ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS412/R
WT/DS426/R
19 décembre 2012
(12-6849)

Original: anglais

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

CANADA – MESURES RELATIVES AU PROGRAMME DE TARIFS DE RACHAT GARANTIS

Rapports des Groupes spéciaux

Note du Secrétariat:

Les Groupes spéciaux remettent les présents rapports sous la forme d'un document unique constituant deux rapports des Groupes spéciaux distincts: WT/DS412/R et WT/DS426/R. Chaque rapport du Groupe spécial se rapporte à l'une des deux plaintes dans les présents différends. La page de couverture, les pages d'introduction, les sections I à VII, la section IX et les annexes sont communes aux deux rapports. Toutes les pages du document portent deux cotes, à savoir WT/DS412/R et WT/DS426/R, à l'exception des pages suivantes: la page JPN-154 de la section VIII, qui porte la cote du rapport du Groupe spécial WT/DS412/R et contient les conclusions et recommandations figurant dans ce rapport; et la page EU-155 de la section VIII, qui porte la cote du rapport du Groupe spécial WT/DS426/R et contient les conclusions et recommandations figurant dans ce rapport.

TABLE DES MATIERES

Page

I. INTRODUCTION 1
A. PLAINTES DU JAPON ET DE L'UNION EUROPEENNE 1
B. ÉTABLISSEMENT ET COMPOSITION DU GROUPE SPECIAL 1
C. DROITS DE TIERCE PARTIE RENFORCES 2
D. MEMOIRES D'*AMICI CURIAE* 3
E. DECISION PRELIMINAIRE SUR LE MANDAT DES GROUPES SPECIAUX 3
II. ASPECTS FACTUELS 4
III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES 6
A. PLAIGNANTS 6
1. Japon 6
2. Union européenne 6
B. CANADA 7
IV. ARGUMENTS DES PARTIES 7
V. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES 8
VI. REEXAMEN INTÉRIMAIRE 8
A. INTRODUCTION 8
B. DEMANDES DE MODIFICATION DES RAPPORTS INTERIMAIRES PRESENTEES PAR LES PARTIES ET EVALUATION PAR LE GROUPE SPECIAL 8
VII. CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL 33
A. INTRODUCTION 33
1. Principes généraux d'interprétation des traités, critère d'examen applicable et charge de la preuve 33
a) Interprétation des traités 33
b) Critère d'examen 33
c) Charge de la preuve 34
2. Mesures en cause et résumé des allégations 34
3. Décisions préliminaires 35
4. Contexte factuel 35
a) Introduction 35
b) Électricité et réseaux d'électricité 36
c) L'électricité en Ontario 39
i) 1906 à 2002 39

ii) *Le marché de gros concurrentiel de 2002* *40*
iii) *Le réseau d'électricité "hybride" actuel de l'Ontario* *41*
Production 41
Transport et distribution 44
Réglementation et administration 45
Prix de gros et prix de détail 48
Règlement des paiements aux producteurs 54
iv) *Le programme TRG et les contrats TRG et microTRG* *55*
5. Ordre d'analyse 57
B. QUESTION DE SAVOIR SI LE CANADA AGIT D'UNE MANIERE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2:1 DE L'ACCORD SUR LES MIC ET L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994 58
1. Arguments des parties 58
a) Japon 58
b) Union européenne 60
c) Canada 62
2. Arguments des tierces parties 64
a) Australie 64
b) Brésil 64
c) Chine 65
d) Union européenne (dans le différend DS412) 65
e) Japon (dans le différend DS426) 65
f) Corée 66
g) Mexique 66
h) Norvège 67
i) États-Unis 67
3. Évaluation par le Groupe spécial 68
a) Introduction 68
b) Question de savoir si les mesures en cause sont des mesures concernant les investissements et liées au commerce 68
c) Question de savoir si les mesures en cause sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC parce qu'elles sont, d'après les allégations, incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 69
i) *Question de savoir si les mesures contestées sont exclues du champ d'application de l'article III:4 du GATT de 1994 en vertu de l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994* *70*
Question de savoir si le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC exclut l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux mesures contestées 70

Question de savoir si les mesures contestées sont du type décrit à l'article III:8 a) du GATT de 1994 72

"Lois, règlements et prescriptions *régissant* l'acquisition" d'électricité 72

"Acquisition par des organes gouvernementaux" 74

Acquisition de produits "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" 77

- "Besoins des pouvoirs publics" 77
- "Revendus dans le commerce" 80

Conclusion concernant la question de savoir si les mesures contestées sont exclues du champ d'application de l'article III:4 du GATT de 1994 en vertu de l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 83

ii) *Question de savoir si les mesures en cause sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994, et donc aussi avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, en vertu de l'application de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC* *83*

Question de savoir si le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" exige l'achat ou l'utilisation de produits d'origine ou de source canadienne 84

Question de savoir si la conformité avec le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est nécessaire à l'obtention d'un avantage 87

d) Conclusion concernant les allégations au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4 du GATT de 1994 88

C. QUESTION DE SAVOIR SI LES MESURES CONTESTEES CONSTITUENT DES SUBVENTIONS AU SENS DE L'ARTICLE 1.1 DE L'ACCORD SMC 89

1. Introduction 89

2. Question de savoir si les mesures contestées constituent une "contribution financière" et/ou un "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC 89

a) Arguments des parties 89

i) *Japon* *89*

ii) *Union européenne* *91*

iii) *Canada* *93*

b) Arguments des tierces parties 95

i) *Australie* *95*

ii) *Chine* *95*

iii) *El Salvador* *96*

iv) *Union européenne (dans le différend DS412)* *96*

v) *Japon (dans le différend DS426)* *96*

vi) *Mexique* *97*

vii) *Norvège* *97*

viii) *Royaume d'Arabie saoudite* *97*
c) Évaluation par le Groupe spécial 97
i) *Introduction* *97*
ii) *Qualification factuelle des mesures* *98*
Les fondements juridiques du programme TRG et le mandat et les pouvoirs de l'OEO 98
Le contrat TRG 99
Le contrat microTRG 104
Conclusion 106
Programme TRG 106
Contrats TRG et microTRG 107
iii) *Qualification juridique des mesures* *107*
Les mesures contestées en tant que contributions financières 108
L'OEO paie pour l'"électricité fournie" 108
Les pouvoirs publics de l'Ontario prennent possession de l'électricité et par conséquent "achètent" de l'électricité 109
Législation, règlements et contrats 116
Conclusions 116
Les mesures contestées en tant que forme de soutien des revenus ou des prix 118
3. Question de savoir si les mesures contestées confèrent un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC 119
a) Arguments des parties 119
i) *Japon* *119*
ii) *Union européenne* *121*
iii) *Canada* *122*
b) Arguments des tierces parties 124
i) *Australie* *124*
ii) *Brésil* *124*
iii) *Chine* *125*
iv) *Union européenne (dans l'affaire DS412)* *125*
v) *Corée* *125*
vi) *Royaume d'Arabie saoudite* *125*
c) Évaluation par le Groupe spécial 126
i) *Introduction* *126*
ii) *Le critère juridique pour la détermination de l'existence d'un "avantage"* *126*
iii) *Le marché de gros de l'électricité en tant qu'élément central pertinent de l'analyse de l'avantage* *129*

Paramètres économiques des marchés de l'électricité et problème des "fonds manquants" 130
Expérience du marché de gros de l'électricité en 2002 en Ontario 134
Le marché de gros de l'électricité administré par la SIERE 138
Marchés de gros de l'électricité extérieurs à l'Ontario 141
Conclusions concernant le marché de gros de l'électricité en tant qu'élément central pertinent de l'analyse de l'avantage 143
iv) Éléments de subsitution au marché de gros de l'électricité en tant qu'élément central pertinent de l'analyse de l'avantage 146
v) Conclusions et observations finales concernant l'existence d'un avantage 148
4. Conclusion générale concernant les allégations de subventionnement 153
VIII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS 153
A. PLAINTE DU JAPON (DS412) 154
1. Conclusions 154
2. Recommandations 154
B. PLAINTE DE L'UNION EUROPEENNE (DS426) 155
1. Conclusions 155
2. Recommandations 155
IX. OPINION DISSIDENTE D'UN MEMBRE DU GROUPE SPÉCIAL CONCERNANT LA QUESTION DE SAVOIR SI LES MESURES CONTESTÉES CONFÈRENT UN AVANTAGE AU SENS DE L'ARTICLE 1.1 B) DE L'ACCORD SMC 156
A. INTRODUCTION 156
B. LE MARCHE DE GROS CONCURRENTIEL DE L'ELECTRICITE EST L'ELEMENT CENTRAL PERTINENT DE L'ANALYSE DE L'AVANTAGE 157
C. QUESTION DE SAVOIR SI LES MESURES CONTESTEES PREVOIENT UNE "REMUNERATION PLUS QU'ADEQUATE" AU SENS DE L'ARTICLE 14 D) DE L'ACCORD SMC 158
D. QUESTION DE SAVOIR SI LES MESURES CONTESTEES PERMETTENT AUX PRODUCTEURS D'ENERGIE EOLIENNE ET SOLAIRE PHOTOVOLTAÏQUE DE MENER DES ACTIVITES VIABLES ET DONC DE PARTICIPER AU MARCHE DE GROS DE L'ELECTRICITE 162

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

AFFAIRES CITÉES DANS LES PRÉSENTS RAPPORTS

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
Canada – Aéronefs	Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999
Canada – Automobiles	Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopté le 19 juin 2000
Canada – Produits laitiers	Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, adopté le 27 octobre 1999
CE – Bananes III	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997
CE – Certaines questions douanières	Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/R, adopté le 11 décembre 2006, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS315/AB/R
CE – Hormones	Rapport de l'Organe d'appel *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998
CE – Sardines	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
CE – Saumon (Norvège)	Rapport du Groupe spécial *Communautés Européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance de Norvège*, WT/DS337/R, adopté le 15 janvier 2008, et Corr.1
CE – Sardines	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316/AB/R, adopté le 1er juin 2011
Chine – Matières premières	Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adoptés le 22 février 2012
Chine – Pièces automobiles	Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Mesures affectant les importations de pièces automobiles*, WT/DS339/AB/R / WT/DS340/AB/R / WT/DS342/AB/R, adoptés le 12 janvier 2009
Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf	Rapport du Groupe spécial *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, adopté le 10 janvier 2001, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R
États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, WT/DS353/AB/R, adopté le 23 mars 2012
États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, WT/DS353/R, adopté le 23 mars 2012, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS353/AB/R

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
États-Unis – Bois de construction résineux IV	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004
États-Unis – Bois de construction résineux IV	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/R, adopté le 17 février 2004, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS257/AB/R
États-Unis – Chemises et blouses de laine	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, et Corr.1
États-Unis – Coton upland	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/R, adopté le 21 mars 2005
États-Unis – Coton upland	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/R et Add.1 à 3, adopté le 21 mars 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS267/AB/R
États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS379/AB/R, adopté le 25 mars 2011
États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS379/R, adopté le 25 mars 2011, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS379/AB/R
États-Unis – EPO	Rapports du Groupe spécial *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, WT/DS384/R / WT/DS386/R, adoptés le 23 juillet 2012, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R
États-Unis – Essence	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996
États-Unis – FSC	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, WT/DS108/AB/R, adopté le 20 mars 2000
États-Unis – FSC	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, WT/DS108/R, adopté le 20 mars 2000, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS108/AB/R
États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/AB/RW, adopté le 29 janvier 2002
États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/RW, adopté le 29 janvier 2002, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS108/AB/RW
États-Unis – Réduction à zéro (CE)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction à zéro")*, WT/DS294/R, adopté le 9 mai 2006, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS294/AB/R

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
États-Unis – Thon II (Mexique)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/R, adopté le 13 juin 2012, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS381/AB/R
Inde – Brevets (États-Unis)	Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998
Indonésie – Automobiles	Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adopté le 23 juillet 1998
Japon – Boissons alcooliques II	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1er novembre 1996
Japon – DRAM (Corée)	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS336/AB/R et Corr.1, adopté le 17 décembre 2007
Japon – Produits agricoles II	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, WT/DS76/AB/R, adopté le 19 mars 1999
Japon – Produits agricoles II	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, WT/DS76/AB/R, adopté le 19 mars 1999
Thaïlande – Cigarettes (Philippines)	Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, WT/DS371/R, adopté le 15 juillet 2011, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS371/AB/R

RAPPORTS DE GROUPES SPÉCIAUX DU GATT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
États-Unis – Cartographie par sonar	Rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Marché concernant un système de cartographie par sonar*, GPR.DS1/R, 23 avril 1992, non adopté

ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Abréviation	Désignation complète
Accord SMC	Accord sur les subventions et les mesures compensatoires
Accord sur les MIC	Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce
AMP	Accord sur les marchés publics
CAD	dollar canadien
CEO	Commission de l'énergie de l'Ontario
GATT de 1994	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994
GEACE	Groupe d'étude sur l'approvisionnement et la conservation en matière d'électricité
GTR	grille tarifaire réglementée
GWh	gigawatt-heure
HCI	Initiative concernant les contrats hydroélectriques
HEPCO	Commission hydroélectrique de l'Ontario
kV	kilovolt
kWh	kilowattheure
Mémorandum d'accord	Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends
MIC	mesures concernant les investissements et liées au commerce
MW	mégawatt
OEO	Office de l'électricité de l'Ontario
OPG	Ontario Power Generation
ORD	Organe de règlement des différends
PHEO	prix horaire de l'énergie en Ontario
POSER	programme d'offre standard en matière d'énergie renouvelable
RES	approvisionnement en énergie renouvelable
SDL	société de distribution locale
SFIEO	Société financière de l'industrie de l'électricité de l'Ontario
SIERE	Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité
TRG	tarifs de rachat garantis

I. INTRODUCTION

A. PLAINTES DU JAPON ET DE L'UNION EUROPEENNE

1.1 Le 13 septembre 2010, le Japon a demandé l'ouverture de consultations avec le Canada conformément à l'article 4 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le "Mémorandum d'accord"), à l'article XXII:1 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le "GATT de 1994"), à l'article 8 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (l'"Accord sur les MIC") et aux articles 4.1 et 30 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (l'"Accord SMC").[1] Le 11 août 2011, l'Union européenne a demandé l'ouverture de consultations avec le Canada conformément aux mêmes dispositions, mentionnées plus haut.[2] Dans les deux plaintes, les consultations portaient sur certaines mesures concernant les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux du programme de tarifs de rachat garantis (le "programme TRG") établi par la province canadienne de l'Ontario. Ces mesures comprenaient ce qui suit: i) la *Loi de 1998 sur l'électricité*; ii) la *Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte*; iii) la *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité*; iv) le *Règlement de l'Ontario 578/05*; v) le manuel du marché de la Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité (la "SIERE"); vi) les règles du marché de la SIERE; vii) la directive TRG datée du 24 septembre 2009 du Vice-Premier Ministre et Ministre de l'énergie et de l'infrastructure; viii) les contrats TRG et contrats microTRG individuels exécutés par l'Office de l'électricité de l'Ontario (l'"OEO"); ix) les règles TRG et règles microTRG publiées par l'OEO; x) les contrats TRG et microTRG publiés par l'OEO; xi) le formulaire de demande TRG et le formulaire de demande microTRG en ligne publiés par l'OEO; xii) les barèmes de prix TRG et microTRG publiés par l'OEO; xiii) les interprétations aux fins du programme TRG des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux; et xiv) toutes modifications ou prorogations de ce qui précède, toutes mesures de remplacement, mesures de reconduction, mesures de mise en œuvre ou mesures connexes.[3]

1.2 Des consultations ont été tenues le 25 octobre 2010 entre le Japon et le Canada, et le 7 septembre 2011 entre l'Union européenne et le Canada. Elles n'ont pas permis de régler les différends.

1.3 Le Japon et l'Union européenne ont chacun demandé, respectivement les 1er juin 2011 et 9 janvier 2012, l'établissement d'un groupe spécial 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.[4]

B. ÉTABLISSEMENT ET COMPOSITION DES GROUPES SPECIAUX

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

---

[1] WT/DS412/1.

[2] WT/DS426/1 et WT/DS426/1/Add.1.

[3] WT/DS412/1; WT/DS426/1 et WT/DS426/1/Add.1. La demande de consultations présentée par le Japon ne faisait pas expressément référence au *Règlement de l'Ontario 578/05*, au manuel du marché de la SIERE ni aux règles du marché de la SIERE. Toutefois, ces mesures figuraient dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon (WT/DS412/5).

[4] WT/DS412/5 et WT/DS426/5.

1.5 Les mandats pour les différends respectifs sont les suivants:

> Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les parties au différend, la question portée devant l'ORD par le Japon dans le document WT/DS412/5; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords.
>
> Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les parties au différend, la question portée devant l'ORD par l'Union européenne dans le document WT/DS426/5; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords.

1.6 Le 26 septembre 2011, le Japon a demandé au Directeur général, en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord, de déterminer la composition du Groupe spécial saisi du différend DS412. Le 6 octobre 2011, le Directeur général a donné au Groupe spécial la composition suivante:

Président:	M. Thomas Cottier
Membres:	M. Alexander Erwin
	M. Daniel Moulis

1.7 S'agissant du différend DS426, les parties ayant donné leur accord, la même composition a été arrêtée le 23 janvier 2012 pour le Groupe spécial. À la suite de consultations tenues avec les parties, les Groupes spéciaux saisis de ces deux différends ont décidé d'harmoniser leurs calendriers dans toute la mesure du possible, conformément à l'article 9:3 du Mémorandum d'accord.[5]

1.8 L'Australie, le Brésil, la Chine, la Corée, El Salvador, les États-Unis, l'Inde, le Mexique, la Norvège, le Royaume d'Arabie saoudite et le Taipei chinois ont réservé leur droit de participer en tant que tierces parties aux travaux du Groupe spécial dans les deux différends. En outre, le Honduras et l'Union européenne ont réservé leur droit de participer en tant que tierces parties aux travaux du Groupe spécial dans le différend DS412, et le Japon et la Turquie, dans le différend DS426.[6]

1.9 Le Groupe spécial s'est réuni avec les parties aux différends les 27 et 28 mars 2012 et les 15 et 16 mai 2012, et avec les tierces parties le 28 mars 2012. À la demande des parties, les réunions du Groupe spécial avec les parties étaient ouvertes au public. Une partie de la réunion du Groupe spécial avec les tierces parties était également ouverte au public.

1.10 Le Groupe spécial a remis son rapport intérimaire aux parties le 20 septembre 2012 et son rapport final aux parties le 16 novembre 2012.

C. DROITS DE TIERCE PARTIE RENFORCES

1.11 À la demande du Canada, et comme le Japon et l'Union européenne l'avaient accepté, des droits de tierce partie renforcés ont été accordés à toutes les tierces parties. Les tierces parties aux deux différends ont eu le droit: i) d'assister à l'intégralité de toutes les réunions de fond entre les parties et le Groupe spécial; et ii) de recevoir les copies des communications écrites des parties faites avant la remise du rapport intérimaire aux parties, y compris les premières communications écrites,

[5] Afin de faciliter la lecture, les Groupes spéciaux chargés des différends WT/DS412 et WT/DS426 sont désignés ci-après collectivement comme étant le "Groupe spécial".

[6] WT/DS412/6 et WT/DS426/6/Rev.1.

les réfutations écrites et les réponses aux questions du Groupe spécial au moment où elles étaient présentées au Groupe spécial.[7]

D. MEMOIRES D'*AMICI CURIAE*

1.12 Le 14 mai 2012, le Groupe spécial a reçu un mémoire d'*amicus curiae* non demandé concernant les deux différends et émanant des organisations suivantes: Blue Green Canada; le Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA); le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP); la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants (FCEE); le Conseil des canadiens; le Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP); et le Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario (SEFPO). Le 15 mai 2012, le Groupe spécial saisi du différend DS412 a reçu un deuxième mémoire d'*amicus curiae* non demandé de la part des organisations suivantes: l'Institut international du développement durable (IIDD); la Canadian Environmental Law Association (CELA); et Ecojustice Canada.

1.13 Pendant la deuxième réunion de fond du Groupe spécial avec les parties, le Japon, l'Union européenne et le Canada ont rappelé que le Groupe spécial avait le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser des mémoires d'*amici curiae* non demandés.[8] Par la suite, et conformément à l'approche adoptée par des groupes spéciaux antérieurs[9], le Groupe spécial a informé les parties qu'il prendrait en compte les mémoires uniquement dans la mesure où les parties décideraient de les incorporer dans leurs propres communications. Le Canada a informé le Groupe spécial qu'il n'avait pas d'observation à ajouter sur cette question en plus de ce qu'il avait déjà dit à la deuxième réunion de fond avec le Groupe spécial, à savoir que celui-ci avait le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser les mémoires d'*amici curiae* non demandés. Le Japon et l'Union européenne (les "plaignants") ont informé le Groupe spécial qu'ils ne jugeaient pas nécessaire d'incorporer l'une quelconque des observations formulées dans les mémoires d'*amici curiae*. Eu égard aux vues des parties, le Groupe spécial n'a pas jugé nécessaire de prendre en compte les mémoires dans son analyse des allégations et arguments présentés dans les présents différends.

E. DECISION PRELIMINAIRE SUR LE MANDAT DES GROUPES SPECIAUX

1.14 Le 4 novembre 2011, le Canada a présenté au Groupe spécial saisi du différend DS412 une demande de décision préliminaire concernant la compatibilité de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon (WT/DS412/5) avec l'article 6:2 du Mémorandum d'accord. En particulier, il a fait valoir que les allégations au titre de l'Accord SMC exposées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon ne contenaient pas un "bref exposé du fondement juridique" qui soit "suffisant pour énoncer clairement le problème" et qu'elles devraient donc être supprimées du mandat du Groupe spécial.[10] Le 17 novembre 2011, le Japon a répondu à la demande de décision préliminaire du Canada en rejetant les arguments de celui-ci. Le 21 novembre 2011, le Groupe spécial a annoncé aux parties que, sans préjudice de toute opinion qu'il pourrait formuler au sujet de la demande du Canada pendant la procédure, il n'était pas convaincu du bien-fondé de cette demande à ce stade. Le 14 février 2012, le Canada a présenté au Groupe spécial saisi du différend DS426 une demande de décision préliminaire concernant la compatibilité de la

[7] Procédures de travail du Groupe spécial, paragraphes 14 et 18.

[8] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 108.

[9] Rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – EPO*, paragraphe 2.10; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.2; *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 2.5; *CE – Saumon (Norvège)*, paragraphe 1.13; *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, paragraphe 1.7; et *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, note de bas de page 75.

[10] Demande de décision préliminaire présentée par le Canada (DS412), paragraphes 2 et 25; et première communication écrite du Canada (DS412), paragraphes 102 à 113.

demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Union européenne (WT/DS426/5) avec l'article 6:2 du Mémorandum d'accord, fondée essentiellement sur les mêmes arguments que ceux qui avaient été utilisés pour justifier sa demande de décision préliminaire dans le différend DS412.[11] Le 21 février 2012, l'Union européenne a répondu à la demande de décision préliminaire du Canada. Le Groupe spécial a annoncé ses conclusions sur le bien-fondé des demandes de décisions préliminaires du Canada à la séance d'ouverture de la première réunion de fond avec les parties, le 27 mars 2012. Il a ensuite remis ses décisions préliminaires par écrit aux parties le 11 mai 2012. Après avoir consulté les parties, le Groupe spécial a décidé: a) de faire distribuer ses décisions préliminaires à tous les Membres; et b) que les décisions préliminaires distribuées feraient partie intégrante de ses rapports finals, sous réserve de toutes révisions qui seraient nécessaires à la lumière des observations reçues des parties pendant le réexamen intérimaire. Les décisions préliminaires du Groupe spécial ont été distribuées le 25 mai 2012 sous les cotes WT/DS412/8 et WT/DS426/7.

II. ASPECTS FACTUELS

2.1 Les présents différends concernent la prescription relative à la teneur en éléments nationaux liée aux contrats TRG et contrats microTRG, accordés au titre du programme TRG établi par la province canadienne de l'Ontario, pour certains projets de production d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque. Les plaignants contestent la compatibilité avec les règles de l'OMC des mesures spécifiques ci-après:

1) le programme TRG, tel qu'il est attesté par les mesures suivantes[12]:

   i) la *Loi de 1998 sur l'électricité*, telle qu'elle a été modifiée, y compris en particulier la partie II (Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité), la partie II.1 (Office de l'électricité de l'Ontario) et la partie II.2 (Gestion de l'approvisionnement en électricité, de la capacité de production et de la demande d'électricité) de la Loi, y compris en particulier l'article 25.35 (programme de tarifs de rachat garantis);

   ii) la Loi portant promulgation de la *Loi de 2009 sur l'énergie verte* et visant à développer une économie verte, abrogeant la *Loi de 2006 sur le leadership en matière de conservation de l'énergie* et la *Loi sur le rendement énergétique* et modifiant d'autres lois (la "*Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte*"), y compris en particulier l'annexe B portant modification de la *Loi de 1998 sur l'électricité*;

   iii) la Loi modifiant la *Loi de 1998 sur l'électricité*, la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois (la "*Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité*"), y compris en particulier l'annexe A, articles 29 à 32, promulguant la partie II.1 de la *Loi de 1998 sur l'électricité*, et les articles 33 à 38, promulguant la partie II.2 de la *Loi de 1998 sur l'électricité*, et l'annexe B, articles 17 et 18, promulguant les articles 78.3 et 78.4 de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*;

[11] Lettre du 14 février 2012 adressée par le Canada au Groupe spécial (DS426); et première communication écrite du Canada (DS426), paragraphes 48 à 50.

[12] WT/DS412/5 et WT/DS426/5.

iv) le *Règlement de l'Ontario 578/05* pris en application de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* et intitulé "Prescribed Contracts Re Sections 78.3 and 78.4 of the Act";

v) le manuel du marché de la Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité ("SIERE"), y compris en particulier la partie 5.5 ("Physical Markets Settlement Statements");

vi) les règles du marché de la SIERE, y compris en particulier le chapitre 7 ("System Operations and Physical Markets"), le chapitre 9 ("Settlements and Billing") et le chapitre 11 ("Definitions");

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

viii) toutes les versions des règles TRG et des règles microTRG, publiées par l'OEO depuis le début du programme TRG;

ix) toutes les versions du contrat TRG, y compris les modalités et conditions générales, pièces, et définitions types; et du contrat microTRG, y compris les appendices, ainsi que l'offre conditionnelle du contrat microTRG, publiées par l'OEO depuis le début du programme TRG;

x) toutes les versions du formulaire de demande TRG et du formulaire de demande microTRG en ligne, publiées par l'OEO depuis le début du programme TRG;

xi) toutes les versions du barème de prix TRG et du barème de prix microTRG, publiées par l'OEO depuis le début du programme TRG;

xii) toutes les versions des interprétations aux fins du programme TRG des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux, publiées par l'OEO depuis le début du programme TRG;

2) les contrats TRG individuels pour les sources d'énergie éolienne ou solaire photovoltaïque, exécutés par l'OEO depuis le début du programme TRG; et

3) les contrats microTRG individuels pour les sources d'énergie solaire photovoltaïque, exécutés par l'OEO depuis le début du programme TRG.

III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES

A. PLAIGNANTS

1. Japon

3.1 Le Japon demande au Groupe spécial de constater que:

a) par le biais du programme TRG ainsi que des contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques, le Canada accorde et maintient des subventions prohibées qui sont subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, en violation de l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC;

b) la prescription relative à la teneur en éléments nationaux du programme TRG ainsi que des contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques accorde au matériel japonais de production d'énergie renouvelable un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires originaires de l'Ontario, en violation de l'article III:4 du GATT de 1994; et

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

3.2 Le Japon demande que le Groupe spécial recommande que le Canada:

a) retire sans retard ses subventions dont il est allégué qu'elles sont prohibées, comme il est prescrit à l'article 4.7 de l'Accord SMC, en supprimant la prescription relative à la teneur en éléments nationaux figurant dans le programme TRG ainsi que dans les contrats TRG et microTRG exécutés individuellement pour des projets éoliens et solaires photovoltaïques; et

b) 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.

3.3 Le Japon demande aussi que le Groupe spécial rejette la demande de décisions préliminaires présentée par le Canada en ce qui concerne tout manquement allégué du Japon à l'obligation de se conformer à l'article 6:2 du Mémorandum d'accord.

2. Union européenne

3.4 L'Union européenne demande au Groupe spécial de constater que:

a) le Canada enfreint l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC car le programme TRG et ses contrats connexes établis par les pouvoirs publics de l'Ontario sont des subventions au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC qui sont accordées en étant subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits

importés, à savoir subordonnées à l'utilisation de matériel et de composants pour installations de production d'énergie renouvelable produits en Ontario de préférence aux mêmes matériel et composants importés d'autres Membres de l'OMC, y compris l'Union européenne;

b) le Canada enfreint l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, conjointement avec le paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord, parce que le programme TRG et ses contrats connexes établis par les pouvoirs publics de l'Ontario sont des MIC qui prescrivent l'achat ou l'utilisation par des entreprises de matériel et de composants pour installations de production d'énergie renouvelable d'origine ou de source ontarienne; et

c) le Canada enfreint l'article III:4 du GATT de 1994 parce que le programme TRG et ses contrats connexes établis par les pouvoirs publics de l'Ontario sont des MIC relevant du paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord sur les MIC et, en tout état de cause, parce qu'ils imposent aux producteurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux qui affectent la vente, l'achat et l'utilisation sur le marché intérieur de matériel et de composants pour la production d'énergie renouvelable, en accordant un traitement moins favorable aux produits similaires originaires de l'Union européenne.

3.5 L'Union européenne demande que le Groupe spécial recommande que le Canada:

a) retire ses subventions dont il est allégué qu'elles sont prohibées sans retard (et, en tout cas, dans un délai maximal de 90 jours), comme il est prescrit à l'article 4.7 de l'Accord SMC; et

b) rende le programme TRG et ses contrats connexes conformes aux accords visés, comme il est prescrit à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord.

3.6 L'Union européenne demande aussi que le Groupe spécial rejette la demande de décisions préliminaires présentée par le Canada en ce qui concerne tout manquement allégué de l'Union européenne à l'obligation de se conformer à l'article 6:2 du Mémorandum d'accord.

B. CANADA

3.7 Le Canada demande que le Groupe spécial rejette les allégations des plaignants et constate, au lieu de cela, qu'il n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 et l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Il demande aussi que le Groupe spécial se déclare, par une décision préliminaire, incompétent pour examiner les allégations des plaignants au titre de l'Accord SMC ou, à titre subsidiaire, constate que le Canada n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.

IV. ARGUMENTS DES PARTIES

4.1 Les arguments des parties, tels qu'ils sont exposés dans les résumés analytiques des communications qu'elles ont présentées au Groupe spécial, sont reproduits dans les annexes des présents rapports (voir la liste des annexes, page vi).

V. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES

5.1 Les arguments des tierces parties, tels qu'ils sont exposés dans les résumés analytiques des communications qu'elles ont présentées au Groupe spécial, sont reproduits dans les annexes des présents rapports (voir la liste des annexes, page vi).[13]

VI. REEXAMEN INTÉRIMAIRE

A. INTRODUCTION

6.1 Les rapports intérimaires dans les présents différends ont été remis aux parties le 20 septembre 2012. Les parties ont demandé par écrit que soient réexaminés des aspects précis des rapports intérimaires le 4 octobre 2012. Elles ont présenté par écrit des observations sur ces demandes écrites le 17 octobre 2012. Aucune des parties n'a demandé de réunion supplémentaire avec le Groupe spécial.

6.2 Les réponses du Groupe spécial aux questions de fond soulevées par les parties dans leurs demandes et leurs observations concernant les rapports intérimaires sont exposées ci-après suivant la structure des rapports eux-mêmes, les demandes de réexamen et les observations des parties étant traitées dans l'ordre. En raison des changements effectués à la suite de notre réexamen, la numérotation des paragraphes et des notes de bas de page dans les rapports finals a été modifiée par rapport aux rapports intérimaires. Dans le texte ci-après, il est fait référence aux numéros de paragraphes et de notes de bas de page des rapports intérimaires, les numéros des paragraphes ou des notes de bas de page correspondants des rapports finals (s'ils sont différents) étant indiqués entre parenthèses par souci de commodité.

6.3 Outre les modifications apportées à la suite des demandes de réexamen intérimaire indiquées ci-après, nous avons corrigé un certain nombre d'erreurs typographiques et apporté d'autres modifications de pure forme (y compris en ce qui concerne des descriptions erronées de faits et d'arguments signalées par les parties) dans les rapports finals.

B. DEMANDES DE MODIFICATION DES RAPPORTS INTERIMAIRES PRESENTEES PAR LES PARTIES ET EVALUATION PAR LE GROUPE SPECIAL

1. Paragraphe 2.1

6.4 L'Union européenne demande au Groupe spécial d'ajouter une note de bas de page la première fois que le "programme TRG" est mentionné au paragraphe 2.1 pour préciser que les références au programme TRG comprennent également le "programme microTRG". Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de cette demande.

6.5 Le Groupe spécial a décidé de ne pas donner suite à la demande de l'Union européenne. Le paragraphe 2.1 rend compte des demandes d'établissement d'un groupe spécial présentées par le Japon et l'Union européenne, dans lesquelles aucune référence à un "programme microTRG" n'a été faite. De plus, il ressort clairement du paragraphe 2.1 que les contrats TRG et microTRG sont accordés dans le cadre du programme TRG.

[13] L'Australie, le Brésil, la Chine, la Corée, El Salvador, les États-Unis, le Japon (dans le différend DS426), le Mexique, la Norvège, le Royaume d'Arabie saoudite et l'Union européenne (dans le différend DS412) ont présenté des communications écrites et/ou fait des déclarations orales à la réunion du Groupe spécial avec les tierces parties.

2. Paragraphe 7.8

6.6 Le Japon demande que le Groupe spécial expose au paragraphe 7.8 ses décisions préliminaires telles qu'elles ont été distribuées le 25 mai 2012 dans les documents WT/DS412/8 et WT/DS426/7, afin de les rendre plus claires. Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de la demande du Japon.

6.7 À notre avis, il n'est pas nécessaire d'incorporer le texte de nos décisions préliminaires dans les rapports finals. Le paragraphe 7.8 contient déjà une référence aux documents WT/DS412/8 et WT/DS426/7, dans lesquels les décisions préliminaires ont été exposées intégralement et distribuées. Toutefois, par souci de clarté, nous avons ajouté au paragraphe 7.8 une phrase qui résume les conclusions que nous avons formulées dans les décisions préliminaires.

3. Paragraphes 7.9, 7.64, 7.124, 7.165, 7.166, 7.216 et 7.322 à 7.324

6.8 Le Japon et l'Union européenne demandent au Groupe spécial de supprimer les mots "petits/petites" dans la première phrase du paragraphe 7.9 ainsi qu'aux paragraphes 7.64, 7.124, 7.165, 7.166, 7.216 et 7.322 à 7.324, parce qu'ils font valoir que le programme TRG et le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" ne s'appliquent pas uniquement aux "petites" installations éoliennes et solaires photovoltaïques. Les plaignants rappellent qu'il n'y a pas de capacité maximale pour les projets éoliens et affirment qu'il serait inapproprié de qualifier les projets solaires photovoltaïques de "petits", étant donné que la capacité maximale de ces projets est de 10 MW. Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de cette demande.

6.9 Nous avons décidé d'accepter les demandes des plaignants et avons donc procédé à plusieurs ajustements dans les paragraphes pertinents.

4. Paragraphes 7.11 à 7.13 et 7.32

6.10 Le Japon demande au Groupe spécial de réviser les faits indiqués aux paragraphes 7.11 à 7.13 et 7.32. Il affirme que les adjectifs "vaste" et "énorme", employés respectivement dans les deuxième, sixième, et septième phrases du paragraphe 7.11, devraient être supprimés des rapports, car ils sont très subjectifs, ne sont pas étayés par le dossier et ne décrivent pas avec exactitude le type ou la taille d'un réseau ou de l'infrastructure nécessaire au maintien des réseaux d'électricité. Il demande aussi que plusieurs modifications soient apportées aux paragraphes 7.11 à 7.13 et 7.32, étant donné qu'il est clair que les consommateurs ne sont pas tous approvisionnés en électricité par le biais des réseaux décrits par le Groupe spécial. Le Canada affirme que ces demandes devraient être rejetées parce que l'inclusion des adjectifs pertinents pour décrire des aspects des réseaux d'électricité est largement étayée par le dossier.[14]

6.11 Le Groupe spécial a réfléchi à la terminologie employée dans les paragraphes 7.11 à 7.13 et 7.32 et a procédé, selon qu'il est approprié, à certains ajustements compte tenu des demandes du Japon et des observations du Canada.

5. Paragraphe 7.12

6.12 L'Union européenne demande au Groupe spécial d'ajouter une note de bas de page à la deuxième phrase du paragraphe 7.12, mentionnant le fait que, dans le cas spécifique de l'Ontario, les règles du marché de la SIERE prévoient la possibilité de conclure des contrats bilatéraux

[14] Le Canada fait référence aux demandes de l'Union européenne. Toutefois, nous croyons comprendre que le Canada voulait faire référence aux demandes du Japon.

d'approvisionnement en électricité à certaines conditions (chapitre 8 des règles du marché). Le Canada juge superflue la demande de l'Union européenne, notant que la déclaration du Groupe spécial est nuancée par le terme "généralement" et, à ce titre, signifie qu'elle n'était clairement pas censée être exhaustive. Par ailleurs, il dit que, si l'Union européenne a correctement interprété les règles du marché de la SIERE, il n'y a pas d'éléments de preuve concernant ces contrats dans le dossier.

6.13 Le Groupe spécial a décidé de rejeter la demande de l'Union européenne. Comme le Canada l'a noté, la deuxième phrase du paragraphe 7.12 est nuancée par le mot "généralement". Par conséquent, cette phrase n'est pas censée inclure la possibilité mentionnée dans le chapitre 8 des règles du marché de la SIERE.

6. Paragraphe 7.21

6.14 Le Canada demande au Groupe spécial de remplacer le mot "reconnue" par le mot "établie" dans la troisième phrase du paragraphe 7.21. L'Union européenne dit que cette demande devrait être rejetée, faisant valoir que le Canada n'a justifié sa demande par aucun élément de preuve présenté au Groupe spécial. Le Japon n'a pas formulé d'observation au sujet de la demande du Canada. Le Groupe spécial a décidé de ne pas donner suite à la demande du Canada. Le paragraphe 7.21 cite le plan énergétique à long terme de l'Ontario, pièce CDA-6, page 5, et le mot qui y apparaît ("reconnue") est celui que le Groupe spécial emploie.

7. Paragraphe 7.22

6.15 Le Japon demande au Groupe spécial de réviser le paragraphe 7.22 pour préciser les faits qui y sont énoncés, et pour ajouter une phrase à la fin indiquant que la CEO a été désignée comme organe de réglementation du nouveau marché de l'électricité. Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de la demande du Japon. Le Groupe spécial a décidé de donner suite à la plupart des demandes du Japon et a effectué les ajustements demandés, mais pas de la manière précise proposée par le Japon.

8. Paragraphes 7.23, 7.24 et 7.285 à 7.292

6.16 L'Union européenne allègue que les descriptions figurant dans les paragraphes 7.23, 7.24 et 7.285 à 7.292 ne reflètent pas des faits non contestés, en particulier pour ce qui est de savoir si le "marché de gros concurrentiel de l'électricité de l'Ontario" a débuté et pris fin en 2002. Si le Groupe spécial devait estimer que ces paragraphes exposent ses constatations factuelles concernant la nature et le fonctionnement du marché de gros de l'Ontario avant et après novembre 2002, l'Union européenne lui demande de signaler les changements qualitatifs spécifiques qui ont eu lieu à ce moment précis.

6.17 Le Canada dit que le Groupe spécial devrait rejeter la demande de l'Union européenne. Il note que, dans les paragraphes 7.23, 7.24 et 7.285 à 7.292, le Groupe spécial a pris soin de s'appuyer sur des éléments de preuve versés au dossier pour étayer ses constatations factuelles. Par ailleurs, il rappelle que le Groupe spécial a déjà exposé dans les paragraphes 7.285 à 7.292 les changements qualitatifs spécifiques qui avaient eu lieu après novembre 2002, et que l'Union européenne est apparemment convenue que l'actuel mécanisme de marché de la SIERE n'était peut-être pas le marché concurrentiel classique sur lequel l'offre et la demande se répondaient, comme il est indiqué au paragraphe 7.294 des rapports intérimaires.

6.18 Les paragraphes 7.23 et 7.24 donnent une brève description de l'expérience d'ouverture du marché de gros concurrentiel de l'Ontario en 2002. À notre avis, rien de ce qui est dit dans ces paragraphes n'a été contesté par les parties. À cet égard, nous notons que l'Union européenne n'a pas

nié avoir dit que le marché qui fonctionnait en Ontario en 2002 était concurrentiel. L'Union européenne n'a pas non plus contesté que les pouvoirs publics de l'Ontario avaient mis fin au fonctionnement de ce marché après une période pendant laquelle les prix étaient relativement élevés. De même, elle n'a pas contesté que la *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité* était une réaction à l'échec de l'expérience d'ouverture du marché en 2002. Par conséquent, nous ne voyons aucune raison d'apporter des modifications aux paragraphes 7.23 et 7.24.

6.19 Les paragraphes 7.285 à 7.291 décrivent de manière plus détaillée les événements qui se sont produits à peu près au moment de l'expérience d'ouverture du marché de gros concurrentiel de l'Ontario de 2002, sur la base d'un certain nombre d'éléments de preuve auxquels il est fait référence dans ce passage. Le paragraphe 7.292 énonce la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les éléments de preuve montrent que l'expérience d'ouverture du marché concurrentiel n'a pas permis d'attirer des investissements suffisants dans la production d'électricité en Ontario. En outre, nous notons que les paragraphes 7.293 à 7.298 décrivent et évaluent la nature du marché de gros de l'électricité administré par la SIERE qui a remplacé le marché concurrentiel de 2002, d'après les arguments des parties et les éléments de preuve présentés. Le Groupe spécial y conclut que le marché de gros de l'électricité administré par la SIERE produit le PHEO, qui ne peut pas, selon lui, servir de point de repère approprié pour ce que serait le prix de l'électricité en Ontario sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité. À notre avis, les descriptions factuelles et les constatations formulées dans ces passages sont suffisamment claires, avec des références suffisantes aux éléments de preuve pertinents. Par conséquent, là encore, nous ne voyons aucune raison d'apporter les modifications demandées par l'Union européenne aux paragraphes 7.285 à 7.292.

9. Paragraphe 7.24

6.20 Le Japon demande au Groupe spécial de réviser la deuxième phrase du paragraphe 7.24 afin de préciser la description des réformes introduites par la *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité*. En particulier, il demande que l'expression "la responsabilité de" soit remplacée par l'expression "la participation à". Le Canada dit que le Groupe spécial devrait rejeter la demande du Japon. La description donnée par le Groupe spécial fait fond sur l'article 25.2 1) de la Loi de 1998 sur l'électricité, modifiée par la *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité* et est compatible avec cette disposition. Selon le Canada, cet article montre que l'OEO fait plus que simplement "participer à" la planification globale à long terme du réseau.

6.21 Nous estimons que le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 7.24 est approprié au vu des faits dont nous sommes saisis, tels qu'ils ressortent du dossier. Par conséquent, nous avons rejeté les modifications demandées par le Japon.

10. Paragraphe 7.25

6.22 Le Japon demande que la deuxième phrase du paragraphe 7.25 soit supprimée des rapports parce qu'elle est imprécise et n'est pas étayée par le dossier présenté au Groupe spécial. Le Canada dit que le Groupe spécial devrait rejeter la demande du Japon. Il souligne que le Japon n'a pas dit sur quel aspect particulier cette phrase était censément "imprécise et [non] étayée par le dossier". En tout état de cause, il affirme que chaque aspect de la deuxième phrase du paragraphe 7.25 est spécifique et amplement étayé par le dossier.

6.23 Le paragraphe 7.25 vient après la description donnée dans les paragraphes 7.21 à 7.24 du réseau d'électricité essentiellement détenu et géré par les pouvoirs publics qui a existé en Ontario de 1906 à 2002 et de l'expérience de l'Ontario concernant un marché de gros libéralisé en 2002. Il est une introduction à la section VII.A.4 c) iii) des constatations du Groupe spécial qui décrit le réseau "hybride" *actuel* de l'Ontario, et doit être lu à la lumière des paragraphes précédents. Il vise à faire

ressortir le fait que le réseau électrique de l'Ontario reste aujourd'hui caractérisé par un degré notable d'intervention des pouvoirs publics. Le rôle joué par les pouvoirs publics de l'Ontario dans la production, le transport, la distribution et la réglementation est décrit dans les paragraphes qui suivent le paragraphe 7.25. Par conséquent, nous ne sommes pas d'avis que le paragraphe 7.25 est imprécis et n'est pas étayé par le dossier des faits. Nous avons donc rejeté les modifications demandées par le Japon.

11. Paragraphe 7.28

6.24 Le Canada suggère que le Groupe spécial modifie la deuxième phrase du paragraphe 7.28 pour qu'elle se lise comme suit: "Parmi eux, les producteurs d'électricité indépendants, qui fournissent environ 40% de l'approvisionnement en électricité de l'Ontario, perçoivent des prix … y compris: les contrats avec les producteurs d'électricité privés; les contrats avec Bruce Power; les contrats d'approvisionnement en énergie propre ("CES") pour le gaz naturel …". Ni le Japon ni l'Union européenne n'ont formulé d'observation au sujet de la demande du Canada.

6.25 Selon ce que nous croyons comprendre, le Canada demande que le Groupe spécial modifie le paragraphe 7.28 d'une manière qui l'amènerait à expliquer que les prix de l'électricité produite par les producteurs d'électricité indépendants sont fixés dans le cadre d'initiatives et de contrats de l'OEO qui comprennent les contrats avec les producteurs d'électricité privés et les contrats avec Bruce Power. Toutefois, il n'a pas expliqué comment les prix pour les producteurs d'électricité indépendants étaient fixés dans le cadre des contrats avec les producteurs d'électricité privés ou des contrats avec Bruce Power. Par ailleurs, il n'a signalé aucune source factuelle à l'appui de la modification demandée. À ce titre, nous avons rejeté les modifications demandées par le Canada.

12. Paragraphes 7.29 et 7.202

6.26 L'Union européenne demande au Groupe spécial d'inclure dans les paragraphes 7.29 et 7.202 des notes de bas de page consignant le fait qu'elle a fait valoir que le taux de rendement allégué de 11% des fonds propres était un concept abstrait qui ne correspondait pas aux taux de rendement effectifs de projets individuels. Par ailleurs, elle demande au Groupe spécial de modifier le paragraphe 7.202 pour préciser que la question de savoir si le programme TRG est conçu de manière à couvrir les frais de production plus un taux de rendement raisonnable de l'investissement est un point litigieux.

6.27 Le Canada conteste les demandes de l'Union européenne, rappelant que le passage pertinent des rapports intérimaires contient un libellé presque identique à celui des pièces sur lesquelles elle se fonde. De plus, il note que le paragraphe 7.29 se trouve dans la section dans laquelle le Groupe spécial présente le contexte factuel, et non dans le résumé qu'il fait des arguments des parties. Par ailleurs, à son avis, l'argument spécifique auquel l'Union européenne se réfère ne traite pas la question de savoir si le taux de rendement était de 11%. En fait, l'Union européenne semble plutôt invoquer des arguments concernant la question de savoir si un producteur particulier peut effectivement obtenir un tel rendement des fonds propres. Enfin, le Canada affirme que les rapports intérimaires résument de manière adéquate dans le paragraphe 7.258 l'argument de l'Union européenne selon lequel le taux de rendement de 11% des fonds propres est un concept abstrait, et qu'il n'est donc pas nécessaire, à son avis, d'ajouter les notes de bas de page demandées par l'Union européenne.

6.28 Nous avons modifié le paragraphe 7.29 afin d'indiquer avec plus d'exactitude les faits relatifs au taux de rendement de 11% utilisé par l'OEO pour déterminer les prix TRG. Toutefois, nous avons rejeté les autres demandes de l'Union européenne car, comme le Canada le note, l'affirmation factuelle figurant dans la phrase qui doit être modifiée selon elle est fondée sur des éléments de preuve versés au dossier qui sont cités dans la note de bas de page 372 (maintenant la note de bas de page 392)

relative au paragraphe 7.202. Cet élément d'information dit explicitement que "les prix indiqués dans le barème de prix [TRG] doivent permettre de couvrir les frais de développement plus un taux de rendement raisonnable pour les projets répondant à certaines hypothèses concernant le coût et l'efficacité". Le libellé du paragraphe 7.202 reprend presque littéralement ce texte. Par contre, nous avons décidé d'ajouter une référence aux arguments de l'Union européenne concernant la nature "abstraite", d'après les allégations, du taux de rendement de 11% utilisé pour déterminer le barème de prix TRG, dans le paragraphe 7.325 des rapports. Nous avons également décidé d'ajouter une référence à la pièce CDA-46, diapositive 30, dans la note de bas de page 374 (maintenant la note de bas de page 394). Cette pièce montre clairement qu'un taux de rendement des fonds propres après impôt de 11% a été inclus dans le modèle d'actualisation des flux financiers utilisé pour déterminer le barème de prix TRG.

13. Paragraphe 7.30

6.29 L'Union européenne demande que l'abréviation "PV" (photovoltaïque) dans la version anglaise soit supprimée de la deuxième phrase du paragraphe 7.30. De plus, elle demande que le Groupe spécial ajoute les chiffres pertinents concernant les projets à participation autochtone et communautaire, afin que le paragraphe 7.30 soit parfaitement exact en ce qui concerne les prix TRG. Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de cette demande. Le Groupe spécial a supprimé le mot "photovoltaïque" du paragraphe 7.30. Toutefois, nous ne voyons pas la nécessité d'ajouter des renseignements concernant les projets à participation autochtone et communautaire dans ce paragraphe, étant donné que ces renseignements sont déjà présentés dans le paragraphe 7.202.

14. Paragraphe 7.31

6.30 L'Union européenne dit que la troisième phrase du paragraphe 7.31 devrait commencer par le membre de phrase "Le Canada n'a pas indiqué de prix exacts relatifs à ces contrats", au lieu du membre de phrase "Bien que les prix exacts relatifs à ces contrats ne soient pas rendus publics", étant donné que ces renseignements existent et sont accessibles aux autorités canadiennes. Elle affirme que, malgré plusieurs questions posées par le Groupe spécial, le Canada n'a pas donné les renseignements pertinents. À titre subsidiaire, elle demande que le Groupe spécial consigne dans une note de bas de page le fait que le Canada n'a pas fourni ces chiffres exacts pendant la présente procédure, même à la demande du Groupe spécial.

6.31 Le Canada demande au Groupe spécial de rejeter la demande de l'Union européenne. Il note que les tarifs d'électricité exacts sont subordonnés à la confidentialité et aux intérêts commerciaux du cocontractant partie au contrat pertinent conclu avec les producteurs privés. Il a néanmoins fourni au Groupe spécial un tarif contractuel moyen perçu par les producteurs privés, et l'Union européenne n'explique pas pourquoi cette moyenne est un élément de preuve insuffisant concernant les tarifs perçus par les producteurs privés qui vendent de l'électricité à la SFIEO.

6.32 Le Groupe spécial a réfléchi à la formulation de la troisième phrase du paragraphe 7.31 et la juge appropriée au vu du dossier. Par conséquent, nous avons rejeté la demande de l'Union européenne.

