer que des produits similaires [avaient] effectivement fait l'objet d'échanges commerciaux pour établir qu'il y a[vait] violation de l'article III:4".

II. QUESTIONS D'INTERPRÉTATION RELATIVES À L'ARTICLE III:8 A)

2. Le Canada a attribué à tort un "objet et [un] but" à l'article III:8 a), a donné une interprétation trop large de l'expression "besoins des pouvoirs publics" et a identifié incorrectement le produit pertinent aux fins de l'article III:8 a).

A. OBJET ET BUT DU GATT DE 1994

3. Le Canada dit que l'objet et le but de l'article III:8 a) sont de permettre aux pouvoirs publics de mettre en œuvre une politique publique au moyen d'acquisitions.

4. La *Convention de Vienne sur le droit des traités* ("Convention de Vienne") dispose qu'"[u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but". La référence à "son objet et ... son but" est au singulier. Par contre, les deux autres éléments d'interprétation indiqués à l'article 31 de la Convention de Vienne – le sens ordinaire et le contexte – se rapportent aux "termes du traité" (pluriel). La référence au singulier – "son objet et ... son but" – se rapporte donc à "[u]n traité". Par conséquent, l'objet et le but qui doivent éclairer l'interprétation des dispositions conventionnelles sont l'objet et le but de l'accord tout entier.

5. En conséquence, l'identification correcte de l'objet et du but d'un accord ne résulte pas de l'examen d'un sous-article isolé de l'accord. L'objet et le but qui doivent éclairer l'interprétation par le Groupe spécial de l'article III:8 a) sont l'objet et le but du GATT de 1994. Le Canada attribue un objet et un but à l'article III:8 a) et tente ensuite d'utiliser cet objet et ce but autoproclamés pour éclairer l'interprétation de l'article III:8 a). Cette approche est incorrecte.

6. Par ailleurs, outre que son approche concernant l'objet et le but est incorrecte, le Canada n'a pas présenté d'éléments à l'appui de l'objet et du but qu'il avait choisis. Le passage qu'il invoque au sujet de l'objet et du but allégués de l'article III:8 a) n'est pas le texte de l'accord, ni une interprétation donnée par la Conférence ministérielle ou le Conseil général, ni encore des orientations données par un groupe spécial ou l'Organe d'appel. En fait, le Canada fonde toute sa théorie concernant l'objet et le but de l'article III:8 a) sur une seule déclaration figurant dans un document du gouvernement japonais. Les vues d'un seul Membre ne sont pas un texte faisant autorité ni des orientations sur lesquels le Canada peut s'appuyer pour établir le bien-fondé de ses allégations concernant l'objet et le but de l'article III:8 a).

B. BESOINS DES POUVOIRS PUBLICS AUX TERMES DE L'ARTICLE III:8 A)

7. Faisant fond sur cette conception de l'objet et du but, le Canada présente une définition trop large de l'expression "achetés pour les besoins des pouvoirs publics" qui figure à l'article III:8 a). Il dit qu'un achat pour un besoin des pouvoirs publics est un achat effectué en vue d'un but quelconque des pouvoirs publics. De plus, il fait valoir que les buts des pouvoirs publics sont formulés dans des documents adoptés par ceux-ci, et que toute acquisition ayant lieu conformément à un document des pouvoirs publics est une acquisition effectuée pour un besoin des pouvoirs publics.

8. Cette définition du besoin des pouvoirs publics est manifestement trop large. Premièrement, l'article III:8 a) précise déjà qu'il s'applique uniquement aux "lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux". Il est difficile d'envisager une situation dans laquelle des pouvoirs publics affirmeraient qu'ils n'agissent pas en ayant à l'esprit un but qui est le leur. Une interprétation de l'expression "besoins des pouvoirs publics" qui revient à dire que si une acquisition est effectuée par un organe gouvernemental, elle est alors effectuée pour les besoins des pouvoirs publics, est circulaire et rendrait l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" inutile.