15. Paragraphe 7.46

6.33 Le Canada affirme que, s'il est vrai que certains consommateurs d'électricité peuvent varier leur consommation, seul un très petit nombre d'entre eux peuvent le faire. Par conséquent, il demande que le Groupe spécial ajoute ce qui suit après la première phrase du paragraphe 7.46: "Les consommateurs qui peuvent aisément varier leur consommation d'électricité sont très peu nombreux."

6.34 Les plaignants demandent au Groupe spécial de rejeter la demande du Canada. Le Japon conteste les observations du Canada selon lesquelles seul un très petit nombre de consommateurs peuvent varier leur consommation d'électricité. Il se réfère au plan énergétique à long terme de l'Ontario, dans lequel il est prévu que tous les types de consommateurs peuvent varier leur consommation par le biais de programmes novateurs de conservation ou de gestion de la demande.[15] L'Union européenne estime que l'expression "très peu nombreux" est imprécise. Enfin, les plaignants font observer que le Canada n'a justifié ses demandes par aucun élément de preuve présenté au Groupe spécial.

6.35 Nous notons que le Canada ne conteste pas l'exactitude de ce qui est décrit au paragraphe 7.46, mais demande en fait que la description factuelle soit étoffée pour donner plus de précisions sur la nature alléguée des consommateurs d'électricité en Ontario. Nous ne voyons pas la nécessité de faire ce changement et avons donc rejeté la demande du Canada.

16. Paragraphe 7.50

6.36 Le Canada demande au Groupe spécial de remplacer l'expression "la majeure partie de" par les mots "presque toute" dans la quatrième phrase du paragraphe 7.50 pour plus d'exactitude. Les plaignants soulignent que le Canada n'a justifié sa demande par aucun élément de preuve présenté au Groupe spécial et demandent au Groupe spécial de la rejeter. Bien que nous reconnaissions la différence qualitative entre les mots "la majeure partie de" et "presque toute", nous ne pensons pas que le choix de ces mots dans le contexte du paragraphe 7.50 ait une quelconque incidence sur la pertinence de la description du système d'empilement de la SIERE qui est donnée dans cette partie des rapports. Par ailleurs, nous notons que le Canada n'a pas justifié sa demande sur la base des éléments de preuve versés au dossier de la présente procédure. Nous nous sommes donc abstenus d'apporter la modification demandée au paragraphe 7.50.

17. Paragraphe 7.54

6.37 Le Japon demande au Groupe spécial de supprimer l'expression "tarif du marché" de la première phrase du paragraphe 7.54 pour la conformité avec le libellé du paragraphe 7.53. Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de la demande du Japon. Nous ne voyons pas la nécessité d'apporter le changement demandé étant donné que l'expression "tarif du marché" est immédiatement suivie de "(c'est-à-dire le prix d'équilibre du marché/PHEO)". Nous avons donc rejeté la demande du Japon.

18. Paragraphe 7.55

6.38 Le Canada suggère que le Groupe spécial remplace l'expression "une charge pour les producteurs" par l'expression "un crédit pour les consommateurs" dans la deuxième phrase du paragraphe 7.55 parce que, selon lui, l'ajustement global représente toujours soit une charge soit un versement pour le consommateur selon les fluctuations du PHEO. Il affirme que les producteurs percevront toujours leurs tarifs contractuels ou réglementés – ou, dans le cas des actifs non réglementés d'OPG, le PHEO –, indépendamment des fluctuations du PHEO/de l'ajustement global. Enfin, le Canada note que cette expression n'apparaît pas dans la pièce JPN-1, à laquelle il est fait référence à la fin de la deuxième phrase.

6.39 Le Japon dit que le Canada n'indique pas d'éléments figurant dans le dossier à l'appui de son affirmation, et que le Groupe spécial serait justifié d'utiliser l'une ou l'autre expression parce que

[15] Government of Ontario, "Ontario's Long-term Energy Plan", 2010 ("Ontario's Long-Term Energy Plan"), pièce CDA-6, page 40.

l'ajustement global est à la fois une charge pour les producteurs et un crédit pour les consommateurs. Il note que, lorsque le contrat conclu avec l'OEO est un contrat concernant des différences – par exemple les contrats pour les installations au gaz – et que le prix contractuel est inférieur au PHEO, la différence est facturée comme "charge" au producteur, ce qui réduit l'ajustement global et entraîne un crédit pour les consommateurs. Si le Groupe spécial devait accepter la modification proposée par le Canada, le Japon lui demande de citer les éléments de preuve versés au dossier qui étayent cette modification. L'Union européenne n'a pas formulé d'observation au sujet de la demande du Canada.

6.40 Nous avons décidé de modifier le paragraphe 7.55 pour prendre en compte le fait que, comme le Canada et le Japon l'ont souligné, l'ajustement global peut être à la fois une charge pour les producteurs et un crédit pour les consommateurs, et inversement, selon le niveau du PHEO.

19. Paragraphe 7.56

6.41 L'Union européenne demande au Groupe spécial de préciser que l'ajustement global n'est pas recouvré auprès de tous les consommateurs suivant la même méthode, contrairement à ce que donne à penser, d'après elle, la première phrase du paragraphe 7.56. Le Canada dit que la demande de l'Union européenne est superflue et fait valoir que la déclaration du Groupe spécial est exacte car l'ajustement global est attribué à *tous* les consommateurs proportionnellement à l'électricité qu'ils consomment. Il propose néanmoins un libellé qui, selon lui, pourrait être inséré avant la dernière phrase du paragraphe 7.56 pour répondre à la préoccupation de l'Union européenne.

6.42 Le Groupe spécial a décidé de donner suite à la demande de l'Union européenne et a effectué les ajustements appropriés sur la base du libellé proposé par le Canada.

20. Paragraphe 7.57

6.43 Le Canada demande au Groupe spécial de modifier la première phrase du paragraphe 7.57 pour qu'elle soit plus exacte et se lise comme suit: "Les prix payés par les consommateurs de détail sont généralement déterminés en ajoutant au prix de gros (c'est-à-dire la somme du prix d'équilibre du marché/PHEO) l'ajustement global, d'autres redevances et charges ainsi qu'une charge additionnelle au titre de la distribution pour couvrir le coût de la livraison de l'électricité au consommateur."

6.44 Le Japon demande au Groupe spécial de rejeter la demande du Canada. Il note que le prix de gros est constitué non seulement du prix d'équilibre du marché/PHEO, mais aussi de l'ajustement global et d'autres redevances et charges. Il souligne également que le Canada n'a pas expliqué pourquoi il serait nécessaire que le Groupe spécial mette en évidence les frais de distribution de la manière suggérée par le Canada.

6.45 Le Groupe spécial a modifié le paragraphe 7.57 pour clarifier la première phrase.

21. Paragraphe 7.70

6.46 Le Japon demande au Groupe spécial de donner dans le paragraphe 7.70 une explication des raisons pour lesquelles il conclut que l'Accord sur les MIC est l'Accord de l'OMC qui concerne le plus directement, le plus spécifiquement et le plus en détail le programme TRG. En outre, il demande au Groupe spécial d'indiquer les raisons pour lesquelles il rejette les arguments des plaignants selon lesquels l'allégation au titre de l'Accord SMC devrait être examinée en premier dans l'ordre d'analyse de leurs plaintes établi par le Groupe spécial. Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de la demande du Japon.

6.47 En réponse aux demandes du Japon, nous notons que le paragraphe 7.70 indique déjà: i) que les plaignants affirment que les mesures contestées sont des MIC (ce que le Canada n'a pas contesté); et ii) que, de l'avis du Groupe spécial, cela donne à penser que l'Accord sur les MIC concerne le plus directement, le plus spécifiquement et le plus en détail les mesures contestées. Le Groupe spécial estime donc que les raisons pour lesquelles il a décidé de commencer son évaluation des allégations des plaignants par celles qui ont été présentées au titre de l'Accord sur les MIC (par opposition à celles qui ont été présentées au titre de l'Accord SMC) sont suffisamment claires. Nous avons donc rejeté les modifications demandées par le Japon.

22. Paragraphe 7.73

6.48 Le Japon demande au Groupe spécial d'insérer le membre de phrase "avant d'aborder ses allégations au titre de l'Accord sur les MIC" après le membre de phrase "[L]e Japon fait aussi valoir" au début de la première phrase du paragraphe 7.73, afin de préciser qu'il considère son allégation au titre du GATT de 1994 comme l'allégation principale par rapport à son allégation au titre de l'Accord sur les MIC. Il demande également que les mots "vente" et "sur le marché intérieur" soient placés séparément entre guillemets pour rendre compte avec exactitude de ses arguments. Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de la demande du Japon.

6.49 Nous avons résumé les arguments des parties suivant l'ordre d'analyse adopté dans les rapports. Par conséquent, nous ne jugeons pas nécessaire d'insérer le membre de phrase demandé par le Japon. Rien dans le paragraphe 7.73 ne donne à penser que l'allégation du Japon au titre du GATT de 1994 a été présentée comme une allégation subsidiaire par rapport à celle qui est formulée au titre de l'Accord sur les MIC. De plus, à notre avis, l'insertion du libellé dont le Japon demande qu'il soit ajouté au paragraphe 7.73 ne traiterait pas la relation entre les allégations du Japon au titre du GATT de 1994 et ses allégations au titre de l'Accord sur les MIC. Quant à la deuxième modification demandée par le Japon, le Groupe spécial a effectué l'ajustement approprié.

23. Paragraphe 7.78

6.50 L'Union européenne demande au Groupe spécial d'insérer le membre de phrase "conjointement avec le paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord" après "l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC" et de modifier légèrement le libellé du paragraphe 7.78, afin de mieux rendre compte de ses allégations, telles qu'elles sont résumées au paragraphe 3.4 des rapports intérimaires. Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de la demande de l'Union européenne.

6.51 Le Groupe spécial a effectué un ajustement au paragraphe 7.78, mais pas de la manière précise proposée par l'Union européenne.

24. Paragraphe 7.120

6.52 L'Union européenne demande au Groupe spécial d'insérer plusieurs phrases dans le paragraphe 7.120 afin de mieux rendre compte de ses arguments. Le Canada estime que la demande de l'Union européenne est superflue parce que les rapports intérimaires consignent avec exactitude les opinions de l'Union européenne. Si le Groupe spécial devait accepter les ajouts demandés par l'Union européenne, le Canada lui demande d'examiner également son argument selon lequel l'interprétation de l'Union européenne est incompatible avec les textes de l'Accord sur les MIC et de l'article XI:2 du GATT de 1994.

6.53 Nous avons modifié le libellé du paragraphe 7.120 (et donc également celui du paragraphe 7.80) afin de rendre compte avec plus d'exactitude de l'argument de l'Union européenne, mais pas de la manière précise proposée par l'Union européenne. Étant donné que nous avons rejeté

l'argument de l'Union européenne, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner l'argument du Canada relatif à l'article XI:2 du GATT de 1994 pour régler les différends. Nous n'avons donc pas modifié le paragraphe 7.120 en réponse à l'observation et à la demande du Canada.

25. Paragraphe 7.124

6.54 Le Canada souscrit à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est une "prescription[] régissant" l'acquisition d'électricité aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Il demande que le Groupe spécial conclue également que l'article 25.35 de la *Loi de 1998 sur l'électricité*, la directive ministérielle ainsi que les règles et contrats TRG et microTRG sont des lois et prescriptions qui régissent l'acquisition d'électricité aux fins de l'article III:8 a).

6.55 L'Union européenne ne considère pas que la demande du Canada soit appropriée car cette section des rapports intérimaires concerne l'interprétation de la question par le Groupe spécial. Elle fait observer que les arguments du Canada sont bien exposés dans le paragraphe 7.88 des rapports intérimaires et qu'il n'est donc pas nécessaire que le Groupe spécial fasse référence aux arguments qui y figurent.

6.56 Comme l'Union européenne l'a relevé, les arguments du Canada concernant cette question sont résumés au paragraphe 7.88 des rapports intérimaires. Par ailleurs, le paragraphe 7.124 et nos constatations d'une manière générale sur ce point sont uniquement axés sur la question de savoir si le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est une "prescription[]" aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Par conséquent, nous ne voyons pas la nécessité d'apporter les modifications demandées.

26. Paragraphe 7.125

6.57 L'Union européenne demande i) que quelques modifications mineures soient apportées au libellé de la cinquième phrase du paragraphe 7.125 et ii) que le Groupe spécial insère une phrase supplémentaire à la fin pour mieux rendre compte de son argument. Le Canada ne juge pas ces modifications nécessaires parce que les rapports intérimaires consignent avec exactitude les arguments de l'Union européenne. Dans le cas où le Groupe spécial accepterait les modifications demandées par l'Union européenne, le Canada lui demande d'examiner également son argument selon lequel l'interprétation de l'Union européenne est incompatible avec le champ d'application de l'Accord sur les marchés publics.

6.58 Le Groupe spécial a décidé de donner suite en partie à la demande de l'Union européenne et a apporté les modifications mineures demandées au libellé de la cinquième phrase du paragraphe 7.125. Comme l'argument de l'Union européenne était déjà décrit avec exactitude dans les deuxième, troisième et quatrième phrases, il a décidé de ne pas insérer la phrase supplémentaire proposée par l'Union européenne. En ce qui concerne les observations et la demande du Canada, nous rappelons que, dans les paragraphes suivants, nous avons expliqué qu'il nous était difficile d'accepter l'interprétation de l'Union européenne et avons conclu que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" devrait être dûment qualifié comme étant l'une des "prescriptions régissant" l'acquisition alléguée d'électricité aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Par conséquent, il ne nous est pas nécessaire d'examiner l'argument du Canada relatif à l'Accord sur les marchés publics pour régler les différends dont nous sommes saisis. Nous n'avons pas modifié ce paragraphe en réponse aux observations et à la demande du Canada.

27. Paragraphe 7.134

6.59 Le Japon demande au Groupe spécial d'expliquer en quoi le fait que le rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Cartographie par sonar* n'a pas été adopté amoindrit la pertinence des constatations de ce groupe spécial du GATT, eu égard à l'interprétation de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II* selon laquelle "un groupe spécial [peut] néanmoins s'inspirer utilement du raisonnement présenté dans un rapport de groupe spécial non adopté qu'il [juge] en rapport avec l'affaire dont il [est] saisi".[16] Le Japon demande aussi au Groupe spécial d'expliquer les faits particuliers de l'espèce qui l'ont amené à conclure que le raisonnement suivi dans le rapport non adopté du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Cartographie par sonar* n'était pas pertinent.

6.60 Le Canada n'estime pas que les rapports doivent être complétés en réponse à la demande du Japon. Il rappelle que l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II* a simplement dit que le raisonnement suivi dans un rapport de groupe spécial non adopté pouvait être utile s'il était pertinent. Il souligne que le Groupe spécial dans les présents différends a longuement expliqué en quoi le rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Cartographie par sonar* ne donnait pas d'indications pertinentes pour les présents différends.

6.61 Le paragraphe 7.134 expose plusieurs aspects des faits et de la législation en cause dans le différend *États-Unis – Cartographie par sonar* qui, selon nous, amoindrissent notablement la pertinence de cette affaire pour les présents différends. Par conséquent, nous estimons que ce paragraphe explique suffisamment pourquoi nous n'avons pas été convaincus par les références faites par le Japon à ce groupe spécial du GATT. Par ailleurs, dans la dernière phrase, nous avons simplement noté "que le rapport du Groupe spécial du GATT n'[avait] pas été adopté". Comme cette dernière phrase n'est pas strictement nécessaire à notre raisonnement, nous l'avons supprimée.

28. Paragraphe 7.138

6.62 Le Japon demande au Groupe spécial de réviser ce paragraphe et propose plusieurs modifications. Il explique que son argument concernant l'interprétation de l'expression "besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a) du GATT de 1994 ne met pas en cause la question de savoir si le sens de l'expression "besoins des pouvoirs publics" est large ou étroit. Il estime donc qu'il est très trompeur de qualifier simplement ses arguments comme étant les plus étroits par rapport aux arguments des autres parties. Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de la demande du Japon.

6.63 Le Groupe spécial a décidé de ne pas donner suite à la demande du Japon. Nous avons examiné attentivement les arguments du Japon et, en particulier, son opinion selon laquelle "une analyse de l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" au regard de la Convention de Vienne donne à penser qu'elle signifie pour *l'utilisation, la consommation ou l'avantage en relation avec les pouvoirs publics*, et là encore [le Japon] emploie le terme "avantage" pour désigner celui qui est lié à l'utilisation du produit dont il est allégué qu'il a été acquis".[17] Compte tenu de cette déclaration, nous n'estimons pas qu'il est inexact de qualifier l'interprétation par le Japon de l'expression "besoins des pouvoirs publics" comme étant le "sens le plus étroit", par rapport aux interprétations des autres parties.

[16] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 17.

[17] Déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 33. (note de bas de page omise)

29. Paragraphes 7.139 et 7.140

6.64 L'Union européenne croit comprendre que les déclarations du Groupe spécial concernant l'expression "besoins des pouvoirs publics" font référence à la version anglaise du GATT de 1994, étant donné que le Groupe spécial n'a pas spécifiquement examiné le sens des expressions employées dans les versions française et espagnole, qui, de l'avis de l'Union européenne, diffèrent de la version anglaise. Elle demande donc que le Groupe spécial modifie ces paragraphes pour supprimer la mention selon laquelle le sens ordinaire de l'expression "besoins des pouvoirs publics" est "relativement large" ou pour préciser que l'interprétation du Groupe spécial se rapporte uniquement à la version anglaise du GATT de 1994.

6.65 Le Canada n'estime pas que la demande de l'Union européenne soit appropriée à ce stade de la procédure, car celle-ci demande au Groupe spécial de revenir sur son opinion selon laquelle le sens ordinaire de l'expression "besoins des pouvoirs publics" est relativement large. Il note que rien dans les rapports intérimaires ne limite à la version anglaise du GATT de 1994 la déclaration du Groupe spécial sur le sens ordinaire de l'expression "besoins des pouvoirs publics".

6.66 Nous avons modifié la première phrase du paragraphe 7.139 pour préciser que notre interprétation ne se limite pas à la version anglaise du GATT de 1994.

30. Paragraphe 7.149

6.67 Le Canada affirme que Hydro One et les SDL sont censées obtenir un rendement de leurs *actifs* de transport et de distribution, comme il est expliqué dans la pièce CDA-64. Il demande donc au Groupe spécial de modifier la cinquième phrase du paragraphe 7.149 en remplaçant le mot "activités" par "actifs".

6.68 Le Japon conteste la demande du Canada. Il dit que, nonobstant l'affirmation du Canada, la pièce CDA-64 n'explique pas que le rendement provient des actifs de transport et de distribution détenus par Hydro One et les SDL, et non de leurs activités de transport et de distribution. Par ailleurs, il fait valoir que Hydro One et les SDL sont censées réaliser des bénéfices sur toutes leurs activités réglementées, et non pas uniquement sur le transport et la distribution. Il explique que, par exemple, toute partie a le droit de se raccorder au réseau si elle répond à tous les critères prescrits, juridiques et autres. Hydro One et les SDL effectuent, respectivement, les évaluations de l'impact sur le réseau et les évaluations de l'impact du raccordement, percevant les paiements des producteurs, y compris les producteurs TRG.[18]

6.69 L'Union européenne estime que le Groupe spécial devrait rejeter la demande du Canada. Premièrement, on ne voit pas très bien en quoi la distinction entre "activités" et "actifs" est pertinente dans la présente affaire. Selon l'Union européenne, il n'est pas contesté que Hydro One et les SDL participent au transport et à la distribution d'électricité en tant qu'activité principale, et que le rendement qu'ils obtiennent provient du transport et de la distribution d'électricité en Ontario. Deuxièmement, il apparaîtrait que le libellé suggéré par le Canada indique que les recettes de Hydro One et des SDL ne proviennent pas de leurs opérations ou de leurs activités, mais uniquement

[18] Le Japon cite les pièces suivantes: Transmission-connected Generators, site Web de Hydro One ("Transmission-connected Generators"), pièce JPN-39; Transmission System Code, Ontario Energy Board, 10 June 2010 ("Transmission System Code"), pièce JPN-69, section 4.3.3; Distribution System Code, Ontario Energy Board, 1 October 2011 ("Distribution System Code"), pièce JPN-70, section 6.2.11; et Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Contract, version 1.5.1, 15 July 2011 ("FIT Contract"), pièce JPN-127, article 2.4 b) iv).

de leurs actifs, par exemple la location de leurs installations ou de leur infrastructure, ce qui n'est visiblement pas le cas.

6.70 Le Groupe spécial a réfléchi à la terminologie employée dans le paragraphe 7.149 et, dans les cas où il l'a jugé approprié, a apporté certaines modifications compte tenu des demandes de réexamen intérimaire et des observations formulées.

31. Paragraphes 7.163 et 7.166

6.71 Le Japon rappelle qu'il a formulé deux arguments distincts pour établir que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" était incompatible avec l'obligation du Canada d'accorder le traitement national au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. Or, il note que l'évaluation de son allégation par le Groupe spécial prenait en compte uniquement l'un de ces arguments. Il demande au Groupe spécial d'examiner son autre argument et de le faire en effectuant une analyse distincte au regard de l'article III:4 du GATT de 1994. Il estime que cette analyse distincte est nécessaire pour que le Groupe spécial s'acquitte de ses responsabilités au titre des articles 3 et 11 du Mémorandum d'accord. Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de la demande du Japon.

6.72 Le paragraphe 7.163 expose nos conclusions sur la mesure dans laquelle le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" prescrit l'achat ou l'utilisation de produits d'origine canadienne ou de source canadienne, dans le cadre de notre analyse de la question de savoir si les mesures contestées relèvent du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC. Sur la base de ces conclusions et d'autres (y compris celles qui sont formulées au paragraphe 7.166), nous avons constaté que les mesures contestées étaient des MIC relevant du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative et qu'à la lumière de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et du texte introductif du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative, les mesures contestées étaient incompatibles à la fois avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et avec l'article III:4 du GATT de 1994. Ayant formulé cette constatation, nous ne jugeons pas nécessaire, pour régler les différends dont nous sommes saisis, d'examiner également l'autre argument du Japon et d'effectuer une analyse entièrement distincte et autonome de l'allégation du Japon au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. Par conséquent, nous avons rejeté la demande du Japon.

32. Paragraphe 7.165

6.73 L'Union européenne demande que le Groupe spécial commence la troisième phrase du paragraphe 7.165 par les mots "Selon le Canada". Le Canada dit que cette demande devrait être rejetée car la déclaration du Groupe spécial dont l'Union européenne souhaite la modification est une constatation de fait qui est amplement étayée par le dossier.

6.74 Le Groupe spécial a décidé de ne pas donner suite à la demande de l'Union européenne. La phrase pertinente représente notre interprétation des faits qui, telle qu'elle est résumée dans le paragraphe 7.68, est dûment étayée par les éléments de preuve communiqués dans les présents différends.

33. Paragraphe 7.174

6.75 Le Japon demande que le libellé de la deuxième phrase de ce paragraphe soit modifié pour préciser que son affirmation qui est décrite dans cette phrase n'a pas un caractère conditionnel mais est un argument qui est valable dans tous les cas. À l'appui de cette demande, il affirme que l'Organe d'appel a précisé dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)* qu'une transaction pouvait être visée par plusieurs alinéas de l'article 1.1 a) 1). Le Canada demande que le

Groupe spécial rejette la demande du Japon, faisant valoir que le Japon affirme à tort que la décision de l'Organe d'appel qu'il invoque est "valable dans tous les cas". Selon lui, la décision de l'Organe d'appel devrait être interprétée comme indiquant qu'une transaction "peut" être visée par plusieurs alinéas de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. Si la qualification appropriée de la mesure contestée implique un seul alinéa, et le Canada rappelle que c'est ce que le Groupe spécial a constaté dans les présents différends, le débat est clos.

6.76 Nous avons rejeté la modification demandée par le Japon. La demande du Japon est axée sur le mot "serait" qui figure dans la deuxième phrase du paragraphe 7.174. Ce mot désigne une possibilité qui est subordonnée à la formulation par le Groupe spécial d'une constatation particulière, à savoir la possibilité que les mesures contestées puissent être qualifiées comme relevant de plusieurs alinéas de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC même *si le Groupe spécial devait conclure qu'elles pourraient être qualifiées juridiquement d'"achats de biens par les pouvoirs publics" aux termes de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC*. À ce titre, nous estimons que l'emploi du conditionnel "serait" est juste et approprié.

34. Paragraphe 7.206

6.77 Le Japon affirme que la qualification de l'ajustement global dans le paragraphe 7.206 est inexacte parce qu'elle ne tient pas compte du fait que tous les contrats avec l'OEO (y compris les contrats autres que les contrats TRG) qui prévoient un prix contractuel supérieur au PHEO font augmenter l'ajustement global jusqu'à concurrence de l'excédent, et que toutes les autres dépenses associées aux contrats d'acquisition, comme les dépenses au titre des mesures et programmes de conservation, entraînent aussi directement une augmentation de l'ajustement global. Cela étant, le Japon demande que le paragraphe 7.206 soit modifié et a présenté un libellé à cette fin. Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de la modification demandée par le Japon. Nous acceptons les changements demandés par le Japon et avons modifié le paragraphe 7.206 en conséquence.

35. Paragraphe 7.223

6.78 L'Union européenne demande au Groupe spécial de modifier le paragraphe 7.206 pour préciser que la question de savoir si le programme TRG est conçu de manière à couvrir les frais de production plus un taux de rendement raisonnable de l'investissement est un point litigieux. Le Canada demande que le Groupe spécial rejette la demande de l'Union européenne pour les mêmes raisons que celles qu'il a invoquées pour justifier son objection à la demande semblable présentée par l'Union européenne au sujet du paragraphe 7.202 (voir plus haut). Nous avons rejeté la demande de l'Union européenne pour la même raison que celle pour laquelle nous avons rejeté la modification du paragraphe 7.202 demandée par l'Union européenne.

36. Paragraphe 7.242

6.79 Le Japon demande que le Groupe spécial traite dans le paragraphe 7.242 son argument selon lequel fonder l'interprétation des obligations dans le cadre de l'OMC sur la qualification de termes dans le droit interne "reviendrait à permettre au Membre défendeur de déterminer si les mesures sont compatibles avec ses obligations dans le cadre de l'OMC". Il demande en outre au Groupe spécial d'indiquer par quel raisonnement il est arrivé à la conclusion que la qualification par les pouvoirs publics de l'Ontario n'était pas "artificielle" eu égard à la préoccupation exprimée au sujet de l'adoption de mesures protectionnistes lors d'un débat à l'Assemblée législative de l'Ontario. Le Canada dit que le Groupe spécial n'a pas besoin d'apporter les changements demandés par le Japon, faisant valoir que le paragraphe 7.242 traite déjà l'argument du Japon concernant l'interprétation des obligations dans le cadre de l'OMC au vu de la qualification des mesures contestées dans le droit interne. Par ailleurs, il fait valoir que la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le message

énoncé dans plusieurs instruments indiquant que les pouvoirs publics de l'Ontario "achètent" de l'électricité par le biais du programme TRG n'est "aucunement artificiel" est étayée par des éléments de preuve versés au dossier, y compris des documents émanant du secteur privé. À ce titre, le Canada estime que le Groupe spécial n'a pas besoin d'apporter les changements demandés.

6.80 Nous sommes d'avis que le paragraphe 7.242 traite déjà la première préoccupation du Japon car il y est dit explicitement que l'examen par le Groupe spécial de la qualification dans le droit interne des mesures contestées "n'est pas un élément déterminant de l'analyse que nous devons entreprendre aux fins du droit de l'OMC". Par ailleurs, nous ne voyons pas la nécessité d'expliquer pourquoi nous constatons que les références à des "achats" et "acquisitions" qui figurent dans plusieurs instruments des pouvoirs publics de l'Ontario ne sont pas "artificielles" au vu de l'élément de preuve que le Japon a présenté dans la pièce JPN-106. Nous ne voyons pas en quoi l'affirmation figurant dans les comptes rendus du débat à l'Assemblée législative de l'Ontario et contenue dans la pièce JPN-106 a une incidence sur la détermination de la question de savoir si la description des pouvoirs et responsabilités de l'OEO (qui comprennent l'"achat" et l'"acquisition" d'électricité) dans plusieurs instruments juridiques est artificielle. En particulier, le fait qu'un membre de l'Assemblée législative de l'Ontario a laissé entendre qu'une règle relative à la teneur en éléments nationaux pouvait être protectionniste n'implique pas, selon nous, que la décision des pouvoirs publics de l'Ontario d'accorder à l'OEO le pouvoir d'"acheter" et d'"acquérir" de l'électricité (y compris dans le cadre du programme TRG) ne peut pas être qualifiée de décision qui n'est pas artificielle. Par conséquent, nous avons décidé de ne pas modifier le paragraphe 7.242.

37. Paragraphes 7.245 et 7.247

6.81 Le Japon présente plusieurs demandes invitant le Groupe spécial à préciser le raisonnement exposé aux paragraphes 7.245 et 7.247 à l'appui de sa conclusion selon laquelle une transaction dûment qualifiée comme comportant des "achats de biens par les pouvoirs publics" au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC ne peut pas être également un "transfert direct de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC. Premièrement, le Japon demande au Groupe spécial d'expliquer le raisonnement qui sous-tend la conclusion qu'il a formulée au paragraphe 7.245 à la lumière de la constatation de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, à savoir que les "exemples" figurant à l'article 1.1 a) i) sont indicatifs et ne sont pas exhaustifs. Deuxièmement, il demande que le Groupe spécial donne des explications supplémentaires, compte tenu de certaines constatations alléguées de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, concernant ce qu'il décrit comme étant la constatation du Groupe spécial au paragraphe 7.247, à savoir que "l'article 1.1 a) 1) n'énonce pas explicitement la relation entre les alinéas i) et iii)". À cet égard, le Japon estime que le Groupe spécial n'a pas expliqué de manière adéquate en quoi sa constatation était compatible avec les conclusions de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, ni pourquoi les constatations alléguées de l'Organe d'appel dans des notes de bas de page étaient moins importantes que ses constatations dans le corps du texte de ses rapports. Enfin, le Japon demande au Groupe spécial de dire explicitement s'il rejette les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)* et, dans l'affirmative, d'expliquer de manière adéquate ses raisons pour cela.

6.82 Le Canada dit que les demandes du Japon devraient être rejetées, faisant valoir que le Groupe spécial a longuement expliqué dans les paragraphes 7.245 à 7.248 ses constatations et ses raisons au sujet de la question soulevée par le Japon. Pour ce qui est des préoccupations particulières du Japon concernant le paragraphe 7.247, le Canada est d'avis que les déclarations du Groupe spécial sont conformes aux constatations générales de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*. En particulier, il fait valoir que, dans ce paragraphe, le Groupe spécial note que la constatation de l'Organe d'appel exprime une possibilité (c'est-à-dire que l'Organe d'appel

a dit "n'exclut pas expressément" et non, comme le Japon semble le laisser entendre, "permet" ou "autorise"). De plus, selon le Canada, le Groupe spécial interprète correctement la relation entre les "achats de biens" et les "transferts directs de fonds". Par conséquent, selon le Canada, le Japon a tort d'affirmer que le Groupe spécial n'a pas donné une explication adéquate de son raisonnement juridique.

6.83 La première demande de réexamen du Japon concerne le paragraphe 7.245. Selon ce que nous croyons comprendre, le Japon conteste la déclaration suivante:

> À cet égard, nous faisons observer que les deux seuls exemples de "transfert direct de fonds" impliquant des droits et obligations réciproques indiqués à l'article 1.1 a) 1) i) sont les "prêts" et les "participation[s] au capital social". Les "achats de biens" par les pouvoirs publics auraient pu aisément être ajoutés à ces exemples si les rédacteurs avaient estimé qu'ils devaient aussi être considérés comme relevant de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC, étant donné surtout qu'ils sont explicitement mentionnés à l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.

Le Japon nous demande d'expliquer cette déclaration à la lumière de la constatation de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)* selon laquelle les "exemples" donnés à l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC sont indicatifs et ne sont pas exhaustifs. À notre avis, il n'est pas nécessaire de donner l'explication demandée parce qu'il n'y a pas de contradiction entre nos déclarations dans ce paragraphe et la constatation de l'Organe d'appel qui est citée par le Japon. En particulier, le fait que les "exemples" donnés à l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC sont indicatifs et ne sont pas exhaustifs n'enlève rien à notre observation selon laquelle l'expression "achats de biens" aurait pu aisément être ajoutée au texte de l'article 1.1 a) 1) i) *étant donné que ces transactions sont "explicitement mentionné[es] à l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC*". De fait, à notre avis, on s'attendrait à ce que, après avoir explicitement mentionné les "achats de biens par les pouvoirs publics" à l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC, les rédacteurs de l'Accord, eu égard au principe d'interprétation des traités dit de l'effet utile, aient aussi explicitement mentionné ces transactions à l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC s'ils avaient considéré qu'elles relevaient des deux alinéas. Enfin, sur ce point, il convient de rappeler que les raisons pour lesquelles nous avons constaté que des transactions dûment qualifiées d'"achats de biens par les pouvoirs publics" ne pouvaient pas être également des "transferts directs de fonds" sont exposées non seulement dans le paragraphe 7.245, mais aussi dans les paragraphes 7.246 et 7.247.

6.84 S'agissant des observations du Japon concernant le paragraphe 7.247, nous notons que, contrairement aux affirmations du Japon, le Groupe spécial n'a pas constaté dans ce paragraphe que l'article 1.1 a) 1) "… énonç[ait] … explicitement la relation entre les alinéas i) et iii)". Par ailleurs, le Groupe spécial n'a indiqué nulle part dans ce paragraphe que les constatations de l'Organe d'appel étaient "moins importantes" lorsqu'elles étaient exposées dans des notes de bas de page par opposition au corps du texte des rapports. En fait, comme le Canada l'a souligné, dans le paragraphe 7.247 le Groupe spécial note que lorsqu'il s'agit de la relation entre les alinéas de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC, les déclarations de l'Organe d'appel qui sont énoncées dans une note de bas de page dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)* n'expriment aucune conclusion définitive. Par ailleurs, conformément aux observations de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, le Groupe spécial reconnaît dans le paragraphe 7.247 qu'il peut être possible dans certaines circonstances de qualifier une mesure comme étant différents types de "contribution financière". Toutefois, à notre avis, les règles coutumières d'interprétation du droit international public (et en particulier le principe d'interprétation des traités dit de l'effet utile) n'autorisent pas un tel résultat *sur la base des faits des présents différends.* Il est donc incorrect de laisser entendre que le Groupe spécial conteste ou rejette l'observation de l'Organe d'appel selon

laquelle il peut être possible de qualifier une mesure au titre de plus d'un alinéa de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC.

6.85 Enfin, la note de bas de page 453 (maintenant la note de bas de page 473) dit explicitement que l'extrait du raisonnement tenu par le Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)* qui a été rejeté par l'Organe d'appel est mentionné dans la présente procédure uniquement pour "expose[r] … de manière utile le problème d'interprétation que soulèvent, selon nous, les arguments des plaignants en l'espèce". Par conséquent, nous n'invoquons ni n'approuvons la *constatation* du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, qui concerne la question de savoir si des achats de services par les pouvoirs publics (transactions qui ne sont pas explicitement mentionnées à l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC) pouvaient être qualifiés de "transferts directs de fonds". En fait, en rappelant le *raisonnement* tenu sur cette question par le Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, nous mettons l'accent sur le problème d'interprétation sur lequel ce groupe spécial appelle l'attention, à savoir les conséquences pour le service public des mots "achètent des biens" figurant à l'article 1.1 a) 1) iii), compte tenu du principe d'interprétation des traités dit de l'effet utile, suivant une interprétation qui permettrait de qualifier les transactions comportant des achats de biens par les pouvoirs publics comme étant à la fois des "achats de biens" par les pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) et des "transferts directs de fonds" au sens de l'article 1.1 a) i) de l'Accord SMC.

38. Paragraphe 7.249

6.86 Le Japon demande au Groupe spécial de formuler des constatations au sujet de ses arguments concernant la question de savoir si les mesures contestées équivalent à un "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC et d'effectuer par conséquent un examen distinct du bien-fondé de ses arguments connexes relatifs à l'avantage. Bien qu'il convienne avec le Groupe spécial que les arguments concernant l'avantage qu'il a avancé sont "essentiellement les mêmes" indépendamment du point de savoir si les mesures contestées sont qualifiées de "contributions financières" ou de "soutien des revenus ou des prix", il souligne qu'ils ne sont pas identiques. Il estime que les constatations du Groupe spécial concernant son argumentation relative au "soutien des revenus ou des prix" pourraient avoir une incidence importante sur tout examen effectué par l'Organe d'appel, et sont nécessaires pour permettre non seulement le règlement rapide du différend qui l'oppose au Canada, mais aussi une solution positive du différend conformément à l'article 3:3 et 3:7 du Mémorandum d'accord.

6.87 Le Canada dit que la demande du Japon est dénuée de fondement car elle se fonde sur le même ensemble de points de repère inappropriés concernant l'avantage que le Groupe spécial a rejeté dans les sections suivantes de ses constatations. Par ailleurs, selon lui, le stade du réexamen intérimaire n'est pas le moment approprié de la procédure pour demander de nouvelles constatations factuelles et juridiques ou pour tenter de faire valoir à nouveau son point de vue. Par conséquent, le Canada déclare que la demande du Japon devrait être rejetée.

6.88 Nous avons à nouveau examiné attentivement les arguments que le Japon a avancés à l'appui de son affirmation selon laquelle les mesures contestées confèrent un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC lorsqu'elles sont qualifiées de forme de "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC. Bien que ces arguments ne soient pas identiques à ceux que le Japon a avancés en relation avec son affirmation selon laquelle les mesures contestées confèrent un "avantage" lorsqu'elles sont qualifiées de "contributions financières", ils sont effectivement fondés, par renvoi explicite, sur les mêmes "tarifs du marché" pour l'établissement de l'existence alléguée d'un avantage. Comme ces mêmes "tarifs du marché" sont rejetés par la majorité du Groupe spécial dans son analyse de l'avantage, le résultat de l'évaluation par le Groupe spécial du bien-fondé des arguments du Japon concernant le "soutien des revenus ou des prix", *et par conséquent*

du bien-fondé des allégations du Japon concernant le subventionnement prohibé, serait le même indépendamment de la question de savoir si le Groupe spécial a examiné l'affirmation du Japon selon laquelle les mesures contestées devraient être qualifiées juridiquement de forme de "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC. Par conséquent, nous ne voyons pas de raison impérieuse de faire droit à la demande de réexamen du Japon.

39. Paragraphes 7.251, 7.308, 7.313 a) et note de bas de page 588

6.89 Le Japon demande au Groupe spécial d'apporter plusieurs modifications au paragraphe 7.251 afin de rendre compte avec plus d'exactitude de ses arguments concernant les points de repère pour les prix de l'électricité qu'il a formulés dans la présente procédure pour établir l'existence d'un avantage. Premièrement, il affirme que le Groupe spécial a qualifié incorrectement l'un des points de repère pour les prix qu'il a avancés comme étant le "PHEO moyen pondéré" alors qu'il avait en réalité décrit ce point de repère comme étant le ""prix de gros" moyen pondéré". Deuxièmement, le Japon dit que, contrairement à ce qui est indiqué dans le paragraphe 7.251, il n'a pas fait référence au "prix offert par deux détaillants privés" dans ses arguments comme étant des points de repère "subsidiaires". Il fait valoir qu'en réalité ces éléments de preuve ont été avancés pour "confirmer" que le tarif de détail sert de prix "plafond". Il demande au Groupe spécial de réviser la quatrième phrase du paragraphe 7.251 en conséquence et présente un projet de texte à cette fin. Troisièmement, le Japon considère que la cinquième phrase du paragraphe 7.251 est inexacte lorsqu'elle dit qu'il a affirmé que les prix de détail en Ontario représentaient une "valeur supplétive" pour le niveau maximal du prix de gros de l'électricité en Ontario. Il demande que le Groupe spécial supprime cette phrase. Enfin, pour prendre en compte les demandes de réexamen exposées plus haut, il demande au Groupe spécial de modifier la première phrase du paragraphe 7.251 pour inclure une référence non seulement aux prix du marché de gros, mais aussi aux prix du marché de détail. Le Japon suggère de modifier légèrement cette phrase à cette fin.

6.90 Le Japon présente une autre demande de réexamen qui concerne les modifications qu'il souhaite faire apporter au paragraphe 7.251. En particulier, il demande que le Groupe spécial envisage de formuler des constatations distinctes venant s'ajouter à celles qui sont formulées dans les paragraphes 7.308 et 7.313 a) au sujet de la question de savoir si les prix relevant de la grille tarifaire réglementée ("GTR") sont un point de repère du marché approprié aux fins de l'établissement de l'existence d'un avantage. Le Japon dit qu'il a présenté un argument distinct et "subsidiaire" concernant les prix GTR que le Groupe spécial n'a pas évalué. Selon lui, il a fait valoir que les prix GTR confirmaient l'existence d'un avantage parce qu'"ils serv[aient] de plafond pour le montant que les consommateurs pay[aient] effectivement pour l'électricité sur le marché réglementé de l'Ontario, compte tenu de toutes les différentes sources d'électricité dans la province, et de toutes les subventions qui [pouvaient] être accordées par les pouvoirs publics aux producteurs d'électricité de l'Ontario".

6.91 Le Canada explique que, d'après ce qu'il croit comprendre, les arguments du Japon concernant les points de repère pour le prix de l'électricité qu'il a avancés comprennent les deux points de repère proposés suivants: "le "tarif de gros" moyen pondéré en 2010 pour les producteurs autres que les producteurs TRG et les producteurs relevant du programme POSER" et "la part du prix du produit dans les prix de détail". Il affirme que contrairement à ce que le Japon laisse entendre, une quatrième phrase du paragraphe 7.251 plus exacte devrait faire référence à ces points de repère. En ce qui concerne les demandes du Japon visant la modification des paragraphes 7.308 et 7.313 a) et de la note de bas de page 588 (maintenant la note de bas de page 610), le Canada rappelle que le but d'un réexamen intérimaire n'est pas de demander d'autres constatations factuelles ou juridiques. En tout état de cause, il dit qu'il a répondu à l'affirmation du Japon selon laquelle les prix GTR "servent de plafond pour le prix du marché de l'électricité", rappelant que la GTR est "simplement un prix

réglementé pour les consommateurs d'électricité de l'Ontario qui agrège le coût de l'achat de toute l'électricité produite pour la province".

6.92 Nous avons révisé le paragraphe 7.251 (et donc aussi la note de bas de page 588 (maintenant la note de bas de page 610)) pour corriger la description erronée de l'argument du Japon concernant le point de repère correspondant au ""tarif de gros" moyen pondéré". La première phrase du paragraphe 7.251 a aussi été modifiée pour indiquer que le Japon a présenté non seulement des prix de gros, mais aussi des prix de détail comme points de repère suggérés pour l'analyse de l'avantage. Nous avons aussi pris note de la précision donnée par le Japon, à savoir qu'il n'avait pas présenté les éléments de preuve concernant les prix de détail privés et mentionnés dans le paragraphe 7.251 pour proposer un point de repère de substitution, mais uniquement pour confirmer que la GTR établissait un plafond pour le prix de l'électricité. Par conséquent, nous avons supprimé la cinquième phrase du paragraphe 7.251 et décrit plus en détail l'argument du Japon relatif au point de repère de substitution qui est fondé sur les prix GTR. La précision donnée par le Japon signifie que le Groupe spécial n'a plus besoin d'évaluer le bien-fondé des éléments de preuve concernant les prix de détail privés comme points de repère de substitution pour le prix de l'électricité. Toutefois, comme le Japon a précisé que son argument subsidiaire concernant les prix de détail était fondé sur les prix *GTR* (et non les prix de détail *privés*), nous avons révisé le paragraphe 7.317 de sorte qu'il traite maintenant la portée exacte de l'argument subsidiaire du Japon concernant l'avantage. Nous avons également apporté les modifications correspondantes au paragraphe 7.319.

40. Paragraphe 7.252

6.93 Le Japon note qu'au paragraphe 7.252 le Groupe spécial reconnaît son argument selon lequel l'existence d'un avantage peut aussi être démontrée par l'historique du marché de l'électricité en Ontario et par la conception et la structure du programme TRG. Or, selon lui, le Groupe spécial n'a pas traité cet argument dans ses constatations. Le Japon lui demande donc de le faire. En outre, il lui demande de modifier le libellé employé pour décrire l'argument qui est résumé dans le paragraphe 7.252 afin de rendre compte avec plus d'exactitude de ce qu'il a effectivement dit dans ses communications. À cette fin, il propose un certain nombre de modifications. Le Canada dit que le Japon demande au Groupe spécial de formuler des constatations supplémentaires bien que le stade du réexamen intérimaire de la procédure se limite à la vérification des aspects précis des rapports intérimaires. Il invite donc instamment le Groupe spécial à rejeter la demande du Japon parce que, selon lui, cela équivaut à recourir indûment au processus de réexamen intérimaire pour faire valoir à nouveau les arguments du Japon.

6.94 Nous avons modifié le paragraphe 7.252 pour rendre compte avec plus d'exactitude de l'argument du Japon. Toutefois, nous ne sommes pas d'accord avec le Japon lorsqu'il affirme que le Groupe spécial n'a pas traité cet argument dans ses constatations. Il ressort clairement des communications du Japon que celui-ci fait valoir que l'histoire récente du marché de l'électricité en Ontario ainsi que la conception et la structure du programme TRG démontrent l'existence d'un avantage parce que ces deux facteurs montrent que le *marché de gros de l'électricité* de l'Ontario ne pourrait pas permettre aux producteurs d'électricité renouvelable d'exister sur la base des modalités et conditions (y compris le prix) offertes aux producteurs d'électricité. Le Japon fait valoir cet argument à plusieurs reprises, mais le plus clairement dans sa déclaration orale liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial dans laquelle, après avoir rappelé l'expérience d'ouverture du marché de l'Ontario en 2002, la promulgation de la *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité* et la directive ministérielle de 2009 établissant le programme TRG, il dit: "Cet historique démontre que le prix du marché, c'est-à-dire le prix d'équilibre du marché/PHEO, n'est pas suffisant pour permettre aux producteurs TRG d'exister sur le marché ontarien. L'intervention des pouvoirs publics, par l'intermédiaire de l'OEO, pour offrir des prix supérieurs à ceux qui existent sur le marché est la seule

raison pour laquelle les producteurs TRG sont actifs sur le marché ontarien aujourd'hui."[19] Le Japon a explicité cette déclaration dans ses observations concernant la réponse du Canada à la question n° 42 du Groupe spécial après la deuxième réunion de fond, dans lesquelles il a expliqué ce qui suit:

> En l'espèce, l'historique du marché de l'électricité de l'Ontario confirme que les producteurs TRG n'auraient pas obtenu de modalités semblables à celles qu'ils obtiennent dans les contrats TRG en l'absence du programme TRG.{} C'est ce que le Japon a fait valoir dans les paragraphes 10 à 13 de sa déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial. Le Canada a confirmé ce point dans sa première communication écrite déjà, dans laquelle il indiquait: "L'expérience d'un marché concurrentiel en 2002 a démontré que *le marché à lui seul ne serait pas suffisant* pour encourager la construction de nouvelles installations de production [(par exemple des installations éoliennes et solaires photovoltaïques)] pouvant assurer l'approvisionnement à long terme supplémentaire dont les résidents de l'Ontario ont besoin."{} Le Canada a confirmé à nouveau ce point en réponse à la question n° 1 plus haut, dans laquelle il expliquait que les pouvoirs publics de l'Ontario avaient décidé de mettre fin à la période de libéralisation en novembre 2002 parce que "[l']approvisionnement était entravé par la structure du marché [libéralisé], qui *n'encourageait pas l'entrée d'un nombre suffisant de nouveaux producteurs*", et afin de "*faciliter l'investissement dans de nouvelles opérations de production*".[20]

6.95 Ainsi, l'hypothèse qui sous-tend l'argument du Japon concernant l'historique ainsi que la conception et la structure objectives est que ces deux facteurs démontrent que les producteurs TRG n'existeraient pas sans l'intervention des pouvoirs publics de l'Ontario sur le marché de gros de l'électricité. Cet argument est reconnu dans le paragraphe 7.276 puis traité par le Groupe spécial, en particulier, dans les paragraphes 7.309 à 7.313. Rien ne justifie donc la demande de constatations supplémentaires présentée par le Japon.

41. Paragraphe 7.259

6.96 Le Canada dit que les références à sa communication dans la note de bas de page 471 (maintenant la note de bas de page 492) ne sont pas exhaustives quant à ses arguments concernant les raisons pour lesquelles les points de repère proposés par les plaignants ne sont pas appropriés. Il demande qu'il en soit tenu compte dans la note de bas de page 471 (maintenant la note de bas de page 492) par l'insertion des mots "Voir, par exemple," au début. Il demande en outre que soit ajoutée dans la note de bas de page 471 (maintenant la note de bas de page 492) une référence aux paragraphes 136 à 142 de sa déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial parce que c'est ce passage qui contient l'exposé le plus détaillé de ses observations concernant l'approche analytique qui aurait pu être suivie en l'espèce. Ni le Japon ni l'Union européenne n'ont formulé d'observation au sujet de la demande du Canada. Nous avons apporté les modifications demandées à la note de bas de page 471 (maintenant la note de bas de page 492).

42. Paragraphes 7.272 et 7.308

6.97 Le Canada fait valoir que la description des producteurs TRG contestés qui figure dans les paragraphes 7.272 et 7.308 est trop large et englobe des producteurs d'électricité opérant dans le cadre du programme TRG dont les activités n'ont pas été contestées par les plaignants. Pour corriger cette description erronée, il propose d'apporter deux modifications au texte des paragraphes en question.

---

[19] Déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 10 à 13.

[20] Observations du Japon concernant la réponse du Canada à la question n° 1 (deuxième série) du Groupe spécial. (notes de bas de page omises, italique dans l'original)

L'Union européenne propose ses propres modifications aux mêmes fins. Le Japon n'a pas formulé d'observation au sujet de la demande du Canada. Nous avons apporté les modifications appropriées au texte de ces deux paragraphes pour répondre à la préoccupation du Canada.

43. Note de bas de page 503

6.98 L'Union européenne fait observer que la note de bas de page 503 (maintenant la note de bas de page 524) reprend le même énoncé concernant les titres et fonctions du professeur Hogan qui est indiqué dans la note de bas de page 30 (maintenant la note de bas de page 47) et suggère que le Groupe spécial élimine cette répétition. Le Canada n'a pas formulé d'observation au sujet de la suggestion de l'Union européenne. Nous avons apporté la modification appropriée à la note de bas de page 503 (maintenant la note de bas de page 524).

44. Paragraphe 7.297

6.99 Le Canada dit que la dernière phrase du paragraphe 7.297 est incorrecte dans la mesure où il y est dit que les "actifs non réglementés" d'OPG perçoivent le PHEO parce qu'ils ont "reçu des pouvoirs publics de l'Ontario l'ordre d'accepter le prix qui est fixé, quel qu'il soit, qu'il couvre ou non les coûts marginaux". En particulier, il conteste l'emploi du membre de phrase "le prix qui est fixé, quel qu'il soit" et demande que la phrase soit révisée pour expliquer que les "actifs non réglementés" d'OPG perçoivent le PHEO parce que les pouvoirs publics de l'Ontario considèrent, par principe, que le PHEO est suffisant pour "ces actifs plus anciens et largement amortis". L'Union européenne estime que la déclaration du Groupe spécial est exacte du point de vue des faits mais pourrait être rédigée différemment pour prendre en compte les préoccupations du Canada sans qu'il soit nécessaire d'ajouter une explication concernant la raison de principe qui sous-tend l'ordre des pouvoirs publics de l'Ontario. Le Japon n'a pas formulé d'observation au sujet de la modification demandée par le Canada. Nous avons modifié le paragraphe 7.297 pour expliquer avec plus d'exactitude que les actifs non réglementés d'OPG perçoivent le PHEO, que ce prix couvre ou non les coûts marginaux.

45. Paragraphe 7.304

6.100 Le Canada demande que la première phrase du paragraphe 7.304 soit reformulée de manière à reconnaître que ses arguments concernant les tentatives des plaignants d'utiliser des points de repère hors juridiction comprennent l'affirmation selon laquelle aucune partie n'a satisfait aux critères énoncés dans la jurisprudence de l'OMC pour leur application dans les présents différends. Il ne conteste cependant pas l'exactitude de ce qui est dit dans la première phrase du paragraphe 7.304. En d'autres termes, il demande que la description donnée dans le paragraphe 7.304 de sa position concernant les points de repère hors juridiction des plaignants soit élargie pour englober l'ensemble de ses arguments. Le Japon dit que la demande du Canada est sans rapport avec la question traitée par le Groupe spécial dans le paragraphe 7.304 et suggère que celui-ci n'en tienne pas compte. De même, l'Union européenne estime que la demande de précisions du Canada se rapporte à une question qui est différente de celle qui est traitée par le Groupe spécial dans le paragraphe 7.304. Nous sommes d'accord avec le Japon et l'Union européenne. Les paragraphes 7.303 à 7.307 portent sur la mesure dans laquelle les points de repère hors province qui ont été avancés par les plaignants sont *issus de marchés de gros concurrentiels de l'électricité*. Comme toutes les parties en conviennent, le paragraphe 7.304 est exact lorsqu'il y est expliqué que, sur cette question précise, le Canada n'a pas contesté les allégations des plaignants. Par conséquent, nous ne voyons pas la nécessité d'accepter les modifications demandées par le Canada.

46. Note de bas de page 599

6.101 L'Union européenne fait valoir que ses arguments concernant l'"élément garantie" dans le contrat TRG ou le versement d'une rémunération plus que raisonnable sur la base de prix "construits" peuvent aider à étayer une constatation selon laquelle les mesures contestées confèrent un avantage, que le Groupe spécial accepte ou rejette les affirmations du Canada concernant le marché pertinent. Elle demande donc que le Groupe spécial réexamine ses conclusions concernant le bien-fondé de ces arguments. Le Canada dit que la demande de l'Union européenne va au-delà de la portée du réexamen intérimaire et devrait donc être rejetée.

6.102 Les arguments auxquels l'Union européenne fait référence dans sa demande de réexamen ont été avancés sur la base d'une approche de la question de l'avantage qui exige l'acceptation du point de vue du Canada selon lequel l'électricité produite par les producteurs TRG est vendue sur un marché de gros qui est distinct de celui de toutes les autres formes d'électricité. Bien que l'Union européenne laisse entendre dans sa demande de réexamen intérimaire qu'elle a présenté ces arguments à titre subsidiaire, cela ne ressort pas du tout clairement des affirmations qu'elle a effectivement faites pendant la procédure. En fait, il apparaît que l'Union européenne a présenté les arguments en question uniquement pour répondre aux affirmations du Canada concernant l'avantage *dans le cas où le Groupe spécial les ferait siennes dans son évaluation de la question de l'avantage*.[21] Comme nous avons rejeté les affirmations du Canada à cet égard (en partie d'ailleurs sur la base des propres arguments de l'Union européenne), il ne nous est pas nécessaire de déterminer le bien-fondé des arguments de l'Union européenne. Par conséquent, il n'y a aucune raison pour que le Groupe spécial réexamine ses conclusions concernant les arguments de l'Union européenne.

47. Paragraphe 7.321

6.103 Le Japon demande que le Groupe spécial reconnaisse dans le paragraphe 7.321 qu'il lui a demandé de donner des indications sur le point de repère approprié pour déterminer l'existence d'un avantage dans le cas où le Groupe spécial rejetterait ses arguments concernant l'avantage. L'Union européenne demande également que le Groupe spécial rende compte avec plus d'exactitude de sa propre demande l'invitant à ne pas limiter son analyse au rejet des arguments qu'elle a avancés pour justifier ses allégations concernant l'avantage. Le Canada juge inappropriées les demandes des plaignants parce que, selon lui, elles ne sont étayées par aucune prescription du droit de l'OMC.

6.104 Nous convenons avec le Canada qu'il n'y a aucune prescription du droit de l'OMC qui *exige* qu'un groupe spécial examine des arguments subsidiaires à l'appui d'une allégation lorsque ces arguments n'ont pas été avancés par les parties. Toutefois, nous ne pensons pas que l'absence d'une telle *obligation* empêche la majorité du Groupe spécial dans la présente procédure d'exposer ses propres *observations* sur la façon dont la question de l'avantage aurait pu être abordée, pour autant, bien entendu, que ce faisant la majorité du Groupe spécial ne finisse pas par plaider la cause de l'une ou l'autre des parties.[22] À cet égard, nous notons que les plaignants ont explicitement demandé au Groupe spécial de donner des indications supplémentaires sur la question de l'avantage, une question qui a été au cœur d'un débat très nourri entre les parties dans le contexte d'un ensemble de faits dense et complexe. Cela étant et gardant à l'esprit les devoirs et responsabilités qui nous incombent au titre du Mémorandum d'accord[23] ainsi que les objectifs du système de règlement des différends de l'OMC[24], nous ne pensons pas que l'absence d'une prescription du droit de l'OMC obligeant les

[21] Voir, par exemple, Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphes 72, 78 et 82; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 24 et 25.
[22] Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphe 129.
[23] Article 11 du Mémorandum d'accord.
[24] Voir, en particulier, l'article 3:2, 3:3 et 3:7 du Mémorandum d'accord.

groupes spéciaux à examiner le bien-fondé d'arguments qui n'ont pas été présentés par les parties à un différend empêche la majorité du Groupe spécial d'exposer ses propres observations sur la question de l'avantage dans la présente procédure, comme les plaignants l'ont demandé. Nous avons donc décidé d'accepter les modifications du paragraphe 7.321 qui ont été demandées par l'Union européenne et le Japon.

48. Paragraphe 7.322

6.105 Le Canada dit que le Groupe spécial devrait remplacer le membre de phrase "à celles qui existent actuellement" à la fin du paragraphe 7.322 par les mots "aux conditions du marché existantes". Le Japon dit que le Canada n'a pas expliqué pourquoi l'expression figurant à l'article 14 d) de l'Accord SMC devrait être employée dans le paragraphe 7.322. À son avis, l'expression proposée par le Canada n'est pas nécessairement synonyme de celle qu'a employée le Groupe spécial. Par conséquent, en l'absence de toute explication de la part du Canada concernant la raison pour laquelle le libellé choisi par le Groupe spécial devrait être modifié, le Japon demande que le Groupe spécial rejette la demande du Canada. L'Union européenne note elle aussi qu'il y a une différence entre l'expression "conditions du marché existantes" et le membre de phrase "celles qui existent actuellement", à savoir que la première désigne les conditions du marché existantes (c'est-à-dire qu'elles sont qualifiées d'"existantes"), tandis que le second désigne les conditions (la totalité ou la plupart, sans les qualifier) qui existent actuellement en Ontario. Par conséquent, comme le Japon, l'Union européenne demande au Groupe spécial de rejeter les changements demandés par le Canada.

6.106 Le Japon a dit que les pièces citées dans la note de bas de page 603 (maintenant la note de bas de page 632) n'étayent pas l'affirmation selon laquelle les pouvoirs publics de l'Ontario ont décidé qu'une partie de leur capacité de production additionnelle devait provenir "en particulier" de "petits projets utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque". Par conséquent, il demande que le Groupe spécial supprime le mot "petits" dans ce paragraphe. Le Canada fait valoir que les pièces CDA-55 et CDA-45 font référence à la taille des projets mentionnés par le Groupe spécial, et estime donc que la déclaration du Groupe spécial est justifiée et fondée sur des éléments de preuve versés au dossier.

6.107 S'agissant tout d'abord de la modification demandée par le Canada, il y a, selon nous, très peu de différence, si tant est qu'il y en a, entre les mots "current" (actuelles) et "prevailing" (existantes) qualifiant les conditions de l'offre et de la demande sur un marché particulier. De fait, l'une des définitions du mot "prevail" (exister) est "current" (actuel). Cependant, il n'était pas dans le propos du Groupe spécial d'énoncer dans le paragraphe 7.322 le critère permettant de déterminer le montant d'une subvention du point de vue de l'avantage dont il est question à l'article 14 d) de l'Accord SMC. Nous avons donc rejeté la demande du Canada.

6.108 Quant à la demande de réexamen du Japon, nous avons modifié la formulation du passage pertinent du paragraphe 7.322 ainsi que les références dans la note de bas de page 603 (maintenant la note de bas de page 632) pour exprimer avec plus de précision ce que le Groupe spécial voulait dire.

49. Paragraphes 7.322 à 7.326 et 8.7

6.109 L'Union européenne demande au Groupe spécial d'achever l'analyse de l'avantage qu'il a effectuée, d'après les allégations, dans les paragraphes 7.322 à 7.325 (maintenant les paragraphes 7.322 à 7.327) en suivant l'une quelconque ou plusieurs de trois démarches spécifiques. Premièrement, elle dit que le Groupe spécial peut achever l'analyse de l'avantage sur la base de l'ensemble existant de faits qui figurent dans le dossier des présents différends. À cet égard, elle appelle l'attention sur: i) les renseignements qu'elle a donnés au sujet des coûts de la production

d'énergie solaire photovoltaïque et d'énergie éolienne; ii) les prix que les producteurs d'énergie éolienne ont offerts dans le cadre d'appels d'offres au Québec en 2008; iii) ses affirmations concernant le taux de rendement "raisonnable" offert aux producteurs TRG; et iv) ses arguments concernant la possibilité d'obtenir un approvisionnement en électricité par adjudication ou par négociation directe avec des producteurs individuels. Deuxièmement, l'Union européenne dit que, même si le Groupe spécial devait considérer que les faits figurant dans le dossier sont insuffisants pour achever son analyse, il peut constater l'existence d'un avantage en faisant des inférences défavorables à la lumière du fait que, selon elle, le Groupe spécial considère que le Canada n'a pas suffisamment expliqué plusieurs éléments d'information nécessaires pour comprendre le taux de rendement de 11%. Troisièmement, et en tout état de cause, l'Union européenne soutient que le Groupe spécial devrait exercer son pouvoir au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord et demander les renseignements qui lui sont nécessaires pour achever son analyse de l'avantage. À cet égard, elle ne voit pas comment l'analyse du Groupe spécial pourrait servir aux fins mentionnées à l'article 3:4 et 3:7 du Mémorandum d'accord si elle devait s'arrêter à un point donné parce que le Groupe spécial estime que les faits figurant dans le dossier ne sont pas suffisants pour lui permettre d'achever ses travaux. L'Union européenne trouve des éléments particuliers à l'appui de cette dernière demande dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, dans laquelle l'Organe d'appel a constaté qu'"en n'exerçant pas son pouvoir de demander des renseignements pertinents aux fins de son approche de la prédominance pour évaluer l'allégation dont il était saisi, le Groupe spécial a[vait] agi d'une manière incompatible avec son obligation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord …".[25] Selon elle, le Groupe spécial en l'espèce est dans la même situation que le Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, qui avait mis au point une autre approche pour examiner l'une des questions en jeu mais n'avait pas achevé l'analyse car aucune des parties n'avait eu la possibilité de fournir les éléments de preuve nécessaires sur la base de l'approche du Groupe spécial. Enfin, dans le cas où le Groupe spécial rejetterait les trois demandes exposées plus haut, l'Union européenne lui demande d'apporter plusieurs modifications aux paragraphes 7.326 ii) et 8.7 (maintenant les paragraphes 7.328 ii) et 8.7) pour prendre en compte son opinion sur ce qui serait une description plus exacte des constatations du Groupe spécial.

6.110 Comme l'Union européenne, le Japon dit qu'il y a des éléments de preuve suffisants versés au dossier des présents différends pour permettre au Groupe spécial d'achever son analyse de l'avantage et il lui demande de le faire. En particulier, il mentionne plusieurs faits qui, selon lui, montrent que les projets TRG éoliens et solaires photovoltaïques, bien qu'ils comportent surtout un risque souverain, ont un taux de rendement cible des fonds propres avant impôt de 15,8%, alors que les obligations d'État canadiennes à long terme rapportent 4,25%. Par ailleurs, le Japon note que si, pour les services publics réglementés de l'Ontario, qui ne fonctionnent pas sur la base d'un prix garanti pendant 20 ans, le taux de rendement cible pour 2009 était fixé à 9,75%, le taux de rendement effectif obtenu par ces entités en 2011 était de 5%, alors que le taux de rendement avant impôt pour les producteurs TRG était fixé, selon lui, à 15,8%. Il fait donc valoir que le dossier contient des éléments de preuve suffisants pour permettre au Groupe spécial d'achever son analyse de l'avantage et de constater l'existence d'un avantage.

6.111 Le Canada relève que rien dans le droit de l'OMC n'oblige un groupe spécial à envisager d'autres façons d'aborder une question qui n'ont pas été proposées par les parties, en particulier une fois qu'il a constaté que le ou les plaignants n'avaient pas établi le bien-fondé de leurs allégations concernant cette question. Il souligne qu'un groupe spécial n'est pas habilité à plaider la cause de l'une quelconque des parties. Par ailleurs, faisant référence, entre autres, aux affaires *CE – Sardines* et

[25] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 1145.

Japon – DRAM[26], le Canada affirme qu'il est bien établi que le stade du réexamen intérimaire d'une procédure n'est pas censé servir à modifier une décision du groupe spécial, à faire valoir à nouveau un point de vue et à présenter de nouveaux éléments de preuve ou de nouveaux arguments. En fait, selon lui, le réexamen intérimaire se limite au réexamen d'"aspects précis" d'un rapport. Enfin, le Canada soutient que l'invocation par l'Union européenne de l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)* à l'appui de son affirmation selon laquelle le Groupe spécial doit demander de nouveaux renseignements est déplacée. À cet égard, il note que, dans la présente procédure, l'analyse du Groupe spécial équivaut à un "examen de points de repère théoriques après que ses constatations sur la question de l'avantage ont été formulées", alors que dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)* le Groupe spécial a employé une méthode qui n'avait pas été suggérée par une partie, ni examinée avec les parties avant qu'il ne l'utilise pour formuler ses constatations. Par conséquent, pour toutes ces raisons, le Canada affirme que les demandes de réexamen des plaignants devraient être rejetées dans leur totalité.

6.112 Les demandes de réexamen intérimaire présentées par les plaignants en ce qui concerne les paragraphes 7.322 à 7.326 (maintenant les paragraphes 7.322 à 7.328) sont axées sur les observations de la majorité du Groupe spécial qui sont exposées dans ces paragraphes au sujet de la manière dont elle estime que la question de l'avantage aurait pu être examinée dans les présents différends. Comme il a déjà été expliqué[27], le Groupe spécial est d'avis qu'il n'y a aucune prescription du droit de l'OMC qui *oblige* un groupe spécial à examiner des arguments subsidiaires à l'appui d'une allégation lorsque ces arguments n'ont pas été avancés par les parties. Toutefois, comme les plaignants ont explicitement demandé au Groupe spécial d'expliquer sa propre position concernant la question de l'avantage s'il devait rejeter les affirmations nombreuses et variées qu'ils avaient eux-mêmes formulées sur la question, la majorité du Groupe spécial a décidé d'exposer ses propres observations sur une approche qui, selon elle, aurait pu être valablement suivie dans la présente procédure. La majorité du Groupe spécial l'a fait en gardant à l'esprit ses devoirs et responsabilités au titre du Mémorandum d'accord[28], qui comprennent l'obligation de ne pas établir des éléments *prima facie* pour une partie à laquelle il incombe de le faire.[29]

6.113 Comme il ressort clairement du libellé employé par le Groupe spécial pour rédiger ses conclusions et recommandations générales dans la section 8 des rapports respectifs, les observations formulées par la majorité du Groupe spécial dans les paragraphes 7.322 à 7.326 (maintenant les paragraphes 7.322 à 7.328) ne sont pas et ne devraient pas être considérées comme faisant partie des *constatations et conclusions* de cette majorité sur la question de l'avantage. En fait, elles devraient être vues comme une tentative de la majorité du Groupe spécial de répondre aux demandes spécifiques des plaignants d'une manière qui soit compatible avec les tâches et obligations d'un groupe spécial dans le cadre du droit de l'OMC. En d'autres termes, les observations de la majorité du Groupe spécial ne font pas partie de l'"analyse de l'avantage" effectuée par la majorité du Groupe spécial *afin de déterminer le bien-fondé des allégations des plaignants*. Pour cette raison, rien ne permet au Groupe spécial d'accepter les demandes de réexamen des plaignants. Par conséquent, dans la mesure où ces demandes sont fondées sur l'idée que les observations de la majorité du Groupe spécial constituent des *constatations* effectives concernant le bien-fondé de leurs arguments relatifs au subventionnement qui devraient être précisées ou développées afin d'"achever l'analyse de l'avantage", elles ne peuvent pas être acceptées. En tout état de cause, nous sommes d'avis que certains aspects des demandes des plaignants tendant à ce que le Groupe spécial prenne en compte des faits particuliers dont il est allégué qu'ils figurent déjà dans le dossier, de même que la demande de l'Union

[26] En particulier, le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 301; et le rapport du Groupe spécial *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 6.2.

[27] Voir, plus haut, le paragraphe 6.104.

[28] Article 11 du Mémorandum d'accord.

[29] Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphe 129.

européenne invitant le Groupe spécial à demander des renseignements supplémentaires, débordent le cadre de la procédure de réexamen intérimaire. À cet égard, nous convenons avec le Canada qu'il est bien établi que le stade du réexamen intérimaire d'une procédure n'est pas censé servir à faire valoir à nouveau un point de vue, et à présenter de nouveaux arguments ou de nouveaux éléments de preuve. Par conséquent, nous avons rejeté les demandes des plaignants également pour cette raison.

6.114 Pour préciser que les observations de la majorité du Groupe spécial ne sont pas des *constatations* concernant le bien-fondé des arguments des plaignants relatifs au subventionnement, nous avons apporté plusieurs modifications aux paragraphes 7.321 et 7.325 (maintenant les paragraphes 7.321 et 7.325 à 7.327). En outre, nous avons modifié le paragraphe 7.325 (maintenant les paragraphes 7.325 à 7.327) pour rendre compte d'une partie des faits mentionnés par les plaignants dans leurs observations dans le cadre du réexamen intérimaire et dont la majorité du Groupe spécial n'avait pas pleinement tenu compte auparavant.

VII. CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL

A. INTRODUCTION

1. Principes généraux d'interprétation des traités, critère d'examen applicable et charge de la preuve

a) Interprétation des traités

7.1 En ce qui concerne la question de l'interprétation du droit, l'article 3:2 du Mémorandum d'accord dispose que les Membres reconnaissent que le système de règlement des différends a pour objet de clarifier les dispositions des accords visés "conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (la "Convention de Vienne")[30] est généralement accepté comme règle coutumière en ce sens. Son paragraphe premier dispose ce qui suit:

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

7.2 Il existe une abondante jurisprudence de l'OMC traitant de l'application de l'article 31 de la Convention de Vienne dans le règlement des différends à l'OMC. Il est clair que l'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du traité lui-même[31], mais que le contexte du traité joue aussi un rôle important. Il est aussi bien établi que les principes coutumiers d'interprétation des traités "ne signifient pas qu'il soit nécessaire ni justifiable d'imputer à un traité des termes qu'il ne contient pas ou d'inclure dans un traité des concepts qui n'y étaient pas prévus".[32] Par ailleurs, les groupes spéciaux "doivent se conformer aux règles d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne et ne doivent pas accroître ou diminuer les droits et obligations prévus dans l'Accord sur l'OMC".[33]

b) Critère d'examen

7.3 En règle générale, les groupes spéciaux sont liés par le critère d'examen énoncé à l'article 11 du Mémorandum d'accord, dont la partie pertinente dispose ce qui suit:

---

[30] Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne, 23 mai 1969, 1155 Recueil des traités des Nations Unies 331 (1980); (1969) 8 International Legal Materials 679.

[31] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 14.

[32] Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 45.

[33] Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 46.

> [U]n groupe spécial devrait procéder à une *évaluation objective de la question* dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions … (pas d'italique dans l'original)

7.4 L'obligation imposée par l'article 11 du Mémorandum d'accord inclut l'examen de tous les aspects de la question, tant factuels que juridiques, et implique, entre autres choses, qu'un groupe spécial devrait examiner les questions soulevées, sans outrepasser son mandat. L'article 11 dispose en outre que les groupes spéciaux devraient aussi formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés.

c) Charge de la preuve

7.5 Les principes généraux applicables à l'attribution de la charge de la preuve dans le règlement des différends à l'OMC exigent qu'une partie alléguant une violation d'une disposition d'un Accord de l'OMC établisse et prouve son allégation.[34] Par conséquent, il incombe aux plaignants de démontrer que les mesures contestées sont incompatibles avec l'Accord SMC, l'Accord sur les MIC et le GATT de 1994. L'Organe d'appel a dit qu'une partie plaignante s'acquitterait de la charge lui incombant lorsqu'elle établirait des éléments *prima facie*, à savoir des éléments qui, en l'absence de réfutation effective par la partie défenderesse, feraient obligation au groupe spécial, en droit, de se prononcer en faveur de la partie plaignante.[35] Enfin, il appartient généralement à chaque partie qui affirme un fait d'en apporter la preuve.[36]

2. Mesures en cause et résumé des allégations

7.6 Les plaignants ont soumis les présents différends à l'encontre du Canada afin de contester la compatibilité avec les règles de l'OMC du "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" prescrit au titre du programme TRG adopté par les pouvoirs publics de la province de l'Ontario[37] en 2009, ainsi que tous les contrats TRG et microTRG individuels mettant en œuvre cette prescription depuis le début du programme TRG ("les mesures en cause" ou "les mesures contestées"). Selon les plaignants, en raison du "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" le programme TRG et tous les contrats TRG et microTRG pertinents concernant des projets de production d'électricité utilisant les technologies éoliennes ou solaires photovoltaïques[38] sont des mesures incompatibles avec l'article III:4 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le "GATT de 1994"), des mesures concernant les investissements et liées au commerce ("MIC") incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (l'"Accord sur les MIC"), et des subventions prohibées aux termes de l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("l'Accord SMC").

7.7 Tout au long des présentes procédures, toutefois, les plaignants ont souligné qu'en contestant la compatibilité avec les règles de l'OMC des mesures incriminées, elles ne mettaient pas en cause la légitimité des objectifs visés par les pouvoirs publics de l'Ontario au moyen du programme TRG, à

---

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

[35] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones,* paragraphe 104.

[36] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 15 et 16.

[37] Il n'est pas contesté qu'au regard du droit international public, le Canada est responsable des actions des pouvoirs publics de la province de l'Ontario ("pouvoirs publics de l'Ontario").

[38] Le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est prescrit pour les installations solaires photovoltaïques fonctionnant dans le cadre d'un contrat TRG ou microTRG, ainsi que pour les installations éoliennes fonctionnant dans le cadre d'un contrat TRG. Une description plus détaillée du programme TRG ainsi que des contrats TRG et microTRG, y compris le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux", est exposée plus loin aux paragraphes 7.64 à 7.68, 7.158 à 7.166 et 7.195 à 7.219.

savoir réduire les émissions de carbone et promouvoir la production d'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables. En particulier, le Japon a expliqué qu'"[il] ne contest[ait] pas l'objectif déclaré de l'Ontario consistant à développer la production d'énergie renouvelable"[39] ni "l'intervention des pouvoirs publics en tant que telle en vue d'internaliser les externalités positives des technologies de production d'énergie renouvelable".[40] De même, l'Union européenne ne "conteste pas … le but général du programme TRG, qui est d'aider à promouvoir l'approvisionnement en électricité provenant de sources d'énergie renouvelables", soulignant que "[c]e but est légitimement valable et [que] … les Membres de l'OMC peuvent et devraient le soutenir activement".[41] Ce que les plaignants mettent en cause se limite à l'élément de distorsion des échanges allégué des mesures contestées, qu'ils identifient comme étant le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" auquel il est donné effet par le biais du programme TRG et des contrats TRG et microTRG. Selon les plaignants, cet aspect des mesures contestées accorde aux producteurs de certains types de matériel utilisé pour produire de l'électricité à partir de l'énergie solaire et éolienne ("matériel de production d'énergie renouvelable") qui sont implantés en Ontario une forme de protection incompatible avec les règles de l'OMC au détriment des branches de production concurrentes d'autres Membres de l'OMC, et devrait donc être éliminé.[42] Par conséquent, comme le Japon l'a déclaré[43], ces différends ne peuvent pas être qualifiés à bon droit de différends concernant "le commerce et l'environnement" mais devraient en fait être envisagés comme des différends concernant "le commerce et l'investissement".

3. Décisions préliminaires

7.8 Le Groupe spécial a annoncé ses conclusions sur le bien-fondé des demandes de décisions préliminaires du Canada à la séance d'ouverture de la première réunion de fond avec les parties, le 27 mars 2012. Il a rejeté les demandes du Canada, constatant que les fondements juridiques des allégations de subvention prohibée formulées par les plaignants étaient décrits avec suffisamment de clarté dans leurs demandes respectives d'établissement d'un groupe spécial pour "énoncer clairement le problème". Il a ensuite remis ses décisions préliminaires par écrit aux parties le 11 mai 2012. Après avoir consulté les parties, le Groupe spécial a décidé: a) de faire distribuer ses décisions préliminaires à tous les Membres; et b) que les décisions préliminaires distribuées feraient partie intégrante de ses rapports finals, sous réserve de toutes révisions qui seraient nécessaires à la lumière des observations reçues des parties pendant le réexamen intérimaire. Les décisions préliminaires du Groupe spécial ont été distribuées le 25 mai 2012 sous les cotes WT/DS412/8 et WT/DS426/7.

4. Contexte factuel

a) Introduction

7.9 Comme il a été dit, les présents différends concernent le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" qui est appliqué par la province de l'Ontario dans le cadre du programme TRG et des contrats TRG et microTRG, en relation avec certaines installations de production d'électricité utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque. Pour bien comprendre ces mesures et évaluer correctement le bien-fondé des allégations des plaignants, il est essentiel, à notre avis, de saisir le rôle qu'elles jouent dans le réseau d'électricité de l'Ontario. Pour ce faire, nous pensons qu'il est important d'appréhender non seulement la façon dont ce réseau fonctionne actuellement et a

[39] Première communication écrite du Japon, paragraphe 3.
[40] Réponse du Japon à la question n° 44 (première série) du Groupe spécial.
[41] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 2; et déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 3.
[42] Japon, première communication écrite, paragraphes 1 à 3; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 5; Union européenne, première communication écrite, paragraphes 2 à 6; et deuxième communication écrite, paragraphe 1.
[43] Première communication écrite du Japon, paragraphe 3.

évolué au fil du temps, mais aussi les principales caractéristiques et particularités de l'électricité et, des réseaux d'électricité d'une manière générale. La complexité des réseaux d'électricité et la façon dont les prix de l'électricité sont déterminés en Ontario sont pertinentes pour une bonne partie de notre analyse des allégations des plaignants. Par conséquent, dans la section suivante de nos rapports, nous exposons ce qui est selon nous le contexte factuel global dans lequel nous examinerons et évaluerons les arguments des parties.[44] Nous commencerons par présenter dans leurs grandes lignes les principales caractéristiques de l'électricité et des réseaux d'électricité en général, avant de décrire brièvement l'historique du réseau électrique de l'Ontario, puis nous expliquerons la structure et le fonctionnement du réseau d'électricité qui existe en Ontario actuellement en nous inspirant largement de la description donnée par le Japon dans sa première communication écrite.[45] La section se terminera par un bref résumé des principales caractéristiques des mesures contestées – le programme TRG, et les contrats TRG et microTRG.

b) Électricité et réseaux d'électricité

7.10 L'électricité est vitale pour la société moderne. Pourtant, elle est invisible à l'œil nu et passe souvent inaperçue dans la vie quotidienne de milliards de personnes. Il ne fait pas de doute cependant que des réseaux d'électricité fiables sont les moteurs de l'économie de par le monde, en apportant du courant à une foule de consommateurs pour une multitude d'utilisations et d'applications, y compris dans les foyers, les usines, les bureaux, les fermes, et les réseaux de transport et de télécommunication. La production de la plupart des marchandises dépend de l'électricité, tout comme des services essentiels allant des soins de santé aux activités bancaires. Peu de découvertes peuvent se targuer comme l'électricité d'avoir des incidences d'une telle ampleur sur la qualité de la vie humaine.

7.11 L'électricité a un certain nombre de propriétés spécifiques en comparaison avec d'autres produits.[46] Pour assurer un approvisionnement en électricité sûr, sans danger, fiable et durable il faut un vaste réseau qui doit fonctionner en continu pour rester alimenté. En général, l'électricité est une forme d'énergie fiable mais elle est aussi extrêmement dangereuse si le système n'est pas protégé contre des fuites accidentelles. Une caractéristique physique essentielle de l'électricité est le fait

[44] Les faits qui sont décrits dans la présente section seront, dans la mesure nécessaire, expliqués plus longuement et plus en détail au cours de notre évaluation des arguments des parties dans le reste des présents rapports.

[45] Nous notons que la description factuelle donnée par le Japon du réseau d'électricité de l'Ontario a été adoptée par l'Union européenne et incorporée dans ses arguments dans les présentes procédures et qu'elle n'a pas été, dans une grande mesure, contestée par le Canada.

[46] Nous notons qu'il n'est pas contesté dans les présents différends que l'électricité produite par des installations de production (que les parties appellent "produit" électricité) est un bien et un produit aux fins des accords visés qui sont en cause. De fait, l'Union européenne et le Canada font tous deux valoir qu'il en est ainsi. Ce faisant, l'Union européenne explique qu'un certain nombre de Membres de l'OMC (y compris elle-même et les États-Unis) se sont fondés sur la position facultative "Énergie électrique" figurant dans le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises pour prendre des engagements tarifaires concernant l'électricité dans leurs Listes GATT ou, comme dans le cas du Canada, pour y inclure simplement la ligne tarifaire pertinente sans indiquer de consolidation tarifaire. Tout en disant explicitement qu'il ne prend pas position sur la question de savoir si l'électricité peut être considérée comme un bien ou un produit, le Japon décrit l'électricité produite par des installations de production comme étant un "produit" et reconnaît qu'elle est traitée comme un bien dans la position facultative figurant dans le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises. Il est à noter, selon nous, qu'à aucun stade des présentes procédures le Japon n'a répondu à l'argument du Canada selon lequel les mesures contestées concernent des achats de *biens* par les pouvoirs publics en rejetant l'affirmation du Canada selon laquelle l'électricité est un bien et un produit. Voir la réponse du Japon aux questions n° 43 (première série) et n° 51 (deuxième série) du Groupe spécial; la première communication écrite du Japon, paragraphes 85, 96 et 97, 99 et 224; la réponse de l'Union européenne à la question n° 51 (deuxième série) du Groupe spécial; et la réponse du Canada à la question n° 51 (deuxième série) du Groupe spécial.

qu'elle est intangible et, à quelques exceptions limitées près, ne peut pas être stockée effectivement.[47] C'est en particulier à cause de cette dernière caractéristique que l'électricité doit être produite au moment précis où elle consommée par l'utilisateur final. L'électricité est fournie aux consommateurs par le fonctionnement d'une vaste infrastructure intégrée de lignes de transport à haute tension (reliant les producteurs aux distributeurs et aux gros consommateurs) et de lignes de distribution à basse tension qui sont, en bout de chaîne, reliées aux consommateurs individuels.[48] Ce système est généralement appelé "réseau" et exige pour fonctionner une énorme infrastructure de matériel complémentaire. L'accès à ce réseau pour y injecter de l'électricité ou en prélever doit être étroitement contrôlé afin d'assurer l'intégrité de l'ensemble du système. Les réseaux d'acheminement d'électricité ne fonctionneront pas si la quantité d'électricité demandée (appelée "charge" dans la terminologie industrielle) est supérieure ou inférieure à la quantité d'électricité fournie pour un laps de temps donné.[49] Il est donc nécessaire de maintenir un équilibre continu de l'offre et de la demande entre les producteurs et les consommateurs, une tâche que compliquent les fluctuations journalières de la demande d'électricité et les limites physiques de la capacité des lignes de transport et de distribution. Lorsque des déséquilibres importants se produisent, les réseaux d'électricité peuvent être déstabilisés, ce qui provoque des creux de tension, des coupures de courant ou, dans les cas extrêmes, une panne générale d'électricité.[50] En cas de défaillance majeure du réseau, le redémarrage peut prendre un temps considérable qui est extrêmement perturbant pour les économies et les sociétés modernes.

7.12 La nécessité de maintenir un équilibre continu entre l'offre et la demande sur la totalité d'un réseau d'électricité a pour conséquence importante que des échanges bilatéraux non coordonnés entre acheteurs et vendeurs d'électricité ne peuvent pas avoir lieu. Autrement dit, en raison de la nature des modalités de production et de consommation de l'électricité, il n'est généralement pas possible pour un consommateur individuel de conclure un contrat d'approvisionnement individuel avec un ou plusieurs producteurs spécifiques. De ce fait, l'ensemble des réseaux d'électricité exige une sorte de mécanisme central de coordination pour faire en sorte que la production fournie par les producteurs soit exactement égale à la quantité demandée par les consommateurs (plus les pertes de transport inévitables) et que les limitations physiques du réseau d'électricité soient respectées.[51]

7.13 Le fait qu'il n'y a pas de proches substituts de l'électricité, conjugué à l'absence de signaux de prix aisément observables pour les consommateurs finals en général, implique que la demande d'électricité est pour l'essentiel insensible aux prix à court terme (c'est-à-dire qu'elle est relativement inélastique par rapport aux prix). La demande globale d'électricité fluctuera donc au cours d'une journée, d'une semaine, d'un mois ou d'une année, car elle varie sous l'influence d'autres facteurs que

[47] Les centrales hydroélectriques à réserve pompée offrent un moyen limité de stocker l'électricité. Ces installations utilisent l'électricité pour pomper de l'eau et l'amener dans des réservoirs situés à un niveau plus élevé lorsque la demande est faible, et la libèrent par turbinage pour produire de l'électricité pendant les périodes de pointe. William W. Hogan, "Overview of the Electricity System in the Province of Ontario", 21 décembre 2011, pièce CDA-2, ("rapport Hogan"), note de bas de page 6. Le professeur William W. Hogan est titulaire de la chaire Raymond Plank Professor of Global Energy Policy à l'Université de Harvard où il est, entre autres choses, directeur de recherche du Harvard Electricity Policy Group. Il a participé activement à la conception et l'amélioration des marchés concurrentiels de l'électricité dans de nombreuses régions des États-Unis comme dans le monde entier, de l'Angleterre à l'Australie. Ses activités incluent la conception des structures du marché et des règles du marché au moyen desquelles les organismes de transport régionaux, sous diverses formes, coordonnent les marchés fonctionnant par adjudication pour l'énergie, les services auxiliaires et les droits financiers de transport.

[48] L'électricité peut aussi être obtenue auprès d'installations de cogénération. Voir Ontario's Long-Term Energy Plan, pièce CDA-6.

[49] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 13.

[50] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 13.

[51] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 12.

les prix (par exemple, la température de l'air et les heures de jour). Une évolution type de la demande d'électricité pendant un jour de la semaine en Ontario montrerait que la plus grande partie de l'électricité est consommée pendant les heures de jour, la consommation augmentant régulièrement à partir de 5 heures du matin pour atteindre son pic aux alentours de 17 heures.[52]

7.14 Le fait que l'électricité ne peut pas être stockée en grande quantité et que la demande d'électricité fluctue au cours de toute journée signifie qu'il faut développer des formes spécifiques de capacité de production pour parer à cette fluctuation. De plus, pour que le réseau reste fonctionnel, il doit être maintenu continuellement en service ou "sous tension". Par conséquent, pour satisfaire la demande, les réseaux d'électricité utilisent des technologies de production diversifiées, qui ont chacune des structures de coûts et des besoins opérationnels différents. Suivant la pratique dans le secteur, les différents types d'installations peuvent être décrits comme étant en "charge de base", "charge intermédiaire" ou "charge de pointe", selon le moment et la durée de leur fonctionnement, selon qu'elles peuvent augmenter ou diminuer rapidement leur production d'une manière contrôlée ("capacité de produire en charge commandée") et selon que leurs coûts sont essentiellement fixes ou variables. La fiabilité de la production d'une installation de production est mesurée par son "coefficient de capacité" qui est défini comme le pourcentage des heures de l'année pendant lesquelles elle peut fonctionner.

7.15 La production en charge de base est la partie de la fourniture diversifiée d'un réseau électrique qui doit pouvoir être opérationnelle à tous moments, c'est-à-dire à la fois durant les périodes creuses et les périodes de pointe de la demande. Elle se caractérise généralement par des coûts fixes élevés, de faibles coûts marginaux et des coefficients de capacité élevés. Les centrales hydroélectriques et les centrales nucléaires, qui ont les unes et les autres des dépenses d'investissement irrécupérables importantes et des coûts de carburant minimes, sont des exemples types de puissance en charge de base, mais cette fonction peut aussi être assurée par d'autres technologies (par exemple le charbon) selon la diversification de l'approvisionnement dans une juridiction donnée et le coût des carburants. Bien que les producteurs en charge de base aient des coefficients de capacité élevés, leur capacité de produire en charge commandée est généralement plus limitée. Les centrales hydroélectriques constituent une exception en ce sens que leur production peut être augmentée ou diminuée relativement à bref délai.

7.16 La production en charge intermédiaire fournit de l'électricité lorsque la puissance appelée sur le réseau est supérieure à son niveau minimal mais encore en deçà de son niveau maximal. Elle se caractérise généralement par des coûts fixes et marginaux modérés. La production intermédiaire est fréquemment assurée par les centrales au charbon, mais les améliorations apportées au rendement des centrales au gaz naturel et la baisse des prix des carburants ont fait du gaz naturel une option valable pour ce mode d'approvisionnement. Le charbon se prête moins à la production en charge commandée que le gaz naturel, mais davantage que l'énergie nucléaire.

7.17 Les producteurs en charge de pointe ont généralement des coûts fixes plus bas par rapport aux autres types d'installations, ainsi que des coûts marginaux relativement élevés et une forte capacité de produire en charge commandée. Ils ne peuvent opérer que de manière ponctuelle, habituellement à des moments où la demande est proche de la limite de capacité de l'ensemble du réseau.

7.18 Jusqu'à une époque assez récente, une combinaison des technologies de production "classiques" susmentionnées était généralement considérée comme la manière la plus rentable économiquement de produire de l'électricité aux fins de réseaux d'électricité fiables. Toutefois, des préoccupations concernant l'incidence sur l'environnement et le coût de certaines technologies sont de

[52] On trouvera ci-après au paragraphe 7.279 une représentation graphique de l'évolution de la demande d'électricité au cours d'un jour de semaine en Ontario en été et en hiver.

plus en plus apparues comme des considérations essentielles dans le choix d'un approvisionnement diversifié.[53] Pour répondre à ces préoccupations, les réseaux d'électricité de par monde ont commencé à inclure progressivement les technologies renouvelables dans leur production diversifiée.

7.19 Les installations de production utilisant des technologies d'énergie renouvelable, telles que l'énergie éolienne et solaire photovoltaïque, ressemblent à celles qui produisent en charge de base en ce sens que leurs coûts sont pour l'essentiel des dépenses d'investissement, les frais de carburant étant minimes ou inexistants. Toutefois, elles en diffèrent en ce sens qu'elles ont un taux d'utilisation de capacité plus faible, en raison du caractère intermittent de leur production. Les turbines éoliennes produisent de l'électricité uniquement lorsque le vent souffle, ce qui peut coïncider ou non avec la demande du consommateur. Contrairement au caractère aléatoire de la production éolienne, la production solaire photovoltaïque est plus prévisible, car elle s'effectue en totalité durant la journée et pas du tout pendant la nuit. L'inconvénient de la production solaire est qu'elle chute juste au moment où la demande journalière augmente, quand le soleil se couche et que les lumières s'allument dans les foyers et les entreprises. Le fait que la production solaire soit à l'opposé des profils de charge journaliers oblige les producteurs classiques à augmenter leur production la nuit pour compenser la perte de production solaire. En conséquence, il peut être nécessaire que les installations de production utilisant les technologies solaire photovoltaïque et éolienne soient couplées avec la production classique afin de minimiser les risques de perturbations de l'approvisionnement.[54]

7.20 Jusque dans les années 1970, la production d'électricité était dominée dans la plupart des pays par des monopoles intégrés verticalement et structurés soit comme entreprises d'État, soit comme monopoles privés réglementés. Les monopoles étaient tolérés parce que l'on pensait que seul un unique gros producteur pouvait réaliser des économies d'échelle dans le secteur de l'électricité. Les progrès des techniques de production et le souhait des producteurs privés d'avoir pleinement accès aux réseaux de transport ont fini par faire éclater ce consensus. Depuis les années 1970, de nombreux pays ont restructuré leurs réseaux d'électricité pour intégrer divers éléments de concurrence.

c) L'électricité en Ontario

i) 1906 à 2002

7.21 Les origines du réseau d'électricité de l'Ontario remontent à 1906, quand les pouvoirs publics de l'Ontario ont institué la Commission hydroélectrique de l'Ontario ("HEPCO") comme le "premier service public d'électricité du monde".[55] Dans ses premières années, le réseau d'électricité de l'Ontario reposait presque entièrement sur l'énergie hydroélectrique mais, à mesure que la demande d'électricité s'est accrue, la province a choisi de diversifier son approvisionnement en ajoutant les centrales au charbon dans les années 1950 et l'énergie nucléaire dans les années 1970.[56] En 1974, l'HEPCO a été reconnue comme une "société d'État" et rebaptisée Ontario Hydro.

7.22 En tant que service public intégré verticalement et chargé de fonctions de production, de transport et de distribution, Ontario Hydro a dominé le secteur de l'électricité jusqu'à la *Loi de 1998 sur la concurrence dans le secteur de l'énergie*, qui portait promulgation de la *Loi de 1998 sur l'électricité* et autorisait son "éclatement" en cinq entités qui lui ont succédé.[57] À ce moment-là, une grande partie de l'infrastructure électrique de l'Ontario, y compris ses centrales au charbon, devait être

[53] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 6.
[54] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 11.
[55] Ontario's Long-Term Energy Plan, pièce CDA-6, page 5.
[56] Ontario's Long-Term Energy Plan, pièce CDA-6, page 5.
[57] Ontario's Long-Term Energy Plan, pièce CDA-6, page 5.

modernisée ou remplacée.[58] En outre, les dépassements de coûts du programme nucléaire d'Ontario Hydro avaient laissé la société lourdement endettée et constituaient une forte incitation à engager des réformes axées sur le marché, dans le sens de ce qui avait été tenté dans d'autres juridictions.[59] Les entités ayant succédé à Ontario Hydro étaient: i) la Société indépendante de gestion du marché de l'électricité (rebaptisée par la suite "Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité" en 2005 (voir plus loin)), chargée de gérer le marché de gros de l'électricité en Ontario et d'acheminer le flux d'électricité des producteurs aux consommateurs par le biais du réseau de transport; ii) Ontario Power Generation (OPG) qui a hérité des actifs productifs d'Ontario Hydro, représentant à l'époque environ 90% de la capacité de production électrique en Ontario; iii) Hydro One Inc. ("Hydro One"[60]), qui a pris en charge le réseau de transport et les entreprises de distribution locale en milieu rural d'Ontario Hydro; iv) la Société financière de l'industrie de l'électricité de l'Ontario (SFIEO[61]) qui a hérité des autres actifs et du passif d'Ontario Hydro, y compris les contrats conclus avec des producteurs d'électricité privés[62] et une dette restante de 20 milliards de dollars canadiens; et v) l'Office de la sécurité des installations électriques, qui s'est vu confier la responsabilité de réglementer la sécurité du réseau.[63] En outre, la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* désignait la CEO comme organe de réglementation du nouveau marché de l'électricité, investi du pouvoir, entre autres choses, d'approuver certains tarifs et prix applicables sur le marché.[64]

ii) Le marché de gros concurrentiel de 2002[65]

7.23 Après plusieurs années de préparation, le marché de gros concurrentiel de l'électricité de l'Ontario s'est ouvert en mai 2002. Il était espéré que la restructuration du secteur de l'électricité susciterait des investissements privés dans les opérations de production mais malgré une augmentation de 30% du prix de l'électricité dans les mois qui avaient suivi l'ouverture du marché, les investissements attendus ne se sont pas concrétisés. Au lieu de cela, les prix relativement élevés de l'électricité, dus à l'accroissement de la demande provoqué par les températures record enregistrées en Ontario pendant l'été de 2002, ont amené les pouvoirs publics de l'époque à geler temporairement les prix de l'électricité pour les usagers résidentiels et institutionnels et les petites entreprises.[66]

7.24 À la suite des problèmes rencontrés au cours de l'expérience d'ouverture du marché de 2002, les pouvoirs publics de l'Ontario ont décidé de restructurer à nouveau le réseau d'électricité de la province en 2004 et, à cette fin, ont promulgué la *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité* afin "de restructurer le secteur de l'électricité de l'Ontario, d'encourager l'accroissement de l'approvisionnement en électricité et de la capacité de production, notamment à partir de sources d'énergie renouvelable et de sources d'énergie de remplacement, de faciliter la gestion de la consommation et de la demande d'électricité, de promouvoir l'économie et l'utilisation efficace de

[58] Ontario's Long-Term Energy Plan, pièce CDA-6, page 5; et rapport Hogan, pièce CDA-2, page 19.

[59] Voir, par exemple, le rapport Hogan, pièce CDA-2, pages 18 et 19; et Report of the Advisory Committee on Competition in Ontario's Electricity System to the Ontario Minister of Environment and Energy, "A Framework for Competition", mai 1996, ("A Framework for Competition"), pièce CDA-3, pages 27 et 28.

[60] La structure organisationnelle générale d'Hydro One et la nature de ses activités actuelles en Ontario sont examinées plus loin aux paragraphes 7.34 et 7.35 et 7.234 à 7.238.

[61] La structure organisationnelle générale de la SFIEO et la nature de ses activités actuelles en Ontario, dans la mesure où elles sont pertinentes pour les arguments présentés dans les présentes procédures, sont examinées plus loin au paragraphe 7.43.

[62] Le rôle des producteurs d'électricité privés dans le réseau d'électricité de l'Ontario est expliqué plus loin aux paragraphes 7.26 et 7.31.

[63] Rapport Hogan, pièce CDA-2, pages 20 et 21.

[64] Ontario Energy Board Act of 1998, pièce JPN-6.

[65] Une description et une analyse plus détaillées de l'expérience d'ouverture du marché de gros à la concurrence en Ontario figurent aux paragraphes 7.285 à 7.292 ci-après.

[66] Ontario Energy Board, "History of the OEB" ("History of the OEB"), pièce CDA-17, page 2.

l'électricité et de réglementer les prix dans certains domaines du secteur de l'électricité".[67] L'une des principales réformes introduites par la *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité* a été la création de l'Office de l'électricité de l'Ontario (l'"OEO"), auquel a été confié un certain nombre de tâches importantes, y compris la responsabilité de la planification globale à long terme du réseau, certaines activités en faveur d'un approvisionnement en électricité suffisant, fiable et sûr, et la promotion de la diversification de l'approvisionnement en électricité de l'Ontario, l'accent étant mis en particulier sur l'énergie renouvelable et l'énergie propre.[68] La *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité* a jeté les bases du réseau d'électricité qui fonctionne actuellement en Ontario.

iii) Le réseau d'électricité "hybride" actuel de l'Ontario

7.25 Sous sa forme actuelle, le réseau d'électricité de l'Ontario a été décrit comme un réseau "hybride" partiellement libéralisé[69] où des entités tant publiques que privées participent aux activités fondamentales de production, de transport, de distribution et de vente au détail. Les pouvoirs publics de l'Ontario continuent de jouer un rôle déterminant pour tous les aspects du fonctionnement du réseau, même si l'on est loin de la domination par les pouvoirs publics qui caractérisait les huit premières décennies du fonctionnement du système. Les participants clés de ce réseau et leurs interactions sont décrits dans les sections suivantes.

Production

7.26 À la fin de 2010, la capacité de production installée en Ontario était d'environ 34 700 MW.[70] Elle peut être répartie en gros entre trois groupes de producteurs[71]: i) les actifs d'OPG détenus par les pouvoirs publics qui sont, comme il a déjà été indiqué, les anciens actifs productifs d'Ontario Hydro; ii) les producteurs privés, qui sont des producteurs privés ayant conclu des contrats de fourniture avec Ontario Hydro dans les années 1980 et 1990; et iii) les producteurs d'électricité indépendants, qui comprennent tous les autres producteurs en Ontario ayant démarré leurs activités depuis la restructuration du marché de gros. Les producteurs d'électricité indépendants comprennent les producteurs exerçant leurs activités dans le cadre du programme TRG.

7.27 OPG est une société entièrement détenue par les pouvoirs publics de l'Ontario qui possède trois centrales nucléaires, cinq centrales thermiques, 65 installations hydroélectriques et deux installations éoliennes.[72] En 2010, elle a produit environ 58% de toute l'électricité produite en Ontario. Ses centrales nucléaires et ses installations hydroélectriques de production en charge de base sont classées comme étant des "actifs réglementés d'OPG". Les prix perçus par OPG pour l'électricité produite par ces installations sont fixés par la Commission de l'énergie de l'Ontario (la "CEO"[73]) sur la base du principe "de la récupération des coûts et d'une marge de rendement".[74] Pour 2011, le taux de

[67] Highlights of the *Electricity Restructuring Act of 2004*, site Web de la CEO, ("*Highlights of the Electricity Restructuring Act of 2004*"), pièce JPN-9. Voir aussi *Electricity Restructuring Act of 2004*, S.O. 2004, c. 23 ("*Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité*"), pièce CDA-18, article 1 a).

[68] *Electricity Act of 1998*, Chapter 15, Schedule A, telle qu'elle a été modifiée ("*Loi de 1998 sur l'électricité*"), pièce JPN-5, article 25.2.

[69] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 21.

[70] Power Outlook: Winter 2010-2011, ("IESO Power Outlook"), pièce JPN-10.

[71] Overview of Electricity Regulation in Canada, Blakes, ("Overview of Electricity Regulation in Canada"), pièce JPN-7, pages 11 et 13; et Quick Takes: Electricity Pricing, Issue 19, site Web de la SIERE, ("Quick Takes: Electricity Pricing"), pièce JPN-3, pages 2 et 3.

[72] OPG a été établie en vertu de la partie IV.1 de la *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-5. Voir aussi Investor Relations, si Web d'OPG, ("OPG Investor Relations"), pièce JPN-14.

[73] La nature des activités de la CEO et sa relation avec les pouvoirs publics de l'Ontario sont examinées au paragraphe 7.42 ci-après.