9. Deuxièmement, presque toutes les acquisitions des pouvoirs publics sont "ordonnées par" un document quelconque des pouvoirs publics. Dans la pratique, la définition donnée par le Canada amalgamerait les mots "pour les besoins des pouvoirs publics" à l'acte même qui est considéré en premier lieu – l'achat d'un produit par les pouvoirs publics. Une telle définition viderait de son sens le membre de phrase "achetés pour les besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a) et est donc incorrecte.

C. PRODUIT EN CAUSE

10. Le Canada adopte le point de vue selon lequel les "produits" pertinents aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994 sont l'"électricité". À supposer pour les besoins de l'argumentation que l'Ontario acquière de l'électricité, il importerait de déterminer quels sont les "produits" pertinents dans le présent différend si l'on veut invoquer l'article III:8 a) pour évaluer si les prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux en cause sont justifiées.

11. Il apparaît que l'invocation par le Canada de la prétendue acquisition d'électricité est malvenue. Il apparaît que les achats particuliers auxquels s'appliquent les prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux du programme TRG de l'Ontario – les ventes de matériel par des fabricants de matériel à des producteurs d'électricité privés – diffèrent quant à leur nature et en vertu des contrats de la prétendue acquisition par les pouvoirs publics d'électricité qui est au cœur du moyen de défense du Canada fondé sur l'article III:8 a). Bien que le Canada identifie systématiquement l'"électricité" comme étant le "produit" visé par l'article III:8 a), il cherche à justifier des prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux qui s'appliquent au "matériel". Or les deux produits ne sont pas les mêmes. Il ne s'ensuit pas qu'une prétendue acquisition par les pouvoirs publics d'une catégorie de marchandises au regard de l'article III:8 a) justifie une prescription relative à la teneur en éléments locaux qui vise des achats privés d'une catégorie différente de marchandises. En effet, il apparaîtrait que l'approche du Canada donne de l'article III:8 a) une lecture qui inclut un libellé n'y figurant pas, ajoutant de fait à la fin de cette disposition une phrase qui se lirait comme suit: "De plus, les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux lois, règlements et prescriptions régissant l'achat par des parties privées d'autres produits."

12. Par ailleurs, l'interprétation avancée par le Canada étendrait la portée de l'article III:8 a) bien au-delà de son sens ordinaire, en l'élargissant effectivement pour permettre que l'acquisition par les pouvoirs publics d'une marchandise serve à faire jouer toutes sortes de prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux. Par exemple, il apparaîtrait qu'elle autorise les pouvoirs publics à

subordonner l'acquisition d'une marchandise à la discrimination de la part du fournisseur à l'encontre des produits importés dans toutes ses opérations. Les pouvoirs publics pourraient exiger qu'un fournisseur utilise uniquement du matériel de fabrication nationale pour toute sa production, que ses installations soient construites uniquement avec des matériaux nationaux et qu'il achète ses intrants uniquement à ceux qui satisfont à des prescriptions discriminatoires semblables. Du fait que la prescription relative à la teneur en éléments locaux en cause dans le présent différend s'applique aux achats privés de matériel de production d'énergie renouvelable, l'article III:8 a) ne peut pas être invoqué pour justifier ces prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux sur les bases citées par le Canada.

III. QUESTIONS D'INTERPRÉTATION RELATIVES À L'ARTICLE 6:2

13. Dans sa communication, le Canada réitère son allégation selon laquelle le Japon a enfreint l'article 6:2 du Mémoire d'accord en ne présentant pas un bref exposé du fondement juridique de sa plainte qui soit suffisant pour énoncer clairement le problème. Les États-Unis notent que l'argument du Canada selon lequel la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon ne contenait pas un bref exposé du fondement juridique de sa plainte est semblable à celui qui a été examiné récemment dans la décision préliminaire rendue par le Groupe spécial *Chine – SPE*. Comme le Groupe spécial l'a indiqué, "l'expression "fondement juridique" figurant dans l'article 6:2 du Mémoire d'accord désigne l'allégation faite par la partie plaignante". Le Groupe spécial a ensuite expliqué qu'"[u]ne allégation expos[ait] le point de vue du plaignant "selon [e] quel la partie défenderesse a[vait] violé une disposition d'un accord particulier qui a[vait] été identifiée, ou a[vait] annulé ou compromis les avantages découlant de cette disposition"".