[74] Réponse du Canada à la question n° 26 (première série) du Groupe spécial.

rendement des fonds propres pour les actifs réglementés d'OPG était fixé par la CEO à 9,43%.[75] Toutefois, les paiements versés à OPG pour la fourniture d'électricité provenant de ses autres installations hydroélectriques et au charbon "non réglementées", qui entrent pour 8% dans la production d'électricité en Ontario, ne sont pas régis par le principe de la récupération des coûts et de la marge. Ces actifs perçoivent le prix horaire de l'énergie en Ontario (le "PHEO"[76]), qui est généralement plus bas que le prix réglementé obtenu par les actifs réglementés d'OPG. Le Canada explique que les actifs non réglementés d'OPG perçoivent le PHEO parce que "la plupart de ces installations appartenant à l'État ont plus de 60 ans et leurs dépenses d'investissement ont été largement amorties".[77] De même, les installations au charbon d'OPG perçoivent soit le PHEO parce que, là encore, il s'agit d'installations "dont les coûts ont été largement amortis", soit un prix fixé contractuellement avec la SFIEO qui permet à OPG de récupérer ses coûts.[78] Il sera mis fin en 2014 aux opérations de ces actifs non réglementés fonctionnant au charbon.[79]

7.28 Les autres producteurs opérant en Ontario assurent 42% de la fourniture d'électricité. Parmi eux, les producteurs d'électricité indépendants, qui fournissent environ 40% de l'approvisionnement en électricité de l'Ontario, perçoivent des prix qui sont négociés ou fixés dans le cadre de différents types d'initiatives et de contrats de l'OEO, y compris: les contrats d'approvisionnement en énergie propre ("CES") pour le gaz naturel[80]; les demandes de proposition relevant du programme d'approvisionnement en énergie renouvelable ("RES") I, II et III[81]; l'Initiative concernant les contrats hydroélectriques (HCI) pour les installations hydroélectriques raccordées au réseau et n'appartenant pas à OPG[82]; les demandes de proposition relevant du programme de cogénération chaleur-électricité ("CHP") I, II, III[83]; le programme d'offre standard en matière d'énergie renouvelable ("POSER")[84] ; et le programme TRG.

---

[75] OEB, "In the Matter of an Application by Ontario Power Generation Inc., Payment Amounts for Prescribed Facilities for 2011 and 2012: Decision with Reasons", EB-2010-0008, 10 March 2011 ("OEB Decision on Payment Amounts for Prescribed Facilities for 2011 and 2012"), pièce CDA-65, page 122. Au 1er mars 2011, OPG percevait 5,59 cents de dollar canadien ($Can) et 3,41 cents $Can pour chaque kWh d'électricité qui était produit, respectivement, par ses actifs réglementés nucléaires et hydroélectriques. Voir la première communication écrite du Japon, paragraphe 36 et Payment Amounts Order (EB 2010-0008), Ontario Energy Board, 11 avril 2011, ("OEB Payment Amounts Order"), pièce JPN-19, pages 4 et 5.

[76] Le PHEO est le prix de l'électricité qui est achetée et vendue par le biais du fonctionnement du marché de gros de l'électricité administré par la SIERE. Le PHEO moyen perçu par les actifs non réglementés d'OPG en 2010 était de 3,7 cents $Can par kWh. OPG Fact Sheet: Year End 2010, ("2010 OPG Fact Sheet"), pièce JPN-15. Les mécanismes utilisés pour déterminer le PHEO ainsi que sa pertinence pour les prix payés aux producteurs pour l'électricité fournie au réseau électrique de l'Ontario sont examinés plus loin aux paragraphes 7.45 à 7.53.

[77] Réponse du Canada à la question n° 26 (première série) du Groupe spécial.

[78] Le PHEO moyen perçu par ces actifs en 2010 était de 4,3 cents $Can par kWh. 2010 OPG Fact Sheet, pièce JPN-15.

[79] Réponse du Canada à la question n° 26 (première série) du Groupe spécial.

[80] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphe 31, faisant référence à la directive adressée par M. Dwight Duncan, Ministre de l'énergie, à M. Jan Carr, Président-directeur général de l'OEO, 24 mars 2005, ("Directive du Ministre de l'énergie au PDG de l'OEO, mars 2005"), pièce CDA-25.

[81] Rapport Hogan, pièce CDA-2, pages 30 à 32; et Progress Report on Electricity Supply: Second Quarter 2011, Ontario Power Authority, ("OPA Progress Report: Second Quarter 2011"), pièce JPN-28, page 1.

[82] OPA, Hydroelectric Contract Initiative, site Web de l'OEO, ("OPA, Hydroelectric Contract Initiative"), pièce CDA-26.

[83] OPA, Combined Heat and Power, site Web de l'OEO, ("OPA, Combined Heat and Power"), pièce CDA-27.

[84] OPA, Standard Offer Program – Renewable Energy for Small Electricity Generators, An Introductory Guide, ("OPA's Standard Offer Program – Renewable Energy for Small Electricity Generators"), pièce JPN-206, page 1.

7.29 Au titre des initiatives CES et RES, l'OEO a attribué des contrats d'approvisionnement par le biais d'un processus d'adjudication qui fixait les prix de l'électricité fournie aux niveaux de la soumission la moins-disante qui satisfaisait aux conditions spécifiées. Les prix payés aux producteurs opérant dans le cadre des initiatives HCI et CHP étaient négociés avec l'OEO et, selon le Canada, suivaient généralement les tarifs payés dans le cadre des contrats concurrentiels établis par le biais d'une demande de proposition.[85] Au titre du programme POSER, les prix payés aux producteurs d'énergie solaire photovoltaïque sont essentiellement fondés sur le principe de la récupération des coûts. Pour les producteurs relevant du programme POSER qui produisent de l'énergie autre que l'énergie solaire, les prix sont fondés sur les prix appliqués dans le cadre de l'initiative RES. S'agissant du programme TRG, les prix perçus par les producteurs remplissant les conditions requises sont régis par le principe de la récupération des coûts et de la marge.[86] Le taux de rendement des fonds propres après impôt utilisé pour établir le barème de prix TRG en 2009 était de 11%.

7.30 Selon le Japon, les producteurs qui ne relèvent pas du programme POSER ou du programme TRG percevront entre 5 cents $Can par kWh et 23,9 cents $Can par kWh.[87] Au titre des contrats POSER de l'OEO, les producteurs d'énergie autre que l'énergie solaire photovoltaïque perçoivent 11,04 cents $Can par kWh et un paiement additionnel de 3,52 cents $Can par kWh d'électricité fournie pendant les heures de pointe; alors que les producteurs d'énergie solaire photovoltaïque sont payés 42 cents $Can par kWh.[88] Le barème de prix TRG prévoit des paiements allant de 10,3 cents $Can par kWh à 80,2 cents $Can par kWh. Les projets éoliens perçoivent soit 13,5 cents $Can par kWh (éolien terrestre), soit 19 cents $Can par kWh (éolien offshore) avec une provision de 20% pour "progressivité des prix" en fonction de l'inflation, et les projets solaires photovoltaïques perçoivent entre 44,3 cents $Can par kWh et 80,2 cents $Can par kWh (selon la taille et la technologie), sans progressivité. Tous les tarifs contractuels de l'OEO "sont généralement plus élevés que [le PHEO]".[89]

7.31 Enfin, les prix payés aux producteurs privés pour l'électricité fournie ont été négociés il y a 20 ans et ne sont pas fondés sur le principe "de la récupération des coûts et de la marge". Au lieu de cela, ils sont liés aux prix payés par les gros consommateurs d'électricité.[90] Bien que les prix exacts relatifs à ces contrats ne soient pas rendus publics[91], ils sont réputés être "généralement plus élevés que le PHEO".[92] Le tarif contractuel moyen est estimé à 8 cents $Can par kWh.[93] Selon le Japon,

[85] Réponse du Canada à la question n° 26 (première série) du Groupe spécial.

[86] Directive adressée par le Ministre de l'énergie et de l'infrastructure à l'Office de l'électricité de l'Ontario au sujet du programme TRG, 24 septembre 2009, ("Directive TRG de 2009 du Ministre"), pièce JPN-102, page 2.

[87] Generation Procurement Cost Disclosure, site Web de l'OEO, ("OPA Generation Procurement Cost Disclosure"), pièce JPN-29. Prix en mars 2009.

[88] OPA Generation Procurement Cost Disclosure, pièce JPN-29.

[89] OPA Cash Flows From the Global Adjustment Mechanism, OPA, novembre 2010, ("OPA Cash Flows: November 2010"), pièce JPN-23, page 5.

[90] Le Canada explique qu'avant 2002, le prix payé aux producteurs d'électricité privés était appelé "tarif direct au consommateur", devenu depuis le "nouveau tarif direct au consommateur". Réponse du Canada à la question n° 26 (première série) du Groupe spécial.

[91] Les tarifs contractuels des producteurs d'électricité privés sont indexés sur le "coût du marché total" de l'électricité, qui comprend le PHEO, l'ajustement global et diverses charges au titre de services. Voir OEFC: Management of Power Supply Contracts, site Web de la SFIEO, ("OEFC: Management of Power Supply Contracts"), pièce JPN-22.

[92] OPA Cash Flows: novembre 2010, pièce JPN-23, page 5.

[93] Ontario Electricity Market: The Good, the Bad, and the Ugly, Energy Exchange, 11 mai 2010, ("Ontario Electricity Market: Energy Exchange"), pièce JPN-24.

d'importants contrats passés avec les producteurs privés commenceront à venir à expiration en 2012, pour la plupart d'ici à 2017.[94]

Transport et distribution

7.32 Comme il a été dit, les réseaux d'électricité qui utilisent des réseaux intégrés de lignes de transport à haute tension et de lignes de distribution à basse tension acheminent l'électricité depuis les centrales de production au consommateur final en général. En Ontario, les lignes de transport à haute tension transportent l'électricité à des niveaux de tensions supérieurs à 50 kilovolts ("kV") et sont utilisées pour acheminer l'électricité sur de longues distances depuis les centrales de production jusqu'aux centres de distribution ou aux agglomérations afin de réduire les pertes de puissance.[95] Une fois l'électricité arrivée près d'un pôle de distribution, la tension est abaissée à un poste de transformation et l'électricité est acheminée jusqu'aux consommateurs sur des lignes de distribution à des tensions de 50 kV ou moins.[96]

7.33 Les producteurs sont généralement raccordés au réseau de transport ou au réseau de distribution en fonction de leur capacité. En particulier, ceux dont la capacité est supérieure à 10 MW (y compris les gros producteurs TRG) sont généralement raccordés au réseau de transport, et ceux dont la capacité est égale ou inférieure à 10 MW (y compris les petits producteurs TRG et microTRG) sont généralement raccordés au réseau de distribution.[97] Les producteurs qui sont raccordés au réseau de transport doivent fournir l'électricité à des tensions supérieures à 50 kV, tandis que ceux qui sont raccordés au réseau de distribution doivent fournir l'électricité à des tensions de 50 kV ou moins.

7.34 Les producteurs raccordés au réseau de transport sont enregistrés auprès de la SIERE[98] et raccordés au réseau de transport à haute tension, qui est détenu et exploité en quasi-totalité par Hydro One.[99] Hydro One a été créée en vertu de la partie IV de la *Loi de 1998 sur l'électricité* en tant que société de portefeuille en vue de détenir et d'exploiter les réseaux de transport et les réseaux de distribution par l'intermédiaire d'une ou plusieurs filiales.[100] La société est détenue et contrôlée en totalité par les pouvoirs publics de l'Ontario.[101] C'est aussi un "organisme" du gouvernement de l'Ontario. [102] Une filiale d'Hydro One, Hydro One Networks Inc., détient et exploite 97% du réseau de transport en Ontario.[103] Quatre autres sociétés détiennent et exploitent les 3% restants.[104]

---

[94] OEFC: Management of Power Supply Contracts, pièce JPN-22.

[95] Electricity Transmission and Distribution in Ontario – A Look Ahead, Ontario Ministry of Energy, 21 décembre 2004, ("Electricity Transmission and Distribution in Ontario"), pièce JPN-36, page 4.

[96] Electricity Transmission and Distribution in Ontario, pièce JPN-36, page 4.

[97] Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Program: Program Overview, ("FIT Programme Overview"), pièce JPN-37, page 18; et Ontario Power Authority, Micro Feed-In Tariff Program: Program Overview, ("microFIT Programme Overview"), pièce JPN-38, page 8.

[98] La SIERE administre les flux d'électricité sur l'ensemble du réseau électrique de l'Ontario. La structure organisationnelle générale de la SIERE et la nature de ses activités sont examinées plus loin aux paragraphes 7.39 et 7.40.

[99] Transmission-connected Generators, pièce JPN-39; et Quick Facts, site Web de Hydro One, ("Hydro One Quick Facts"), pièce JPN-40.

[100] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-5, article 48 1).

[101] News Release: Hydro One Releases 2010 Year-End Financial Results, site Web de Hydro One, ("Hydro One Releases 2010 Year-End Financial Results"), pièce JPN-41.

[102] All Agencies List, site Web du gouvernement de l'Ontario, ("Government of Ontario: All Agencies List"), pièce JPN-49. Le gouvernement de l'Ontario définit un "organisme" "comme "un organisme du gouvernement provincial: [i] qui est établi par le gouvernement mais qui ne fait pas partie d'un ministère; [ii] qui est redevable au gouvernement; [iii] dont le gouvernement choisit la majorité des personnes nommées; et [iv] auquel le gouvernement a attribué ou délégué de l'autorité et des responsabilités, ou qui autrement possède le pouvoir légal et la responsabilité d'effectuer une fonction ou un service collectif". Agencies: Boards,

7.35 Les producteurs raccordés au réseau de distribution le sont par le biais d'une entreprise de distribution locale ("SDL").[105] Hydro One détient et exploite environ un quart du réseau de distribution de l'Ontario par l'intermédiaire de plusieurs filiales qui desservent 1,3 million de consommateurs sur un total de 4,7 millions, essentiellement dans les zones rurales.[106] Le reste du réseau de distribution de l'Ontario est actuellement exploité par 80 SDL, dont 77 appartiennent aux administrations municipales.[107]

Réglementation et administration

7.36 Le réseau d'électricité de l'Ontario est actuellement administré et réglementé par un certain nombre d'entités publiques. Parmi les plus importantes aux fins des présents différends figurent l'OEO, la SIERE, la SFIEO et la CEO.

- Office de l'électricité de l'Ontario

7.37 L'OEO est un "organisme"[108] du gouvernement de l'Ontario chargé de gérer l'approvisionnement et les ressources en électricité de l'Ontario afin de répondre aux besoins à moyen et long terme de la province. Il a été institué en vertu de la *Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité* en tant que "personne morale sans capital-actions"[109], exerce ses activités et effectue ses transactions sans but lucratif.[110] Il relève de la "responsabilité législative" du Ministère de l'énergie du gouvernement de l'Ontario[111], dont il reçoit et exécute les directives.[112] Parmi ses objectifs fixés par la loi, il exerce:

> des activités favorisant la réalisation des objectifs fixés en matière de suffisance, de fiabilité et de sécurité de l'approvisionnement et des ressources en électricité de l'Ontario; [et]
>
> … des activités facilitant la diversification des sources d'approvisionnement en électricité en encourageant l'utilisation de sources d'énergie et de technologies

---

Commissions, Councils, Authorities and Foundations, site Web du gouvernement de l'Ontario ("Government of Ontario: Agencies"), pièce JPN-51.

[103] Our Subsidiaries, site Web de Hydro One, ("Hydro One: Our Subsidiaries"), pièce JPN-43.

[104] Il s'agit des sociétés suivantes: Great Lakes Power; Canadian Niagara Power; Five Nations Energy; et Cat Lake Power Utility. IESO, The Power System, ("The Power System"), pièce JPN-44.

[105] Distribution-connected Generators, site Web de Hydro One, ("Distribution-connected Generators"), pièce JPN-45; et Electricity Transmission and Distribution in Ontario, pièce JPN-36, page 4.

[106] Hydro One: Our Subsidiaries, pièce JPN-43; Delivering Safe, Reliable and Environmentally Responsible Electricity to Ontarians, Electricity Distributors Association, juillet 2010, ("EDA: Delivering Electricity to Ontarians"), pièce JPN-46; et Overview of Electricity Regulation in Canada, pièce JPN-7, pages 11 et 16.

[107] Find Your Local Utility, site Web de la SIERE, ("SDL operating in Ontario"), pièce JPN-47; et EDA: Delivering Electricity to Ontarians, pièce JPN-46.

[108] Government of Ontario: All Agencies List, pièce JPN-49; et Agency Details, Ontario Power Authority, site Web du gouvernement de l'Ontario, ("Agency Details, OPA"), pièce JPN-50.

[109] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-5, article 25.1 1).

[110] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-5, article 25.2 2).

[111] About the Ministry of Energy, site Web du Ministère de l'énergie, ("About the Ministry of Energy"), pièce JPN-52.

[112] Directives to OPA from Minister of Energy, site Web de l'OEO, ("Directives to OPA from Minister of Energy "), pièce JPN-55.

> propres, y compris des sources d'énergie renouvelable et des sources d'énergie de remplacement; …[113]

Pour atteindre ces objectifs et d'autres, l'OEO a été habilité, entre autres choses, à:

> conclure des contrats portant sur l'approvisionnement en électricité et la capacité de production en Ontario ou à l'extérieur de la province; [et]
>
> … conclure des contrats portant sur l'approvisionnement en électricité et la capacité de production provenant de sources d'énergie renouvelable et de sources d'énergie de remplacement afin d'aider le gouvernement de l'Ontario à atteindre des objectifs en matière de développement et d'utilisation de ces sources d'énergie et de technologies connexes; …[114]

7.38 Les contrats d'approvisionnement de l'OEO prévoient des prix garantis sur une période à long terme qui est habituellement de 20 ans.[115] L'OEO a utilisé ses pouvoirs contractants pour assurer l'approvisionnement en électricité effectif et futur provenant de diverses installations de production publiques et privées, y compris celles qui utilisent les technologies nucléaire, gazière, hydraulique, éolienne, solaire et bioénergétique.[116] Au 30 juin 2011, l'OEO avait une capacité d'approvisionnement en électricité de 19 090 MW dans le cadre des contrats, dont 12 426 MW faisaient l'objet d'une exploitation commerciale.[117]

- La Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité

7.39 La SIERE est un autre "organisme" du gouvernement de l'Ontario.[118] Comme l'OEO, elle est une "personne morale sans capital-actions" à but non lucratif[119] et relève de la "responsabilité législative" du Ministère de l'énergie du gouvernement de l'Ontario.[120] De même, conformément à la *Loi de 1998 sur l'électricité*, la SIERE est aussi contrôlée par le gouvernement de l'Ontario.

7.40 La SIERE administre les marchés de l'électricité de l'Ontario et exploite et entretient le réseau qu'elle gère afin d'assurer la coordination en temps réel de l'offre et de la demande d'électricité.[121] En particulier, elle gère le marché de gros de l'électricité de l'Ontario (le "marché physique") en réunissant producteurs, négociants, services publics et gros consommateurs.[122] Cela signifie que non seulement elle surveille et dirige la circulation de l'électricité à travers le réseau qu'elle gère, mais

---

[113] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-5, article 25.2 1) c) et d).

[114] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-5, article 25.2 5) c). Ce pouvoir est réitéré à l'article 25.32 1) a); tandis que l'article 25.32 4.1) indique que "Le ministre peut, par directive, ordonner à l'OEO de lancer … toute autre initiative ou activité portant sur ce qui suit: a) l'approvisionnement en électricité ou la capacité de production provenant de sources d'énergie renouvelable …".

[115] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphe 31.

[116] L'éventail des contrats d'approvisionnement que l'OEO a conclus ou repris à la SFIEO sont indiqués plus haut au paragraphe 7.28.

[117] OPA Progress Report: Second Quarter 2011, pièce JPN-28, page 1.

[118] Government of Ontario: All Agencies List, pièce JPN-49; et Agency Details, Independent Electricity System Operator, site Web du gouvernement de l'Ontario, ("Agency Details, IESO"), pièce JPN-57.

[119] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-5, articles 4 1) et 5 2).

[120] About the IESO, site Web de la SIERE, ("About the IESO"), pièce JPN-59; et About the Ministry of Energy, pièce JPN-52.

[121] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-5, article 5.

[122] IESO, Marketplace Training: Settlement Statements and Invoices, décembre 2010, ("IESO: Settlement Statements and Invoices"), pièce JPN-62, page 1. Le "marché physique" désigne les marchés en temps réel pour la fourniture et l'utilisation de l'électricité. La SIERE administre aussi un "marché financier" pour l'achat et la vente de droits de transport.

encore règle les paiements entre les intervenants du marché. Sur ce dernier point, la SIERE explique son rôle comme suit: "Sur le marché physique, nous collectons les fonds auprès des acheteurs et les transférons aux vendeurs. Nous ne devenons pas effectivement propriétaire de l'énergie et n'avons pas, en vertu de la loi, d'incidence sur les recettes".[123] Le processus de règlement sur le marché physique comporte quatre étapes: i) collecte et traitement des données de comptage en vue de produire des données prêtes pour le règlement; ii) utilisation des données prêtes pour le règlement en vue de déterminer les recettes dues aux fournisseurs, les coûts pour les consommateurs et divers frais généraux dus par les intervenants du marché; iii) facturation aux participants; et iv) transfert de fonds entre acheteurs et fournisseurs d'énergie.[124]

7.41 La SIERE supervise aussi la fiabilité du fonctionnement du réseau de transport provincial[125], et établit et approuve les règles du marché, qui définissent les marchés qu'elle administre et en expliquent le fonctionnement, ainsi que les manuels du marché, qui contiennent des indications détaillées pour les diverses activités des intervenants du marché.[126]

- Commission de l'énergie de l'Ontario

7.42 La CEO est un "organisme"[127] du gouvernement de l'Ontario qui réglemente les secteurs de l'électricité et du gaz naturel de la province conformément à l'intérêt public.[128] Dans le secteur de l'électricité, cette réglementation est effectuée par le biais du pouvoir conféré à la CEO de fixer les tarifs de transport et de distribution et d'accorder des permis à tous les intervenants du marché. Comme il a été indiqué[129], la CEO détermine les prix auxquels les actifs "réglementés" d'OPG doivent être rétribués pour l'électricité injectée dans le réseau électrique de l'Ontario.[130] Elle tient également à jour la grille tarifaire réglementée (la "GTR"), qui établit les prix payés par les consommateurs de détail qui achètent de l'électricité à des SDL. Au 1er novembre 2011, les prix appliqués dans le cadre de la GTR allaient de 7,1 cents $Can par kWh à 8,3 cents $Can par kWh pour les clients équipés de compteurs standards, et de 6,2 cents $Can par kWh à 10,8 cents $Can par kWh pour les clients équipés de compteurs intelligents.[131] Enfin, parmi ses autres fonctions, la CEO est chargée d'établir, entre autres choses, les codes du réseau de transport, du réseau de distribution et du règlement au détail.[132] Le code du réseau de transport énonce les normes minimales qu'un transporteur d'électricité (c'est-à-dire Hydro One Networks Inc. et d'autres sociétés de transport plus petites) doit respecter pour

[123] IESO: Settlement Statements and Invoices, pièce JPN-62, page 1.
[124] IESO: Settlement Statements and Invoices, pièce JPN-62, page 1. Les processus utilisés pour régler les paiements entre les intervenants du marché de gros sont expliqués de façon plus détaillée aux paragraphes 7.60 à 7.63 ci-après.
[125] About the IESO, pièce JPN-59; et The Power Grid, site Web de la SIERE, ("IESO: The Power Grid"), pièce JPN-60.
[126] Rules, Manuals and Forms, site Web de la SIERE, ("IESO: Rules, Manuals and Forms"), pièce JPN-61.
[127] Government of Ontario: All Agencies List, pièce JPN-49; et Agency Details, Ontario Energy Board, site Web du gouvernement de l'Ontario, ("Agency Details, OEB"), pièce JPN-63.
[128] What We Do, site Web de la CEO, ("OEB functions"), pièce JPN-64.
[129] Voir plus haut le paragraphe 7.27.
[130] *Ontario Energy Board Act of 1998*, S.O. 1998, Chapter 15, Schedule B, telle qu'elle a été modifiée ("*Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*"), pièce JPN-6, article 78.1; *Ontario Regulation 53/05, Payments Under article 78.1 of the Act*, 19 février 2008, tel qu'il a été modifié, ("*Ontario Regulation 53/05, Payments Under article 78.1 of the Act*"), pièce JPN-65, article 6; et OPG – Payment Amounts, site Web de la CEO, ("OPG – Payment Amounts"), pièce JPN-17.
[131] Electricity Prices, site Web de la CEO, ("OEB: Electricity Prices"), pièce JPN-66; et Ontario Energy Board, Electricity Prices for Consumers on the Regulated Price Plan (avril 2005–mai 2011), ("OEB: Electricity Prices for Consumers on the RPP"), pièce JPN-67.
[132] Rules, Codes, Guidelines and Forms, site Web de la CEO, ("OEB: Rules, Codes, Guidelines and Forms"), pièce JPN-68.

la conception, la construction, la gestion et l'exploitation de son réseau de transport.[133] Le code du réseau de distribution énonce les obligations minimales auxquelles un distributeur d'électricité agréé (c'est-à-dire les SDL, y compris les filiales d'Hydro One) doit satisfaire pour distribuer de l'électricité dans la zone desservie en vertu de son permis.[134] Le Code du règlement au détail énonce les obligations minimales auxquelles un distributeur d'électricité (c'est-à-dire les SDL, y compris les filiales d'Hydro One) et un détaillant (c'est-à-dire les entités autorisées à revendre l'électricité) doivent satisfaire pour procéder à des règlements financiers.[135]

- Société financière de l'industrie de l'électricité de l'Ontario

7.43 La SFIEO a été établie en vertu de la *Loi de 1998 sur l'électricité* en tant que "personne morale sans capital-actions"[136] et est un autre "organisme"[137] du gouvernement de l'Ontario. Elle est chargée, entre autres choses, de gérer les contrats de fourniture d'électricité passés avec des producteurs d'électricité privés.[138] Les contrats de la SFIEO avec les producteurs privés ont été conclus avant l'établissement de l'OEO en 2004. D'importants contrats de la SFIEO commenceront à venir à expiration en 2012.[139] L'OEO a reçu pour instruction de conclure de nouveaux contrats avec les producteurs d'électricité privés à l'expiration des contrats existants passés avec la SFIEO ou lorsqu'un producteur privé et la SFIEO sont convenus mutuellement de mettre fin à un arrangement existant avant sa date d'expiration contractuelle.[140]

Prix de gros et prix de détail

- Prix de gros

7.44 Le prix de l'électricité au niveau du marché de gros varie en fonction du coût de l'électricité, qui est déterminé en additionnant le prix du "produit" (constitué du PHEO majoré de l'ajustement global[141]) et les coûts liés aux services de transport et au fonctionnement du marché.[142] Le prix de gros est payé à la SIERE par tous les consommateurs de gros, y compris les SDL et les gros consommateurs industriels raccordés directement au réseau de transport contrôlé par la SIERE.

---

[133] Transmission System Code, pièce JPN-69.

[134] Distribution System Code, pièce JPN-70.

[135] Retail Settlement Code, Ontario Energy Board, 1er octobre 2011, ("Code du règlement au détail"), pièce JPN-71.

[136] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-5, article 54 1).

[137] Government of Ontario: All Agencies List, pièce JPN-49; et Agency Details, Ontario Electricity Financial Corporation, site Web du gouvernement de l'Ontario, ("Agency Details, OEFC"), pièce JPN-72.

[138] Ontario Electricity Financial Corporation –Mandate and Governing Legislation, site Web de la SFIEO, ("OEFC: Mandate and Governing Legislation"), pièce JPN-73.

[139] OPA Generation Procurement Update, Site Web de l'OEO, ("OPA Generation Procurement Update"), pièce JPN-21, page 15.

[140] Directive adressée par le Ministre de l'énergie à l'Office de l'énergie de l'Ontario au sujet de la négociation de nouveaux contrats avec les producteurs d'électricité privés, 23 novembre 2010, ("Directive du Ministre concernant la négociation de nouveaux contrats avec les producteurs d'électricité privés"), pièce JPN-74.

[141] La nature et le fonctionnement de l'ajustement global sont expliqués plus loin aux paragraphes 7.54 à 7.56.

[142] Ces dernières charges incluent, entre autres, les frais de règlement de la hausse horaire et les frais de la hausse mensuelle, les frais d'administration de la SIERE et de l'OEO et les frais de transport pour le marché de gros facturés aux SDL et aux gros consommateurs. On trouvera une liste complète des autres redevances et charges dans A Guide to Electricity Charges – Market Participants, site Web de la SIERE, ("IESO Guide to Electricity Charges"), pièce JPN-1.

Le prix horaire de l'énergie en Ontario

7.45 Le prix horaire de l'énergie en Ontario (le "PHEO") est le prix de l'électricité vendue au niveau de gros qui est établi par la SIERE au moyen d'un mécanisme de marché informatisé qui utilisent les "empilements" d'offres et de demandes afin de déterminer, pour chaque intervalle de cinq minutes: i) quels producteurs fournissent de l'électricité et quels consommateurs en consomment; ii) la quantité d'électricité à fournir et à consommer; et iii) le "prix d'équilibre du marché" et le PHEO pour cette électricité.

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

7.47 Pour déterminer quels producteurs recevront l'ordre de produire physiquement en charge commandée, la SIERE utilise un logiciel de "contrôle-commande économique avec contraintes de sécurité" qui emploie un algorithme d'optimisation pour trouver la manière la moins coûteuse de répondre à la demande prévue avec les ressources de production disponibles.[143] Le logiciel utilise aussi un modèle du réseau de transport afin de discerner si cette production diversifiée au moindre coût risque de surcharger le réseau de transport. S'il détecte une quelconque violation des contraintes de transport, il exécute une routine d'optimisation jusqu'à ce qu'il trouve la solution la moins coûteuse qui ne violera aucune contrainte. Les producteurs hors charge commandée ne reçoivent aucune instruction de la SIERE, mais leur offre escomptée est considérée fixe et prise en compte par la routine d'optimisation.

7.48 Après la production physique en charge commandé, le prix d'équilibre du marché et le PHEO sont calculés compte non tenu des contraintes de transport.[144] Tout d'abord, la SIERE crée un empilement d'offres en classant les offres de fourniture par ordre de coûts croissant, en commençant par la production hors charge commandée, qui est placée au début de l'empilement.[145] Les producteurs hors charge commandée ne présentent pas d'"offres" formelles pour l'électricité qu'ils sont prêts à fournir à intervalles de cinq minutes mais ils doivent néanmoins présenter des tableaux de production (pour les producteurs établissant eux-mêmes leurs tableaux) ou des prévisions de production (pour les producteurs intermittents), afin que la SIERE puisse comptabiliser la quantité qu'ils fourniront au début de l'empilement.

7.49 Après avoir pris en compte cette offre fixe, la SIERE passe ensuite à l'offre variable provenant des producteurs en charge commandée. Là encore, la fourniture en charge commandée est considérée variable parce qu'elle peut être "activée sur commande" ou "désactivée sur commande" sur

[143] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 38.
[144] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 38.
[145] L'offre fixe inclut aussi les importations, c'est-à-dire l'offre qui doit entrer en Ontario en provenance d'une autre juridiction, car les importations sont programmées pour l'heure suivante et afflueront donc pendant toute cette heure, quel que soit le tarif. IESO, Marketplace Training: Introduction to Ontario's Physical Markets, octobre 2010, ("IESO: Ontario's Physical Markets"), pièce JPN-80, page 20.

instructions de la SIERE. Les producteurs en charge commandée doivent présenter des "offres" de prix/quantité pour chaque intervalle de cinq minutes. Quand bien même beaucoup d'entre eux percevront en fait des prix réglementés ou contractuels pour l'électricité qu'ils injectent dans le réseau, ils doivent néanmoins présenter des offres de prix à la SIERE pour indiquer la quantité qu'ils sont prêts à fournir dans un intervalle donné de cinq minutes. Ces prix proposés par les producteurs en charge commandée servent de signal de contrôle-commande – c'est-à-dire un mécanisme permettant à la SIERE de sélectionner l'approvisionnement –, et ne sont pas les prix que ces producteurs percevront effectivement. La SIERE classe par ordre croissant les offres de prix reçues des producteurs en charge commandée pour compléter son empilement d'offres. Ce processus est illustré dans le diagramme suivant communiqué par le Japon.[146]

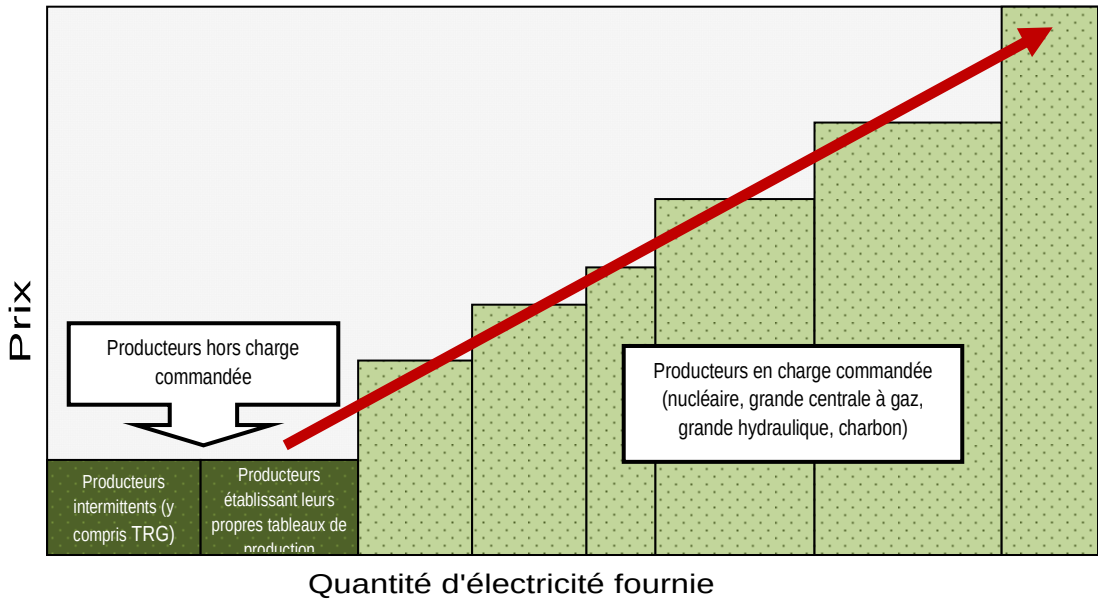


Diagramme 1: Empilement par la SIERE des offres d'électricité

7.50 De même, la SIERE empile la demande d'électricité, en commençant par les demandes hors charge commandée, suivies par les demandes en charge commandée. Les demandes hors charge commandée correspondent à l'électricité qui est simplement prélevée sur le réseau selon les besoins et ne peuvent donc pas être modulées facilement. En conséquence, la SIERE les considère comme une d'une demande fixe[147], qui est placée automatiquement au début de l'empilement. Les demandes hors charge commandée représentent la majeure partie de l'énergie consommée en Ontario. Les consommateurs d'électricité en charge commandée sont ceux qui peuvent varier leur consommation d'électricité; ils présentent donc des "soumissions" à la SIERE en indiquant le prix et la quantité d'électricité qu'ils sont prêts à acheter. La SIERE empile ces soumissions par ordre décroissant en fonction du prix proposé. Ce processus est illustré dans le diagramme suivant communiqué par le Japon.[148]

[146] Première communication écrite du Japon, Appendice II.
[147] La demande fixe inclut aussi les exportations (fixées, comme les importations, pour une fenêtre horaire) et les pertes découlant du transport de l'électricité à travers les réseaux de transport et de distribution (ce qui rend nécessaire une quantité additionnelle d'énergie). IESO: Ontario's Physical Markets, pièce JPN-80, page 21.
[148] Première communication écrite du Japon, Appendice II.

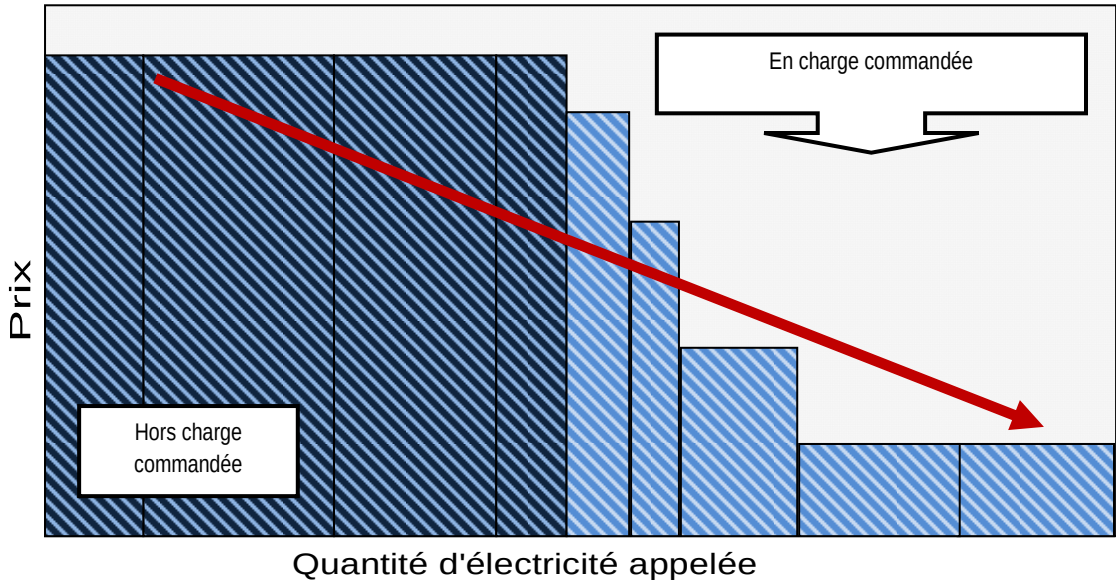


Diagramme 2: Empilement par la SIERE des demandes d'électricité

7.51 La SIERE fixe ensuite le prix d'équilibre du marché pour l'intervalle de cinq minutes situé à l'intersection de ces empilements de l'offre et de la demande. Le PHEO est calculé comme étant la moyenne des 12 prix d'équilibre du marché déterminés au cours d'une heure donnée. Le PHEO moyen pondéré fondé sur la demande en Ontario pour l'année civile 2010 était de 3,79 cents $Can par kWh.[149] Le processus utilisé pour arriver au prix d'équilibre du marché est illustré dans le diagramme suivant communiqué par le Japon.[150]

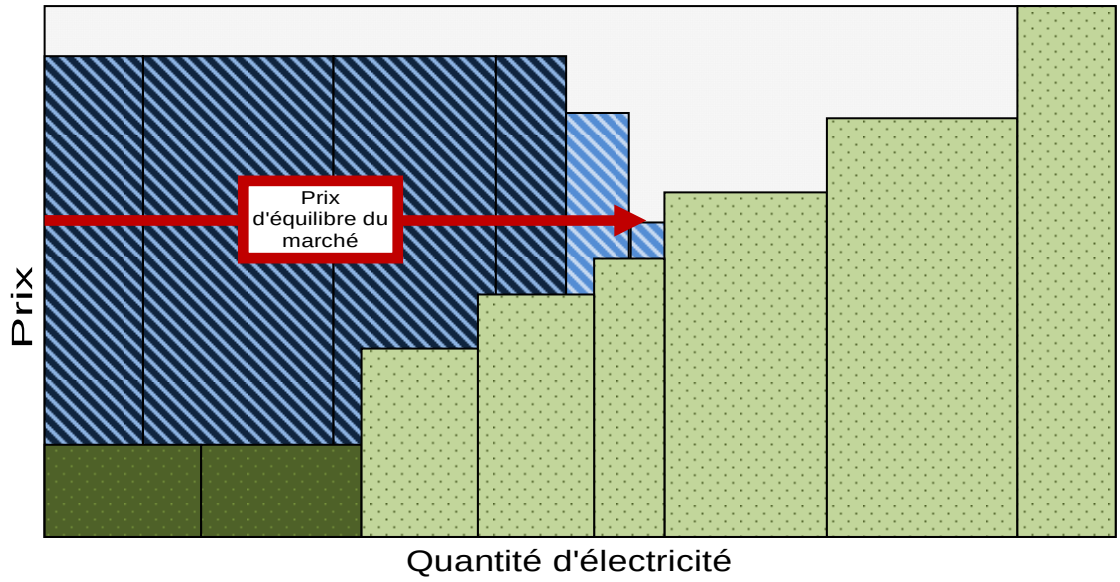


Diagramme 3: Détermination par la SIERE du prix d'équilibre du marché

[149] IESO Monthly Average Prices, Average Weighted Hourly Price, ("IESO: Average Weighted Hourly Price"), pièce JPN-83.
[150] Première communication écrite du Japon, Appendice II.

7.52 Le prix d'équilibre du marché/PHEO est un prix "sans contrainte" en ce sens qu'il est calculé compte non tenu des contraintes de transport. De ce fait, il peut ne pas concorder avec les ordres de charge commandée, qui eux tiennent compte de ces contraintes. De temps à autre, la SIERE peut obliger un producteur à opérer bien que le prix d'équilibre du marché soit inférieur au prix qu'il a offert. En d'autres occasions, elle peut empêcher un producteur d'opérer alors même que sa soumission était inférieure au prix d'équilibre du marché. Afin de faire concorder les incitations économiques des producteurs et celles de l'exploitant du réseau, des crédits de règlement de la gestion de la congestion sont versés aux producteurs chaque fois qu'ils doivent produire en charge commandée de façon non rentable.[151]

7.53 Tous les producteurs opérant par l'intermédiaire du marché de gros administré par la SIERE percevront le prix d'équilibre du marché/PHEO pour l'électricité qu'ils injectent dans le réseau.[152] En outre, les prix perçus par les producteurs qui ont des arrangements additionnels – c'est-à-dire les producteurs qui perçoivent les prix réglementés fixés par la CEO ou les prix contractuels fixés par la SFIEO ou l'OEO – sont ajustés afin de compenser la différence entre le prix d'équilibre du marché/PHEO et le prix réglementé ou contractuel du producteur. Cela se fait par l'ajustement global.[153]

Ajustement global

7.54 Le but de l'ajustement global est de faire en sorte que les paiements effectués par les consommateurs correspondent aux montants à payer aux producteurs au titre des tarifs réglementés ou contractuels qui diffèrent du tarif du marché (c'est-à-dire le prix d'équilibre du marché/PHEO). La base légale de l'ajustement global se trouve à l'article 25.33 de la *Loi de 1998 sur l'électricité*.[154] Les sections 1.6.7 et 1.6.11 de la partie 5.5 du Manuel du marché de la SIERE contiennent des instructions détaillées sur la façon dont l'ajustement global doit être déterminé et réglé.[155] En particulier, l'ajustement global est un montant mensuel fixé de manière à refléter la différence entre le prix d'équilibre du marché/PHEO et: i) les prix réglementés perçus par les actifs réglementés d'OPG; ii) les prix contractuels perçus par les producteurs d'électricité privés qui ont conclu des contrats avec la SFIEO; et iii) les prix contractuels perçus par les producteurs qui ont conclu des contrats avec l'OEO.[156]

---

[151] Rapport Hogan, pièce CDA-2, pages 40 et 41.

[152] IESO, Market Rules for the Ontario Electricity Market, 12 octobre 2011, ("IESO: Market Rules"), pièce JPN-79, chapitres 7 et 9; General IESO Frequently Asked Questions, site Web de la SIERE, ("General IESO FAQ"), pièce JPN-81 ("Pour les installations produisant en charge commandée, le règlement se fera [au] prix [d'équilibre du marché] pour l'intervalle de cinq minutes et pour les consommateurs de gros d'électricité hors charge commandée, il sera établi sur la base de la moyenne horaire pondérée de ces prix à intervalles de cinq minutes"); et IESO: Ontario's Physical Markets, pièce JPN-80, page 23.

[153] IESO Market Manual Part 5.5: Physical Markets Settlement Statements, Issue 44.0, 12 octobre 2011, ("IESO Market Manual Part 5.5"), pièce JPN-82, sections 1.6.7 et 1.6.11.

[154] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-5, article 25.33 1). ("La SIERE effectue des ajustements, par le biais de son système de facturation et de règlement et conformément aux règlements, afin que les paiements que font les catégories d'intervenants ontariens du marché prescrites par règlement correspondent progressivement aux sommes qui sont versées, conformément aux règlements, aux producteurs, aux distributeurs, à l'OEO et à la Société financière, qu'elles soient calculées en fonction des règles du marché ou aux termes des articles 78.1 à 78.5 de la Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario.")

[155] IESO Market Manual Part 5.5, pièce JPN-82, sections 1.6.7 et 1.6.11.

[156] Voir IESO Guide to Electricity Charges, pièce JPN-1; et Global Adjustment, site Web de la SIERE, ("IESO: Global Adjustment"), pièce JPN-75.

7.55 Par conséquent, l'ajustement global varie en raison inverse du PHEO – c'est-à-dire qu'une hausse du PHEO se traduit par une baisse de l'ajustement global, et inversement.[157] Lorsque le prix d'équilibre du marché/PHEO est inférieur aux prix fixés (c'est-à-dire réglementés ou contractuels), l'ajustement global sera un nombre positif représentant le montant à payer aux producteurs (et le montant facturé aux consommateurs); à l'inverse, lorsque le prix d'équilibre du marché/PHEO dépasse les prix fixés, l'ajustement global sera un nombre négatif représentant une charge pour les producteurs[158] (et un crédit pour les consommateurs). Le démarrage de toute nouvelle opération de fourniture d'électricité a un effet sur les paiements de l'ajustement global, qui augmente avec chaque nouveau contrat de conservation et de fourniture qui établit des tarifs supérieurs au prix d'équilibre du marché/PHEO.[159] L'ajustement global a été constamment positif depuis au moins 2009.[160]

7.56 Le montant total de l'ajustement global à payer aux producteurs est réparti entre les consommateurs au prorata de la quantité d'électricité qu'ils consomment, quels que soient les producteurs qui la fournissent au moment où elle est consommée.[161] Il sera calculé pour l'essentiel par l'addition de tous les ajustements des prix dus aux producteurs d'électricité, puis par la ventilation de ce montant entre les consommateurs au prorata de leurs achats d'électricité.[162] Depuis son introduction en 2005, l'ajustement global est recouvré auprès de tous les consommateurs de l'Ontario sur cette base. Toutefois, depuis janvier 2011, les plus gros consommateurs industriels dont la demande mensuelle moyenne dépasse 5 MW paient l'ajustement global sur la base de leur part de la consommation au cours des cinq heures de l'année pendant lesquelles la demande était la plus forte. Pour les autres consommateurs, l'ajustement global continue d'être facturé suivant la méthode initiale.[163] L'ajustement global moyen pour 2010 était de 2,718 cents $Can par kWh.[164]

- Prix de détail

7.57 Les prix payés par les consommateurs de détail sont généralement déterminés en ajoutant à la somme du prix d'équilibre du marché/PHEO, de l'ajustement global et d'autres redevances et charges une charge additionnelle au titre de la distribution pour couvrir le coût de la livraison de l'électricité au consommateur. Les consommateurs de détail soit achètent l'électricité à leurs SDL en fonction de l'utilisation, soit concluent un contrat d'électricité avec une SDL ou un détaillant en électricité agréé. Dans le premier cas, le consommateur de détail paie le produit électricité conformément à la GTR de la CEO[165] et, dans le deuxième cas, conformément à un contrat conclu avec le détaillant. En 2010, il y avait en Ontario 77 détaillants en électricité du secteur privé ayant vendu des "contrats aux

[157] OPA Cash Flows: novembre 2010, pièce JPN-23, page 6.
[158] Voir IESO Guide to Electricity Charges, pièce JPN-1.
[159] OPA Cash Flows: novembre 2010, pièce JPN-23, page 6.
[160] Global Adjustment Archive, site Web de la SIERE, ("Global Adjustment Archive"), pièce JPN-11.
[161] IESO, HST Guide for IESO Transactions, Issue 26.0, 12 octobre 2011, ("IESO: HST Guide for IESO Transactions"), pièce JPN-84, section 8.11, page 35.
[162] IESO: HST Guide for IESO Transactions, pièce JPN-84, page 35.
[163] Voir Ontario Regulation 398/10, made under the *Electricity Act, 1998* (pièce EU-16), articles 6 et 7.
[164] Global Adjustment Archive, pièce JPN-11.
[165] Un consommateur de détail désireux d'acheter de l'électricité en régime GTR créera un compte chez le distributeur local afin d'être raccordé à son réseau de distribution et, ce faisant, il assumera la responsabilité de prendre ou d'utiliser l'électricité fournie par la SDL. Les clients en régime GTR n'ont pas de contrat formel avec la SDL; toutefois, conformément à l'article 6.1.2 du code du réseau de distribution, "[u]n distributeur a un contrat implicite avec tout client qui est raccordé à son réseau de distribution et reçoit ses services de distribution. Les modalités du contrat implicite sont intégrées dans les Conditions de service du distributeur, le Manuel des tarifs, le barème tarifaire du distributeur, le permis du distributeur et le code du réseau de distribution". Distribution System Code, pièce JPN-70, article 6.1.2; et Conditions of Service, site Web de Hydro One, ("Hydro One: Conditions of Service"), pièce JPN-87.

entreprises et aux consommateurs".[166] Il y a à l'heure actuelle 45 détaillants en électricité agréés qui font concurrence aux SDL dans leurs secteurs de service respectifs.[167]

7.58 Les prix GTR sont payés par les usagers résidentiels et les petites entreprises qui achètent de l'électricité à leurs SDL en fonction de l'utilisation.[168] Bien que ces prix GTR soient payés aux SDL, ils sont révisés et fixés par la CEO tous les six mois, spécifiquement pour les périodes allant du 1er mai au 31 octobre et du 1er novembre au 30 avril de chaque année, et sont fondés sur les prévisions pour le PHEO et l'ajustement global.[169] L'ajustement global n'apparaît pas comme un élément distinct sur la facture d'électricité du client GTR parce qu'il est inclus directement dans les tarifs fixés par la CEO.[170] Les prix GTR varient selon le type de compteur utilisé par le client.[171] Au 1er novembre 2011, les prix facturés aux clients équipés de compteurs classiques (prix étagés) étaient de 7,1 cents $Can par kWh (palier inférieur) et 8,3 cents $Can par kWh (palier supérieur)[172]; et les prix facturés aux consommateurs équipés de compteurs intelligents (prix selon l'heure de la consommation) étaient de 6,2 cents $Can par kWh (période creuse), 9,2 cents $Can par kWh (période médiane), et 10,8 cents $Can par kWh (période de pointe).[173]

7.59 Les consommateurs de détail qui ne relèvent pas de la GTR peuvent passer un contrat de détail avec une SDL ou un détaillant en électricité agréé, aux termes duquel ils paieront l'électricité consommée pendant une période déterminée à un prix contractuel majoré de l'ajustement global.[174]

Règlement des paiements aux producteurs

7.60 La SIERE est chargée d'effectuer les règlements pour le marché "physique" de l'électricité sur lequel les participants achètent et vendent de l'énergie.[175] Le règlement pour le marché physique comporte un processus en quatre étapes, à savoir la collecte et le traitement des données, la péréquation entre les marchés, la facturation aux participants et le transfert de fonds.[176] Au cours de ce processus, la SIERE recouvrera auprès des consommateurs les paiements afférents à l'électricité consommée et distribuera ces fonds aux producteurs d'électricité.

---

[166] Ontario's Long-Term Energy Plan, pièce CDA-6, page 63.

[167] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-5, article 29; Retail Settlement Code, pièce JPN-71, articles 1.1, 2.7, 10.1, et 12; et OEB Licensed Electricity Retailers (http://www.ontarioenergyboard.ca/html/licences/all_issuedlicences_read.cfm?showtype=Electricity%20Retailer) mentionnés dans Retail Contracts, site Web de la SIERE, ("IESO: Retail Contracts"), pièce JPN-90.

[168] IESO: Global Adjustment, pièce JPN-75; et IESO, LDC Settlement of RPP and Global Adjustment, 28 septembre 2009, ("LDC Settlement"), pièce JPN-88, page 9.

[169] Ontario Energy Board, Regulated Price Plan Price Report: 1er novembre, 2011 au 31 octobre 2012, 17 octobre 2011, ("RPP Price Report: 1er novembre 2011 au 31 octobre 2012"), pièce JPN-89, page 1.

[170] IESO: Global Adjustment, pièce JPN-75.

[171] RPP Price Report: 1er novembre 2011 au 31 octobre 2012, pièce JPN-89, pages 3 à 5.

[172] OEB: Electricity Prices, pièce JPN-66. La grille applicable aux compteurs classiques établit un prix fixe plus bas pour l'énergie consommée jusqu'à concurrence d'un seuil mensuel, la consommation étant facturée à un prix plus élevé au-delà de ce niveau. Au 1er novembre 2011, les clients payaient 7,1 cents $Can par kWh pour le palier inférieur (qui va de 600 kWh à 1000 kWh par mois suivant la saison et le type de client) et 8,3 cents $Can par kWh pour le palier supérieur (toute la consommation mensuelle au-delà du palier inférieur). Voir aussi IESO Market Manual Part 5.5, pièce JPN-82, section 1.6.7.7.

[173] Voir OEB: Electricity Prices, pièce JPN-66. La grille applicable aux compteurs intelligents établit les prix de l'énergie en fonction de l'heure à laquelle l'énergie est consommée. Au 1er novembre 2011, les clients payaient 6,2 cents $Can par kWh en période creuse, 9,2 cents $Can par kWh en période médiane et 10,8 cents $Can par kWh en période de pointe. Voir aussi IESO Market Manual Part 5.5, pièce JPN-82, section 1.6.7.7.

[174] IESO: Global Adjustment, pièce JPN-75.

[175] IESO: Settlement Statements and Invoices, pièce JPN-62, page 1.

[176] IESO: Settlement Statements and Invoices, pièce JPN-62, page 1.

7.61 D'une manière générale, la partie des paiements reçus des consommateurs qui correspond au prix d'équilibre du marché/PHEO sera envoyée directement aux producteurs, alors que la partie correspondant à l'ajustement global sera transférée aux producteurs par l'intermédiaire de l'OEO ou en son nom. Toutefois, lorsque le prix d'équilibre du marché/PHEO est négatif, la SIERE recevra des producteurs un paiement correspondant à ce prix. Elle déterminera en conséquence le montant qu'un intervenant du marché devra recevoir ou payer sur la base du prix d'équilibre du marché/PHEO pendant les heures de sa participation aux marchés qu'elle administre.[177]

7.62 La SIERE recouvrera l'ajustement global auprès des consommateurs et le distribuera aux producteurs par l'intermédiaire de l'OEO ou en son nom, conformément aux sections 1.6.7 et 1.6.11 de la partie 5.5 de son manuel du marché.[178] Le règlement de l'ajustement global obéit à des règles complexes qui varient en fonction des différentes composantes de l'ajustement global et de la catégorie à laquelle appartient l'intervenant du marché. D'une manière générale cependant, les factures mensuelles sont émises par la SIERE et indiquent le montant à payer ou à recevoir par l'intervenant du marché et la date d'échéance du paiement[179], à laquelle celui-ci doit régler cette facture.[180] Ces factures comportent un poste pour la différence à régler entre le prix d'équilibre du marché/PHEO et les prix réglementés ou contractuels perçus par certains producteurs, c'est-à-dire l'ajustement global.[181] Si l'ajustement global est positif, il est recouvré auprès du consommateur; s'il est négatif, la SIERE paiera au consommateur le montant correspondant en l'imputant sur son compte de règlement provisoire.[182] La SIERE envoie ensuite à l'OEO une partie de l'ajustement global total recouvré pour régler les paiements contractuels avec les producteurs raccordés au réseau de transport et utilise le reste pour régler au nom de l'OEO les paiements contractuels avec les producteurs raccordés au réseau de distribution.[183]

7.63 Tandis que le processus de règlement pour les producteurs raccordés au réseau de transport relevant du programme TRG est le même que celui qui est décrit plus haut, les producteurs raccordés au réseau de distribution recevront la totalité de leurs paiements contractuels (c'est-à-dire le PHEO majoré de l'ajustement global) de la SDL à laquelle ils sont raccordés. La SDL concernée demandera ensuite le remboursement de l'ajustement global à l'OEO par l'intermédiaire de la SIERE.[184]

iv) Le programme TRG et les contrats TRG et microTRG[185]

7.64 Le programme TRG peut être décrit d'une manière générale comme un dispositif mis en œuvre par les pouvoirs publics de l'Ontario et leurs organismes au moyen duquel les producteurs d'électricité produite à partir de certaines formes d'énergie renouvelable perçoivent un prix garanti par

[177] IESO: Market Rules, pièce JPN-79, chapitre 7, article 8.3; et chapitre 9, articles 3.1.1, 3.1.3, 3.3, 6.10.2 et 6.11.1.

[178] IESO Market Manual Part 5.5, pièce JPN-82, sections 1.6.7 et 1.6.11.

[179] Voir IESO: Market Rules, pièce JPN-79, chapitre 9, article 6.10.2.

[180] Voir IESO: Market Rules, pièce JPN-79, chapitre 9, article 6.11.1.

[181] OPA, 2006 Business Plan, 30 septembre 2005, ("OPA's 2006 Business Plan"), pièce JPN-92, page 26.

[182] Voir IESO: Market Rules, pièce JPN-79, chapitre 9, article 6.11.

[183] Voir IESO Market Manual Part 5.5, pièce JPN-82, section 1.6.7.8. IESO Guide to Online Data Submission via the IESO Portal, mars 2011, ("IESO Guide to Online Data Submission"), pièce JPN-93, pages 20 et 21.

[184] Le processus de règlement pour les paiements versés aux producteurs relevant du programme TRG est examiné plus loin aux paragraphes 7.204 à 7.207.

[185] Une description et une analyse plus détaillées du programme TRG et des contrats TRG et microTRG figurent plus loin aux paragraphes 7.195 à 7.248, où nous évaluons le bien-fondé des arguments des parties concernant la qualification factuelle et juridique appropriée des mesures contestées au regard de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.

kWh d'électricité injectée dans le réseau d'électricité de l'Ontario, dans le cadre de contrats conclus avec l'OEO pour une durée de 20 ans ou de 40 ans. Dans le cas des projets éoliens dont la capacité de production d'électricité est supérieure à 10 kW et des projets solaires dont la capacité va jusqu'à 10 MW, l'élaboration et la construction de l'installation de production d'électricité admissible doivent satisfaire à un "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux".

7.65 Le programme TRG a été lancé formellement par l'OEO le 1er octobre 2009 conformément à la directive du Ministre de l'énergie et de l'infrastructure de l'Ontario[186] agissant en vertu de la *Loi de 1998 sur l'électricité*[187], modifiée par la *Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte*.[188] Le programme TRG est la troisième d'une série d'initiatives adoptées par les pouvoirs publics de l'Ontario depuis 2004 pour augmenter la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelable dans le réseau d'électricité de l'Ontario afin de diversifier l'approvisionnement et de contribuer à remplacer les installations au charbon.[189] Les quatre objectifs du programme, tels qu'ils sont décrits par le Ministre de l'énergie et de l'infrastructure de l'Ontario, sont les suivants: i) "accroître la capacité de fourniture d'énergie renouvelable pour assurer une production adéquate et de réduire les émissions"; ii) "introduire une méthode d'acquisition plus simple et développer les capacités de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables"; iii) "promouvoir de nouvelles industries vertes grâce à de nouveaux investissements et à la création d'emplois"; et iv) "établir des incitations en faveur de l'investissement dans les technologies d'énergie renouvelable".[190]

7.66 La participation au programme TRG est ouverte aux installations implantées en Ontario qui produisent de l'électricité exclusivement à partir d'une ou de plusieurs des sources d'énergie renouvelables suivantes: éolienne, solaire photovoltaïque, biomasse renouvelable, biogaz, gaz d'enfouissement ou énergie hydraulique.[191] Le programme est divisé en deux filières: i) la filière

[186] Directive TRG de 2009 du Ministre, pièce JPN-102.

[187] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-5, articles 25.32 et 25.35, modifiée par la *Green Energy and Green Economy Act of 2009*, S.O. 2009, c. 12, Schedule B, ("*Loi de 2009 sur l'énergie verte*"), pièce JPN-101.

[188] *Loi de 2009 sur l'énergie verte*, pièce JPN-101, articles 5 2) et 7.

[189] Voir par exemple Ontario's Long-Term Energy Plan, pièce CDA-6, pages 7, 9 et 10, 19 et 31. Les deux initiatives antérieures étaient le programme de *demande de proposition pour l'approvisionnement en énergie renouvelable I* (2004), *II* (2005) et *III* (2008), et le *programme d'offre standard en matière d'énergie renouvelable* (2006). Voir Ontario Ministry of Energy, Request for Proposals for 300 MW of Renewable Energy Supply (RES I), issued 24 juin 2004, ("RES I"), pièce CDA-52; Ontario Ministry of Energy, Request for Proposals for 1,000 MW of Renewable Energy Supply (RES II), issued 17 juin 2005, ("RES II"), pièce CDA-53; Ontario Ministry of Energy, Request for Proposals for approximately 500 MW of Renewable Energy Supply (RES III), issued 22 août 2008, ("RES III"), pièce CDA-54; et Ontario Power Authority, Joint Report to the Minister of Energy Recommendations on a Standard Offer Program for Small Generators connected to a Distribution System (RESOP), 17 mars 2006, ("RESOP"), pièce CDA-55.

[190] Directive TRG de 2009 du Ministre, pièce JPN-102, page 1. Plus spécifiquement, l'OEO explique que le programme a été élaboré:

> [a]fin d'encourager et de promouvoir une utilisation accrue des sources d'énergie renouvelable, y compris l'énergie éolienne, l'énergie hydraulique, la biomasse renouvelable, le biogaz, les gaz d'enfouissement et l'énergie solaire photovoltaïque pour les projets de production d'électricité en Ontario. L'objectif fondamental du programme TRG, conjointement avec la Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte, est de faciliter l'expansion d'installations de production d'énergie renouvelable diverses quant à la taille, la technologie et la configuration par le biais d'un processus normalisé, ouvert et équitable. (Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Programme Rules, Version 1.5.1, 15 juillet 2011, ("FIT Rules"), pièce JPN-119, article 1.1).

[191] FIT Rules, pièce JPN-119, article 2.1 a); et Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Appendix 1, Standard Definitions, Version 1.5.1, 15 juillet 2011, ("FIT Standard Definitions"), pièce JPN-135, Définitions n° 215 et 216.

TRG – pour les projets avec une capacité de production d'électricité supérieure à 10 kW mais de 10 MW au maximum pour les projets solaires photovoltaïques ou de 50 MW au maximum pour les projets hydrauliques; et ii) la filière microTRG – pour les projets avec une capacité de production d'électricité allant jusqu'à 10 kW (généralement les petits projets de production par les ménages, les exploitations agricoles ou les entreprises).[192]

7.67 Le programme TRG est administré par l'OEO et mis en œuvre au moyen de l'application d'un ensemble de règles standard, de contrats types et, pour chaque catégorie de technologies de production, de prix standard. Les règles standard figurent dans plusieurs instruments, les plus spécifiques étant les règles TRG et règles microTRG élaborées par l'OEO. Les autres règles pertinentes figurent dans les règles du marché de la SIERE, le manuel du marché de la SIERE, le code du réseau de transport, le code du réseau de distribution et le code du règlement au détail.

7.68 Seuls les projets qui satisfont à toutes les conditions spécifiques d'admissibilité énoncées dans les règles TRG et microTRG[193] et qui peuvent être raccordés au réseau d'électricité de l'Ontario[194] se verront proposer un contrat et seront de ce fait autorisés à participer au programme. En concluant un contrat TRG ou microTRG, une entité admissible sera tenue, entre autres, de construire, d'exploiter et d'entretenir l'installation agréée de production d'électricité à partir d'énergie renouvelable, conformément à toutes les lois et réglementations pertinentes, et d'injecter l'électricité produite dans le réseau d'électricité de l'Ontario. En contrepartie de l'exécution de ces obligations et d'autres obligations contractuelles, elle sera rémunérée conformément aux modalités du contrat en question, selon une formule qui est fondée sur un prix contractuel standard établi par l'OEO.[195] Cela se fait par l'application de mécanismes semblables à ceux qui sont utilisés pour le règlement des paiements aux producteurs qui injectent de l'électricité dans le réseau d'électricité de l'Ontario dans le cadre de contrats autres que les contrats TRG.[196] Ainsi, alors que l'OEO est contractuellement responsable en dernier ressort de tous les paiements afférents aux contrats TRG et microTRG[197], dans la pratique, les paiements effectifs sont versés à la fois par l'OEO, la SIERE et les SDL pertinentes.

5. Ordre d'analyse

7.69 Les plaignants allèguent que le Canada agit d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'Accord SMC, de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994 en raison du "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" adopté par la province de l'Ontario dans le cadre du programme TRG et mis en œuvre au moyen des contrats TRG et microTRG. Selon eux, le Groupe spécial devrait évaluer le bien-fondé de ces allégations en axant d'abord son examen sur celles qui sont présentées au titre de l'Accord SMC. Les plaignants justifient cette affirmation en faisant valoir que des trois accords visés qui sont invoqués dans les présents différends, l'Accord SMC est celui qui

[192] FIT Rules, pièce JPN-119, article 2.1 a) iii); et Ontario Power Authority, microFIT Rules, Version 1.6.1, 10 août 2011, ("microFIT Rules"), pièce JPN-157, article 2.1 a) iv).

[193] FIT Rules, pièce JPN-119, articles 2 et 3; et microFIT Rules, pièce JPN-157, articles 2 et 3.

[194] En particulier, pour les projets TRG, l'OEO doit d'abord confirmer qu'il y a des ressources disponibles pour raccorder l'installation proposée de production d'électricité à partir d'énergie renouvelable au réseau de transport ou de distribution pertinent. FIT Rules, pièce JPN-119, articles 5.2 ("Transmission Availability Test") et 5.3 ("Distribution Availability Test"). De même, pour les projets microTRG, il doit y avoir un accord de raccordement opérationnel entre la société de distribution locale et l'installation de production microTRG. MicroFIT Rules, pièce JPN-157, article 4.1.

[195] FIT Rules, pièce JPN-119, articles 7.1 a), 7.1 b), et 10.1 a); FIT Price Schedule, 3 juin 2011, ("2011 FIT Price Schedule"), pièce JPN-30; FIT Contract, pièce JPN-127, article 3.1 et annexe B; et microFIT Price Schedule, 13 août 2010, ("2010 microFIT Price Schedule"), pièce JPN-31.

[196] FIT Rules, pièce JPN-119, article 8.1 et 8.2; et FIT Contract, pièce JPN-127, article 4.2 à 4.4 et annexe B.

[197] FIT Rules, pièce JPN-119, article 6.3 a).

traite le plus spécifiquement et le plus en détail les mesures en cause, y compris en ce qui concerne la nature de la mesure corrective qui peut être prise au cas où il est constaté qu'il y a violation. Le Canada, par contre, considère que le Groupe spécial devrait examiner d'abord les allégations des plaignants au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 parce que, à son avis, cette disposition est celle qui traite le plus spécifiquement et le plus en détail l'élément central de la contestation des plaignants, à savoir le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux".

7.70 Nous notons que les plaignants affirment, et que le Canada ne conteste pas, que les mesures en cause sont des mesures concernant les investissements et liées au commerce qui affectent les importations de matériel et de composants pour la production d'énergie renouvelable. Cela donne à penser que, en comparaison avec l'Accord SMC et l'article III:4 du GATT de 1994, c'est l'Accord sur les MIC qui concerne le plus directement, le plus spécifiquement et le plus en détail[198] les aspects du programme TRG, ainsi que des contrats TRG et microTRG, qui sont au centre des préoccupations des plaignants. Cela étant, nous commencerons notre évaluation des allégations des plaignants en l'axant sur celles qui sont présentées au titre de l'Accord sur les MIC. Toutefois, il ressort clairement des termes de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC que, pour entreprendre cette évaluation[199], nous devrons aussi nécessairement nous forger un avis sur le bien-fondé des allégations des plaignants concernant la compatibilité des mesures contestées avec l'article III:4 du GATT de 1994. Par conséquent, dans la section qui suit, nous évaluerons simultanément le bien-fondé des allégations présentées par les plaignants tant au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC qu'au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

B. QUESTION DE SAVOIR SI LE CANADA AGIT D'UNE MANIERE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2:1 DE L'ACCORD SUR LES MIC ET L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994

1. Arguments des parties

a) Japon

7.71 Le Japon allègue que le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG sont i) des mesures concernant les investissements et liées au commerce qui sont incompatibles avec l'obligation du Canada au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC; et ii) des mesures incompatibles avec l'obligation du Canada d'accorder le traitement national au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

7.72 Le Japon fait valoir que le programme TRG, ainsi que les contrats TRG et microTRG, sont des MIC relevant de l'Accord sur les MIC parce que, par le biais de l'application des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux imposées, ils i) "encouragent les investissements dans la production d'énergie renouvelable et de matériel connexe en Ontario"[200]; et ii) par définition, favorisent l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés (à savoir le matériel de production d'énergie éolienne et solaire) et sont donc "liés au commerce".[201] Il rappelle qu'une MIC sera contraire à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC si elle est incompatible avec l'article III ou l'article XI du GATT de 1994.[202] Par conséquent, dans la mesure où ils sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994, le Japon estime que le programme TRG, ainsi

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

[199] Le texte de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC est reproduit et analysé plus loin, aux paragraphes 7.114 à 7.121.

[200] Première communication écrite du Japon, paragraphe 298, citant la directive TRG du 24 septembre 2009 du Ministre, qui fait référence aux nouveaux investissements dans les technologies d'énergie renouvelable. Voir la directive TRG de 2009 du Ministre, pièce JPN-102, page 1.

[201] Première communication écrite du Japon, paragraphe 299, citant le rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.82.

[202] Première communication écrite du Japon, paragraphe 296.

que les contrats TRG et microTRG, sont aussi nécessairement incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.[203] En tout état de cause, il déclare que l'incompatibilité des mesures contestées avec l'article 2:1 ressort aussi clairement des termes du paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord sur les MIC, qui décrit une catégorie de MIC réputée incompatible avec l'obligation d'accorder le traitement national figurant à l'article III:4 du GATT de 1994.[204]

7.73 Le Japon fait aussi valoir que le programme TRG, ainsi que les contrats TRG et microTRG, sont incompatibles avec 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.[205] Premièrement, le matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué localement en Ontario et celui qui est importé du Japon sont des "produits similaires" parce qu'ils sont directement concurrents sur le marché et qu'il n'y a aucune différence substantielle entre le matériel national et le matériel importé en ce qui concerne leurs propriétés physiques, les utilisations finales, les perceptions des consommateurs et les classements tarifaires. Deuxièmement, les règles du programme et des contrats TRG relatives à la teneur en éléments nationaux sont des "prescriptions" en ce sens qu'elles sont des conditions auxquelles les producteurs TRG se conforment volontairement afin d'obtenir un avantage. Troisièmement, les règles du programme et des contrats TRG relatives à la teneur en éléments nationaux "affectent" la "vente", l'"achat" ou l'"utilisation" de matériel de production d'énergie renouvelable "sur le marché intérieur" en ce sens qu'elles incitent les producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque en Ontario à choisir du matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué en Ontario. 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 aux produits similaires d'origine ontarienne parce qu'elles modifient les conditions de concurrence au détriment des produits importés.[206]

7.74 À cet égard, le Japon déclare que l'article III:8 a) du GATT de 1994 ne s'applique pas aux mesures en cause en se fondant sur les trois principaux arguments suivants.

7.75 Premièrement, le Japon fait valoir que les contrats TRG ne sont pas une "acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés". À son avis, l'OEO n'"achète" pas de l'électricité "pour les besoins des pouvoirs publics". En outre, selon lui, même s'il était possible de conclure que des produits ont été "achetés" dans le cadre des contrats TRG, ces achats ne pourraient pas équivaloir à une "acquisition" par des organes gouvernementaux, au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994, suivant l'interprétation correcte du terme "acquisition" selon les règles coutumières d'interprétation des traités du droit international.[207]

7.76 Deuxièmement, le Japon fait valoir que les contrats TRG ne sont pas conclus "pour les besoins des pouvoirs publics". Il est d'avis que, correctement interprétée suivant les règles coutumières d'interprétation des traités, l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" signifie pour l'utilisation, la consommation ou l'avantage en relation avec les pouvoirs publics. Il soutient que

[203] Première communication écrite du Japon, paragraphes 295 et 300.
[204] Première communication écrite du Japon, paragraphes 295, et 301 et 302.
[205] Première communication écrite du Japon, paragraphe 262.
[206] Première communication écrite du Japon, paragraphes 262 à 283.
[207] Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 49 à 58; deuxième communication écrite, paragraphes 54 et 60; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 27 et 28, et 32.

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.[208]

7.77 Enfin, le Japon déclare que les contrats TRG sont conlus "pour [une] reven[te] dans le commerce". Il fait valoir qu'interprétée correctement, l'expression "pour être revendu dans le commerce" signifie pour être vendu dans les circuits commerciaux, par opposition au fait d'être utilisé ou consommé par les pouvoirs publics. Du fait que l'électricité fournie dans le cadre des contrats TRG est injectée dans le réseau de transport et livrée presque instantanément aux consommateurs en Ontario pour être utilisée, le Japon soutient que, dans la mesure où elle peut être considérée comme ayant été achetée par les pouvoirs publics de l'Ontario en vertu des contrats TRG, cette électricité est achetée pour être revendue dans le commerce.[209]

b) Union européenne

7.78 L'Union européenne fait valoir que le programme TRG, ainsi que les contrats TRG et microTRG, sont i) des mesures concernant les investissements et liées 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; et ii) des mesures incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994.[210]

7.79 Selon l'Union européenne, les mesures contestées sont des MIC parce que: i) elles 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[211]; et ii) le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" affecte le commerce de matériel et de composants pour la production d'énergie éolienne et solaire, car il crée une incitation à acheter ou utiliser les produits ontariens au détriment des produits similaires importés.[212]

7.80 L'Union européenne déclare qu'il est possible d'établir qu'une MIC est incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC: soit i) en présentant des éléments de preuve pour démontrer l'existence de l'une quelconque des situations décrites dans la liste exemplative de MIC; soit ii) en démontrant autrement qu'il y a violation de l'article III:4 du GATT de 1994 sur la base des termes de cette disposition.[213] Elle formule ces deux arguments dans les présents différends. Par conséquent, elle fait valoir que les mesures contestées sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, lu à la lumière de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et du paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord, parce que, à son avis, il s'agit de MIC qui prescrivent l'achat ou l'utilisation par des entités de matériel et de composants pour installations de production d'énergie renouvelable d'origine ou de source ontarienne.[214] En outre, elle fait valoir que le programme TRG et ses contrats connexes sont incompatibles avec les termes de l'article III:4 du GATT de 1994 parce que, par le biais de

[208] Japon, première communication écrite, note de bas de page 457; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 53 et 69 à 75; deuxième communication écrite, paragraphe 61; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 33; et réponse à la question n° 47 (deuxième série) du Groupe spécial.

[209] Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 78 à 85; deuxième communication écrite, paragraphes 64 à 71; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 36 à 39; et réponse à la question n° 48 (deuxième série) du Groupe spécial.

[210] Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 98 à 106.

[211] Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 100, faisant référence aux éléments de preuve présentés par le Japon dans sa première communication écrite, paragraphes 121 à 128, et aux objectifs mentionnés dans la directive du Ministre à l'OEO. (Directive TRG de 2009 du Ministre, pièce JPN-102, pages 1 et 2).

[212] Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 101 et 102.

[213] Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 151, 156 et 157.

[214] Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 141 et 153.

l'application du "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux", ils accordent au matériel et aux composants pour installations de production d'énergie renouvelable importés un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires originaires de l'Ontario.[215] À cet égard, l'Union européenne approuve et fait siens les arguments présentés par le Japon pour ce qui est de savoir en quoi les mesures en cause sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994.[216]

7.81 L'Union européenne déclare que l'article III:8 du GATT de 1994 ne s'applique pas aux mesures en cause en se fondant sur quatre arguments principaux.

7.82 Premièrement, l'Union européenne fait valoir que l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'est pas applicable parce qu'il vise uniquement les prescriptions concernant directement les produits achetés par les pouvoirs publics. Elle déclare qu'en l'espèce, le produit dont il est allégué qu'il est acquis par les pouvoirs publics de l'Ontario est l'électricité produite par les producteurs TRG. Or, le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" en cause se rapporte 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, l'électricité, et en est complètement dissociée. Par conséquent, l'Union européenne fait valoir que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" ne "régit" pas l'acquisition d'électricité alléguée parce qu'il ne se rapporte pas à l'objet de l'acquisition alléguée.[217]

7.83 Deuxièmement, l'Union européenne fait valoir que l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'est pas applicable parce que le programme TRG n'implique pas un "achat" ou une "acquisition". Selon elle, le terme anglais "procurement" à l'article III:8 a) signifie "acquisition". À son avis, l'OEO n'acquiert pas de l'électricité auprès des producteurs TRG dans le cadre du programme TRG. Elle affirme qu'en fait, l'OEO facilite la production d'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables et ordonne aux producteurs TRG d'injecter leur électricité dans le réseau.[218]

7.84 Troisièmement, l'Union européenne fait valoir que l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'est pas applicable parce que, même à supposer que les mesures impliquent un "achat" ou une "acquisition" d'électricité, cette action n'est pas menée "pour les besoins des pouvoirs publics". Selon elle, la question essentielle à cet égard est de savoir si l'électricité achetée par l'OEO est acquise pour répondre aux besoins des pouvoirs publics de l'Ontario. À son avis, 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 n'est pas utilisée par l'OEO ni par les pouvoirs publics de l'Ontario pour remplir l'une quelconque de leurs fonctions en tant que service public, et ne répond pas non plus à leurs besoins.[219]

7.85 Enfin, l'Union européenne fait valoir que l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'est pas applicable parce que tout achat d'électricité dans le cadre du programme TRG est effectué "pour la revente dans le commerce et/ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans

[215] Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 156, et 158 à 162.
[216] Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 106 et 158.
[217] Union européenne, réponse à la question n° 22 (première série) du Groupe spécial; et déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 41.
[218] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 57 et 115; réponse à la question n° 49 (première série) du Groupe spécial; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 12.
[219] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 116 à 132; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 36 et 37; deuxième communication écrite, paragraphes 125 à 133; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 41 à 49; et réponses aux questions n° 46 et 47 (deuxième série) du Groupe spécial.

le commerce".[220] À cet égard, elle estime qu'une "revente dans le commerce" au sens de l'article III:8 a) n'exige pas nécessairement que le produit en question soit revendu en vue d'un *bénéfice*. Elle déclare qu'en fait, l'article III:8 a) dispose simplement que le produit acheté est vendu, fait l'objet d'échanges ou est introduit sur le marché de ce produit particulier. Elle affirme que l'électricité produite par les producteurs TRG est introduite sur le marché et vendue à tous les consommateurs à des prix commerciaux. En outre, elle fait aussi valoir qu'étant donné que l'électricité produite par les producteurs TRG est injectée dans le réseau, le produit acheté sert à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce.[221]

c) Canada

7.86 Le Canada fait valoir que le programme TRG n'est pas assujetti aux obligations énoncées à l'article III du GATT de 1994 parce que les lois et prescriptions qui l'établissent et le mettent en œuvre sont des lois et prescriptions qui régissent l'acquisition d'électricité renouvelable pour la réalisation de l'objectif des pouvoirs publics qui est d'assurer aux consommateurs ontariens un approvisionnement en électricité provenant de sources propres, et non pour que cette électricité soit revendue dans le commerce ou serve à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce.[222] Le Canada déclare que par conséquent, étant donné que le programme TRG n'est pas assujetti à l'article III du GATT de 1994, il ne peut pas être incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.[223]

7.87 Pour étayer son opinion selon laquelle l'article III:8 a) du GATT de 1994 s'applique aux mesures en cause, le Canada présente quatre arguments principaux.

7.88 Premièrement, le Canada soutient que les mesures contestées sont des lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition d'électricité. Il déclare que l'article 25.35 de la *Loi de 1998 sur l'électricité*, la directive ministérielle ainsi que les règles et contrats TRG et microTRG sont des lois ou des prescriptions aux fins de l'article III:8 a). Il fait valoir en outre que 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 au titre de l'article III du GATT de 1994.[224] Il soutient que son interprétation est étayée par l'Accord sur les marchés publics (l'"AMP") et par des ouvrages universitaires sur l'AMP.[225] Enfin, il déclare que rien dans le libellé de l'article III:8 a) ne dispose que la "prescription relative à la teneur en éléments nationaux" doit "régir" l'acquisition. À titre subsidiaire, le Canada fait valoir que la prescription relative à la teneur en éléments nationaux "régit" effectivement l'acquisition par l'OEO d'électricité éolienne et solaire.[226]

[220] Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 133.
[221] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 128 à 132; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 38 à 40; deuxième communication écrite, paragraphes 134 à 149; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 50 à 59; et réponse à la question n° 48 (deuxième série) du Groupe spécial.
[222] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphe 67.
[223] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphe 101.
[224] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphe 68; première communication écrite (DS426), paragraphe 13; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 10 et 46 à 48; réponse à la question n° 22 (première série) du Groupe spécial; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 62 et 69.
[225] Canada, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 49 à 51; et réponse à la question n° 22 (première série) du Groupe spécial.
[226] Déclaration liminaire du Canada à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 64 et 65.

7.89 Deuxièmement, le Canada affirme que l'OEO acquiert de l'électricité. Il souligne qu'il n'y a pas désaccord entre les parties sur le fait que l'OEO est un organe gouvernemental.[227] Il explique aussi que plusieurs sections des mesures contestées indiquent expressément que l'OEO acquiert de l'électricité renouvelable.[228] En tout état de cause, le Canada fait valoir que le sens ordinaire du mot "procurement" (acquisition) est "[t]he action of obtaining something; acquisition […]" ([l]'action d'obtenir quelque chose; action d'acquérir …).[229] Il soutient que ce sens est confirmé par son contexte à l'article III:8 a), puisqu'il fait référence à l'acquisition de produits "achetés", et que le sens ordinaire 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).[230] Par conséquent, selon le Canada, "l'article III:8 a) s'applique à l'acquisition par les pouvoirs publics de produits contre paiement".[231] Le Canada soutient que l'OEO achète de l'électricité renouvelable pour les raisons suivantes: i) les mesures contestées disposent que l'OEO achète de l'électricité renouvelable; ii) l'OEO verse de l'argent uniquement en échange de l'électricité renouvelable qui est produite et injectée dans le réseau[232]; iii) l'OEO achète aussi les produits dérivés résultant de la production d'électricité renouvelable, y compris des crédits d'émission de carbone et des "produits connexes contractuels futurs"[233]; et iv) l'OEO paie une taxe sur les ventes dans le cadre des contrats TRG, qui est payée en Ontario, par l'acquéreur de biens et de services.[234]

7.90 Troisièmement, le Canada fait valoir que, selon son sens ordinaire, un "achat pour les besoins des pouvoirs publics" est un achat effectué pour un but des pouvoirs publics. L'achat d'électricité renouvelable par l'OEO contribue à réaliser l'objectif des pouvoirs publics de l'Ontario qui est d'assurer un approvisionnement en électricité suffisant et fiable à partir de sources propres.[235]

---

[227] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphe 70.

[228] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphes 71 à 75. Voir aussi Canada, première communication écrite (DS426), paragraphe 16; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 29; déclaration orale finale à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 3; deuxième communication écrite, paragraphe 19; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 20.

[229] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphe 76, citant la définition du mot "procurement" (acquisition) dans le dictionnaire OED en ligne (dictionnaire OED en ligne, définition de "procurement" ("OED Online Dictionary: procurement"), pièce CDA-39). Voir aussi la deuxième communication écrite du Canada, paragraphe 24.

[230] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphe 76, citant la définition de "purchase" (achat) dans le dictionnaire OED en ligne (dictionnaire OED en ligne, définition de "purchase" ("OED Online Dictionary: purchase"), pièce CDA-40).

[231] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphe 77. Voir aussi la réponse du Canada à la question n° 56 (première série) du Groupe spécial.

[232] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphes 77 à 80. Voir aussi Canada, première communication écrite (DS426), paragraphe 16; deuxième communication écrite, paragraphes 16 et 43; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 20; et déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 2.

[233] Canada, première communication écrite (DS426), paragraphe 16; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 17 à 20, faisant référence au contrat TRG, pièce JPN-127, article 2.10 a); et deuxième communication écrite, paragraphe 15.

[234] Première communication écrite du Canada (DS426), paragraphe 17, faisant référence à Canada Revenue Agency, How GST/HST works ("How GST/HST Works"), pièce CDA-56; FIT Contract, pièce JPN-127, article 3.5; et FIT Rules, pièce JPN-119, article 7.3 d). Voir aussi la déclaration liminaire du Canada à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 21.

[235] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphes 86 à 88; première communication écrite (DS426), paragraphes 23 à 34; déclaration finale à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 9; réponse à la question n° 28 (première série) du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphes 50 à 67; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 33 à 46;

7.91 Enfin, le Canada déclare que l'achat d'électricité renouvelable par l'OEO n'est pas effectué pour une revente dans le commerce car ce n'est pas un achat ayant pour but une revente avec bénéfice. De même, l'OEO 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'utilisent l'électricité pour produire des marchandises.[236]

2. Arguments des tierces parties

a) Australie

7.92 S'agissant de l'expression "governmental purposes" (besoins des pouvoirs publics) figurant à l'article III:8 a) du GATT de 1994, l'Australie note que le sens ordinaire du mot "purpose" peut être "practical advantage or use" (avantage ou utilisation pratiques).[237] Bien que ce sens ordinaire ne soit peut-être pas aussi courant que celui que le Canada laisse entendre, l'Australie estime qu'il apparaît plus approprié si l'on considère l'expression "les besoins" qui figure dans la version française de l'article III:8 a) du GATT de 1994. En ce qui concerne l'expression "pour être revendus dans le commerce", elle note que le sens ordinaire du terme anglais "commercial" est "concerné par le "commerce" ou engagé dans le "commerce"; le commerce est défini comme étant l'activité d'acheter et de vendre".[238] À son avis, la notion de bénéfice dans ces deux définitions est un aspect secondaire. L'Australie déclare qu'une interprétation de l'expression "pour être revendus dans le commerce" comme signifiant achat effectué en vue d'une revente avec bénéfice serait une définition trop étroite – qui élargirait les exemptions possibles des obligations d'accorder le traitement national énoncées à l'article III. Elle dit que l'article III:8 a) 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.[239]

b) Brésil

7.93 Le Brésil estime que les plaignants limitent indûment le champ de l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a) du GATT de 1994, en soutenant qu'elle vise uniquement les achats effectués pour le propre usage des pouvoirs publics ou leur propre avantage. À son avis, l'interprétation des plaignants semble indiquer que le seul objectif des pouvoirs publics est d'assurer le maintien et le fonctionnement normal de leur bureaucratie, sans tenir compte du fait que la bureaucratie d'État n'est qu'un moyen de réaliser une multitude de fins, définies par chaque société. Le Brésil soutient que l'expression "besoins des pouvoirs publics" ne peut pas être interprétée conceptuellement, et qu'elle peut être interprétée uniquement au cas par cas et au vu de la fonction spécifique exercée par les pouvoirs publics considérés dans chaque secteur de l'économie. Toutefois,

---

déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 5 à 12; et réponse à la question n° 47 (deuxième série) du Groupe spécial.

[236] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphes 90 à 97; première communication écrite (DS426), paragraphes 35 à 47; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 54 à 72; réponse à la question n° 25 a) (première série) du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphes 68 à 83; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 47 à 59; déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 13 à 16; et réponse à la question n° 48 (deuxième série) du Groupe spécial.

[237] Australie, communication en tant que tierce partie (DS412), paragraphe 20; et communication en tant que tierce partie (DS426), paragraphe 20.

[238] Australie, communication en tant que tierce partie (DS412), paragraphe 30; et communication en tant que tierce partie (DS426), paragraphe 30.

[239] Australie, communication en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 16 à 35; communication en tant que tierce partie (DS426), paragraphes 16 à 35; et déclaration en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 21 à 24.

il estime que la définition des "besoins des pouvoirs publics" ne peut pas être aussi large que le laisse entendre le Canada, car cela amoindrirait considérablement la portée de l'obligation d'accorder le traitement national énoncé à l'article III du GATT de 1994.[240]

c) Chine

7.94 La Chine estime que l'expression "achetés pour les besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a) du GATT de 1994 signifie que i) les pouvoirs publics sont la raison de l'achat; ii) ils tireront avantage du résultat ou de l'effet de l'achat; ou iii) ils sont le but ou la fin de l'achat. Dans les présents différends, elle considère que l'électricité achetée par l'OEO ne l'est pas pour les besoins des pouvoirs publics parce qu'elle est injectée dans le réseau pour être vendue aux consommateurs finals. En outre, la Chine note que l'électricité vendue aux agents économiques servira à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce.[241]

d) Union européenne (dans le différend DS412)

7.95 En tant que tierce partie dans le différend DS412, l'Union européenne estime que le matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué en Ontario et celui qui est importé du Japon et d'autres pays sont des "produits similaires" au sens de l'article III:4 du GATT de 1994. Elle soutient que les mesures contestées sont des "prescriptions" au sens de l'article III:4 et que l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que les mesures contestées modifient de manière défavorable les conditions de concurrence entre les produits nationaux et les produits similaires importés. L'Union européenne rappelle que 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. S'agissant de l'article III:8 a), elle estime qu'il n'y a pas d'"acquisition" au sens de cette disposition, et que même si les pouvoirs publics de l'Ontario acquéraient effectivement de l'électricité, ce serait pour qu'elle soit revendue dans le commerce ou serve à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce.[242]

7.96 Passant aux allégations au titre de l'Accord sur les MIC, l'Union européenne souligne que l'Accord sur les MIC est un accord à part entière, qui s'applique indépendamment de l'article III du GATT de 1994. Elle note aussi que les mesures en cause seraient visées par le paragraphe 1 a) de l'Annexe de l'Accord sur les MIC. Une constatation établissant qu'une mesure relève du paragraphe 1 a) 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.[243]

e) Japon (dans le différend DS426)

7.97 En tant que tierce partie dans le différend DS426, le Japon soutient que la qualification et le traitement prévus par le droit interne ne peuvent pas avoir d'incidence sur l'application ou l'interprétation des dispositions des accords visés, ou plus généralement, sur la détermination du point de savoir s'il y a eu manquement à une obligation dans le cadre de l'OMC. Pour des raisons semblables, il estime que la manière dont un Membre choisit d'administrer son régime fiscal est peu

[240] Déclaration du Brésil en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 2 à 8.
[241] Chine, communication en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 8 à 22; et déclaration en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 2 et 3.
[242] Communication de l'Union européenne en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 27 à 42.
[243] Communication de l'Union européenne en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 43 à 47.

pertinent pour la question de savoir si une transaction particulière est une "acquisition" ou un "achat" aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994.[244]

f) Corée

7.98 La Corée estime que le texte de l'article III:8 a), lu dans son ensemble, donne à penser que le sens du mot "acquisition" n'est pas complètement identique à celui du mot "achat", puisque cette disposition 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 que le terme "acquisition" englobe toute forme d'acquisition par les pouvoirs publics, y compris, mais non exclusivement, l'"achat".[245]

7.99 En outre, la Corée déclare que la puissance électrique n'est pas un objet matériel, mais 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). Elle soutient que la question reste ouverte pour ce qui est de savoir, dans les circonstances des présents différends, i) si l'électricité devrait être considérée comme un "produit", et ii) si une définition du "produit" (faisant référence à l'électricité renouvelable éolienne, solaire photovoltaïque ou provenant d'autres sources "propres") qui prend en considération les méthodes utilisées pour produire l'électricité serait appropriée lorsque l'intention est de réaliser des objectifs environnementaux importants.[246]

7.100 Quant à l'expression "besoins des pouvoirs publics", la Corée soutient que l'interprétation qui en est donnée par le Canada reviendrait à considérer que toutes les acquisitions des pouvoirs publics sont effectuées "pour les besoins des pouvoirs publics", ce qui la rendrait inutile. En outre, elle note qu'il apparaît que le Canada laisse entendre que les "besoins des pouvoirs publics" peuvent être distingués de l'intérêt de la société dans le but allégué de l'action gouvernementale. Elle estime que le Canada a raison de souligner l'importance d'un approvisionnement adéquat et fiable en énergie électrique pour le bien-être public. Cependant, elle note que la même description pourrait s'appliquer à presque tout autre domaine de l'activité économique. Par conséquent, la Corée soutient qu'il apparaîtrait qu'un critère au titre de l'article III:8 a) qui exige seulement un certain lien entre l'achat et une question quelconque relative au bien-être public est inadéquat.[247]

g) Mexique

7.101 Le Mexique estime que lorsqu'il est constaté qu'une subvention subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés est prohibée au titre de l'Accord SMC, il y a nécessairement violation de l'obligation d'accorder le traitement national prévue à l'article III du GATT de 1994. En outre, les mesures subordonnées à l'utilisation de produits nationaux constituent des mesures concernant les investissements et, étant incompatibles avec l'article III du GATT de 1994, elles entraînent aussi automatiquement une violation de l'article 2:1 de l'Accord SMC. Toutefois, le Mexique est d'avis que, dans le cas d'achats par les pouvoirs publics, les mesures sont exclues du champ d'application de l'article III du GATT de 1994 et de l'article 2:1 de l'Accord SMC.[248]

[244] Communication du Japon en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 13 à 15.
[245] Communication de la Corée en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 16 à 18.
[246] Communication de la Corée en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 22 à 26.
[247] Communication de la Corée en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 31 à 34.
[248] Mexique, communication en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 16 à 19; et communication en tant que tierce partie (DS426), paragraphes 16 à 19.

h) Norvège

7.102 La Norvège convient avec les plaignants que la question essentielle dans les présents différends est de savoir si l'OEO "achète" effectivement de l'électricité, ou s'il fonctionne uniquement comme "chambre de compensation". À cet égard, elle fait valoir qu'il ne suffit pas d'examiner si les activités de l'OEO sont désignées par le terme "acquisition". S'agissant de l'interprétation par le Canada de l'expression "besoins des pouvoirs publics", la Norvège estime qu'elle inclurait en pratique tout achat effectué par les pouvoirs publics. Cela rendrait l'expression "besoins des pouvoirs publics" inutile et permettrait aussi aux Membres de contourner l'obligation énoncée à l'article III:4 du GATT de 1994.[249]

i) États-Unis

7.103 En ce qui concerne l'analyse de la "similarité" au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, les États-Unis rappellent que plusieurs groupes spéciaux ont jugé important le fait qu'une mesure établit une distinction entre un produit national et un produit importé uniquement sur la base de l'origine.[250] S'agissant de l'article III:8 a), les États-Unis traitent les trois questions suivantes.

7.104 Premièrement, les États-Unis soutiennent que le Canada a attribué indûment un "objet et [un] but" à l'article III:8 a) du GATT de 1994. Ils rappellent que l'article 31 de la Convention de Vienne dispose que l'interprétation des dispositions d'un traité sera éclairée par l'objet et le but *du traité*. Par conséquent, selon eux, l'identification correcte de l'objet et du but d'un accord ne résulte pas de l'examen d'un sous-article isolé de cet accord.[251]

7.105 Deuxièmement, les États-Unis font valoir que le Canada a donné une interprétation trop large de l'expression "besoins des pouvoirs publics" figurant à l'article III:8 a). Ils font valoir que l'interprétation du Canada vide de son sens l'expression "achat pour les besoins des pouvoirs publics" pour deux raisons: i) presque toutes les acquisitions des pouvoirs publics sont "ordonnées par" un document quelconque des pouvoirs publics; et ii) l'interprétation du Canada est circulaire, car il est difficile de concevoir une situation dans laquelle des pouvoirs publics affirmeraient qu'ils n'agissent pas en ayant à l'esprit un but qui est le leur.[252]

7.106 Enfin, les États-Unis considèrent que le Canada a identifié incorrectement le produit pertinent aux fins de l'article III:8 a). Il apparaît que les achats particuliers auxquels s'applique la prescription TRG relative à la teneur en éléments locaux – les ventes de matériel par des fabricants à des producteurs d'électricité privés – diffèrent, quant à leur nature et en vertu des contrats de la prétendue acquisition d'électricité par les pouvoirs publics qui est au cœur du moyen de défense du Canada fondé sur l'article III:8 a). Autrement dit, 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*. Selon les États-Unis, 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. Les États-Unis estiment que l'interprétation avancée par le Canada étendrait la portée de l'article III:8 a) bien au-delà de son sens ordinaire, en

[249] Déclaration de la Norvège en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 2 à 6.
[250] Communication des États-Unis en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 3 à 5.
[251] Communication des États-Unis en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 6 à 12.
[252] Communication des États-Unis en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 13 à 15.

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.[253]

3. Évaluation par le Groupe spécial

a) Introduction

7.107 Dans les sections ci-après, nous commençons notre évaluation du bien-fondé des arguments des parties en déterminant tout d'abord si les plaignants ont établi que les mesures contestées équivalaient à des MIC au sens de l'article premier de l'Accord sur les MIC. Nous examinons ensuite si les plaignants ont aussi démontré que le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC du fait qu'ils sont incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national prévue à l'article III:4 du GATT de 1994. À cet égard, la question essentielle que nous devrons régler, étant donné le moyen de défense du Canada[254], est de savoir si l'article III:8 a) du GATT de 1994 peut s'appliquer pour exclure les mesures contestées du champ d'application de l'article III:4 du GATT de 1994, et donc aussi des disciplines figurant à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

b) Question de savoir si les mesures en cause sont des mesures concernant les investissements et liées au commerce

7.108 L'article premier de l'Accord sur les MIC dispose qu'il "s'applique uniquement aux mesures concernant les investissements qui sont liées au commerce des marchandises". Toutefois, l'Accord sur les MIC ne définit pas les mesures concernant les investissements et liées au commerce ("MIC"). Les plaignants font valoir que les mesures en cause sont des MIC parce qu'elles i) encouragent l'investissement dans la production locale de matériel de production d'énergie renouvelable en Ontario; et ii) affectent le commerce du matériel de production d'énergie éolienne et solaire en favorisant les produits ontariens de préférence à des produits importés.[255] Le Canada ne présente pas d'arguments concernant la question de savoir si les mesures contestées constituent des MIC.

7.109 En ce qui concerne la question de savoir si les mesures contestées constituent des mesures concernant les "investissements", les éléments de preuve dont nous sommes saisis montrent que, comme les plaignants le font valoir, un des objectifs du programme TRG, ainsi que des contrats TRG et microTRG, est d'encourager l'investissement dans la production locale de matériel lié à la production d'énergie renouvelable dans la province de l'Ontario. Ainsi, par exemple, les objectifs du programme TRG incluent la promotion de "nouvelles industries vertes grâce à de nouveaux investissements et à la création d'emplois" et l'octroi d'"incitations en faveur de l'investissement dans les technologies d'énergie renouvelable".[256]

7.110 Les éléments de preuve dont nous sommes saisis montrent aussi que le programme TRG a été un facteur essentiel incitant un certain nombre de fabricants à établir des installations pour produire du matériel de production d'énergie renouvelable en Ontario. Par exemple, Siemens a indiqué qu'en devenant un fabricant local d'inverseurs pour les technologies solaires photovoltaïques, "[elle] permettra[it] à ses clients investissant dans des applications commerciales et pour parcs solaires de satisfaire à la prescription relative au "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux"

[253] Communication des États-Unis en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 16 à 20.

[254] Nous notons que, hormis son invocation de l'article III:8 a) du GATT de 1994, le Canada n'a pas présenté d'arguments spécifiques pour rejeter les allégations des plaignants au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4 du GATT de 1994.

[255] Première communication écrite du Japon, paragraphes 298 et 299; et première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 100 à 102, et 151 et 152.

[256] Directive TRG de 2009, du Ministre, pièce JPN-102, page 1.

figurant dans le programme de tarifs de rachat garantis (TRG) des pouvoirs publics de l'Ontario".[257] En outre, une autre soicété, Automation Tooling Systems, "a annoncé des plans, en octobre 2009, visant la fabrication de modules solaires en Ontario pour tirer parti de la Loi sur l'énergie verte de la province, qui garantit un prix plus élevé pour l'énergie solaire dans le cadre de son programme de tarifs de rachat garantis".[258] De même, deux autres entreprises, ENERCON et Niagara Region Wind Corporation, ont signé un contrat selon lequel ENERCON fournira et entretiendra des turbines éoliennes pour le projet éolien de la région du Niagara. Il est indiqué qu'"[u]ne composante essentielle de cet accord est l'engagement d'ENERCON de construire une installation de fabrication dans la région du Niagara … [qui] permettra à NRWC de satisfaire aux prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux, telles qu'elles sont imposées par l'Office de l'électricité de l'Ontario".[259] La nouvelle installation "serait la première de ce type sur le marché nord-américain et, pour ENERCON, hors de son marché intérieur en Allemagne".[260]

7.111 Quant à la question de savoir si les mesures sont "liées au commerce", nous notons que le programme TRG impose un "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" aux producteurs d'électricité utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque, qui, pour les raisons que nous expliquons ailleurs dans la présente section[261], les obligent à acheter et à utiliser certains types de matériel de production d'énergie renouvelable provenant de l'Ontario dans la conception et la construction de leurs installations. Dans cette mesure, nous considérons que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" qui est en cause en l'espèce n'est pas différent des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux qui ont été contestées dans l'affaire *Indonésie – Automobiles*, dans laquelle le Groupe spécial a estimé que "par définition, [les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux] encourage[aient] toujours l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés et [avaient] donc une incidence sur les échanges".[262]

7.112 Par conséquent, sur la base de l'analyse exposée plus haut, nous constatons que le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG, dans la mesure où ils envisagent et imposent un "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux", constituent des MIC au sens de l'article premier de l'Accord sur les MIC. Ayant établi que les mesures contestées équivalaient à des MIC, nous examinons maintenant si elles sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

c) Question de savoir si les mesures en cause sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC parce qu'elles sont, d'après les allégations, incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994

7.113 Comme il a été dit, nous considérons que la principale question litigieuse dans les présents différends en relation avec les allégations des plaignants au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994 est le point de savoir si les mesures contestées sont exclues du champ d'application de

[257] "Siemens invests in Solar Inverter Manufacturing in Canada", Siemens Canada, communiqué de presse, 3 juin 2010, ("Siemens invests in Canada"), pièce JPN-112.

[258] Chuck Howitt, "ATS lifts curtain on green wing", *Waterloo Region Record*, 26 November 2010, ("ATS lifts curtain on green wing"), pièce JPN-113.

[259] "Niagara Region Wind Corporation selects turbine manufacturer", Canada NewsWire, 27 September 2011, ("Niagara Region Wind Corporation selects turbine manufacturer"), pièce JPN-117.