14. Selon les États-Unis, il apparaît que le Japon a satisfait à cette prescription. Le Japon a identifié les mesures en cause et a ensuite présenté un bref exposé du fondement juridique de sa plainte en exposant son point de vue selon lequel les mesures enfreignaient des dispositions spécifiques de l'Accord sur l'OMC. En tant que telle, la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon satisfaisait à l'article 6:2 du Mémoire d'accord.

15. L'argument du Canada selon lequel un Membre ne peut pas alléguer qu'une mesure enfreint l'article 3 de l'Accord SMC sans indiquer spécifiquement "la forme de la subvention, qui l'a accordée et qui en a bénéficié, ainsi que la forme de l'avantage" est aussi dénué de fondement. Comme le Canada le reconnaît, l'article 1.1 a) définit un type de mesure – une subvention. Le Japon a dûment déclaré dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial qu'à son avis, les mesures qu'il indiquait étaient des subventions. Il a ensuite dit quelles étaient les dispositions de l'Accord SMC que ces mesures enfreignaient selon lui. L'article 6:2 ne prescrit pas que le Japon présente des arguments quant aux raisons pour lesquelles il estime que les mesures répondent à la définition d'une subvention. En fait, le Japon était tenu d'exposer le fondement juridique de sa plainte, et il est clair qu'il l'a fait.

ANNEXE C

DEMANDES D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL

| Tables des matières | | Page |
|----------------------------|--|-------------|
| Annexe C-1 | Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon | C-2 |
| Annexe C-2 | Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Union européenne | C-6 |

ANNEXE C-1

DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL
PRÉSENTÉE PAR LE JAPON

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS412/5
7 juin 2011

(11-2786)

Original: anglais

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

Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon

La communication ci-après, datée du 1^{er} juin 2011 et adressée par la délégation du Japon à la Présidente de l'Organe de règlement des différends, est distribuée conformément à l'article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

Les autorités de mon pays m'ont chargé de demander l'établissement d'un groupe spécial au nom du gouvernement japonais ("Japon").

Le 13 septembre 2010, le Japon a demandé l'ouverture de consultations avec le gouvernement canadien ("Canada") conformément à l'article 4 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ("Mémoire d'accord sur le règlement des différends"), à l'article XXII:1 de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* ("GATT de 1994"), à l'article 8 de l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce* ("Accord sur les MIC"), et aux articles 4.1 et 30 de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* ("Accord SMC"), au sujet des mesures du Canada concernant les prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale du programme de tarifs de rachat garantis (le "Programme FIT").¹ La demande a été distribuée le 16 septembre 2010 sous les cotes WT/DS412/1, G/L/926, G/TRIMS/D/27, G/SCM/D84/1.

Des consultations ont été tenues le 25 octobre 2010 en vue de parvenir à une solution mutuellement satisfaisante. Malheureusement, elles n'ont pas permis de régler le différend.

¹ L'expression "Programme FIT" employée dans la présente demande désigne à la fois les projets de plus de 10 kilowatts et les projets de 10 kilowatts ou moins (c'est-à-dire microFIT). Voir <http://fit.powerauthority.on.ca/>; <http://fit.powerauthority.on.ca/what-feed-tariff-program>; et <http://microfit.powerauthority.on.ca/>.

En conséquence, le Japon a l'honneur de demander qu'un groupe spécial soit établi pour examiner cette question conformément aux articles 4:7 et 6 du Mémorandum d'accord, à l'article XXIII du GATT de 1994, à l'article 8 de l'*Accord sur les MIC* et aux articles 4.4 et 30 de l'*Accord SMC*.

Les mesures visées par la présente demande sont celles qui ont été prises par le gouvernement canadien ou les provinces en relation avec le Programme FIT établi en 2009 par la province canadienne de l'Ontario, qui prévoit la fixation de prix à long terme garantis pour la production des installations de production d'énergie renouvelable qui contiennent un pourcentage défini d'éléments d'origine nationale. Ces mesures comprennent, mais non exclusivement, ce qui suit:

- la *Loi de 1998 sur l'électricité*², telle qu'elle a été modifiée³, 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) de la Loi, y compris en particulier l'article 25.35 (programme de tarifs de rachat garantis);
- la Loi édictant 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 (la "Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte")⁴, y compris en particulier l'annexe B modifiant la Loi de 1998 sur l'électricité;
- 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 lois (la "Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité")⁵, 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;
- le 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";
- 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");
- 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");
- la directive FIT, 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, Directeur général de l'Office de l'électricité de l'Ontario ("OEO"), enjoignant l'OEO d'élaborer un programme FIT et d'inclure une

² L.O. 1998, chapitre 15, Annexe A.