[260] "Niagara Region Wind Corporation selects turbine manufacturer", pièce JPN-117.

[261] Le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est décrit et analysé plus en détail aux paragraphes 7.158 à 7.165 ci-après.

[262] Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.82.

l'article III:4 du GATT de 1994 en vertu de l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994.[263] À cet égard, les principales questions que nous devons résoudre sont: i) le point de savoir si le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC exclut l'application de l'article III:8 a) aux mesures contestées; et ii) dans la mesure où le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative n'exclut pas la possibilité d'appliquer l'article III:8 a) aux mesures contestées, le point de savoir si ces mesures sont du type décrit à l'article III:8 a). Nous examinons maintenant chacune de ces questions l'une après l'autre.

i) Question de savoir si les mesures contestées sont exclues du champ d'application de l'article III:4 du GATT de 1994 en vertu de l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994

Question de savoir si le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC exclut l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux mesures contestées

7.114 Nous commençons par présenter et examiner les dispositions juridiques pertinentes, qui stipulent ce qui suit:

Article 2

Traitement national et restrictions quantitatives

> 1. Sans préjudice des autres droits et obligations résultant du GATT de 1994, aucun Membre n'appliquera de MIC qui soit incompatible avec les dispositions de l'article III ou de l'article XI du GATT de 1994.
>
> 2. Une liste exemplative de MIC qui sont incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national prévue au paragraphe 4 de l'article III du GATT de 1994 et l'obligation d'élimination générale des restrictions quantitatives prévue au paragraphe 1 de l'article XI du GATT de 1994 figure dans l'Annexe du présent accord.

7.115 Le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC dispose ce qui suit:

---

[263] Nous souscrivons à la qualification par l'Union européenne de l'article III:8 a) du GATT de 1994 comme étant une disposition relative à la "portée", et non une exception. (Réponse de l'Union européenne à la question n° 14 (première série) du Groupe spécial; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 29). Nous rappelons que l'Organe d'appel, dans l'affaire *Chine – Matières premières*, a examiné la nature différente des articles XI:2 et XX du GATT de 1994 et a indiqué ce qui suit:

> Les Membres peuvent invoquer l'article XX du GATT de 1994 en tant qu'exception pour justifier des mesures qui seraient normalement incompatibles avec leurs obligations dans le cadre du GATT. Par contre, l'article XI:2 prévoit que l'élimination générale des restrictions quantitatives *ne s'étendra pas aux* cas énumérés aux alinéas a) à c) de cette disposition. Ce libellé semble indiquer que la portée même de l'obligation de ne pas imposer de restrictions quantitatives est limitée par l'article XI:2 a). En conséquence, dans les cas où les prescriptions de l'article XI:2 a) sont satisfaites, l'article XX ne pourrait pas s'appliquer, parce qu'il n'existe aucune obligation. (Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 334).

Nous notons que, conformément à l'article III:8 a), les dispositions de l'article III *ne s'appliqueront pas aux* lois, règlements et prescriptions régissant certains types d'acquisition. Par conséquent, conformément à l'opinion de l'Organe d'appel concernant la relation entre les articles XI:2 et XX du GATT de 1994, le libellé de l'article III:8 a) semble indiquer que la portée de l'obligation de traitement national énoncée à l'article III est limitée par l'article III:8 a). Autrement dit, si une mesure est visée par l'article III:8 a), elle ne relève pas du champ d'application de l'article III du GATT de 1994.

> 1. Les MIC qui sont incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national prévue au paragraphe 4 de l'article III du GATT de 1994 incluent celles qui sont obligatoires ou qui ont force exécutoire en vertu de la législation nationale ou de décisions administratives, ou auxquelles il est nécessaire de se conformer pour obtenir un avantage, et qui prescrivent:
>
> a) qu'une entreprise achète ou utilise des produits d'origine nationale ou provenant de toute source nationale, qu'il soit spécifié qu'il s'agit de produits déterminés, d'un volume ou d'une valeur de produits, ou d'une proportion du volume ou de la valeur de sa production locale; ou …

7.116 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.

7.117 Le texte de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC impose aux Membres l'obligation de ne pas appliquer de MIC qui soit incompatible avec les "dispositions de l'article III ou de l'article XI du GATT de 1994". Les "dispositions de l'article III" incluent l'obligation d'accorder le traitement national figurant à l'article III:4. Il s'ensuit que toute mesure jugée incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 et qui est aussi une MIC sera incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

7.118 Il importe de noter que les "dispositions de l'article III" qui sont mentionnées à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC incluent l'article III:8 a). Cette disposition exclut l'application des obligations énoncées à l'article III aux "lois, règlements et prescriptions régissant" certains types d'acquisition par les pouvoirs publics.[264] En conséquence, toute transaction relative à une acquisition des pouvoirs publics qui est visée par les termes de l'article III:8 a) du GATT de 1994 sera exclue du champ des obligations énoncées à l'article III, y compris l'article III:4. Ainsi, dans les cas où une MIC particulière implique le même type de transaction relative à une acquisition des pouvoirs publics que celui qui est décrit à l'article III:8 a), elle ne peut pas être jugée incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.

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

---

[264] Il est précisé en outre que l'obligation énoncée à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC est "[s]ans préjudice des autres droits et obligations résultant du GATT de 1994".

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

7.121 À la lumière des considérations exposées plus haut, nous concluons que le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC ne nous dispense pas de la nécessité d'analyser si les mesures contestées sont exclues du champ d'application de l'article III:4 du GATT de 1994 en vertu de l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

Question de savoir si les mesures contestées sont du type décrit à l'article III:8 a) du GATT de 1994

7.122 La présente procédure est la première dans laquelle il a été demandé à un groupe spécial d'interpréter et d'appliquer l'article III:8 a) du GATT de 1994. Une lecture simple de cette disposition, que nous avons déjà reproduite plus haut, donne à penser que la disposition peut être divisée en plusieurs éléments cumulatifs. Il apparaît que les arguments des parties soulèvent des questions concernant les trois points suivants:

i) le point de savoir si les mesures contestées peuvent être qualifiées de "lois, règlements et prescriptions *régissant* l'acquisition";

ii) le point de savoir si les mesures contestées impliquent une "*acquisition* par des organes gouvernementaux"; et

iii) le point de savoir si toute "acquisition" qui existe est effectuée "pour les *besoins des pouvoirs publics* et non pas pour [une] *reven[te] dans le commerce* ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce".

"Lois, règlements et prescriptions *régissant* l'acquisition" d'électricité

7.123 Les allégations des plaignants au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4 du GATT de 1994 portent principalement sur le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" imposé dans le cadre du programme TRG ainsi que des contrats TRG et microTRG et dont il est allégué qu'il entraîne un traitement moins favorable pour le matériel de production d'énergie renouvelable importé par rapport au traitement accordé aux produits similaires nationaux.[265] Le Canada fait valoir qu'il n'a aucune obligation d'accorder le traitement national en ce qui concerne le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" parce que celui-ci fait

[265] Première communication écrite du Japon, paragraphes 272 à 283, et 295 à 297; et première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 106, 152 et 153, 156, et 158 à 162.

partie des "lois, règlements et prescriptions *régissant* l'acquisition" d'électricité dans le cadre du programme TRG. Autrement dit, il déclare que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est exclu du champ de l'article III en vertu de l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994.[266]

7.124 Comme nous l'expliquons plus en détail ailleurs dans les présents rapports[267], les éléments de preuve dont nous sommes saisis montrent que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est une condition qui *doit* être remplie par les producteurs d'électricité utilisant les technologies éolienne ou solaire photovoltaïque qui souhaitent participer au programme TRG. Autrement dit, le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" impose l'achat et l'utilisation de certains matériels de production d'énergie renouvelable provenant de l'Ontario comme condition préalable nécessaire pour que l'acquisition par les pouvoirs publics de l'Ontario alléguée ait lieu. Nous convenons avec le Canada qu'une mesure "régissant" l'acquisition est une mesure qui commande, réglemente ou détermine cette acquisition.[268] Il s'ensuit que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est une "prescription[ ] régissant" l'acquisition alléguée d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG, ainsi que des contrats TRG et microTRG, aux fins de l'article III:8 a).

7.125 L'Union européenne ne conteste pas que la conformité avec le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est une condition nécessaire pour que l'acquisition alléguée d'électricité ait lieu. Néanmoins, selon elle, "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*".[269] L'Union européenne estime que "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 [doivent] régi[r] les produits achetés par des organes gouvernementaux et non les autres produits qui n'ont aucun rapport avec l'objet du contrat d'acquisition".[270] Autrement dit, elle fait valoir que les "lois, règlements et prescriptions" mentionnés à l'article III:8 a) du GATT de 1994 peuvent uniquement être interprétés comme faisant référence aux "lois, règlements et prescriptions" qui *concernent directement le produit* acheté par les pouvoirs publics. Par conséquent, du fait que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est imposé pour des produits (certains matériels de production d'énergie renouvelable) qui diffèrent du produit acheté, d'après les allégations, (l'électricité), elle fait valoir que l'on ne peut pas dire que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" "régit" effectivement l'acquisition alléguée. Pour cette raison, l'Union européenne affirme que les mesures contestées ne peuvent pas être visées par les termes de l'article III:8 a).[271]

---

[266] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphes 62, 67 et 101; première communication écrite (DS426), paragraphes 3 et 11; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 5 et 9; deuxième communication écrite, paragraphes 2 et 13; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 5 et 12.

[267] Voir plus loin les paragraphes 7.164 à 7.166.

[268] Voir la première communication écrite du Canada (DS412), paragraphe 83, faisant référence au sens ordinaire du terme "régir" qui a été confirmé dans le rapport du Groupe spécial *CE – Certaines questions douanières*, paragraphe 7.529.

[269] Réponse de l'Union européenne à la question n° 22 (première série) du Groupe spécial, paragraphe 88. (pas d'italique dans l'original)

[270] Deuxième communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 113. Voir aussi la réponse de l'Union européenne à la question n° 56 (première série) du Groupe spécial.

[271] Dans leur communication en tant que tierce partie, les États-Unis ont aussi soulevé la question des implications juridiques de la différence entre le produit assujetti au "niveau minimum requis de teneur en

7.126 Il nous est difficile d'accepter l'interprétation de l'Union européenne. L'expression "lois, règlements et prescriptions régissant" qui figure à l'article III:8 a) n'est pas liée directement aux "produits achetés" mais à l'"acquisition" de ces produits. Dans cette optique, nous ne pouvons pas admettre que l'expression "lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition" peut être *uniquement* interprétée comme signifiant les "lois, règlements et prescriptions" qui affectent *directement* un produit identique au produit faisant l'objet de l'acquisition alléguée. À notre avis, il ressort clairement du texte de l'article III:8 a) que l'analyse doit être axée sur les "lois, règlements et prescriptions régissant" l'*acquisition* alléguée d'électricité.

7.127 Comme il a été dit, le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est une condition préalable nécessaire pour que l'acquisition par les pouvoirs publics de l'Ontario qui est alléguée ait lieu et, dans cette mesure, nous sommes d'avis que cette prescription "régit" l'acquisition alléguée. En outre, nous notons que l'électricité achetée, d'après les allégations, par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG est produite avec le matériel de production d'énergie renouvelable qui est assujetti au "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux". Par conséquent, dans la mesure où le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" concerne le matériel même qui est nécessaire et utilisé pour produire l'électricité dont il est allégué qu'elle est achetée, il existe très clairement une relation étroite entre le produit affecté par les "lois, règlements et prescriptions" pertinents (le matériel de production d'énergie renouvelable) et le produit dont il est allégué qu'il est acheté (l'électricité).

7.128 Par conséquent, pour les raisons exposées plus haut, nous constatons que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" devrait être dûment qualifié comme étant l'une des "prescriptions régissant" l'acquisition alléguée d'électricité aux fins de l'article III:8 a).

"*Acquisition* par des organes gouvernementaux"

7.129 Nous examinons maintenant si les mesures en cause impliquent l'"*acquisition*, par des organes gouvernementaux, de produits *achetés*" au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

7.130 L'Union européenne et le Canada estiment que les sens ordinaires des mots "acquisition" et "achetés" devraient être interprétés, dans le contexte de l'article III:8 a) du GATT de 1994, comme impliquant la même action des pouvoirs publics qui consiste à *acquérir* un produit.[272] Bien qu'il partage l'avis selon lequel une "acquisition" peut être définie comme "[l]'action d'obtenir quelque chose; action d'acquérir"[273], le Japon déclare que la notion d'"acquisition" mentionnée à l'article III:8 a) n'est pas entièrement prise en compte dans le sens du terme "achetés" qui est indiqué par l'Union européenne et le Canada. Selon lui, plusieurs éléments contextuels donnent à penser que pour interpréter correctement le terme "acquisition", et donc constater qu'il y a "acquisition par des organes gouvernementaux", il faut considérer les quatre facteurs suivants, "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; iii) l'obtention, l'acquisition ou la

éléments nationaux" et le produit qui fait l'objet de l'acquisition alléguée. Voir la communication des États-Unis en tant que tierce partie, paragraphes 18 et 19.

[272] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 114; réponse à la question n° 56 (première série) du Groupe spécial; Canada, première communication écrite (DS412), paragraphe 76; et réponse à la question n° 56 (première série) du Groupe spécial.

[273] Première communication écrite du Japon, paragraphe 51.

possession par les pouvoirs publics; et iv) le contrôle exercé par les pouvoirs publics sur l'obtention du produit.[274]

7.131 Nous avons quelque peine à accepter l'interprétation donnée par le Japon du terme "acquisition". À notre avis, l'argument du Japon selon lequel une "acquisition" implique "l'utilisation, l'avantage ou la consommation en relation avec les pouvoirs publics" ne s'accorde pas bien avec le contexte immédiat dans lequel le terme "acquisition" est utilisé à l'article III:8 a) du GATT de 1994. Comme les parties l'ont expliqué, le sens ordinaire du terme "acquisition" inclut "[l]'action d'obtenir quelque chose; action d'acquérir".[275] L'article III:8 a) mentionne "l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits *achetés*". Les sens ordinaires du terme "achat" indiqués par les parties sont, entre autres, "obtenir; prendre possession de" et "acquérir en échange d'un paiement en espèces ou d'un équivalent; obtenir contre paiement".[276] La notion *d'utilisation, d'avantage ou de consommation* en relation avec les pouvoirs publics ne ressort pas immédiatement des sens ordinaires de ces termes. En fait, à notre avis, dans la mesure où les sens ordinaires de ces deux mots font référence à l'action d'"obtenir" ou d'"acquérir" quelque chose, ils permettent de conclure qu'il faudrait donner le même sens à "acquisition" et à "achat". En effet, le fait que l'article III:8 a) décrit l'"*acquisition* … de produits" comme concernant des "produits *achetés*" semblerait confirmer l'idée qu'il faudrait donner au terme "acquisition" à l'article III:8 a) le même sens essentiel qu'au mot "achetés", et inversement.

7.132 En outre, si la notion d'"acquisition" mentionnée à l'article III:8 a) était interprétée comme incluant nécessairement "l'utilisation, la consommation ou l'avantage en relation avec les pouvoirs publics" du produit en cause, il n'aurait pas été nécessaire d'exclure les produits acquis par les pouvoirs publics "pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce" des types d'acquisition par les pouvoirs publics qui sont visés à l'article III:8 a). En effet, un produit acquis par les pouvoirs publics pour leur propre utilisation, consommation ou avantage ne peut pas, par définition, équivaloir à un produit acquis "pour être revendu dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce". Si les négociateurs avaient voulu que la notion d'"acquisition" s'entende comme incluant les achats de produits par les pouvoirs publics pour leur propre utilisation, consommation ou avantage, il aurait suffi de placer le membre de phrase "l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics" à la fin de l'article III:8 a).

7.133 Nous ne sommes pas non plus convaincus que les références faites par le Japon au Groupe spécial du GATT *États-Unis – Cartographie par sonar* et l'Appendice I de l'AMP concernant le Canada étayent son interprétation du terme "acquisition" figurant à l'article III:8 a) du GATT de 1994. En commençant par ce dernier, nous convenons avec le Canada que l'Appendice I de l'AMP n'est pas censé donner une définition générale du terme "procurement" (acquisition/marché), ni une interprétation de ce terme au sens de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Il est évident que la définition par laquelle le Canada a accepté d'être lié aux fins de l'AMP n'est pas censée délimiter la portée de ses droits et obligations au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

---

[274] Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 49 à 58; deuxième communication écrite, paragraphe 54; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 28.

[275] Les textes français et espagnol de l'article III:8 a) du GATT de 1994 confirment cette interprétation du sens du terme "acquisition" en indiquant respectivement dans la partie pertinente: "*produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics*" et "*productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos*".

[276] Japon, deuxième communication écrite, paragraphe 38; Canada, deuxième communication écrite, paragraphe 93; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 22 et 23; Union européenne, première communication écrite, paragraphe 114; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 38.

7.134 Quant au Groupe spécial du GATT *États-Unis – Cartographie par sonar*, nous estimons qu'il existe plusieurs aspects des faits et de la législation en cause dans ce différend qui amoindrissent sensiblement la pertinence, pour les présents différends, des constatations du Groupe spécial invoquées par le Japon. Premièrement, nous notons que le Groupe spécial du GATT *États-Unis – Cartographie par sonar* a examiné si un contrat entre deux sociétés privées concernant l'acquisition d'un système de cartographie par sonar constituait un "marché public" au regard de l'article I:1 a) de l'Accord relatif aux marchés publics du Tokyo Round. Par conséquent, c'est dans le contexte très spécifique d'un marché public allégué réalisé par le biais d'achats effectués par deux sociétés privées que le Groupe spécial du GATT a identifié les quatre éléments auxquels le Japon fait référence dans la présente procédure.[277] Deuxièmement, nous notons que le libellé et la structure de l'article I:1 a) de l'Accord relatif aux marchés publics du Tokyo Round sont fondamentalement différents de ceux de l'article III:8 a). En particulier, l'article I:1 a) fait référence à plusieurs méthodes de passation des marchés, y compris le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, qui ne figurent pas à l'article III:8 a). En fait, c'est parce que ces méthodes de passation des marchés mentionnées à l'article I:1 a) "étaient toutes des moyens d'obtenir l'usage ou le bénéfice d'un produit" que le Groupe spécial du GATT a conclu que "le terme "marché" pouvait être entendu comme signifiant l'obtention de cet usage ou de ce bénéfice".[278]

7.135 Par conséquent, à notre avis, le terme "acquisition", interprété dans son contexte immédiat, devrait s'entendre comme ayant le même sens que le terme "achat". Nous ne trouvons rien dans le texte de l'article III:8 a) et le contexte du terme "acquisition" qui nous permette d'accepter l'argument du Japon selon lequel ce terme doit nécessairement impliquer l'utilisation, la consommation ou l'avantage du produit acquis en relation avec les pouvoirs publics.[279]

7.136 Comme il a été dit, les sens ordinaires du mot "achat" indiqués par les parties sont, entre autres, "obtenir; prendre possession de" et "acquérir en échange d'un paiement en espèces ou d'un équivalent; obtenir contre paiement".[280] Pour les raisons expliquées dans la section VII.C.2 c) iii) des présents rapports, dans laquelle nous évaluons les arguments des parties concernant la qualification juridique appropriée des mesures en cause au regard de l'article premier de l'Accord SMC, nous interprétons l'"achat" de marchandises par les pouvoirs publics comme étant l'action par laquelle les pouvoirs publics prennent possession (y compris en obtenant un droit de propriété) des marchandises au moyen d'un certain type de paiement (en espèces ou autre). À notre avis, cette interprétation de la notion d'"achat" de marchandises par les pouvoirs publics est également applicable pour guider notre analyse des allégations des parties au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Par conséquent, nous constatons qu'aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994, une "acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés" devrait s'entendre comme faisant référence à l'action des pouvoirs publics de prendre possession (y compris en obtenant un droit de propriété) des produits au moyen d'un certain type de paiement (en espèce ou autre). En outre, à la lumière de cette interprétation et de notre constatation, formulée dans la section VII.C.2 c) iii) des présents rapports,

---

[277] Rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Cartographie par sonar*, paragraphe 4.7, cité par le Japon dans sa déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 50.

[278] Rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Cartographie par sonar*, paragraphe 4.5.

[279] S'agissant des autres éléments considérés par le Groupe spécial du GATT *États-Unis – Cartographie par sonar* – le paiement par les pouvoirs publics; la possession par les pouvoirs publics; et le contrôle des pouvoirs publics sur l'obtention du produit –, nous estimons qu'ils sont réunis lorsqu'un organe gouvernemental "achète" un produit. Par conséquent, ils n'étayent pas l'interprétation du Japon selon laquelle il existe une différence de sens entre les mots "acquisition" et "achetés" figurant à l'article III:8 a) du GATT de 1994.

[280] Japon, deuxième communication écrite, paragraphe 38; Canada, deuxième communication écrite, paragraphe 93; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 22 et 23; Union européenne, première communication écrite, paragraphe 114; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 38.

selon laquelle les mesures contestées peuvent être qualifiées à juste titre d'"achats de biens par les pouvoirs publics" au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC, nous concluons que les mesures en cause comportent aussi l'"*acquisition*, par des organes gouvernementaux, de produits achetés" aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

Acquisition de produits "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"

7.137 Nous examinons maintenant si l'acquisition par les pouvoirs publics de l'Ontario est effectuée "pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour [une] reven[te] dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce". Les principales questions soulevées dans les arguments des parties concernent le sens des expressions "besoins des pouvoirs publics" et "être revendus dans le commerce" figurant à l'article III:8 a) du GATT de 1994.

- "Besoins des pouvoirs publics"

7.138 S'agissant du sens ordinaire de l'expression "besoins des pouvoirs publics", nous notons tout d'abord que les parties ont présenté un éventail de significations différentes. À un extrême, le Canada est celle des parties qui propose le sens le plus large en laissant entendre qu'il peut y avoir achat "pour les besoins des pouvoirs publics" chaque fois que les pouvoirs publics achètent un produit pour l'un de leurs buts déclarés.[281] À l'autre extrême, le Japon propose le sens le plus étroit, indiquant qu'un achat "pour les besoins des pouvoirs publics" doit se limiter aux achats de produits pour une utilisation, une consommation ou un avantage en relation avec les pouvoirs publics.[282] L'Union européenne adopte une position intermédiaire et propose un sens pour l'expression "besoins des pouvoirs publics" qui fait référence aux achats des pouvoirs publics pour leurs propres besoins, y compris l'achat à la fois de marchandises consommées par les pouvoirs publics eux-mêmes et de celles qui leur sont nécessaires pour fournir des services publics.[283]

7.139 D'après ce que nous croyons comprendre, le sens ordinaire de l'expression "governmental purposes" ("les besoins des pouvoirs publics" et "*las necesidades de los poderos públicos*", dans les versions française et espagnole, respectivement) est relativement large et peut englober tous les trois sens proposés par les parties. Toutefois, nous devons interpréter cette expression dans son contexte. À cet égard, nous estimons particulièrement instructif de relever que l'expression "besoins des pouvoirs publics" est immédiatement suivie des mots "et non pas pour être revendus dans le

[281] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphe 86; première communication écrite (DS426), paragraphe 23; déclaration finale à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 9; réponse à la question n° 28 (première série) du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphe 50; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 33; déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 5; et réponse à la question n° 47 (deuxième série) du Groupe spécial.

[282] Japon, première communication écrite, paragraphes 284 et 287; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 53, 69, 71, 74 et 75; deuxième communication écrite, paragraphe 61; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 33; et réponse à la question n° 47 (deuxième série) du Groupe spécial.

[283] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 116 et 118; deuxième communication écrite, paragraphes 128 et 130; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 48; réponse à la question n° 47 (deuxième série) du Groupe spécial; et observations concernant la réponse du Canada à la question n° 45 (deuxième série) du Groupe spécial. Le Japon estime que cela peut aussi être une interprétation plausible des "besoins des pouvoirs publics" (déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 33). L'Union européenne trouve des éléments étayant son interprétation dans les versions française et espagnole de l'article III:8 a) du GATT de 1994, qui indiquent respectivement dans la partie pertinente: "*produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics*" et "*productos comprados para cubrir las necesidades de los poderes públicos*".

commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce". Le Canada fait valoir que la "prescription selon laquelle l'achat n'est pas effectué pour une revente dans le commerce est une prescription *s'ajoutant* à la prescription selon laquelle l'achat doit être effectué pour les besoins des pouvoirs publics".[284] Par conséquent, il est d'avis que les expressions "besoins des pouvoirs publics" et "non pas pour être revendus dans le commerce" établissent *deux* prescriptions distinctes auxquelles il faut satisfaire *à la fois* pour qu'une loi, un règlement ou une prescription relève du champ d'application de l'article III:8 a). Le Canada conclut à partir de cette observation que "le sens d'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, et [que] le sens d'un produit acheté "pour être revendu dans le commerce" ne peut pas se limiter à un produit acheté en vue d'être revendu".[285] Toutefois, les plaignants estiment que l'expression "non pas pour être revendus dans le commerce" devrait être opposée à l'expression "pour les besoins des pouvoirs publics".[286]

7.140 À notre avis, les termes mêmes de l'article III:8 a) donnent à penser qu'une "acquisition … de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics" *ne peut pas* être aussi une "acquisition … de produits achetés … pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce". À cet égard, nous considérons que l'expression "et non pas pour être revendus dans le commerce …" sert à éclairer et à limiter spécifiquement le sens ordinaire, par ailleurs relativement large, de l'expression "besoins des pouvoirs publics". Nous ne sommes pas convaincus par l'argument du Canada selon lequel les expressions "besoins des pouvoirs publics" et "non pas pour être revendus dans le commerce" établissent *deux* prescriptions distinctes et cumulatives. À notre avis, le fait que l'article III:8 a) inclut les mots "*et non pas*" après "besoins des pouvoirs publics" qualifie cette expression en indiquant que l'"acquisition … de produits achetés … pour être revendus dans le commerce" est exclue de l'application de l'article III:8 a).

7.141 Les parties ont fait valoir que l'article XVII:2 du GATT de 1994 constituait aussi le contexte pertinent pour l'interprétation de l'article III:8 a), le Japon et l'Union européenne estimant en outre que l'historique de la négociation des deux dispositions étayait leurs propres interprétations de l'article III:8 a). Selon le Canada, l'article XVII:2 aide à démontrer non seulement que l'expression "besoins des pouvoirs publics" à l'article III:8 a) ne se limite pas à "la consommation ou l'utilisation par les pouvoirs publics", mais aussi que les expressions "besoins des pouvoirs publics" et "non pas pour être revendus dans le commerce" établissent deux conditions cumulatives.[287] Par contre, le Japon déclare que l'article XVII:2, conjointement avec l'historique de sa négociation, montre que les deux dispositions excluent le même type d'"acquisition", à savoir une acquisition pour "la consommation ou l'utilisation par les pouvoirs publics", du champ de leurs autres alinéas du dispositif.[288] De même, l'Union européenne estime que l'historique de la négociation des articles III:8 a) et XVII:2 montre que, malgré des différences de libellé, les deux dispositions étaient censées traiter la même question, et elle conclut que les expressions ""for governmental purposes" ou

[284] Deuxième communication écrite du Canada, paragraphe 75.

[285] Deuxième communication écrite du Canada, paragraphe 76. Voir aussi Canada, déclaration finale à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 14; et observations concernant les réponses du Japon et de l'Union européenne aux questions n° 45 et 48 (deuxième série) du Groupe spécial.

[286] Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 82; et Union européenne, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 39.

[287] Réponse du Canada à la question n° 45 (deuxième série) du Groupe spécial.

[288] Japon, première communication écrite, note de bas de page 457; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 56 et 74; et réponse à la question n° 45 (deuxième série) du Groupe spécial.

"government needs" (pour les besoins des pouvoirs publics) sont synonymes de l'expression "produits destinés à être immédiatement ou finalement consommés par les pouvoirs publics"".[289]

7.142 L'article XVII:2 se lit comme suit:

> Les 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 ou à servir à la production de marchandises*, en vue de la vente. En ce qui concerne ces importations, chaque partie contractante accordera un traitement équitable au commerce des autres parties contractantes.

7.143 Comme l'Union européenne le fait observer[290], tant l'article III:8 a) que l'article XVII:2 décrivent les circonstances dans lesquelles les achats de produits effectués par des organes gouvernementaux au titre de l'article III:8 a), ou les importations de produits par des entreprises commerciales d'État aux fins de l'article XVII:2, seront exclus de leurs principales disciplines respectives. Ainsi, les mesures visées par l'article III:8 a) seront automatiquement exclues du champ des obligations de traitement national énoncées à d'autres endroits de l'article III. De même, le type d'achat indiqué à l'article XVII:2 sera exclu du champ de l'article XVII:1, qui impose aux entreprises commerciales d'État l'obligation d'effectuer leurs achats se traduisant par des importations ou des exportations d'une manière conforme aux principes de non-discrimination figurant dans le GATT de 1994. Ces derniers incluent les obligations de traitement national énoncées à l'article III du GATT de 1994.[291] Dans cette mesure, on peut conclure du texte des articles III:8 a) et XVII:2 que ces dispositions visent l'une et l'autre à définir la portée des obligations de traitement national dans le contexte de deux types d'achat particuliers: i) les achats de produits par les organes gouvernementaux (article III:8 a)); et ii) les achats de produits par le biais des entreprises commerciales d'État (article XVII:2).

7.144 Le type d'achat par les pouvoirs publics qui est visé par les termes de l'article III:8 a) concerne les 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". D'autre part, l'article XVII:2 s'applique aux achats de produits "destinés à être immédiatement ou finalement consommés par les pouvoirs publics ou pour leur compte et non à être revendus ou à servir à la production de marchandises". À première vue, les termes distincts utilisés pour décrire les types d'achats pertinents qui sont visés par les deux dispositions pourraient être interprétés comme signifiant que les articles III:8 a) et XVII:2 étaient censés viser des catégories différentes de transactions (pas seulement du fait des différences entre les entités visées par les dispositions). Toutefois, à notre avis, cette conclusion ne serait pas complètement exacte car il ressort clairement des termes utilisés dans ces deux dispositions qu'il y a, à tout le moins, un chevauchement important en ce qui concerne les types d'achats qui sont *exclus* de leurs conditions d'application, à savoir les produits achetés "non pas pour être revendus dans le commerce …" (article III:8 a)) et les produits achetés "non [destinés] à être revendus …" (article XVII:2). Par conséquent, dans la mesure où le libellé de l'article XVII:2 peut servir de contexte pour l'interprétation de l'article III:8 a), nous constatons qu'il aide à confirmer qu'une "acquisition … de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics" au titre de l'article III:8 a) ne peut pas être aussi une "acquisition … de produits achetés … pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce".

---

[289] Réponse de l'Union européenne à la question n° 45 (deuxième série) du Groupe spécial, paragraphe 75.

[290] Réponse de l'Union européenne à la question n° 45 (deuxième série) du Groupe spécial.

[291] Rapport du Groupe spécial *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 753.

7.145 À la lumière de l'analyse exposée plus haut, nous constatons que l'expression "besoins des pouvoirs publics" devrait être interprétée en juxtaposition, à l'expression "non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce" qui figure à l'article III:8 a). Autrement dit, nous concluons que des produits achetés "pour les besoins des pouvoirs publics" ne peuvent pas équivaloir en même temps à des produits achetés par les pouvoirs publics "pour être revendus dans le commerce" selon les termes de l'article III:8 a). Par conséquent, si nous constatons que l'électricité acquise par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG l'est "pour être revendu[e] dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce", cette acquisition ne sera pas visée par l'article III:8 a).[292] Gardant cette constatation à l'esprit, nous examinons maintenant si les mesures en cause concernent des produits achetés par les pouvoirs publics "pour être revendus dans le commerce".

- "Revendus dans le commerce"

7.146 Les parties ont proposé différents sens concernant l'expression "pour être revendus dans le commerce" qui figure à l'article III:8 a) du GATT de 1994. Pour sa part, le Canada fait valoir qu'il s'agit d'un achat effectué en vue d'une revente avec bénéfice.[293] Les plaignants, quant à eux, déclarent que l'expression "pour être revendus dans le commerce" signifie pour être vendu ou introduit dans les courants commerciaux ou sur un marché, indépendamment de tout profit.[294]

7.147 Nous rappelons que les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité dans le cadre du programme TRG, ainsi que des contrats TRG et microTRG. L'électricité achetée est injectée par les producteurs dans le réseau électrique de l'Ontario par le biais des réseaux de transport et de distribution, puis finalement vendue aux consommateurs par Hydro One, les SDL et les détaillants en électricité agréés du secteur privé. Hydro One est une société holding entièrement détenue par les pouvoirs publics de l'Ontario, dont elle est un "mandataire". Comme il est expliqué plus en détail ci-après[295], Hydro One est aussi un "organisme public" aux fins de l'article premier de l'Accord SMC. Des 80 SDL qui opèrent actuellement en Ontario, 77 appartiennent à des administrations municipales. Les détaillants agréés du secteur privé "vendent des contrats aux entreprises et aux consommateurs".[296] Nous croyons savoir qu'il existe actuellement 45 détaillants en électricité agréés opérant en Ontario qui font concurrence aux SDL dans leurs secteurs de service respectifs.[297] Il est

[292] Nous notons que, même d'après la propre interprétation du Canada selon laquelle les expressions "besoins des pouvoirs publics" et "revendus dans le commerce" constituent des prescriptions cumulatives et distinctes, une acquisition effectuée par les pouvoirs publics ne sera pas visée par l'article III:8 a) du GATT de 1994 si le produit est acheté "pour être revendu dans le commerce", indépendamment de la question de savoir si l'on peut dire que cette acquisition est effectuée "pour les besoins des pouvoirs publics".

[293] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphe 90; première communication écrite (DS426), paragraphes 35 à 39; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 55 et 57; réponse à la question n° 25 a) (première série) du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphe 69; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 48.

[294] Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 78 et 85; deuxième communication écrite, paragraphe 66; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 36; et Union européenne, première communication écrite, paragraphe 139; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 39; deuxième communication écrite, paragraphe 135; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 54; et réponse à la question n° 48 (deuxième série) du Groupe spécial.

[295] Voir plus loin, paragraphes 7.234 à 7.239.

[296] Plan énergétique à long terme de l'Ontario, pièce CDA-6, Appendice 1.

[297] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-5, article 29; code de règlement au détail, pièce JPN-71, articles 1.1, 2.7, 10.1 et 12; et OEB Licensed Electricity Retailers ("http://www.ontarioenergyboard.ca/html/licences/all_issuedlicences_read.cfm?showtype=Electricity%20Retailer") mentionné dans IESO: Retail Contracts, pièce JPN-90.

donc évident que l'électricité achetée par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG est revendue aux consommateurs de détail par Hydro One et les SDL en concurrence avec les détaillants du secteur privé. Nous ne sommes pas convaincus par l'argument du Canada selon lequel l'électricité achetée dans le cadre du programme TRG n'est pas *revendue* du fait qu'elle est injectée dans le réseau électrique de l'Ontario, où elle est mélangée à l'électricité provenant d'autres sources.[298] Selon nous, le fait que l'électricité achetée dans le cadre du programme TRG est consommée en passant exactement par les mêmes circuits que l'électricité provenant de toutes les autres sources de production permet de considérer qu'elle est revendue par le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales par le biais d'Hydro One et des SDL en concurrence avec les détaillants en électricité du secteur privé.

7.148 Par conséquent, dans la mesure où la notion de commerce devrait, comme les plaignants le font valoir, être interprétée comme englobant simplement l'achat et la vente ou le négoce de produits sur un marché, les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario, dans le cadre du programme TRG, peuvent être considérés comme une première étape de la revente d'électricité aux consommateurs de détail, et donc de l'introduction de l'électricité dans le commerce. Toutefois, le Canada fait valoir que, même selon l'interprétation donnée par les plaignants de l'expression "revendus dans le commerce", l'électricité achetée par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG ne peut pas être considérée comme étant achetée "pour être revendue dans le commerce". En particulier, il fait valoir que l'on ne peut pas dire que l'OEO vend ou introduit des produits sur le "*marché*", parce qu'un "*marché*" "où il y a libre jeu de l'offre et de la demande" n'existe pas dans le réseau d'électricité de l'Ontario.[299] Nous ne sommes pas convaincus par l'argument du Canada. À notre avis, l'examen de la question de savoir si le réseau d'électricité de l'Ontario est, dans son ensemble, fortement réglementé ou constitué entièrement de marchés concurrentiels aux différents niveaux commerciaux ne change rien au fait fondamental que l'électricité achetée par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG est achetée aux producteurs et vendue aux consommateurs de détail par les mêmes circuits que ceux qui sont utilisés pour toutes les autres formes d'électricité par Hydro One et les SDL *en concurrence avec les détaillants en électricité du secteur privé*. Par conséquent, conformément à l'interprétation donnée par les plaignants de l'expression "revendus dans le commerce", l'électricité achetée est introduite dans le commerce.

7.149 Le Canada déclare que l'électricité achetée par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG ne l'est pas "pour être revendue dans le commerce" parce que l'OEO ne réalise pas de bénéfice sur la revente d'électricité mais récupère simplement le coût de l'achat d'électricité renouvelable.[300] Toutefois, la question de savoir si l'*OEO* réalise un bénéfice sur les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG n'est pas déterminante pour la question de savoir si les *pouvoirs publics de l'Ontario* dégagent un bénéfice sur la revente d'électricité aux consommateurs. À cet égard, nous notons que Hydro One distribue de l'électricité à près d'un tiers des consommateurs d'électricité en Ontario. Le Mémorandum d'accord entre le gouvernement de l'Ontario et Hydro One dispose que Hydro One "opérera en tant qu'entreprise commerciale avec un conseil d'administration indépendant qui, à tous moments, s'acquittera de sa responsabilité fiduciaire et d'un devoir de diligence pour agir au mieux des intérêts de la société".[301]

---

[298] Canada, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 56; réponse à la question n° 25 a) (première série) du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphe 68; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 47.

[299] Première communication écrite du Canada (DS426), paragraphe 43, faisant référence à la première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 129 et 130.

[300] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphe 92; et réponse à la question n° 25 a) (première série) du Groupe spécial.

[301] Mémorandum of Agreement between Her Majesty the Queen in Right of the Province of Ontario as Represented by the Minister of Energy and Hydro One Inc., 27 March 2008 ("Memorandum of Agreement between the Government of Ontario and Hydro One"), pièce CDA-107, page 1.

Le Canada a reconnu que Hydro One et les 77 SDL appartenant aux administrations municipales étaient censées obtenir un rendement de leurs activités de transport et de distribution d'électricité sur la base des prix approuvés par l'OEO qui étaient "justes et raisonnables".[302] À cet égard, en 2010, Hydro One a versé des dividendes à hauteur de 28 millions de dollars canadiens à son actionnaire, la province de l'Ontario.[303]

7.150 Par conséquent, même si l'OEO ne réalise pas de bénéfice sur la revente d'électricité par le biais de Hydro One et des SDL, il est évident que le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales de la province tirent profit de ces opérations. Nous ne sommes pas convaincus par l'argument du Canada selon lequel les pouvoirs publics de l'Ontario ne tirent pas profit de la revente d'électricité parce que "[l]es distributeurs dégagent un bénéfice de leur service de distribution d'électricité au consommateur final, et non de la vente elle-même de l'électricité renouvelable".[304] Dans la mesure où le service de distribution d'électricité est nécessairement lié à la vente d'électricité en tant que "produit" et en est indissociable, rien ne permet de conclure que les activités de revente de Hydro One et de presque toutes les SDL ne se soldent pas par des bénéfices.

7.151 Ayant constaté que Hydro One et les SDL vendent de l'électricité en concurrence avec les détaillants agréés du secteur privé, et que le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales tirent profit de la revente aux consommateurs de l'électricité achetée dans le cadre du programme TRG, il est clair pour nous que, aux fins des présents différends, la revente de l'électricité achetée dans le cadre du programme TRG est de nature "commerciale". En arrivant à cette conclusion, nous soulignons que cela ne veut pas dire que nous souscrivons à l'interprétation du Canada selon laquelle une "revente dans le commerce" impliquera toujours nécessairement un profit, car il peut bien y avoir des situations dans lesquelles la revente d'un produit acheté par un organe gouvernemental peut ne pas impliquer un profit mais être néanmoins "commerciale" aux fins de l'article III:8 a) du GATT de 1994. En effet, c'est un fait que des ventes à perte peuvent faire partie, et font souvent partie, d'une activité commerciale ordinaire. Toutefois, dans la situation factuelle, en l'espèce, nous avons conclu qu'il suffisait, pour constater que les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG étaient effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce", que non seulement le gouvernement de l'Ontario et les administrations municipales tirent profit de la revente de l'électricité achetée dans le cadre du programme TRG, mais encore que les reventes d'électricité soient effectuées en concurrence avec les détaillants en électricité agréés. À la lumière des considérations exposées plus haut, nous constatons que l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG est effectuée "pour [une] reven[te] dans le commerce".

[302] Réponse du Canada à la question n° 13 b) (deuxième série) du Groupe spécial; citant OEB, "Report of the Board on the Cost of Capital for Ontario's Regulated Utilities", EB-2009-0084, 11 December 2009, ("OEB Report on the cost of capital for Ontario's regulated utilities"), pièce CDA-64, page 8. Le Canada indique aussi que les tarifs perçus par les SDL permettent la répercussion des coûts et un taux de rendement qui est "juste et raisonnable". (Réponse du Canada à la question n° 13 a) (deuxième série) du Groupe spécial).

[303] "Hydro One Releases 2010 Year-End Financial Results", pièce JPN-41, page 2. Hydro One opère par le biais de ses filiales dans les secteurs du transport et de la distribution d'électricité, et des télécommunications. En 2010, le total des recettes s'est élevé à 5 124 millions de dollars canadiens, dont 5 061 millions provenant du transport et de la distribution. "Hydro One Releases 2010 Year-End Financial Results", pièce JPN-41, pages 2 et 3.

[304] Déclaration liminaire du Canada à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 55.

Conclusion concernant la question de savoir si les mesures contestées sont exclues du champ d'application de l'article III:4 du GATT de 1994 en vertu de l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994

7.152 Nous avons conclu plus haut: i) que les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG constituaient une "acquisition" au sens donné à ce terme à l'article III:8 a); ii) que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" prescrit au titre du programme TRG, et appliqué par le biais des contrats TRG et microTRG, était l'une des "prescriptions régissant" l'"acquisition" d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario; et iii) que l'"acquisition" d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG était effectuée "pour [une] reven[te] dans le commerce". À la lumière de cette dernière conclusion, nous constatons que les mesures en cause ne sont pas visées par les termes de l'article III:8 a) et que, par conséquent, le Canada ne peut pas invoquer l'article III:8 a) du GATT de 1994 pour exclure l'application de l'article III:4 du GATT de 1994 au "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" que contestent les plaignants.

7.153 En arrivant à cette conclusion, nous n'exprimons aucune opinion quant à la légitimité de l'objectif des pouvoirs publics de l'Ontario qui consiste à promouvoir l'utilisation d'énergie renouvelable dans la production d'électricité par le biais du programme TRG. Notre conclusion selon laquelle les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG sont effectués "pour [une] reven[te] dans le commerce", au sens de l'article III:8 a), doit être comprise uniquement comme un jugement de la mesure dans laquelle le Canada est en droit d'invoquer l'article III:8 a) du GATT de 1994 pour maintenir une mesure dont il est allégué qu'elle établit une discrimination à l'encontre des produits importés selon les termes de l'article III:4.

7.154 Après qu'il a été constaté que les mesures contestées n'étaient pas exemptées des obligations prescrites à l'article III:4 en vertu de l'application de l'article III:8 a), il s'ensuit que ces mesures doivent aussi être assujetties aux obligations énoncées à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, telles qu'elles sont précisées et éclairées à l'article 2:2 et dans la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC. À cet égard, nous rappelons que l'un des arguments présenté aussi bien par le Japon que par l'Union européenne est que les mesures contestées peuvent être jugées incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC en vertu de l'application du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC, qui décrit une catégorie de MIC réputée incompatible avec l'obligation d'accorder le traitement national figurant à l'article III:4 du GATT de 1994. Nous examinons maintenant le bien-fondé de cet argument.

ii) Question de savoir si les mesures en cause sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994, et donc aussi avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, en vertu de l'application de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC et du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC

7.155 Comme nous l'avons expliqué plus haut[305], l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC dispose que les MIC indiquées au paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994. Par conséquent, dans les cas où il est établi qu'une mesure relève du champ des obligations énoncées à l'article III:4 du GATT de 1994, cette mesure peut être jugée incompatible avec ces obligations, et donc aussi avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, si elle a les mêmes caractéristiques que les MIC décrites au paragraphe 1 a) de la Liste exemplative.

[305] Voir plus haut, paragraphe 7.119.

7.156 L'Union européenne fait valoir que les mesures en cause sont visées par le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative car: i) la conformité avec le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est nécessaire pour que les producteurs puissent participer au programme TRG; et ii) le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" exige des producteurs qu'ils achètent ou utilisent du matériel et des composants nationaux pour la production d'énergie renouvelable.[306] De même, le Japon fait valoir que les mesures en cause sont du type indiqué explicitement au paragraphe 1 a) de la Liste exemplative parce que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" oblige les producteurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque à utiliser du matériel de production produit en Ontario pour pouvoir bénéficier des tarifs offerts par le programme TRG.[307] Le Canada n'a pas présenté d'arguments pour rejeter les allégations des plaignants selon lesquelles les mesures contestées sont du type décrit au paragraphe 1 a) de la Liste exemplative.

7.157 Étant donné les arguments des parties et le libellé du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative[308], nous sommes d'avis que pour déterminer si les plaignants ont établi que les mesures contestées avaient les mêmes caractéristiques que les MIC décrites au paragraphe 1 a) de la Liste exemplative, nous devons vérifier: i) si le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" qui est appliqué au titre du programme TRG exige que les producteurs d'électricité utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque achètent ou utilisent du matériel et des composants pour la production d'énergie renouvelable qui sont d'origine ou de source canadienne; et ii) si la conformité avec le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est nécessaire à l'obtention d'un "avantage". Nous examinons ci-après chacun de ces éléments l'un après l'autre.

Question de savoir si le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" exige l'achat ou l'utilisation de produits d'origine ou de source canadienne

7.158 Les règles TRG définissent le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" comme étant le pourcentage minimum d'éléments nationaux indiqué sur la page de couverture du contrat TRG qui devrait être atteint par les installations contractuelles utilisant l'énergie éolienne et dont la capacité contractuelle est supérieure à 10 kW, ou par les installations contractuelles utilisant l'énergie solaire photovoltaïque.[309] Le Japon a présenté le tableau ci-après pour résumer les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux qui sont prescrits dans le cadre du programme TRG.

[306] Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 141, 143, 152, et 156 et 157. Voir aussi Union européenne, déclaration liminaire, à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 43; réponse à la question n° 14 a) (première série) du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphe 152; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 61.

[307] Première communication écrite du Japon, paragraphes 295, et 301 et 302.

[308] Le texte pertinent du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative est reproduit plus haut au paragraphe 7.115.

[309] Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Programme Rules, Version 1.5.1, 31 October 2011, ("FIT Rules"), pièce EU-4, article 6.4 a).

	Éolien (TRG)		Solaire photovoltaïque (TRG)		Solaire photovoltaïque (microTRG)	
Date repère pour l'exploitation commerciale	2009-2011	2012-	2009-2010	2011-	2009-2010[310]	2011-
Niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux	25%	50%	50%	60%	40%	60%

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

7.159 Le niveau de la teneur en éléments nationaux pour une installation contractuelle est calculé conformément à la méthode indiquée dans l'annexe D du contrat TRG.[311] Cette annexe contient quatre "grilles de teneur en éléments nationaux" différentes, qui indiquent chacune diverses "activités désignées" et un "pourcentage admissible" associé pour chacune des catégories de production d'énergie renouvelable relevant du programme TRG.[312] Ces catégories sont i) les projets éoliens d'une capacité supérieure à 10 kW; ii) les projets solaires photovoltaïques d'une capacité supérieure à 10 kW et utilisant la technologie photovoltaïque au silicium cristallin; iii) les projets solaires photovoltaïques d'une capacité supérieure à 10 kW et utilisant la technologie photovoltaïque à film fin; et iv) les projets solaires photovoltaïques d'une capacité inférieure ou égale à 10 kW. Les grilles de teneur en éléments nationaux indiquées pour ces deux dernières catégories de projets solaires photovoltaïques s'appliquent de la même façon aux projets microTRG en vertu des règles microTRG.[313]

7.160 Pour chaque "activité désignée" qui est effectuée en relation avec l'installation contractuelle, un "pourcentage admissible" associé doit être atteint. Par exemple, lorsque les pales de la turbine éolienne pour un projet éolien ont été "moulées en Ontario" et que l'"instrumentation à l'intérieur des pales a été assemblée en Ontario", l'installation contractuelle atteindra un pourcentage admissible de 16%. Le contrat TRG explique que le niveau de la teneur en éléments nationaux d'un projet est déterminé en additionnant les pourcentages admissibles associés à toutes les activités désignées qui ont été effectuées en relation avec le projet en question.

7.161 Le Japon fait valoir que "pour *tous* les projets", les grilles de teneur en éléments nationaux ont pour effet d'exiger qu'"*au moins certains* produits fabriqués, formés ou assemblés en Ontario *soient* utilisés pour atteindre les niveaux minima requis de la teneur en éléments nationaux".[314] Il soutient que les activités de service pur indiquées dans chaque grille teneur en éléments nationaux ne sont pas suffisantes pour atteindre les "niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux". En particulier, il déclare que les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux ne peuvent pas être atteints, compte tenu des grilles pertinentes de teneur en éléments nationaux, sans l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés pour les raisons suivantes[315]:

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

[311] FIT Rules, pièce EU-4, article 6.4 b).

[312] Ontario Power Authority, Feed-in Tariff Contract, Version 1.5.1, 31 October 2011 ("FIT Contract"), pièce EU-5, annexe D.

[313] Microfit Rules, TRG, pièce JPN-157, Définitions, pages 14 à 16.

[314] Première communication écrite du Japon, paragraphe 173.

[315] Première communication écrite du Japon, paragraphe 173.

Dans l'annexe D du contrat TRG, dans le tableau 1 relatif aux projets d'énergie éolienne d'une capacité supérieure à 10 kW, les seules activités désignées qui sont des activités de service pur figurent à la ligne 17 concernant les coûts de construction (avec un pourcentage admissible de 15%) et à la ligne 18 concernant les services de conseil (avec un pourcentage admissible de 5%). Par conséquent, les services peuvent contribuer pour 20% au plus haut niveau de la teneur en éléments nationaux. Autrement dit, lorsque le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux est supérieur à 20% (comme il l'a toujours été pour ces projets d'énergie éolienne …), au moins certains produits de source ontarienne doivent être utilisés pour que le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux soit atteint.

Dans l'annexe D du contrat TRG, dans le tableau 2 relatif aux projets d'énergie solaire (photovoltaïque) d'une capacité supérieure à 10 kW et utilisant la technologie photovoltaïque au silicium cristallin, les seules activités désignées qui sont des activités de service pur figurent à la ligne 8 concernant les coûts de construction (avec un pourcentage admissible de 18%) et à la ligne 9 concernant les services de conseil (avec un pourcentage admissible de 4%). Par conséquent, les services peuvent contribuer pour 22% au plus haut niveau de la teneur en éléments nationaux. Autrement dit, lorsque le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux est supérieur à 22% (comme il l'a toujours été pour ces projets d'énergie solaire (photovoltaïque) …), au moins certains produits de source ontarienne doivent être utilisés pour que le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux soit atteint.

Dans l'annexe D du contrat TRG, dans le tableau 3 relatif aux projets d'énergie solaire (photovoltaïque) d'une capacité supérieure à 10 kW et utilisant la technologie photovoltaïque à film fin, les seules activités désignées qui sont des activités de services pur figurent à la ligne 15 concernant les coûts de construction (avec un pourcentage admissible de 24%) et à la ligne 16 concernant les services de conseil (avec un pourcentage admissible de 4%). Par conséquent, les services peuvent contribuer pour 28% au plus haut niveau de la teneur en éléments nationaux. Autrement dit, lorsque le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux est supérieur à 28% (comme il l'a toujours été pour ces projets d'énergie solaire (photovoltaïque) …), au moins certains produits de source ontarienne doivent être utilisés pour que le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux soit atteint.

Dans l'annexe D du contrat TRG, dans le tableau 4 relatif aux projets d'énergie solaire (photovoltaïque) d'une capacité inférieure ou égale à 10 kW, la seule activité désignée qui est une activité de service pur figure à la ligne 24 concernant l'emploi et les services (avec un pourcentage admissible de 27%). Par conséquent, les services peuvent contribuer pour 27% au plus haut niveau de la teneur en éléments nationaux. Autrement dit, lorsque le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux est supérieur à 27% (comme il l'a toujours été pour ces projets d'énergie solaire (photovoltaïque) …), au moins certains produits de source ontarienne doivent être utilisés pour que le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux soit atteint.

Dans l'appendice C du contrat microTRG, dans le tableau 1 relatif aux microprojets d'énergie solaire photovoltaïque (≤ 10 kW), la seule activité désignée qui est une activité de service pur figure à la ligne 8 concernant l'emploi et les services (avec un pourcentage admissible de 27%). Par conséquent, les services peuvent contribuer

> pour 27% au plus haut niveau de la teneur en éléments nationaux. Autrement dit, lorsque le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux est supérieur à 27% (comme il l'a toujours été pour ces projets d'énergie solaire photovoltaïque …), au moins certains produits de source ontarienne doivent être utilisés pour que le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux soit atteint.
>
> Dans l'appendice C du contrat microTRG, dans le tableau 2 relatif aux microprojets d'énergie solaire photovoltaïque (≤ 10 kW) utilisant la technologie photovoltaïque à film fin, la seule activité désignée qui est une activité de service pur figure à la ligne 6 concernant l'emploi et les services (avec un pourcentage admissible de 28%). Par conséquent, les services peuvent contribuer pour 28% au plus haut niveau de la teneur en éléments nationaux. Autrement dit, lorsque le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux est supérieur à 28% (comme il l'a toujours été pour ces projets d'énergie solaire photovoltaïque …), au moins certains produits de source ontarienne doivent être utilisés pour que le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux soit atteint.[316]

7.162 L'Union européenne souscrit à la description donnée par le Japon de la manière dont fonctionne cet aspect des mesures contestées, et elle a fait siens tous les arguments présentés par le Japon dans ce contexte.[317]

7.163 Nous avons examiné attentivement le fonctionnement du "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" et convenons avec les plaignants que dans toutes les situations décrites plus haut par le Japon, au moins certains produits de source ontarienne (et donc canadienne) doivent être utilisés pour atteindre ce niveau. Par conséquent, nous constatons que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" qui est appliqué dans le cadre du programme TRG exige que les producteurs d'électricité TRG et microTRG utilisant la technologie solaire photovoltaïque ainsi que les producteurs TRG utilisant la technologie éolienne achètent ou utilisent un certain pourcentage de matériel et de composants pour la production d'énergie renouvelable qui proviennent d'une source ontarienne, et donc "d'une source nationale" au sens du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative.

Question de savoir si la conformité avec le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est nécessaire à l'obtention d'un avantage

7.164 La Directive ministérielle de 2009, qui demandait à l'OEO d'établir le programme TRG, lui ordonnait aussi d'inclure des prescriptions relatives à la teneur minimale en éléments nationaux et de faire en sorte que la non-conformité avec ces prescriptions "[soit] sanctionné[e] par des conséquences commerciales notables en vertu du contrat TRG".[318] À cette fin, l'article 6.4 b) des règles TRG stipule que "[s]i une installation contractuelle n'atteint pas le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux, le fournisseur sera en situation de défaut d'exécution du contrat TRG". L'article 9.1 b) et d) du contrat TRG définit le non-respect par un fournisseur de "toute clause ou obligation importante" énoncée dans le contrat ainsi qu'une indication du fournisseur qui n'est "ni vraie ni correcte de manière notable" comme étant des situations qui mettraient le fournisseur en défaut. D'autres dispositions du contrat TRG donnent à penser que ces situations peuvent concerner les obligations du fournisseur en relation avec le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux". Par exemple, l'article 2.4 b) iii) du contrat TRG dispose que l'"ordre de service" du fournisseur doit inclure un "plan relatif à la teneur en éléments nationaux" tel qu'il est défini dans ledit article. L'article 2.2 f) du contrat TRG stipule que "[d]ans le cas où il est indiqué sur la page de couverture du

[316] Première communication écrite du Japon, paragraphe 173.
[317] Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 16.
[318] Directive TRG de 2009 du Ministre, pièce JPN-102, pages 1 et 2.

contrat TRG que le combustible renouvelable de l'installation contractuelle est l'énergie éolienne ou solaire (photovoltaïque), le fournisseur élaborera et construira l'installation contractuelle de manière à ce que le niveau de la teneur en éléments nationaux soit égal ou supérieur au niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux". En outre, l'article 2.11 c) du contrat TRG dispose qu'un fournisseur doit présenter à l'OEO un "rapport sur la teneur en éléments nationaux" indiquant de façon détaillée comment l'installation contractuelle a atteint le niveau requis de teneur en éléments nationaux dans les 60 jours suivant la date de la mise en exploitation commerciale.

7.165 Il ressort clairement de ce qui précède que la conformité avec le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" est une condition préalable nécessaire pour que les producteurs d'électricité puissent participer au programme TRG. Comme nous l'avons expliqué ailleurs dans les présents rapports, le programme TRG garantit un prix fixe pendant une période de 20 ans pour chaque kWh d'électricité injectée dans le réseau électrique de l'Ontario, par les producteurs d'électricité admissibles qui utilisent les technologies éolienne et solaire photovoltaïque.[319] Les prix payés au titre du programme TRG ont été établis par l'OEO pour faire en sorte que les participants puissent récupérer des frais de développement "usuels" et obtenir un taux de rendement raisonnable. Ainsi, les producteurs participant au programme TRG seront rémunérés, pour chaque kWh d'électricité injecté dans le réseau électrique de l'Ontario, à un prix calculé pour assurer les activités économiquement viables d'installations "usuelles" pendant une période de 20 ans. Nous convenons avec les plaignants que, sur la base de ces conditions, la *simple participation* au programme TRG peut être considérée comme l'obtention d'un "avantage" au sens du texte introductif du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative. En outre, étant donné que la non-conformité avec le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" mettra les producteurs TRG et microTRG en situation de défaut d'exécution des obligations contractuelles, on peut aussi conclure que le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" fait des contrats TRG et microTRG des MIC qui ont "force exécutoire en vertu de la législation nationale", et que ces contrats doivent aussi, pour cette raison, relever du texte introductif du paragraphe 1 a) de la Liste exemplative.

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

d) Conclusion concernant les allégations au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4 du GATT de 1994

7.167 À la lumière des constatations que nous avons formulées dans cette section des présents rapports, nous concluons que le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG, sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994.

[319] Voir les paragraphes 7.64, 7.203, 7.213, 7.217 et 7.219.

C. QUESTION DE SAVOIR SI LES MESURES CONTESTEES CONSTITUENT DES SUBVENTIONS AU SENS DE L'ARTICLE 1.1 DE L'ACCORD SMC

1. Introduction

7.168 Dans les sections qui suivent, nous évaluons le bien-fondé des arguments des plaignants selon lesquels le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG constituent des subventions au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC. Nous commençons par examiner si les plaignants ont établi que les mesures contestées constituaient chacune une "contribution financière" et/ou un "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC. Nous évaluons ensuite les arguments des parties concernant l'existence d'un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

2. Question de savoir si les mesures contestées constituent une "contribution financière" et/ou un "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC

a) Arguments des parties

i) Japon

7.169 Le Japon fait valoir que les mesures contestées équivalent chacune à une "contribution financière" sous la forme de "transfert direct de fonds" ou de "transfert direct potentiel de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC ou, *à titre subsidiaire*, une forme de "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.[320]

7.170 Rappelant que l'Organe d'appel a fait observer qu'un "transfert direct de fonds" pouvait prendre la forme d'une transaction prescrivant des "droits et obligations réciproques" ou d'un "don conditionnel", et 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"[321], le Japon déclare que les mesures contestées peuvent surtout être qualifiées de "transferts directs de fonds" parce qu'elles comportent des paiements de la part de l'OEO qui sont analogues à un "don conditionnel". À cet égard, il met en évidence les caractéristiques suivantes des contrats TRG et microTRG, qui, selon lui, démontrent que les paiements TRG ne sont rien d'autre qu'un financement accordé par les pouvoirs publics aux producteurs TRG moyennant i) la construction d'une installation de production d'énergie renouvelable qui soit conforme à un niveau minimum spécifié de teneur en éléments nationaux; et ii) l'injection de l'électricité produite par cette installation dans le réseau à l'usage de tous les Ontariens[322]:

a) dans le cadre des contrats TRG et microTRG, les producteurs TRG doivent construire une installation de production tout en se conformant à la prescription imposant

---

[320] Japon, première communication écrite, paragraphes 185 à 214; réponse à la question n° 5 (première série) du Groupe spécial; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 24; deuxième communication écrite, paragraphes 26 à 51; et réponses aux questions n° 21 et 25 (deuxième série) du Groupe spécial. Le Japon déclare, *à titre subsidiaire*, que les mesures en cause pourraient aussi être qualifiées d'action des pouvoirs publics comportant l'action de charger ou d'ordonner, au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC. Première communication écrite du Japon, note de bas de page 367.

[321] Deuxième communication écrite du Japon, paragraphe 43, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphes 617 et 618 et note de bas de page 1292.

[322] Japon, deuxième communication écrite, paragraphe 45; et réponses aux questions n° 5 (première série) et 25 (deuxième série) du Groupe spécial.

d'utiliser du matériel de production d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque fabriqué en Ontario pour cette construction;

b) en contrepartie, l'OEO promet de payer un prix, dont il est allégué qu'il est supérieur à celui du marché, qui garantit la récupération des coûts plus un rendement raisonnable de l'investissement sur une période de 20 ans;

c) l'OEO paie ce prix au producteur lorsque celui-ci injecte l'électricité dans le réseau, ou s'en abstient sur instruction de la SIERE, jusqu'à concurrence de la capacité contractuelle; et

d) l'électricité injectée dans le réseau va directement aux consommateurs, sans que l'OEO ni aucun autre organe gouvernemental n'en prennent possession ou n'aient le droit de le faire, ne l'utilisent ou n'aient l'intention de le faire, ni ne cherchent à réaliser un bénéfice en la revendant.[323]

7.171 Selon le Japon, les mêmes caractéristiques démontrent aussi qu'indépendamment de tout paiement effectif versé dans le cadre des contrats TRG et microTRG contestés, les mesures contestées peuvent être qualifiées de "transferts directs potentiels de fonds" parce qu'elles garantissent le paiement de toute l'électricité produite (ou non produite sur instruction de la SIERE) pour la totalité de la période contractuelle qui, dans le cas des projets éoliens ou solaires photovoltaïques, est de 20 ans. Par conséquent, le Japon fait valoir que l'engagement de l'OEO d'effectuer les versements envisagés dans le cadre des mesures contestées constitue une pratique des pouvoirs publics comportant un "transfert direct potentiel de fonds".[324]

7.172 *À titre subsidiaire*, le Japon fait valoir que les mesures en cause constituent "une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994" selon les termes de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC. Selon lui, les mesures contestées peuvent dûment être qualifiées à ce titre parce qu'elles "contribuent" aux revenus et aux prix perçus par les producteurs TRG tout en ayant pour effet de réduire les importations de matériel de production d'énergie renouvelable en Ontario, faussant le commerce international.[325] Le Japon déclare que deux aspects particuliers des contrats TRG et microTRG sont compatibles avec cette qualification: i) les prix payés par les pouvoirs publics de l'Ontario pour l'électricité, dont il est allégué qu'ils sont supérieurs aux prix du marché; et ii) la période contractuelle à long terme (20 ans). Il fait valoir que l'effet conjugué de ces deux modalités contractuelles est de permettre "aux producteurs TRG de construire et d'exploiter leurs installations de production en premier lieu, assurés d'obtenir un rendement qu'ils n'obtiendraient pas autrement sur le marché". Par conséquent, le Japon fait valoir que les pouvoirs publics de l'Ontario ""soutiennent" littéralement les "revenus" perçus par les producteurs et les "prix" qui leur sont payés pour leur production d'électricité".[326]

7.173 Le Japon rejette l'argument du Canada selon lequel les mesures contestées peuvent *uniquement* être qualifiées juridiquement de contributions financières sous la forme d'achats de biens par les pouvoirs publics. Rappelant 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*", il fait valoir que le fait qu'il apparaît que les contrats TRG et microTRG sont décrits dans le droit canadien comme des "achats" des pouvoirs

[323] Japon, deuxième communication écrite, paragraphe 36; et réponse à la question n° 25 (deuxième série) du Groupe spécial.
[324] Première communication écrite du Japon, paragraphes 192 à 194.
[325] Première communication écrite du Japon, paragraphes 205 à 214.
[326] Première communication écrite du Japon, paragraphe 212.

publics n'est pas déterminant pour la qualification juridique des mesures contestées aux fins du droit de l'OMC.[327] En outre, le Japon affirme que jamais l'OEO ne prend possession, ne prend le contrôle ni ne devient propriétaire de l'électricité fournie dans le cadre des contrats TRG et microTRG et qu'à ce titre, il n'"achète" pas d'électricité.[328] À cet égard, il soutient que le programme TRG n'a pas pour but de promouvoir la production d'énergie renouvelable afin de fournir l'électricité uniquement à l'OEO ou à d'autres organismes publics de l'Ontario, ou de permettre aux pouvoirs publics de l'Ontario de vendre l'électricité aux distributeurs et/ou consommateurs locaux. Il fait valoir qu'en réalité, le but du programme TRG est d'approvisionner en l'électricité tous les consommateurs de l'Ontario.

7.174 En tout état de cause, le Japon fait valoir que même s'il devait conclure que les contrats TRG et microTRG 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".[329] Selon lui, cela serait possible parce qu'à son avis, l'Organe d'appel a indiqué clairement dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)* qu'une transaction pouvait être visée par plusieurs alinéas de l'article 1.1 a) 1) et que la présence du mot "ou" entre l'article 1.1 a) 1) et l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC n'impliquait pas nécessairement que ces deux dispositions s'excluaient mutuellement.

7.175 Enfin, si le Groupe spécial devait constater que les mesures contestées peuvent *uniquement* être qualifiées à bon droit d'achats de biens par les pouvoirs publics, comme le soutient le Canada, le Japon déclare qu'il se serait néanmoins acquitté de la charge qui lui incombe de montrer que ces mesures satisfont au premier élément de la définition d'une subvention, rappelant qu'un achat de biens par les pouvoirs publics constitue une "contribution financière" au regard de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC.[330]

ii) Union européenne

7.176 Comme le Japon, l'Union européenne déclare que les mesures contestées peuvent chacune être qualifiées juridiquement de "contribution financière" sous la forme d'un "transfert direct de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC, ou de forme de "soutien des revenus ou des prix" selon les termes de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC. Cependant, selon elle, la qualification juridique la plus appropriée, et son argument "fondamental" en l'espèce, est que le programme TRG et les contrats connexes constituent une forme de "soutien des revenus ou des prix". *Subsidiairement* à ces deux argumentations, l'Union européenne soutient que les mesures contestées pourraient aussi être qualifiées de "transferts directs potentiels de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC, ou d'action des pouvoirs publics comportant une action de charger ou d'ordonner au sens de

[327] Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 25, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 586 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 56); et deuxième communication écrite, paragraphes 29 à 34.

[328] Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 23; deuxième communication écrite, paragraphe 39; et observations concernant la réponse du Canada à la question n° 47 (deuxième série) du Groupe spécial.

[329] Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 28; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 7, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 613 et note de bas de page 1287; et observations concernant la réponse du Canada à la question n° 24 (deuxième série) du Groupe spécial.

[330] Réponse du Japon à la question n° 22 (deuxième série) du Groupe spécial.

l'article 1.1 a) 1) iv) dans la mesure où des SDL privées effectuent des paiements au titre de règlement au nom de l'OEO selon les termes des contrats TRG et microTRG.[331]

7.177 L'Union européenne affirme que 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 avec les producteurs TRG d'un prix pour l'électricité que ceux-ci produiront (ou auront pour ordre de ne pas produire), puis paient ce prix directement (par l'intermédiaire d'un autre organisme, la SIERE) ou indirectement (par l'intermédiaire des SDL) aux producteurs TRG. Elle déclare en outre que la nature des prescriptions du programme TRG relatives à la teneur en éléments locaux réduit voire élimine les importations de matériel et de composants pour installations de production d'énergie renouvelable en Ontario. À ce titre, l'Union européenne fait valoir que les prix à long terme garantis dont il est allégué qu'ils sont supérieurs aux prix du marché et qui sont payés aux producteurs TRG dans le cadre des contrats TRG et microTRG contestés constituent une "forme … de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994", selon les termes de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.[332]

7.178 Selon l'Union européenne, les mesures contestées peuvent être qualifiées de "transferts directs de fonds" parce que, hormis l'injection attendue d'électricité dans le réseau électrique de l'Ontario, elles prévoient le versement par l'OEO de paiements au producteurs TRG sur une base inconditionnelle. L'Union européenne déclare qu'aux fins de l'analyse de la contribution financière, les paiements promis dans le cadre des contrats TRG et microTRG juridiquement contraignants devraient être considérés comme des paiements "accordés" ou "transférés", même si matériellement ils n'ont pas encore eu lieu.[333] Rappelant que l'Organe d'appel a fait observer qu'un "transfert direct de fonds" pouvait exister sous forme d'un "don conditionnel" et 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", elle déclare que l'essence du programme TRG et de ses contrats connexes est que les producteurs TRG assument un ensemble d'obligations (y compris la construction d'une installation de production et l'injection d'électricité dans le réseau) en contrepartie desquelles ils recevront paiement de la part de l'OEO. L'Union européenne soutient que cela fait des mesures contestées des "transferts directs de fonds".[334]

7.179 L'Union européenne avance deux arguments *subsidiaires* additionnels à l'appui de son opinion selon laquelle les mesures équivalent à des "contributions financières". Premièrement, s'appuyant sur les mêmes arguments que ceux que le Japon a avancés dans sa première communication écrite, elle déclare que les mesures contestées peuvent aussi être qualifiées de "transferts directs potentiels de fonds".[335] Deuxièmement, elle fait valoir que les versements effectués

---

[331] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 43 et 44; et déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 18 et 19.

[332] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 32 à 42; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 14 à 17; réponse à la question n° 20 (première série) du Groupe spécial; et deuxième communication écrite, paragraphes 5 à 18 et 33 à 38.

[333] Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 48. L'Union européenne a explicitement incorporé dans ses arguments relatifs à l'existence d'une contribution financière sous la forme d'un "transfert direct de fonds" tous les arguments formulés par le Japon dans sa première communication écrite. Première communication écrite de l'Union européenne, note de bas de page 51.

[334] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 49 et 50; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 18; deuxième communication écrite, paragraphes 42 et 43; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 11, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 617.

[335] L'Union européenne a explicitement incorporé tous les arguments formulés sur ce point par le Japon dans sa première communication écrite. Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 53 et note de bas de page 65.

par les SDL au nom de l'OEO conformément aux contrats TRG et microTRG entraînent une "contribution financière", sous l'une quelconque des formes indiquées plus haut, parce qu'ils comportent l'action de charger ou d'ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC.[336] Cependant, à cet égard, l'Union européenne soutient que du fait que l'OEO est en définitive tenu d'effectuer ces paiements, il serait probablement plus approprié de qualifier les mesures contestées de "transfert direct de fonds".[337]

7.180 Enfin, bien qu'elle considère que la qualification la plus appropriée des mesures contestées ne serait pas un "achat de biens" par les pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC[338], l'Union européenne fait valoir qu'une conclusion en ce sens n'empêcherait pas de constater que les mesures contestées pourraient aussi être qualifiées de "forme quelconque de soutien des revenus ou des prix". À cet égard, elle 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. Selon elle, le mot "ou" permet simplement de choisir d'autres qualifications pour satisfaire au premier élément de la définition d'une "subvention". L'Union européenne note aussi que les termes de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC sont assez généraux pour prendre en compte des programmes nationaux comportant *une combinaison de* diverses formes de contribution financière, associées à d'autres caractéristiques.[339] De même, elle fait valoir que les mesures contestées peuvent être qualifiées de plusieurs types de contribution financière relevant des alinéas de l'article 1.1 a) 1), rappelant certaines observations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*.[340] En tout état de cause, si le Groupe spécial devait considérer que l'OEO "achète" effectivement de 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.[341]

iii) Canada

7.181 Le Canada déclare que les plaignants ont qualifié à tort les mesures contestées de contributions financières sous la forme de "transferts directs de fonds" ou de "transferts directs potentiels de fonds", ou d'une forme de "soutien des revenus ou des prix". Il fait valoir que la seule qualification juridique qui puisse dûment être donnée au programme TRG et à ses contrats connexes

[336] Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 44.
[337] Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 59 à 61.
[338] Deuxième communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 41 à 51. L'Union européenne soutient que l'OEO agit davantage comme un intermédiaire (représentant ou chambre de compensation) que comme un acheteur effectif d'électricité. Selon elle, d'autres opérateurs du marché achètent de l'électricité soit aux tarifs du marché soit à des tarifs supérieurs (c'est-à-dire aux tarifs "réglementés"), alors que l'OEO paie les tarifs convenus contractuellement avec les producteurs TRG, dont il est allégué qu'ils sont supérieurs à ceux du marché. Union européenne, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 20; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 12.
[339] Union européenne, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 10 à 13; deuxième communication écrite, paragraphes 5 à 18; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 5 à 10.
[340] Déclaration liminaire de l'Union européenne à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 19, citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, note de bas de page 1287.
[341] Union européenne, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 20 et 21; et deuxième communication écrite, paragraphe 53.

est celle de contributions financières sous la forme d'"achats de biens par les pouvoirs publics" au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.[342]

7.182 Le Canada affirme que le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG impliquent des paiements en espèces versés par l'OEO, qu'il décrit comme étant le "mandataire" des pouvoirs publics de l'Ontario[343], à des producteurs d'électricité renouvelable pour l'injection d'électricité dans le réseau de transport ontarien.[344] Par conséquent, selon lui, les mesures en cause ont pour effet de permettre à l'OEO d'*acheter* l'électricité aux producteurs qui utilisent les technologies éolienne et solaire photovoltaïque. Le Canada déclare que sa qualification juridique des mesures comme étant des achats de biens par les pouvoirs publics est étayée par certains articles de la *Loi de 1998 sur l'électricité*, la directive ministérielle, divers aspects des règles TRG et microTRG, les conditions et modalités des contrats TRG et microTRG, et un certain nombre d'autres documents et sources.[345]

7.183 Le Canada fait valoir qu'une transaction dûment qualifiée d'achat de biens doit être traitée uniquement comme un achat de biens aux fins de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC, quand bien même elle comportera invariablement un "transfert direct de fonds" ou un "transfert direct potentiel de fonds".[346] S'appuyant sur un raisonnement tenu par le Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, il fait valoir que soutenir qu'une transaction dûment qualifiée d'achat de biens par les pouvoirs publics pourrait aussi être qualifiée de transfert direct de fonds serait incompatible avec le principe d'interprétation des traités dit de l'effet utile.[347]

7.184 Le Canada rejette l'idée avancée par les plaignants selon laquelle un produit ne peut être "acheté" que si l'acheteur en prend matériellement la possession ou le contrôle ou en devient propriétaire, mentionnant à l'appui de sa position deux exemples d'acheteurs de produits qui ne présentent pas ces caractéristiques.[348] En outre, il déclare que les exemples d'"agrégateurs" et de "négociants" en électricité, que le Japon présente comme des entités qui achètent effectivement de l'électricité contrairement à l'OEO, ne font que montrer clairement qu'il est possible d'acheter de l'électricité et d'en devenir propriétaire sans la posséder matériellement.[349] En tout état de cause, le Canada affirme que dans la mesure où l'électricité produite par les producteurs TRG est injectée dans les réseaux de transport et de distribution ontariens, les pouvoirs publics de l'Ontario en prennent bien matériellement possession du fait que Hydro One détient 97% des lignes de transport et que la totalité des 80 SDL, sauf 3, appartiennent aux administrations municipales.[350] Il note en outre que la SIERE n'a jamais ordonné aux producteurs TRG de s'abstenir d'injecter de l'électricité dans le réseau,

[342] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphes 116 à 122; et première communication écrite (DS426), paragraphes 54 à 63.

[343] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphes 1 et 70; et première communication écrite (DS426), paragraphe 2.

[344] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphes 70 à 81; première communication écrite (DS426), paragraphes 16 à 22; et réponses aux questions n° 1 et 2 (première série) du Groupe spécial.

[345] Canada, première communication écrite (DS412), notes de bas de page 135 et 141, et paragraphe 73; première communication écrite (DS426), paragraphes 16 à 22; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 11 à 44; deuxième communication écrite, paragraphes 15 à 22; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 20; et réponse à la question n° 25 (deuxième série) du Groupe spécial.

[346] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphe 120.

[347] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphes 117 à 119; et première communication écrite (DS426), paragraphe 55.

[348] Déclaration liminaire du Canada à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 41.

[349] Déclaration liminaire du Canada à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 26.

[350] Canada, réponse à la question n° 21 (première série) du Groupe spécial; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 30 à 32.

expliquant que les clauses particulières des contrats TRG sur lesquelles les plaignants mettent l'accent sont des clauses standard et que de toute façon, la SIERE ne peut pas adresser ces demandes aux petits producteurs TRG ni à aucun producteur microTRG.[351]

7.185 Enfin, le Canada soutient que la qualification juridique de "soutien des revenus ou des prix" que les plaignants attribuent aux mesures contestées est injustifiée pour deux principales raisons. Premièrement, s'appuyant sur le même raisonnement du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)* mentionné plus haut, il fait valoir que l'article 1.1 a) 2) ne peut pas être interprété comme s'appliquant à des transactions qui sont qualifiées à bon droit d'achats de biens par les pouvoirs publics parce que cela priverait de sens l'article 1.1 a) 1) iii) et serait donc contraire au principe d'interprétation des traités dit de l'effet utile. Par conséquent, de même qu'il rejette les affirmations des plaignants selon lesquelles les mesures en cause impliquent des "transferts directs de fonds", le Canada fait valoir que le programme TRG et les contrats individuels ne peuvent pas équivaloir à une forme de "soutien des revenus ou des prix" parce que cela rendrait l'article 1.1 a) 1) iii) redondant.[352] Deuxièmement, il déclare que la référence à "un produit" qui figure à l'article XVI du GATT n'est pas une référence à des intrants non subventionnés, mais à une augmentation des exportations d'"un produit" qui fait l'objet de la subvention alléguée notifiée au titre de cette disposition ou à une diminution des importations de produits étrangers subissant l'effet de la subvention notifiée. Par conséquent, le Canada fait valoir que pour que le programme TRG soit dûment qualifié de forme de "soutien des revenus ou des prix", les plaignants devraient montrer que c'est le commerce de l'électricité (produit subventionné selon les allégations), et non le commerce du matériel de production d'électricité renouvelable, qui est affecté par la subvention alléguée.[353]

b) Arguments des tierces parties

i) Australie

7.186 L'Australie souscrit aux arguments des plaignants 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. À titre subsidiaire, elle estime que le Groupe spécial peut qualifier les contrats TRG d'"achats de biens" au sens de l'article 1.1 a) 1) iii). Elle fait valoir 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, un achat de biens au sens 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. Par conséquent, selon l'Australie, dans les présents différends le tarif contractuel perçu par les producteurs TRG pourrait être qualifié de contrepartie pour l'électricité fournie sur le marché de l'électricité de l'Ontario.[354]

ii) Chine

7.187 La Chine conteste l'invocation par l'Union européenne des restrictions à l'exportation comme exemples de "soutien des revenus ou des prix", au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC, pour les raisons suivantes. Premièrement, ce membre de phrase "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". Deuxièmement, l'application du critère de l'"effet" à l'existence d'un

[351] Canada, réponse à la question n° 21 (première série) du Groupe spécial; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 30 à 32.

[352] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphes 121 et 122; et première communication écrite (DS426), paragraphes 59 et 60.

[353] Première communication écrite du Canada (DS426), paragraphe 62.

[354] Australie, communication en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 4 à 10; communication en tant que tierce partie (DS426), paragraphes 4 à 10; et déclaration en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 3 à 10.

"soutien des revenus ou des prix" exagérerait la portée raisonnable de cette expression. Troisièmement, attendu que l'article XI du GATT de 1994 prévoit l'"élimination générale des restrictions quantitatives", il est douteux que le concept de "soutien des revenus ou des prix" vise à faire entrer ces actions des pouvoirs publics dans le champ de l'Accord SMC. Quatrièmement, le concept de "soutien des prix du marché" inclus dans l'Annexe 3 de l'Accord sur l'agriculture 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 démontrée. En conséquence, de l'avis de la Chine, l'analyse devrait être axée sur la nature de l'action directe des pouvoirs publics, et non sur la fluctuation des prix. Enfin, lorsqu'elle invoque le paragraphe 7.430 du rapport du Groupe spécial *Chine – Matières premières*, l'Union européenne passe sous silence la note de bas de page qui précise que le terme "subvention" figurant dans ce paragraphe n'implique pas une conclusion juridique au regard de l'Accord SMC.[355]

iii) El Salvador

7.188 El Salvador souligne le rôle joué par les SDL dans le programme TRG et le fait qu'il importe de déterminer si ces sociétés sont détenues par les pouvoirs publics. Il considère que le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)* peut contribuer à l'examen de cette question par le Groupe spécial. Quant à la notion de "soutien des revenus ou des prix", El Salvador considère que le Groupe spécial devrait disposer de paramètres objectifs pour déterminer si une réduction des importations de matériel de production d'énergie renouvelable a eu lieu. Il propose que les méthodes utilisées aux fins d'autres règles de l'OMC puissent être employées par le Groupe spécial pour déterminer l'existence d'un "soutien des revenus ou des prix", citant en exemple la méthode utilisée dans le domaine des sauvegardes pour l'examen de la corrélation entre l'augmentation du dommage et la branche de production.[356]

iv) Union européenne (dans le différend DS412)

7.189 En tant que tierce partie dans le différend DS412, l'Union européenne considère que le programme TRG équivaut à une subvention suivant la définition donnée à l'article 1.1 de l'Accord SMC. À son avis, le programme TRG implique une contribution financière des pouvoirs publics de l'Ontario sous la forme soit de transfert direct de fonds soit de transfert direct potentiel de fonds. L'Union européenne soutient qu'il serait plus approprié de qualifier de "transfert direct de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC l'engagement de la province canadienne de l'Ontario de payer le prix convenu pour l'électricité produite par les producteurs TRG parce que les paiements futurs sont effectués sans condition. À titre subsidiaire, elle considère que le programme TRG constitue une forme de soutien des revenus ou des prix pour les producteurs TRG par le biais des prix garantis au sens de l'article 1.1 a) 2).[357]

v) Japon (dans le différend DS426)

7.190 En tant que tierce partie dans le différend DS426, le Japon fait valoir que l'article XVI:1 du GATT de 1994, dans la mesure où il 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, n'étaye pas l'opinion du Canada selon laquelle le "soutien des revenus ou des prix" doit être accordé pour les marchandises dont le commerce en subit effectivement l'incidence. Il allègue que le Canada ne présente aucun élément à l'appui de son interprétation selon laquelle les mots "un produit" font

[355] Chine, communication en tant que tierce partie (DS426), paragraphes 3 à 10; et déclaration en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 5 à 8.

[356] El Salvador, communication en tant que tierce partie (DS426), paragraphes 5 à 16; et déclaration en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 3 à 11.

[357] Communication de l'Union européenne en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 19 et 20.

référence à "l'objet de la subvention alléguée" et ne peuvent pas faire référence à des "intrants non subventionnés". Il note que l'article XVI:1 emploie l'expression "*un* produit" et non une expression comme "produit *similaire*" (pas d'italique dans l'original). Le Japon considère que 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. Par conséquent, il affirme que le "soutien des revenus ou des prix" accordé pour un produit relèvera de la définition d'une "subvention" s'il accroît les exportations ou réduit les importations de *tout produit*.[358]

vi) Mexique

7.191 Le Mexique note que l'Accord SMC ne contient pas de disposition semblable à l'article III:8 a) du GATT de 1994 qui exclurait les achats des pouvoirs publics de son champ d'application. Cependant, il soutient que l'on peut douter qu'un achat des pouvoirs publics, dans le cadre duquel ceux-ci reçoivent quelque chose en échange d'un paiement, équivaille à une contribution financière au sens de l'Accord SMC.[359]

vii) Norvège

7.192 La Norvège appuie la position du Royaume d'Arabie saoudite, qui demande instamment au Groupe spécial de respecter les principes définis par l'Organe d'appel en ce qui concerne les expressions "organisme public" et "contrôle exercé par les pouvoirs publics".[360]

viii) Royaume d'Arabie saoudite

7.193 L'Arabie saoudite se réfère au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs (Chine)*, qui établit qu'un "organisme public", au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC, est une entité qui possède ou exerce un pouvoir gouvernemental ou qui est investie de ce pouvoir. Elle soutient que l'élément unique qui définit le "pouvoir gouvernemental" est le pouvoir de commander ou de contraindre des organismes privés. Selon elle, 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, cette entité n'a pas de "pouvoir gouvernemental" et ne fait qu'agir sur l'ordre des pouvoirs publics. L'Arabie saoudite soutient que 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, étant donné que le contrôle exercé par les pouvoirs publics est simplement un élément de preuve qui peut être pris en considération pour déterminer l'existence d'un "pouvoir gouvernemental".[361]

c) Évaluation par le Groupe spécial

i) Introduction

7.194 Les affirmations des plaignants concernant la qualification juridique appropriée des mesures contestées au regard de l'article 1.1 a) 1) et 1.1 a) 2) de l'Accord SMC sont largement contradictoires à celles du Canada. La jurisprudence récente de l'OMC donne à penser que face à cette situation, un

[358] Communication du Japon en tant que tierce partie (DS426), paragraphes 16 à 18.

[359] Mexique, communication en tant que tierce partie (DS412), paragraphe 20; et communication en tant que tierce partie (DS426), paragraphe 20.

[360] Déclaration de la Norvège en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphe 7.

[361] Arabie saoudite, communication en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 2 à 17; communication en tant que tierce partie (DS426), paragraphes 2 à 17; et déclaration en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 2 à 7.

groupe spécial devrait d'abord déterminer la qualification factuelle appropriée des mesures en cause, avant d'examiner si ces mesures, à la lumière de cette qualification, relèvent de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.[362] Lorsqu'il entreprend de dûment qualifier une mesure contestée, un groupe spécial "doit passer au crible la mesure dont il est saisi, tant dans sa conception que dans son fonctionnement, et en déterminer les principales caractéristiques".[363] En outre, "[e]n procédant à une évaluation objective de l'applicabilité des dispositions spécifiques des accords visés à une mesure dont il est saisi à bon droit, un groupe spécial doit en identifier *toutes* les caractéristiques pertinentes et reconnaître celles qui constituent l'essence de la mesure elle-même, et celles auxquelles il faut accorder le plus d'importance afin de qualifier [la mesure] pertinente et, ainsi, de déterminer correctement la ou les disciplines auxquelles elle est assujettie en vertu des accords visés".[364] Bien qu'elle puisse éclairer l'évaluation d'un groupe spécial, le classement d'une transaction au regard du droit interne n'est pas un élément "déterminant"[365] de la qualification juridique appropriée d'une mesure contestée au regard du droit de l'OMC. Avec ces considérations à l'esprit, nous procédons à l'évaluation du bien-fondé des arguments des parties.

ii) Qualification factuelle des mesures

Les fondements juridiques du programme TRG[366] et le mandat et les pouvoirs de l'OEO

7.195 Nous rappelons que le programme TRG a été formellement lancé par l'OEO le 24 septembre 2009 conformément à la directive du Ministre de l'énergie et de l'infrastructure de l'Ontario[367] agissant en vertu de la *Loi de 1998 sur l'électricité*[368], modifiée par la *Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte*.[369] L'article 25.35(1) de la *Loi de 1998 sur l'électricité* modifiée dispose que le "ministre peut enjoindre à l'OEO d'élaborer un programme de tarifs de rachat garantis pour permettre l'acquisition d'énergie provenant de sources d'énergie renouvelable". Le même article définit un "programme de tarifs de rachat garantis" comme étant un "programme d'acquisition, prévoyant des règles, des contrats et des prix types …".[370] En vertu de ce pouvoir légal, le Ministre de l'énergie et de l'infrastructure a demandé à l'OEO d'établir un "programme de tarifs de rachat garantis ("TRG") pour permettre l'acquisition d'énergie" dans le cadre d'un "accord d'achat d'énergie sur 20 ans pour tous les combustibles renouvelables autres que l'énergie hydraulique …".[371] Cette directive spécifiait que le contrat TRG "devrait imposer au concepteur de concevoir, de construire et d'exploiter une installation de production d'énergie renouvelable et devrait prévoir en contrepartie la fixation de prix à long terme garantis pour la production de cette installation".[372]

7.196 Le pouvoir de l'OEO de conclure ces "contrats" est énoncé à l'article 25.35(4) de la *Loi de 1998 sur l'électricité* modifiée, qui confère à l'OEO le pouvoir de conclure des "contrats portant sur

---

[362] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphes 585 et 589.

[363] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 171.

[364] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 171 (italique dans l'original).

[365] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 56.

[366] Une description plus générale du programme TRG, y compris ses objectifs et la manière dont il est censé fonctionner, est présentée dans l'introduction à nos constatations, aux paragraphes 7.64 à 7.68.

[367] Directive TRG de 2009 du Ministre, pièce JPN-102.

[368] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-101, article 25.32 et 25.35.

[369] *Loi de 2009 sur l'énergie verte*, pièce JPN-101, articles 5 2) et 7.

[370] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-101, article 25.35 4). D'une manière plus générale, l'article 25.32 4.1) de la *Loi de 1998 sur l'électricité* dispose que le "ministre peut, par directive, ordonner à l'OEO de lancer … toute autre initiative ou activité portant sur ce qui suit: a) l'approvisionnement en électricité ou la capacité de production provenant de sources d'énergie renouvelable …".

[371] Directive TRG de 2009 du Ministre, pièce JPN-102, pages 1 et 2.

[372] Directive TRG de 2009 du Ministre, pièce JPN-102, page 2.

l'approvisionnement en électricité et la capacité de production provenant de sources d'énergie renouvelable et de sources d'énergie de remplacement afin d'aider les pouvoirs publics de l'Ontario à atteindre des objectifs en matière de développement et d'utilisation de ces sources d'énergie et de technologies connexes". Ce pouvoir est réaffirmé à l'article 25.35(1)(a) et, confirmant le pouvoir de l'OEO de conclure des "contrats portant sur l'approvisionnement en électricité", l'article 25.20(3) de la *Loi de 1998 sur l'électricité* modifiée accorde à l'OEO le droit de "recouvrer des consommateurs ses coûts et paiements liés aux contrats d'acquisition".[373] Ces pouvoirs ont pour objet de permettre à l'OEO de mener à bien les activités que prescrit son mandat, à savoir, entre autres, "exercer des activités facilitant la diversification des sources d'approvisionnement en électricité en encourageant l'utilisation de sources d'énergie et de technologies propres, y compris des sources d'énergie renouvelable et des sources d'énergie de remplacement" et "fixer des objectifs applicables à l'ensemble du réseau en ce qui concerne la quantité d'électricité devant être produite à partir de sources d'énergie renouvelable et de sources d'énergie de remplacement".[374]

7.197 Le fait que l'OEO a le mandat et le pouvoir de conclure des contrats d'"acquisition" pour l'approvisionnement en électricité ressort aussi clairement de divers documents établis par l'OEO et d'autres organes gouvernementaux de l'Ontario.[375]

Le contrat TRG

7.198 Le contrat TRG décrit la relation contractuelle entre l'OEO et la ou les entités juridiques responsables du projet approuvé d'énergie électrique renouvelable (le "fournisseur"). Il comprend une page de couverture spécifique au projet (qui résume un certain nombre de faits et caractéristiques essentiels relatifs au projet, y compris, le cas échéant, le "niveau de la teneur en éléments nationaux pertinent"), un ensemble de conditions et modalités générales[376], une série d'annexes portant sur diverses questions de forme et de fond relatives à chaque projet et un appendice contenant des définitions types. En concluant le contrat TRG, l'OEO et le fournisseur "conviennent mutuellement d'être liés" par les conditions et modalités de ce contrat "[à] titre onéreux".[377] L'appendice relatif aux définitions types laisse entendre que le contrat est un "accord d'achat d'électricité".[378]

---

[373] Les pouvoirs de l'OEO de conclure des contrats d'"acquisition" d'électricité en vertu de la *Loi de 1998 sur l'électricité* modifiée sont aussi mentionnés à l'article 78.3 et 78.4 de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* et dans le *Règlement de l'Ontario 578/05*. *Règlement de l'Ontario 578/05* modifié ("*Règlement de l'Ontario 578/05*"), pièce JPN-154.

[374] *Loi de 1998 sur l'électricité*, pièce JPN-101, article 25.2 1).

[375] Voir, par exemple, OPA Generation Procurement Update, pièce JPN-21; A Progress Report on Electricity Supply, Fourth Quarter 2010, Ontario Power Authority, ("OPA Progress Report: Fourth Quarter 2010"), pièce JPN-26, page 1 (indiquant que "4 709 MW ont été acquis auprès des installations de production existantes"); OPA Progress Report: Second Quarter 2011, pièce JPN-28, page 1 (indiquant que "4 716 MW ont été acquis auprès des installations de production existantes"); OPA's Generation Procurement Cost Disclosure, pièce JPN-29 (indiquant que "[l]'OEO a acquis un portefeuille de production composé de diverses technologies et capacités de production pour la province de l'Ontario"); Highlights of the *Electricity Restructuring Act of 2004*, pièce JPN-9, page 2 (indiquant que "[l]'OEO devra élaborer un plan pour le réseau d'électricité intégré et un processus d'acquisition"); et OEFC: Management of Power Supply Contracts, pièce JPN-22, page 2 (faisant référence aux "producteurs soumissionnaires de l'Office de l'électricité de l'Ontario"). Voir aussi, émanant du secteur privé, Overview of Electricity Regulation in Canada, pièce JPN-7, page 18 (indiquant que "[l]'OEO … est … principalement responsable … d'acquérir de nouvelle production par diverses formes de procédures d'acquisition").

[376] Le contrat TRG prévoit en outre la possibilité d'ajouter au contrat, au besoin, une annexe indiquant des "conditions et modalités spéciales". FIT Contract, pièce JPN-127, Schedule 2.

[377] FIT Contract, pièce JPN-127, page de couverture.

[378] Dans l'appendice relatif aux définitions types, les "Pre-COD Facilities" (installations avant mise en exploitation commerciale) sont définies comme étant "l'installation, ou l'installation et les autres installations de

7.199 Pour bien comprendre les droits et obligations des parties contractuelles, il faut lire le contrat TRG conjointement avec les règles TRG. Celles-ci exposent, de façon plus ou moins détaillée sur 42 pages comprenant 13 sections et 4 annexes, les règles et procédures qui régissent l'application du programme TRG. En particulier, les règles TRG décrivent les prescriptions en matière d'admissibilité des projets et de candidature, les procédures d'examen et d'acceptation des candidatures et les critères pour déterminer quel type de raccordement peut, le cas échéant, être établi entre l'installation de production pertinente et le réseau d'électricité de l'Ontario.[379] Elles donnent aussi une vue d'ensemble de la forme du contrat TRG et de la manière dont celui-ci devrait être exécuté, y compris une explication de certaines des principales dispositions de ce contrat comme, par exemple, celles qui ont trait au "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" que doivent atteindre les projets solaires photovoltaïques et les projets éoliens remplissant les conditions requises.[380] Par ailleurs, les règles TRG fixent les prix pertinents et décrivent les procédures à suivre pour régler les paiements contractuels.[381]

7.200 Hormis l'injection d'électricité dans le réseau électrique de l'Ontario, l'une des obligations fondamentales souscrites par le fournisseur dans le cadre d'un contrat TRG consiste à concevoir, construire et posséder ou louer une installation admissible de production d'énergie électrique renouvelable ("installation contractuelle"), ainsi qu'à exploiter et entretenir cette installation conformément à l'ensemble des règles du marché de la SIERE, des lois et des règlements pertinents.[382] Ces prescriptions ne servent pas seulement à faire en sorte que le fournisseur injecte de l'électricité dans le réseau, mais elles garantissent aussi à l'OEO que les conditions de cette injection sont remplies conformément aux normes pertinentes. Quand il construit une installation contractuelle qui utilise la technologie éolienne ou solaire photovoltaïque et a la capacité de produire plus de 10 kW d'électricité, le fournisseur doit en plus faire en sorte que cette installation soit conçue et construite de façon à atteindre le "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux".[383]

7.201 Le fournisseur est tenu, entre autres obligations notables, de céder à l'OEO tous les attributs environnementaux associés à l'installation contractuelle[384], de transférer à l'OEO la moitié de tous les

---

production qui font l'objet d'un contrat TRG ou d'un autre accord d'achat d'électricité avec l'OEO de nature semblable à celle du contrat TRG …" (non souligné dans l'original). FIT Standard Definitions, pièce JPN-135, définition n° 192.

[379] FIT Rules, pièce JPN-119, articles 2 à 5.

[380] FIT Rules, pièce JPN-119, article 6.

[381] FIT Rules, pièce JPN-119, articles 7 et 8. En outre, les règles TRG énoncent des prescriptions en matière d'"examen et [de] modification du programme", de "confidentialité" et de "lancement du programme".

[382] FIT Contract, pièce JPN-127, article 2.1 a) et 2.7 a); et FIT Rules, pièce JPN-119, article 6.3 a). Les lois et règlements pertinents comprennent ceux qui figurent dans le code du réseau de distribution, le code du réseau de transport et l'accord de raccordement.

[383] FIT Contract, pièce JPN-127, article 2.2 f).

[384] FIT Rules, pièce JPN-119, article 7.3 c); et FIT Contract, pièce JPN-127, article 2.10. Les "attributs environnementaux" sont définis comme étant, entre autres choses, "les intérêts et droits découlant des attributs ou caractéristiques relatifs aux incidences environnementales associées à une installation de production d'énergie renouvelable ou à la production de cette installation, existants ou à venir, et le droit de les quantifier et de les enregistrer auprès des autorités compétentes, y compris: a) tout droit, titre, intérêt et avantage concernant tout certificat de production d'énergie renouvelable, crédit, droit de réduction, compensation, droit de polluer attribué, indemnité pour réduction d'émissions ou autre droit patrimonial ou contractuel, négociable ou non, résultant du déplacement effectif ou présumé d'émissions dû à la production d'électricité par l'installation contractuelle à la suite de l'utilisation de la technologie d'énergie renouvelable; b) les droits à tous attributs ou titres de propriété fongibles ou non fongibles concernant les incidences environnementales, qu'ils découlent de l'installation contractuelle elle-même, de l'interaction entre cette installation et le réseau géré par la SIERE, un réseau de distribution ou l'installation hôte …; c) tous les droits, titres et intérêts relatifs à la nature d'une source d'énergie (y compris un combustible renouvelable) tels qu'ils peuvent être définis et accordés dans le cadre de lois et règlements ou de programmes volontaires, y compris tous les crédits de réduction d'émissions; et d) tous

paiements reçus du gouvernement canadien dans le cadre du programme "écoÉNERGIE pour l'électricité renouvelable"[385], de payer toutes les taxes sur l'électricité acheminée jusqu'au point de raccordement pertinent[386] et de veiller à ce que l'installation contractuelle soit dûment raccordée au réseau électrique de l'Ontario. S'agissant en particulier de cette dernière obligation, l'article 2.3 a) et 2.7 b) du contrat TRG ordonne au fournisseur de faire raccorder, à ses frais, l'installation contractuelle au point de raccordement pertinent afin que l'électricité produite puisse être dûment injectée dans le réseau de transport géré par la SIERE ou le réseau de distribution.[387] Pour ce faire, le fournisseur doit d'abord désigner, parmi les options disponibles définies semestriellement par l'OEO[388], un point de raccordement proposé qui corresponde aux caractéristiques particulières de l'installation contractuelle. Cependant, c'est l'OEO qui décide, conjointement avec la SIERE et les transporteurs ou distributeurs agréés pertinents, si une installation contractuelle donnée peut être raccordée au point de raccordement proposé. Les projets TRG peuvent être raccordés au réseau de transport géré par la SIERE ou au réseau de distribution.[389] Cependant, en règle générale, les projets TRG ayant une capacité supérieure à 10 MW seront raccordés au réseau de transport géré par la SIERE.[390]

7.202 Le prix contractuel TRG est établi par l'OEO et, en principe, révisé tous les deux ans pour les projets non exécutés.[391] Ces prix sont censés couvrir les frais de développement, plus un taux de rendement raisonnable sur la durée du contrat TRG pour les projets répondant à des hypothèses spécifiques concernant le coût et l'efficacité.[392] Les prix contractuels applicables aux mesures en cause ont été déterminés à l'aide d'un modèle d'actualisation des flux financiers tenant compte de dépenses d'investissement "raisonnables" (à savoir les "frais de développement, de construction et d'équipement liés au projet"), de frais d'exploitation et d'entretien "raisonnables" (à savoir les "dépenses de personnel et d'entretien liées au projet, y compris les dépenses d'investissement en cours et les taxes foncières"), et de frais de raccordement "raisonnables" (à savoir les "frais de raccordement liés au projet, dans l'hypothèse de l'absence de frais de mise à niveau importants").[393] En 2009, le taux de rendement utilisé pour établir le barème de prix TRG était "d'environ 11%".[394] Pour certaines technologies, un pourcentage spécifié du prix contractuel augmentera chaque année sur la base des

---

les revenus, titres de propriété, avantages et autres recettes découlant de ce qui précède ou s'y rapportant …" FIT Standard Definitions, pièce JPN-135, définition n° 85.

[385] FIT Rules, pièce JPN-119, article 7.3 b); et FIT Contract, pièce JPN-127, article 3.2 ("S'il reçoit, dans le cadre du programme écoÉNERGIE pour l'électricité renouvelable, un paiement imputable à l'installation contractuelle, le fournisseur paiera à l'OEO, dans les 30 jours à compter de la réception de ce paiement, 50% du montant du paiement, faute de quoi l'OEO pourra déduire tout paiement lui étant ainsi dû de tout montant qu'il devra payer au fournisseur").