³ Dernière modification: 2010, chapitre 15, article 223.

⁴ L.O. 2009, chapitre 12.

⁵ L.O. 2004, chapitre 23.

prescription exigeant que les requérants présentent un plan pour réaliser les objectifs concernant la teneur en éléments d'origine nationale (c'est-à-dire ontarienne) énoncés dans les règles FIT;

- les contrats FIT et microFIT individuels exécutés par l'OEO depuis le début du programme FIT le 24 septembre 2009;
- les règles FIT, version 1.4 (8 décembre 2010) et les règles microFIT, version 1.6 (8 décembre 2010), publiées par l'OEO;
- le contrat FIT, version 1.4 (8 décembre 2010), y compris les modalités et conditions générales, pièces, et définitions types, le contrat microFIT, version 1.6 (8 décembre 2010), y compris les Appendices, ainsi que l'offre conditionnelle du contrat microFIT, version 1.0, publiée par l'OEO;
- le formulaire de demande FIT (1er décembre 2009) et le formulaire de demande microFIT en ligne, publiés par l'OEO;
- le barème FIT (13 août 2010) et le barème microFIT (13 août 2010), publiés par l'OEO;
- les interprétations aux fins du programme FIT des prescriptions concernant la teneur en éléments d'origine nationale (14 décembre 2009, telles qu'elles ont été mises à jour le 4 octobre 2010 et le 26 avril 2011), publiées par l'OEO; et
- toutes modifications ou prorogations de ce qui précède, toutes mesures de remplacement, toutes mesures de reconduction, toutes mesures de mise en œuvre, et toutes mesures connexes.⁷

Ces mesures sont incompatibles avec les obligations du Canada au titre de l'*Accord SMC*, du GATT de 1994 et de l'*Accord sur les MIC* parce qu'elles constituent une subvention prohibée et établissent aussi une discrimination à l'égard du matériel pour installations de production d'énergie renouvelable produit à l'extérieur de l'Ontario. En particulier, le Japon considère que ces mesures sont incompatibles avec les dispositions ci-après:

1. l'article 3.1 b) et 3.2 de l'*Accord SMC*, parce que les mesures 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 pour installations de production d'énergie

⁶ Ces contrats comprennent, mais pas exclusivement, ceux qui sont mentionnés aux adresses ci-après: "http://fit.powerauthority.on.ca/Storage/10989_FIT_Contracts_Offered_April_8_10_-_Applicant_Legal_Name_Order3.pdf" et http://fit.powerauthority.on.ca/Storage/11216_FIT_Contract_Awards_-_Final_List_-_February_24,_2011.pdf.

⁷ Le Japon note que, par souci de commodité, la liste ci-dessus énumère les dernières versions disponibles, en date de la présente demande, des règles FIT, des règles microFIT, du contrat FIT, du contrat microFIT, du formulaire de demande FIT, du formulaire de demande microFIT, du barème FIT, du barème microFIT et des interprétations aux fins du programme FIT des prescriptions concernant la teneur en éléments d'origine nationale. La demande du Japon englobe toutefois toutes les versions de ces mesures adoptées depuis le début du programme FIT le 24 septembre 2009.

renouvelable produit en Ontario de préférence à un tel matériel importé d'autres Membres de l'OMC comme le Japon⁸;

2. l'article III:4 du GATT de 1994, parce que les mesures accordent au matériel importé pour installations de production d'énergie renouvelable un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires originaires de l'Ontario; et
3. l'article 2:1 de l'*Accord sur les MIC*, conjointement avec l'alinéa 1 a) de la Liste exemplative annexée à l'*Accord*, parce que les mesures sont des mesures concernant les investissements et liées au commerce incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 qui prescrivent l'achat ou l'utilisation par des entreprises de matériel pour installations de production d'énergie renouvelable d'origine ontarienne.

En outre, le Japon considère que les mesures canadiennes annulent ou compromettent les avantages résultant pour le Japon directement ou indirectement des Accords cités de la manière décrite à l'article XXIII:1 du GATT de 1994.

Le Japon demande l'établissement d'un groupe spécial doté du mandat type prévu à l'article 7:1 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

⁸ En tant que subventions relevant des dispositions de l'article 3 de l'*Accord SMC*, les mesures sont réputées être spécifiques au titre de l'article 2.3 de l'*Accord SMC*.

ANNEXE C-2

DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL PRÉSENTÉE
PAR L'UNION EUROPÉENNE

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS426/5
10 janvier 2012

(12-0144)

Original: anglais

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

Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Union européenne

La communication ci-après, datée du 9 janvier 2012 et adressée par la délégation de l'Union européenne à la Présidente de l'Organe de règlement des différends, est distribuée conformément à l'article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

Le 11 août 2011, l'Union européenne a demandé l'ouverture de consultations avec le gouvernement canadien ("Canada") conformément à l'article 4 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ("*Mémoire d'accord sur le règlement des différends*"), à l'article XXII:1 de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* ("*GATT de 1994*"), à l'article 8 de l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce* ("*Accord sur les MIC*"), et aux articles 4.1 et 30 de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* ("*Accord SMC*"), au sujet des mesures du Canada concernant les prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale du programme de tarifs de rachat garantis (le "Programme FIT").¹ La demande a été distribuée le 16 août 2011 sous les cotes WT/DS426/1, G/L/959, G/TRIMS/D/28, G/SCM/D87/1.²

Des consultations ont été tenues le 7 septembre 2011 en vue de parvenir à une solution mutuellement satisfaisante. Malheureusement, elles n'ont pas permis de régler le différend.

En conséquence, l'Union européenne a l'honneur de demander qu'un groupe spécial soit établi pour examiner cette question conformément aux articles 4:7 et 6 du *Mémoire d'accord*, à

¹ Le "Programme FIT" mentionné dans la présente demande comprend à la fois les projets de plus de 10 kilowatts (kW) et les projets de 10 kW ou moins (microFIT). Voir <http://fit.powerauthority.on.ca/>.

² Un addendum à la demande de consultations présentée par l'Union européenne a été distribué le 24 août 2011 car il avait par erreur été omis de joindre la liste des éléments de preuve disponibles concernant l'existence et la nature des subventions en question à la demande de consultations.

l'article XXIII du *GATT de 1994*, à l'article 8 de l'*Accord sur les MIC* et aux articles 4.4 et 30 de l'*Accord SMC*.

Les mesures visées par la présente demande sont celles qui se rapportent au Programme FIT établi en 2009 par la province canadienne de l'Ontario, qui prévoit la fixation de prix à long terme garantis, supérieurs à ceux du marché, pour la production des installations de production d'énergie renouvelable³ qui contiennent un pourcentage minimum d'éléments d'origine nationale. Ces mesures comprennent ce qui suit:

- la Loi de 1998 sur l'électricité⁴, telle qu'elle a été modifiée⁵, 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) de la Loi, y compris en particulier l'article 25.35 (programme de tarifs de rachat garantis);
- la Loi édictant 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 (la "Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte")⁶, y compris en particulier l'annexe B modifiant la Loi de 1998 sur l'électricité;
- 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 lois (la "Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité")⁷, 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;
- le 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";
- 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");
- 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");
- la directive FIT, 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, Directeur général de l'Office de l'électricité de l'Ontario ("OEO"), enjoignant l'OEO d'élaborer un programme FIT et d'inclure une

³ En particulier, les installations utilisant l'énergie éolienne d'une capacité contractuelle de plus de 10kW et les installations utilisant l'énergie solaire (photovoltaïque).

⁴ L.O. 1998, chapitre 15, Annexe A.

⁵ Dernière modification: 2010, chapitre 15, article 223.

⁶ L.O. 2009, chapitre 12.

⁷ L.O. 2004, chapitre 23.

prescription exigeant que les requérants présentent un plan pour réaliser les objectifs concernant la teneur en éléments d'origine nationale (c'est-à-dire ontarienne) énoncés dans les règles FIT;

- les règles FIT, version 1.5.1 (31 octobre 2011) et les règles microFIT, version 1.6.1 (10 août 2011), publiées par l'OEO;
- le contrat FIT, version 1.5.1 (31 octobre 2011), y compris les modalités et conditions générales, pièces, et définitions types, le contrat microFIT, version 1.6.1 (31 octobre 2011), y compris les Appendices, ainsi que l'offre conditionnelle du contrat microFIT, version 1.6.1, publiée par l'OEO;
- le formulaire de demande FIT (1er décembre 2009) et le formulaire de demande microFIT en ligne, publiés par l'OEO;
- le barème FIT (3 juin 2011) et le barème microFIT (13 août 2010), publiés par l'OEO;
- les interprétations aux fins du programme FIT des prescriptions concernant la teneur en éléments d'origine nationale (14 décembre 2009, telles qu'elles ont été mises à jour le 4 octobre 2010 et le 26 avril 2011), publiées par l'OEO⁸;
- les contrats FIT et microFIT individuels exécutés par l'OEO depuis le début du programme FIT le 24 septembre 2009; et
- toutes modifications ou prorogations de ce qui précède, toutes mesures de remplacement, toutes mesures de reconduction, toutes mesures de mise en œuvre, et toutes mesures connexes.¹⁰

Ces mesures sont incompatibles avec les obligations du Canada au titre de l'*Accord SMC*, du *GATT de 1994* et de l'*Accord sur les MIC* parce qu'elles constituent une subvention prohibée et établissent aussi une discrimination à l'égard des importations de matériel et de composants pour installations de production d'énergie renouvelable. En particulier, l'Union européenne considère que ces mesures sont incompatibles avec les dispositions ci-après:

1. l'article 3.1 b) et 3.2 de l'*Accord SMC*, parce que les mesures 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 à un tel matériel

⁸ Voir, "<http://fit.powerauthority.on.ca/domestic-content-0>, et <http://fit.powerauthority.on.ca/table-final-interpretations>".

⁹ Ces contrats comprennent, mais pas exclusivement, ceux qui sont mentionnés aux adresses ci-après: "http://fit.powerauthority.on.ca/Storage/10989_FIT_Contracts_Offered_April_8_10_-_Applicant_Legal_Name_Order3.pdf" et http://fit.powerauthority.on.ca/Storage/11216_FIT_Contract_Awards_-_Final_List_-_February_24,_2011.pdf.

¹⁰ L'Union européenne note que, par souci de commodité, la liste ci-dessus énumère les dernières versions disponibles, en date de la présente demande, des règles FIT, des règles microFIT, du contrat FIT, du contrat microFIT, du formulaire de demande FIT, du formulaire de demande microFIT, du barème FIT, du barème microFIT et des interprétations aux fins du programme FIT des prescriptions concernant la teneur en éléments d'origine nationale (voir "<http://fit.powerauthority.on.ca/what-feed-tariff-program/>; et <http://microfit.powerauthority.on.ca/>". La demande de l'Union européenne englobe toutefois toutes les versions de ces mesures adoptées depuis le début du programme FIT le 24 septembre 2009.

et à de tels composants importés d'autres Membres de l'OMC, y compris l'Union européenne;

2. l'article III:4 du *GATT de 1994*, parce que les mesures accordent au matériel et aux composants importés pour installations de production d'énergie renouvelable un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires originaires de l'Ontario; et
3. l'article 2:1 de *l'Accord sur les MIC*, conjointement avec l'alinéa 1 a) de la Liste exemplative annexée à l'Accord, parce que les mesures sont des mesures concernant les investissements et liées au commerce incompatibles avec l'article III:4 du *GATT de 1994* 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.

En conséquence, l'Union européenne a l'honneur de demander l'établissement d'un groupe spécial doté du mandat type prévu à l'article 7:1 du *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*. Elle souhaite que la présente demande soit inscrite à l'ordre du jour de la réunion que l'Organe de règlement des différends tiendra le 20 janvier 2012.