[386] FIT Contract, pièce JPN-127, article 3.4. Pour l'essentiel, le "point de raccordement" est défini comme étant le point où l'électricité provenant de l'installation contractuelle entre directement ou indirectement dans le réseau de distribution ou le réseau géré par la SIERE. FIT Standard Definitions, pièce JPN-135, définition n° 54. Toutes les taxes exigibles sur l'électricité acheminée à partir du point de raccordement sont payées par l'OEO. En outre, l'OEO est redevable de toute taxe sur les ventes exigible en relation avec l'électricité fournie. FIT Contract, pièce JPN-127, article 3.5.

[387] FIT Contract, pièce JPN-127, article 2.3 a) et 2.7 b).

[388] FIT Rules, pièce JPN-119, article 5.1 a).

[389] FIT Rules, pièce JPN-119, article 2.1 a) vii).

[390] FIT Programme Overview, pièce JPN-37, page 18.

[391] FIT Rules, pièce JPN-119, articles 7.1 a), 7.1 b) et 10.1 a).

[392] FIT Rules, pièce JPN-119, article 7.1 a). Le prix contractuel ne comprend aucune taxe sur les ventes payable par l'OEO en relation avec l'électricité fournie. Comme il a été dit, lorsqu'elle est exigible, la taxe sur les ventes sera payée par l'OEO. FIT Contract, pièce JPN-127, article 3.5.

[393] Proposed Feed-In Tariff Price Schedule, Stakeholder Engagement – Session 4, OPA, ("Proposed FIT Price Schedule Presentation"), pièce CDA-46, diapositives 22 à 28.

[394] Réponses du Canada aux questions n° 26 (première série) et 12 (deuxième série) du Groupe spécial; Proposed FIT Price Schedule Presentation, pièce CDA-46, diapositive 30.

hausses de l'indice des prix à la consommation.[395] En outre, les projets à participation autochtone[396] ou communautaire[397] remplissant les conditions requises recevront un "supplément de prix" en fonction de leurs niveaux respectifs de participation autochtone ou communautaire.[398] L'OEO publie sur son site Web tous les prix pertinents, dans le barème de prix TRG[399], et ces prix définissent les prix contractuels dans le cadre du contrat TRG.

7.203 Pour chaque kWh d'électricité qui est injecté dans le réseau électrique de l'Ontario (ou ne l'est pas sur instruction de la SIERE), le fournisseur recevra le paiement contractuel (ou le paiement contractuel additionnel) défini dans l'annexe B du contrat TRG en fonction du prix contractuel TRG.[400] Pour dire les choses simplement, quand une installation contractuelle est un "participant au marché de la SIERE" du fait, par exemple, qu'elle est raccordée au réseau géré par la SIERE (c'est-à-dire raccordée au réseau de transport[401]), le paiement contractuel est défini comme étant le prix contractuel pertinent multiplié par la quantité horaire d'électricité fournie[402], moins le PHEO, moins 80% des recettes nettes totales que le fournisseur peut tirer de la vente des produits connexes contractuels futurs.[403] Lorsque, par contre, l'installation contractuelle n'est pas un "participant au marché de la SIERE" et est directement ou indirectement raccordée au réseau de distribution, le

---

[395] FIT Rules, pièce JPN-119, article 7.2.

[396] L'article 9.1 a) des règles TRG (pièce JPN-119) définit une "communauté autochtone" comme étant entre autres, "i) une première nation qui est une "bande" selon la définition figurant dans la Loi sur les Indiens (Canada); ii) la Métis Nation of Ontario ou l'un quelconque de ses conseils communautaires actifs établis en vertu d'une charte; …".

[397] L'article 9.1 e) des règles TRG (pièce JPN-119) définit un "membre investisseur communautaire" comme étant, entre autres, "i) une ou plusieurs personnes résidant en Ontario; ii) une association caritative enregistrée ayant son siège en Ontario; iii) une organisation à but non lucratif ayant son siège en Ontario; …".

[398] L'article 9.1 b) des règles TRG (pièce JPN-119) définit le "niveau de participation autochtone" comme étant "le pourcentage de l'intérêt économique dans le projet du candidat ou du fournisseur que détient une communauté autochtone". De même, l'article 9.1 f) des règles TRG (pièce JPN-119) définit le "niveau de participation communautaire" comme étant, entre autres, "le pourcentage de l'intérêt économique dans le projet du candidat ou du fournisseur que détiennent les membres investisseurs communautaires …".

[399] 2011 FIT Price Schedule, pièce JPN-30; et 2010 microFIT Price Schedule, pièce JPN-31.

[400] Tous les fournisseurs raccordés au réseau de transport et fournisseurs raccordés au réseau de distribution et ayant une capacité de plus de 5 MW recevront le paiement contractuel additionnel pour l'électricité que la SIERE leur aura ordonné de ne *pas* injecter dans le réseau électrique de l'Ontario pour des raisons de sécurité et de fiabilité du réseau. FIT Contract, pièce JPN-127, annexe B, types 1, 2 et 3A, article 1.5. ("Dans la mesure où la SIERE donne des instructions visant à réduire tout ou partie de la production de l'installation contractuelle pour des raisons économiques afin de limiter la surproduction sur l'ensemble du réseau qu'elle gère …", un paiement contractuel additionnel sera versé au fournisseur.)

[401] Environ 97% des lignes de transport sont détenues et entretenues par Hydro One, mandataire des pouvoirs publics de l'Ontario. Déclaration liminaire du Canada à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 27; et réponse à la question n° 13 (deuxième série) du Groupe spécial.

[402] Pour l'essentiel, la "quantité horaire d'électricité fournie" est la quantité d'électricité produite par l'installation contractuelle qui est injectée effectivement dans le réseau de transport ou de distribution pendant une heure quelconque. FIT Standard Definitions, pièce JPN-135, définition n° 118.

[403] FIT Contract, pièce JPN-127, annexe B, types 1 et 2, article 1.4. Les "produits connexes contractuels futurs" sont définis comme étant "tous les produits connexes qui sont liés à l'installation contractuelle et qui ne peuvent être négociés ni vendus par le fournisseur sur les marchés administrés par la SIERE ou les autres marchés à la date contractuelle ou avant cette date". FIT Standard Definitions, pièce JPN-135, définition n° 106. Les "produits connexes" sont définis comme étant les produits et services, y compris les droits de transport, "qui pourront être fournis périodiquement par l'installation contractuelle, … qui pourront être négociés ou vendus sur les marchés administrés par la SIERE ou les autres marchés, ou vendus par ailleurs, et qui seront réputés inclure les produits et services pour lesquels il se peut qu'aucun marché n'existe, comme les réserves de capacité". L'article 3.3 du contrat TRG (pièce JPN-127) dispose que le fournisseur "vendra, fournira ou livrera tous les produits connexes contractuels futurs comme l'OEO le demandera, l'ordonnera ou l'approuvera".

paiement contractuel est défini comme étant le prix contractuel pertinent multiplié par la quantité horaire d'électricité fournie, moins 80% des recettes nettes totales que le fournisseur peut tirer de la vente des produits connexes contractuels futurs.[404] Cependant, pour les installations contractuelles raccordées au réseau de distribution qui ont une capacité supérieure à 5 MW, le paiement contractuel, lorsque le PHEO est négatif, est défini comme étant le prix contractuel pertinent multiplié par la quantité horaire d'électricité fournie, moins la valeur absolue du PHEO, moins 80% des recettes nettes totales que le fournisseur peut tirer de la vente des produits connexes contractuels futurs.[405]

7.204 Les règles TRG disposent que l'OEO est chargé d'effectuer tous les paiements contractuels au fournisseur.[406] Cependant, les processus ordinaires de règlement selon lesquels un fournisseur sera payé (mentionnés explicitement ou implicitement dans le contrat TRG et les règles TRG) prévoient qu'outre l'OEO, la SIERE et les SDL pertinentes agissant au nom de l'OEO joueront aussi un rôle. En particulier, pour les installations contractuelles raccordées au réseau de transport, les règles TRG spécifient que les paiements au titre du contrat TRG "seront ajustés par soustraction du [PHEO] ou de zéro, le montant le plus élevé étant retenu, en ce qui concerne toute la quantité horaire d'électricité fournie pour prendre en compte soit les paiements effectués conformément aux règles du marché de la SIERE soit les avantages conférés à l'installation hôte, selon le cas".[407] Les règles du marché de la SIERE régissent le réseau géré par celle-ci, y compris les conditions et modalités selon lesquelles les paiements dus aux producteurs d'électricité participant aux "marchés administrés par la SIERE" seront réglés. Pour une installation contractuelle raccordée au réseau de transport géré par la SIERE, cela signifie que chaque fois que le PHEO est positif, le fournisseur pertinent recevra *de la SIERE* la portion (PHEO) du prix contractuel. Lorsque le PHEO est inférieur au prix contractuel, *l'OEO* paiera la portion restante du prix contractuel moins 80% de toute vente de produits connexes contractuels futurs (c'est-à-dire l'ajustement global). Par contre, ce sera le fournisseur qui paiera l'ajustement global à l'OEO lorsque le PHEO est supérieur au prix contractuel.[408]

7.205 Pour les installations contractuelles raccordées au réseau de distribution, les règles TRG stipulent que l'OEO "paiera périodiquement au fournisseur tout montant dû au titre du contrat TRG par voie de règlement entre le fournisseur et la SDL applicable, conformément au cycle de facturation applicable par les SDL, à savoir mensuel, trimestriel ou autre".[409] Autrement dit, les projets raccordés au réseau de distribution seront payés directement par la SDL à laquelle ils sont raccordés. Cependant, après avoir effectué ce paiement, la SDL pertinente demandera, conformément au code de règlement au détail et au Manuel du marché de la SIERE[410], à recouvrer auprès de l'OEO, par l'intermédiaire de la SIERE, tout montant payé au-delà du prix de gros[411] de l'électricité pour l'électricité acheminée par le fournisseur en question.[412]

7.206 Le contrat TRG prévoit que pour les installations contractuelles raccordées au réseau de transport géré par la SIERE, la portion PHEO du prix contractuel sera payée par la SIERE par le biais

[404] FIT Contract, pièce JPN-127, annexe B, type 3A, article 1.4 a) i) et b); et type 3B, article 1.4.
[405] FIT Contract, pièce JPN-127, annexe B, type 3A, article 1.4 a) ii) et b).
[406] FIT Rules, pièce JPN-119, articles 6.3 a) et 8.4; et FIT Contract, pièce JPN-127, article 3.1.
[407] FIT Rules, pièce JPN-119, article 8.1 a). Ce point est repris dans FIT Contract, pièce JPN-127, pièce B, types 1 et 2, article 1.4 a).
[408] FIT Rules, pièce JPN-119, article 8.1 b), repris dans FIT Contract, pièce JPN-127, pièce B, types 1 et 2, article 1.4 c).
[409] FIT Rules, pièce JPN-119, article 8.2 a). Voir aussi FIT Contract, pièce JPN-127, pièce B, type 4, article 1.4.
[410] IESO Market Manual Part 5.5, pièce JPN-82, section 1.6.11.2.
[411] Le prix de gros est le prix que la SDL pertinente devrait payer sur le "marché de gros" pour l'électricité en question.
[412] Ce processus de règlement est décrit plus en détail par le Japon dans sa première communication écrite. Voir la première communication écrite du Japon, paragraphes 145 à 147.

du processus de règlement régi par les règles du marché de la SIERE. Les mêmes producteurs recevront de l'OEO la portion restante du prix contractuel moins 80% des recettes nettes provenant de la vente des produits connexes contractuels futurs (soit le paiement contractuel), qui fera partie de l'ajustement global. Autrement dit, le paiement contractuel pour les projets raccordés au réseau de transport sera inclus dans l'ajustement global; et la différence entre le paiement contractuel et le prix contractuel, en l'absence de toute recette nette provenant des produits connexes contractuels futurs, sera le PHEO, qui sera payé par la SIERE à un fournisseur TRG en raison de son statut de "participant au marché de la SIERE". Par contre, pour les installations contractuelles qui sont raccordées directement ou indirectement au réseau de distribution, le paiement contractuel (à savoir le prix contractuel multiplié par la quantité horaire d'électricité fournie, moins 80% des recettes nettes provenant de la vente des produits connexes contractuels futurs) sera effectué par la SDL associée, au nom de l'OEO, et sera aussi inclus dans l'ajustement global.

7.207 Nonobstant ces arrangements concernant le règlement, l'OEO peut décider "à sa seule discrétion" de les modifier "à tout moment et de temps à autre" pour l'ensemble du programme ou pour un ou plusieurs projets ou SDL.[413] En outre, quels que soient les arrangements appliqués pour le règlement, l'OEO restera tenu d'effectuer les paiements contractuels.[414]

7.208 Par conséquent, bien qu'il n'y ait dans le contrat TRG aucune disposition spécifique qui en définisse explicitement l'objet, il ressort clairement de la lecture de ce contrat dans son ensemble, à la lumière des règles TRG, que son but fondamental est l'*injection d'électricité* produite par une installation contractuelle satisfaisant au "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" dans le réseau électrique de l'Ontario, moyennant quoi l'OEO s'engage à payer au fournisseur la rémunération définie dans le contrat en appliquant un ou plusieurs mécanismes de règlement différents sur une période de 20 ans.[415] Il apparaît que l'article 3.5 du contrat TRG décrit cette transaction comme étant un "achat" d'électricité.[416]

Le contrat microTRG

7.209 Le contrat microTRG "régit l'acquisition d'électricité par l'OEO"[417] auprès de l'entité ou des entités responsables d'un projet approuvé (le "fournisseur"). Il définit la relation contractuelle entre l'OEO et le fournisseur sur la base d'un ensemble de conditions et modalités types qui sont beaucoup plus simples et moins détaillées que celles qui sont utilisées dans le contrat TRG. Cela témoigne de l'intention déclarée de l'OEO de proposer, par la mise en œuvre de la filière microTRG du programme

[413] FIT Rules, pièce JPN-119, article 8.4.
[414] FIT Rules, pièce JPN-119, articles 6.3 a) et 8.4.
[415] Cette interprétation est aussi compatible avec la manière dont le contrat TRG et la procedure de règlement sont décrits dans la présentation générale du programme TRG: "Le contrat TRG prescrit à l'OEO de payer le détenteur du contrat pour l'électricité produite par le projet"; s'agissant des projets raccordés au réseau de distribution, "la société de distribution locale effectuera régulièrement des paiements aux proposants conformément à son cycle normal de facturation"; et s'agissant des projets raccordés au réseau de transport, les paiements seront "réglés directement par l'OEO et la Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité". FIT Programme Overview, pièce JPN-37, section 6.4.
[416] En particulier, la partie pertinente de l'article 3.5 du contrat TRG (pièce JPN-127) se lit comme suit: "Si une taxe sur les ventes est exigible en relation avec l'électricité fournie … achetée dans le cadre du présent contrat, cette taxe sera payée par l'OEO". (non souligné dans l'original) L'article 3.4 du contrat TRG (pièce JPN-127) indique que le fournisseur "vend" de l'électricité dans le cadre de la transaction: "Le fournisseur est assujetti à … toutes les taxes applicables à l'électricité fournie … vendue dans le cadre du présent contrat …". (non souligné dans l'original) L'électricité "fournie" est définie comme étant "l'électricité … fournie au point de raccordement". FIT Standard Definitions, pièce JPN-135, définition n° 65.
[417] Ontario Power Authority, microFIT Contract, Version 1.6.1, 10 August 2011, ("microFIT Contract"), pièce JPN-164, article 2.1.

TRG, "une approche simplifiée pour permettre l'élaboration de projets de micro-production d'énergie renouvelable en Ontario", afin d'attirer des participants tels que les propriétaires de logements, les agriculteurs et les petites entreprises.[418]

7.210 Comme le contrat TRG, le contrat microTRG doit être lu conjointement avec les règles mcroTRG pour être bien compris. Ces règles énoncent les règles et procédures fondamentales que doivent suivre les candidats et participants à des projets microTRG. Elles décrivent les prescriptions pertinentes en matière d'admissibilité, ainsi que les processus de candidature et de raccordement des projets, et énoncent certaines des principales clauses du contrat microTRG en ce qui concerne la durée, le prix et le règlement des paiements.[419]

7.211 Un fournisseur exploitant un projet microTRG doit posséder ou louer un "projet de micro-production" (l'"installation") pendant la durée du contrat microTRG et faire en sorte que de l'électricité soit injectée dans le réseau électrique de l'Ontario conformément à tous les lois et règlements pertinents.[420] En outre, quand l'installation est fondée sur la technologie solaire photovoltaïque, le fournisseur doit faire en sorte qu'elle soit conçue et construite de manière à satisfaire au "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux".[421]

7.212 Un fournisseur microTRG doit céder à l'OEO tous les attributs environnementaux associés à l'installation.[422] Il doit aussi conclure, à ses frais, un accord de raccordement avec une SDL pertinente[423], faute de quoi il ne lui sera pas offert de contrat microTRG.[424] Une installation microTRG ne peut pas être raccordée directement au réseau de transport géré par la SIERE – elle doit être raccordée au réseau d'électricité de l'Ontario via un réseau de distribution.[425]

7.213 Le prix contractuel microTRG est établi par l'OEO de la même manière que le prix contractuel TRG[426] et est indiqué dans les barèmes de prix TRG et microTRG.[427] Il est garanti

---

[418] microFIT Programme Overview, pièce JPN-38, page 1 et section 1.2 a); et microFIT Rules, pièce JPN-157, article 1.1.

[419] microFIT Rules, pièce JPN-157, articles 1 à 5.

[420] microFIT Contract, pièce JPN-164, article 6.2 et 6.4; et microFIT Rules, pièce JPN-157, articles 2.1 a) et 6.1 a).

[421] microFIT Contract, pièce JPN-164, article 6.4.4.

[422] microFIT Contract, pièce JPN-164, article 5. Les "attributs environnementaux" sont définis comme étant "les intérêts et droits découlant des attributs ou caractéristiques relatifs aux incidences environnementales associées à l'installation, existants ou à venir, et le droit de les quantifier et de les enregistrer auprès des autorités compétentes, y compris: a) tout droit, titre, intérêt et avantage concernant tout certificat de production d'énergie renouvelable, crédit, droit de réduction, compensation, droit de polluer attribué, indemnité, indemnité pour réduction d'émissions ou indemnité mise en réserve ou autre droit patrimonial ou contractuel, négociable ou non; b) les droits à tous attributs ou titres de propriété fongibles ou non fongibles concernant des incidences environnementales, quelle qu'en soit l'origine; c) tous les droits, titres et intérêts relatifs à la nature d'une source d'énergie tels qu'ils peuvent être définis et accordés dans le cadre des lois et règlements applicables ou de programmes volontaires; et d) tous les revenus, titres de propriété, avantages et autres recettes découlant de ce qui précède ou s'y rapportant …". microFIT Contract, pièce JPN-164, appendice A, définitions.

[423] microFIT Rules, pièce JPN-157, articles 1.2 4), 3.1 xi) et 6.1 c). Un "accord de raccordement" est défini comme étant "un "accord de raccordement d'une micro-installation de production intégrée", comme le prescrit le code du réseau de distribution, conclu entre une SDL et un fournisseur". microFIT Rules, pièce JPN-157, définition n° 6. C'est l'accord type utilisé par toutes les SDL et prescrit par la CEO. microFIT Programme Overview, pièce JPN-38, section 1.2 d).

[424] microFIT Rules, pièce JPN-157, articles 1.2 10) et 4.1 b).

[425] microFIT Rules, pièce JPN-157, article 2.1 a) v).

[426] microFIT Rules, pièce JPN-157, article 5.2 et définitions. Le prix contractuel TRG est examiné plus haut, au paragraphe 7.202.

pendant 20 ans. Pour chaque kWh d'électricité qu'il injectera effectivement dans le réseau électrique de l'Ontario, un fournisseur recevra de la SDL pertinente le prix contractuel (le "paiement pour la production") conformément au code de règlement au détail et à l'accord de raccordement.[428] Autrement dit, la SDL raccordée à l'installation microTRG, agissant au nom de l'OEO, effectuera le paiement pour la production conformément à un processus de règlement semblable à celui qui est utilisé pour payer les fournisseurs TRG raccordés au réseau de distribution.[429] Comme dans le cas du contrat TRG, la responsabilité de verser les paiements pour la production au titre du contrat microTRG incombe en définitive à l'OEO.[430]

7.214 Par conséquent, comme pour le contrat TRG, il ressort clairement de la lecture du contrat microTRG dans son ensemble et à la lumière des règles microTRG que son but fondamental est l'*injection d'électricité* produite par une installation satisfaisant au "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" dans le réseau électrique de l'Ontario, moyennant quoi l'OEO s'engage à payer au fournisseur la rémunération définie dans le contrat en appliquant un mécanisme semblable à celui qui est utilisé pour régler les paiements dus aux projets TRG raccordés au réseau de distribution. À l'article 2.1 du contrat microTRG, cette transaction est qualifiée d'"acquisition d'électricité par l'OEO".[431] De même, l'appendice A du contrat microTRG la décrit comme étant une "vente" d'électricité.[432]

Conclusion

7.215 Ayant examiné attentivement les mesures contestées et rappelant les descriptions de ces mesures qui figurent ailleurs dans les présents rapports[433], nous concluons que les principales caractéristiques du programme TRG et des contrats TRG et microTRG peuvent être décrites comme suit:

Programme TRG

7.216 Le programme TRG a très clairement deux objectifs fondamentaux: premièrement, encourager la participation de nouvelles installations de production utilisant des sources d'énergie renouvelables au réseau ontarien d'électricité afin de diversifier l'approvisionnement de la province et de contribuer à remplacer la capacité de production qui a été (et sera) perdue à la suite de la fermeture d'ici 2014 des installations fonctionnant au charbon de l'Ontario, et de réduire ainsi également les émissions de gaz à effet de serre; et, deuxièmement, stimuler l'investissement local dans la production de matériel de production d'énergie renouvelable nécessaire à la conception et à la construction des installations de production admissibles qui utilisent les technologies éolienne et solaire photovoltaïque. Ces objectifs sont poursuivis par l'exécution des contrats TRG et microTRG, qui impliquent un échange d'obligations de résultat de la part de l'OEO et des fournisseurs admissibles. Il n'y a aucun élément de don inhérent aux transactions TRG et microTRG.

---

[427] 2011 FIT Price Schedule, pièce JPN-30; et 2010 microFIT Price Schedule, pièce JPN-31. Voir aussi microFIT Programme Overview, pièce JPN-38, section 1.2 e).

[428] microFIT Contract, pièce JPN-164, article 4.4 et 4.4.2; et microFIT Rules, pièce JPN-157, asrticle 5.2.

[429] Voir l'analyse exposée plus haut, au paragraphe 7.205.

[430] microFIT Contract, pièce JPN-164, article 4.4.1.

[431] microFIT Contract, pièce JPN-164, article 2.1.

[432] microFIT Contract, pièce JPN-164, appendice A, définitions: "Le "prix de règlement" s'entend du prix auquel les ventes d'électricité réalisées conformément au présent accord seront réglées". (non souligné dans l'original)

[433] Voir plus haut, paragraphes 7.64 à 7.68 et 7.158 à 7.165.

Contrats TRG et microTRG

7.217 Pour l'essentiel, les contrats TRG et microTRG prévoient un échange des obligations de résultat fondamentales suivantes entre les fournisseurs et l'OEO:

7.218 Un fournisseur doit:

i) concevoir, construire, posséder (ou louer) et exploiter une installation admissible conformément à l'ensemble des règles du marché de la SIERE, des lois et des règlements pertinents;

ii) se conformer au "niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux" lors de la conception et de la construction d'une installation solaire photovoltaïque ou d'une installation éolienne microTRG;

iii) injecter l'électricité produite dans le réseau d'électricité de l'Ontario conformément à l'ensemble des règles du marché de la SIERE, des lois et des règlements pertinents;

iv) participer à un processus défini de paiement de l'électricité pour le règlement des paiements contractuels qui n'est pas différent de celui qui est utilisé généralement dans le réseau d'électricité de l'Ontario; et

v) céder à l'OEO tous les attributs environnementaux associés à l'installation contractuelle, verser à l'OEO 50% de tous les paiements qu'il aura reçus dans le cadre du programme "écoÉNERGIE pour l'électricité renouvelable"[434] et transférer effectivement à l'OEO 80% des recettes nettes totales provenant de la vente des produits connexes contractuels futurs.[435]

7.219 En contrepartie, l'OEO convient d'effectuer les paiements contractuels, qui sont définis de manière à faire en sorte que chaque fournisseur soit rémunéré selon des processus de règlement définis au prix contractuel TRG garanti pendant 20 ans pour chaque kWh d'électricité fournie.

iii) Qualification juridique des mesures

7.220 Nous rappelons que les plaignants ont fait valoir que les mesures contestées pouvaient être dûment qualifiées comme étant un ou plusieurs types de "contribution financière" selon la définition figurant à l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC et/ou une forme de "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC. Par contre, le Canada a fait valoir que la seule qualification appropriée des mesures en cause était celle de "contribution[s] financière[s]" sous la forme d'"achats de biens par les pouvoirs publics" selon les termes de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC. Parce qu'il n'y a pas désaccord entre les parties pour ce qui est de savoir si chacune des mesures contestées équivaut à une "contribution financière", nous commençons par évaluer le bien-fondé des arguments des parties concernant les *types* spécifiques de "contribution financière" qui selon chacune d'elles, correspondent aux caractéristiques des mesures contestées.

[434] Bien qu'explicitement exclus de la définition des attributs environnementaux qui figure dans les règles microTRG, les paiements écoÉNERGIE, sans en être exclus, ne sont pas non plus inclus dans la définition des attributs environnementaux qui figure dans le contrat microTRG. Par conséquent, on ne sait pas très bien si un paiement écoÉNERGIE versé aux fournisseurs microTRG ne devrait pas être transféré à l'OEO du fait qu'il s'agit d'attributs environnementaux. Voir plus haut, paragraphe 7.212 et note de bas de page 402.

[435] Cette obligation ne figure explicitement que dans le contrat TRG (pièce JPN-127).

Les mesures contestées en tant que contributions financières

7.221 L'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC définit une "contribution financière" comme suit:

> a) 1) s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre (dénommés dans le présent accord les "pouvoirs publics"), c'est-à-dire dans les cas où:
>
> i) une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds (par exemple, sous la forme de dons, prêts et participation au capital social) ou des transferts directs potentiels de fonds ou de passif (par exemple, des garanties de prêt);
>
> ii) des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues (par exemple, dans le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôt);
>
> iii) les pouvoirs publics fournissent des biens ou des services autres qu'une infrastructure générale, ou achètent des biens;
>
> iv) les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, ou chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics[.]

7.222 Ayant examiné attentivement les arguments des parties, nous convenons avec le Canada que la qualification juridique appropriée du programme TRG et des contrats TRG et microTRG est celle de "contribution[s] financière[s]" sous la forme d'"achats de biens par les pouvoirs publics" au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC. Nous arrivons à cette conclusion sur la base des considérations qui suivent.

L'OEO paie pour l'"électricité fournie"

7.223 Premièrement, pour évaluer comment les mesures contestées devraient être qualifiées juridiquement, il importe, à notre avis, de rappeler que l'un des objectifs fondamentaux du programme TRG est d'assurer l'investissement dans de nouvelles installations de production *afin de* diversifier l'approvisionnement de l'Ontario et d'aider à combler le déficit de l'offre qui devrait résulter de la fermeture d'ici 2014 des installations fonctionnant au charbon de la province. C'est en offrant un prix contractuel et en effectuant des paiements contractuels *pour l'électricité fournie* que les pouvoirs publics de l'Ontario s'efforcent d'atteindre cet objectif. Autrement dit, bien que la construction d'un certain type d'installation de production d'énergie renouvelable soit l'un des objectifs (et, en fait, l'une des conditions) des mesures contestées, les dispositions des contrats TRG et microTRG confirment expressément que les fonds transférés aux fournisseurs admissibles sont censés payer *pour l'électricité qui est injectée* dans le réseau électrique de l'Ontario. Que le prix contractuel soit fixé à un niveau qui est censé assurer un rendement raisonnable de l'investissement pour le projet global ne change rien au fait que selon les termes exprès des contrats TRG et microTRG, les paiements contractuels seront versés aux producteurs d'énergie éolienne ou solaire photovoltaïque *uniquement* si l'électricité est fournie.[436] Par conséquent, il n'y a aucun élément de don inhérent à la conception et à l'application du

[436] La pertinence, pour notre qualification juridique des mesures contestées, du fait que l'annexe B du contrat TRG (pièce JPN-127) prévoit qu'un producteur TRG recevra un "paiement contractuel additionnel"

programme TRG. L'OEO ne paie pas pour du matériel ou des installations de production d'énergie renouvelable. Il ne verse pas d'avance forfaitaire aux producteurs TRG: il sera uniquement tenu de payer lorsque l'électricité sera produite et injectée dans le réseau conformément aux modalités des contrats TRG et microTRG.

7.224 De même, s'il est vrai qu'un contrat TRG ou microTRG facilitera pour le fournisseur la recherche d'un financement approprié du projet, il serait erroné de qualifier les paiements contractuels eux-mêmes de paiements destinés à financer la construction de l'installation contractuelle. En fait, alors qu'une entité qui assure le financement d'un projet accepte le risque de perdre de l'argent si elle n'obtient pas de garanties suffisantes, l'OEO n'accepte pas de risque comparable car c'est seulement moyennant la fourniture d'électricité – le bien en l'espèce – que de l'argent est versé à un fournisseur TRG.

Les pouvoirs publics de l'Ontario prennent possession de l'électricité et par conséquent "achètent" de l'électricité

7.225 Deuxièmement, nous ne sommes pas convaincus par l'argument de l'Union européenne selon lequel la notion d'"achats de biens" par les pouvoirs publics mentionnée à l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC doit être interprétée comme signifiant que le "terme "achat" implique que les pouvoirs publics sont l'entité à laquelle quelque chose est fourni pour son usage".[437] À notre avis, l'interprétation correcte de ces termes est plus proche de celle que le Japon a avancée, qui repose sur les deux sens ordinaires suivants du verbe "*to purchase*" (acheter), que donne *The Oxford English Dictionary (OED Online)*: i) "*to obtain; to gain possession of*" (obtenir; prendre possession de); et ii) "*to 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).[438]

7.226 Sur la base des deux définitions indiquées plus haut, l'acte d'acheter un bien pourrait être décrit comme signifiant prendre possession d'un bien, l'acquérir, l'obtenir contre paiement ou l'obtenir. Parmi les définitions des verbes "*to acquire*" (acquérir), "*to buy*" (obtenir contre paiement) et "*to obtain*" (obtenir), on trouve respectivement dans le même dictionnaire, utilisé par le Japon et le Canada: i) "*to gain possession of through skill or effort; to obtain, develop, or secure in a careful, concerted, often gradual manner*" (prendre possession par l'ingéniosité ou l'effort; obtenir, développer ou s'approprier d'une manière réfléchie, concertée, souvent graduelle)[439]; ii) "*to get possession of by giving an equivalent, usually in money; to obtain by paying a price; to purchase*" (entrer en possession en donnant un équivalent, généralement en espèces; obtenir en payant un prix;

---

lorsque la SIERE lui ordonnera de ne *pas* fournir d'électricité est analysée plus loin aux paragraphes 7.240 et 7.241.

[437] Deuxième communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 13. (non souligné dans l'original)

[438] Deuxième communication écrite du Japon, paragraphe 38. On trouve des sens ordinaires semblables dans les définitions que donne le dictionnaire des termes employés pour décrire un "achat" de biens par les pouvoirs publics dans les versions française et espagnole de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC (respectivement, "achètent" et "*compre*"). En particulier, "*acheter*" est défini comme signifiant "obtenir contre paiement la propriété et l'usage" (Le Trésor de la Langue française informatisé, version en ligne à l'adresse http://atilf.atilf.fr/); tandis que "*comprar*" est défini comme signifiant "*obtener algo con dinero*" (obtenir quelque chose avec de l'argent) (Real Academia Española, version en ligne à l'adresse http://www.rae.es/rae.html).

[439] Shorter Oxford English Dictionary, version en ligne à l'adresse suivante: http://www.oed.com/view/Entry/1731.

acheter)[440]; et iii) "*to come into the possession of; to procure; to get, acquire, or secure*" (entrer en possession; se procurer; recevoir, acquérir ou s'approprier).[441]

7.227 Le fait que la notion de "possession" joue un rôle central dans les trois définitions indiquées plus haut donne à penser qu'indépendamment du terme particulier employé pour expliquer ce que singifie le mot "achat", il faudrait nécessairement comprendre qu'il s'agit d'un acte qui, dans le contexte de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC, entraînera la "possession" par les pouvoirs publics du bien qui est acheté. En outre, il découle de la plupart des énoncés reproduits plus haut que la notion d'"achat" aux fins de l'article 1.1 a) 1) iii) devrait englober un certain type de paiement (généralement monétaire) en échange d'un bien. Cette dernière idée est étayée par l'observation de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, selon laquelle "[l]a deuxième clause [de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC] utilise le terme "achètent", qui est généralement interprété comme signifiant que la personne ou l'entité fournissant les biens obtiendra une certaine contrepartie en échange".[442] Par conséquent, nous constatons que le sens ordinaire du terme "achat" donne à penser qu'aux fins de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC, il y a "achats de biens" par les pouvoirs publics lorsque ceux-ci prennent possession d'un bien moyennant un paiement d'un certain type (monétaire ou autre).

7.228 Cela dit, nous faisons observer comme le Canada[443] que rien dans les sens ordinaires que nous avons examinés ne porte à croire qu'un "achat" doive impliquer la prise de possession *matérielle* de quelque chose. Bien qu'un achat de biens puisse exister quand une entité prend matériellement possession d'un bien en échange d'un paiement d'un certain type, il peut aussi se produire dans d'autres situations dans lesquelles l'acheteur ne possède pas matériellement le bien acheté. Le Canada a donné les deux exemples suivants de tels achats: i) un livre est acheté sur Internet par une entité qui ordonne au vendeur de le livrer comme cadeau à quelqu'un d'autre; et ii) un produit se trouvant à bord d'un navire en mer est acheté et vendu au moyen de son connaissement.[444] Dans ces deux exemples, l'achat de biens est effectué au moyen d'un échange d'obligations de résultat impliquant le transfert d'un *droit de propriété* sur le produit acheté du vendeur à l'acheteur. Aucune possession matérielle effective du produit acheté n'est nécessaire.

7.229 Le fait qu'un achat de biens puisse avoir lieu par transfert d'un droit de propriété sur un produit revêt une importance particulière si l'on considère ce que signifie l'action d'acheter de l'*électricité*, qui, comme nous l'avons expliqué plus haut[445], est un bien intangible qui, en général, ne peut pas être stocké et doit être consommé presque en même temps qu'il est produit. Par conséquent, étant donné les caractéristiques spécifiques de l'électricité, il est peut-être plus approprié d'envisager

---

[440] Shorter Oxford English Dictionary, version en ligne à l'adresse suivante: http://www.oed.com/view/Entry/25484.

[441] Shorter Oxford English Dictionary, version en ligne à l'adresse suivante: http://www.oed.com/view/Entry/130002.

[442] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 619. Nous notons que la notion de "contrepartie" tire son origine de la *common law*, dans laquelle elle joue un rôle essentiel dans la détermination de l'existence d'un contrat. Cependant, le mot "contrepartie" n'apparaît pas dans les définitions du dictionnaire indiquées plus haut. En outre, la notion de "contrepartie" n'est pas un élément nécessaire des contrats exécutés dans les systèmes de droit civil (et peut-être dans d'autres systèmes juridiques). Par conséquent, dans la mesure où cette notion peut éclairer le sens du membre de phrase "achètent des biens" figurant à l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC, il est nécessaire de rappeler qu'il s'agit d'une interpretation juridique qu'on ne trouve pas dans les systèmes juridiques de nombreux Membres de l'OMC.

[443] Canada, deuxième communication écrite, paragraphe 93; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 22 et 23.

[444] Déclaration liminaire du Canada à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 41 et 42.

[445] Voir plus haut, paragraphe 7.11.

l'achat d'électricité comme impliquant le transfert d'un *droit de propriété* sur l'électricité, plutôt que la prise de possession matérielle de l'électricité. Il apparaît que cela concorde avec le point de vue du Japon selon lequel "[m]algré la nature de l'électricité, qui est prélevée "presque instantanément" par les consommateurs quand ceux-ci allument leurs appareils électroniques, les intermédiaires dans le processus de transport et de distribution (tels que les grossistes et les détaillants) peuvent devenir et deviennent effectivement propriétaires de l'électricité, et donc la possèdent au moment où elle est acheminée au consommateur final".[446]

7.230 Quant au contexte du membre de phrase "achètent des biens", l'Union européenne fait valoir que le libellé de l'article 1.1 a) 1) iii) oppose les mots "achat" et "fourniture" et que cela est instructif aux fins de l'interprétation du premier mot. Spécifiquement, elle laisse entendre que cette juxtaposition signifie que tout comme "le terme "fourniture" implique que les pouvoirs publics sont l'entité qui fournit quelque chose à l'usage du bénéficiaire, le terme "achat" implique que les pouvoirs publics sont l'entité à laquelle quelque chose est fourni à son usage".[447] Nous ne sommes pas convaincus par cet argument. À notre avis, il y a peu d'indications à tirer, en matière d'interprétation, du fait que les mots "fournissent des biens" et "achètent des biens" apparaissent dans le même alinéa. Nous ne voyons certainement pas comment la formulation différente utilisée dans les deux clauses de l'article 1.1 a) 1) iii) nous aide à comprendre si les "achats de biens" doivent nécessairement impliquer l'utilisation des biens en question.

7.231 Il importe de rappeler que l'article 1.1 a) 1) iii) fait référence au fait que "*les pouvoirs publics* … achètent des biens". Le premier paragraphe de l'article 1.1 précise que l'expression "pouvoirs publics" doit être comprise comme signifiant "pouvoirs publics" ou "organisme public". Par conséquent, à la lumière de l'analyse qui précède, il s'ensuit qu'il y "achats de biens par les pouvoirs publics" selon les termes de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC lorsque des pouvoirs publics ou un organisme public prennent possession (y compris sous la forme d'un droit de propriété) d'un bien en effectuant un paiement d'un certain type (monétaire ou autre). À notre avis, et pour les raisons que nous expliquons dans les paragraphes qui suivent, c'est exactement ce qui se produit dans le cadre du programme TRG et de ses contrats TRG et microTRG connexes.

7.232 Nous rappelons que les dispositions des contrats TRG et microTRG confirment expressément que les fonds transférés aux fournisseurs admissibles sont destinés à payer *pour l'électricité qui est injectée* dans le réseau électrique de l'Ontario.[448] Une fois qu'il a injecté l'électricité dans le réseau, le fournisseur perd tout droit et tout droit de propriété sur cette électricité, mais il sera payé pour les kWh qui sont injectés dans le réseau. Selon le Japon et l'Union européenne, l'OEO ne prend possession sous quelque forme que ce soit de l'électricité qui est fournie. Le Canada n'a pas contredit les affirmations des plaignants concernant l'OEO.[449] Cependant, il a fait valoir que les "pouvoirs publics" de l'Ontario prenaient bien matériellement possession de l'électricité fournie dans le cadre du programme TRG par le biais des opérations de transport et de distribution de Hydro One et de 77 des 80 SDL actuellement en activité en Ontario.[450]

---

[446] Deuxième communication écrite du Japon, paragraphe 39.

[447] Déclaration liminaire de l'Union européenne à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 13.

[448] Voir plus haut, paragraphes 7.203 à 7.213.

[449] Bien qu'il soutienne que le fait que la SIERE ne devient pas propriétaire de l'électricité "ne dit rien sur l'obtention ou l'acquisition par l'OEO" (deuxième communication écrite du Canada, paragraphe 47), le Canada n'a pas spécifiquement réfuté l'allégation du Japon selon laquelle "aucune disposition d'un contrat TRG … ne donne à l'OEO le droit de devenir propriétaire de l'électricité renouvelable fournie". Deuxième communication écrite du Japon, paragraphe 39.

[450] Canada, réponse à la question n° 21 (première série) du Groupe spécial; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 30 à 32.

7.233 Dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, l'Organe d'appel a expliqué que le terme "government" ("pouvoirs publics") était défini comme signifiant: "[the] continuous exercise of authority over subjects; authoritative direction or regulation and control (exercice continu d'un pouvoir sur des sujets; action d'ordonner ou de réglementer et de contrôler, émanant de personnes habilitées à cet effet)", rappelant que dans l'affaire *Canada – Produits laitiers*, il avait constaté que "l'élément essentiel qui caractérisait les pouvoirs publics était que ceux-ci avaient 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".[451] Il a constaté ensuite que l'expression "organisme public" devait être comprise comme signifiant "une entité qui possède ou exerce un pouvoir gouvernemental, ou en est investie".[452] L'Organe d'appel a expliqué la nature du "pouvoir gouvernemental" en ces termes:

> Il y a de nombreuses manières différentes dont des pouvoirs publics au sens étroit pourraient accorder un pouvoir à des entités. En conséquence, différents types d'éléments de preuve peuvent être pertinents pour montrer que ce pouvoir a été conféré à une entité particulière. Des éléments de preuve indiquant qu'une entité exerce, en fait, des fonctions gouvernementales peuvent constituer des éléments de preuve indiquant qu'elle possède un pouvoir gouvernemental ou qu'elle en a été investie, en particulier dans les cas où de tels éléments de preuve révèlent une pratique constante et systématique. Il s'ensuit, à notre avis, des éléments de preuve indiquant que des pouvoirs publics exercent un contrôle significatif sur une entité et son comportement peuvent constituer, dans certaines circonstances, des éléments de preuve indiquant que l'entité pertinente possède un pouvoir gouvernemental et exerce ce pouvoir pour exécuter des fonctions gouvernementales. Nous soulignons toutefois qu'en dehors d'une délégation expresse de pouvoir prévue par un instrument juridique, il est peu probable que l'existence de simples liens formels entre une entité et les pouvoirs publics au sens étroit suffise pour établir la possession d'un pouvoir gouvernemental qui est requise. Ainsi, par exemple, le simple fait que des pouvoirs publics sont l'actionnaire majoritaire d'une entité ne démontre pas que les pouvoirs publics exercent un contrôle significatif sur le comportement de cette entité, et encore moins que les pouvoirs publics lui ont conféré un pouvoir gouvernemental. Dans certains cas, toutefois, où les éléments de preuve montrent que les indices formels du contrôle exercé par les pouvoirs publics sont nombreux et où il y a également des éléments de preuve indiquant que ce contrôle a été exercé d'une manière significative, de tels éléments (de preuve) peuvent alors permettre de faire une inférence selon laquelle l'entité concernée exerce un pouvoir gouvernemental.[453]

7.234 Hydro One est un mandataire des pouvoirs publics de l'Ontario.[454] Comme nous l'avons noté plus haut, le gouvernement de l'Ontario décrit un "mandataire" des pouvoirs publics comme étant "un organisme du gouvernement provincial: [i] qui est établi par le gouvernement mais qui ne fait pas partie d'un ministère; [ii] qui est redevable au gouvernement; [iii] dont le gouvernement choisit la majorité des personnes nommées; et [iv] auquel le gouvernement a attribué ou délégué de l'autorité et

---

[451] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 290, faisant référence au Shorter Oxford English Dictionary, 6ème édition, A. Stevenson (ed.) (Oxford University Press, 2007), volume 1, page 1139; et rapport de l'Organe d'appel *Canada - Produits laitiers*, paragraphe 97.

[452] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 317.

[453] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 318.

[454] Government of Ontario: All Agencies List, pièce JPN-49.

des responsabilités, ou qui autrement possède le pouvoir légal et la responsabilité d'effectuer une fonction ou un service collectif".[455] C'est en particulier le dernier point inclus dans la définition que donne le gouvernement de l'Ontario d'un mandataire des pouvoirs publics qui fait de Hydro One un "organisme public" au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC.

7.235 Le fait que les pouvoirs publics de l'Ontario exercent un "contrôle significatif" sur les activités de Hydro One d'une manière qui confirme qu'elle est un "organisme public" au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC ressort clairement de plusieurs indicateurs plus formels. Considérant tout d'abord la base légale de la constitution en société de Hydro One, à savoir la *Loi de 1998 sur l'électricité*, nous notons que le gouvernement de l'Ontario n'a pas seulement imposé à Hydro One le *devoir* d'"exploite[r] des installations de production et des réseaux de distribution" et de "distribue[r] de l'électricité" dans "les collectivités" prescrites par les pouvoirs publics, mais qu'il s'est aussi accordé de larges pouvoirs pour définir les "conditions et … restrictions" conformément auxquelles ces opérations devaient être conduites. Ainsi, l'article 48.1 1) de la *Loi de 1998 sur l'électricité* dispose ce qui suit:

> Conformément aux conditions et aux restrictions prescrites par règlement, Hydro One Inc. exploite des installations de production et des réseaux de distribution par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs filiales dans les collectivités prescrites, qu'une collectivité soit reliée ou non-au réseau dirigé par la SIERE, et elle distribue de l'électricité dans ces collectivités.[456]

De même l'article 48.2 1) de la *Loi de 1998 sur l'électricité* indique que les pouvoirs publics de l'Ontario ont la faculté de prescrire dans les statuts de Hydro One des dispositions obligatoires "régissant la création [et l'émission] d'une ou de plusieurs catégories d'actions spéciales à émettre en faveur du ministre pour qu'il les détienne au nom de Sa Majesté du chef de l'Ontario", régissant les "restrictions à l'émission, au transfert et à la propriété, y compris la copropriété, de valeurs mobilières avec droit de vote de la personne morale" et "à l'égard de l'application des restrictions".[457] La portée de ce pouvoir est précisée à l'article 53 1) c); tandis que l'article 53 2) indique, "[s]ans préjudice de la portée générale de" l'article 53 1) c), les exemples suivants des domaines dans lesquels les pouvoirs publics peuvent choisir d'intervenir:

> a) la divulgation obligatoire de renseignements dans les documents délivrés ou publiés par la personne morale applicable;
>
> b) le pouvoir ou l'obligation des administrateurs de refuser d'émettre ou d'enregistrer des transferts d'actions conformément aux statuts de la personne morale;
>
> c) les limites imposées au droit de vote rattaché aux actions détenues contrairement aux statuts de la personne morale;
>
> d) le pouvoir des administrateurs d'exiger la divulgation des propriétaires bénéficiaires des actions de la personne morale et le droit de la personne

[455] Government of Ontario: Agencies, pièce JPN-51, page 1.

[456] La faculté des pouvoirs publics de prescrire les collectivités que doivent viser les activités de production et de distribution de Hydro One, ainsi que les conditions et restrictions de ces opérations, sont réitérées à l'article 53 1) a) et b) de la *Loi de 1998 sur l'électricité* (pièce JPN-5).

[457] Cette faculté est réitérée et précisée à l'article 53 1) c) de la *Loi de 1998 sur l'électricité* (pièce JPN-5).

> morale et de ses administrateurs, employés ou mandataires de se fier à ces renseignements et les conséquences qui en découlent;
>
> e) la manière d'établir la proportion des capitaux propres d'une personne morale que possède une personne ou catégorie de personnes.

Enfin, en ce qui concerne la *Loi de 1998 sur l'électricité*, nous notons que les articles 50.4 1) et 50.4 4) prescrivent que Hydro One fasse rapport au Ministre sur la base suivante:

> Dans les 90 jours qui suivent la fin de chaque exercice, Hydro One Inc. présente au Ministre un rapport annuel, signé par le président de son conseil d'administration, de ses activités au cours de l'exercice.
>
> Hydro One Inc. présente au Ministre des finances ou au Ministre les autres rapports et renseignements qu'il demande.

7.236 Le Mémorandum d'accord de 2008 entre le gouvernement de l'Ontario et Hydro One montre comment certains des pouvoirs gouvernementaux et des devoirs de Hydro One mentionnés plus haut ont été mis en œuvre. Bien qu'il lui soit ordonné de fonctionner comme "entreprise commerciale ayant un conseil d'administration indépendant"[458], Hydro One doit se conformer à la directive qui lui est donnée par les pouvoirs publics de l'Ontario de prendre des "initiatives spéciales" en ce qui concerne les questions de "gouvernance". Elle doit aussi "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". À cet égard, il est ordonné à Hydro One d'"élaborer un plan d'investissement sur trois à cinq ans pour de nouveaux projets" qui, une fois approuvé par son conseil d'administration, "sera soumis au Ministre de l'énergie et au Ministre des finances pour accord". En outre, elle "obtiendra l'approbation préalable du Ministre de l'énergie et du Ministre des finances en ce qui concerne: i) toute proposition d'émission ou de transfert d'actions de la société ou de l'une quelconque de ses filiales; ii) toute proposition d'acquisition ou de cession d'actifs".[459]

7.237 En ce qui concerne la communication et la présentation de rapports, le conseil d'administration de Hydro One doit rencontrer le Ministre de l'énergie "selon qu'il sera nécessaire" "afin de renforcer la compréhension mutuelle de questions stratégiques interdépendantes". Le Président du Conseil d'administration, le Président et le Chef de la direction de Hydro One rencontreront "régulièrement" le Ministre de l'énergie. En outre, les cadres supérieurs de la société sont également tenus de rencontrer les responsables du Ministère de l'énergie et du Ministère des finances "régulièrement et selon qu'il sera nécessaire pour examiner les questions courantes, clarifier les attentes ou identifier et traiter les questions qui se posent ".[460]

7.238 Enfin, en ce qui concerne les "attentes de résultats" de Hydro One, "[l]es principales mesures doivent être convenues avec le Ministre de l'énergie et le Ministre des finances" et les objectifs annuels de résultats, une fois approuvés par le conseil d'administration de Hydro One, seront soumis au Ministre de l'énergie et au Ministre des finances pour accord".[461]

---

[458] Memorandum of Agreement between the Government of Ontario and Hydro One, pièce CDA-107, page 1.

[459] Memorandum of Agreement between the Government of Ontario and Hydro One, pièce CDA-107, page 2.

[460] Memorandum of Agreement between the Government of Ontario and Hydro One, pièce CDA-107, page 2.

[461] Memorandum of Agreement between the Government of Ontario and Hydro One, pièce CDA-107, page 3.

7.239 Par conséquent, hormis la description explicite de Hydro one donnée par les pouvoirs publics de l'Ontario comme étant leur "mandataire", les indices ci-dessus d'un "contrôle significatif" exercé par les pouvoirs publics de l'Ontario sur les activités institutionnelles et commerciales de Hydro One amènent à conclure que la société est un "organisme public" aux fins de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. Cela étant, le fait que Hydro One possède et exploite 97% des lignes de transport, conjugué au fait qu'elle distribue de l'électricité à 1,3 million de consommateurs, donne fortement à penser que les pouvoirs publics de l'Ontario achètent l'électricité qui est injectée dans le réseau dans le cadre du programme TRG.[462] À cet égard, il importe aussi de rappeler qu'alors qu'elle a déclaré ne pas devenir "propriétaire" de l'électricité dans le réseau électrique ontarien[463], la SIERE (autre "mandataire" des pouvoirs publics de l'Ontario) n'en *contrôle* pas moins la manière dont l'électricité circule dans ce réseau. Par conséquent, les pouvoirs publics de l'Ontario non seulement concluent par l'intermédiaire de l'OEO des contrats avec les producteurs participant au programme TRG pour l'injection d'électricité dans le réseau, mais encore dirigent la circulation de cette électricité vers et dans ce réseau par le biais des instructions de la SIERE, puis, par le biais des opérations d'Hydro One, transportent et distribuent en définitive l'électricité fournie aux consommateurs finals. À notre avis, les actions combinées de tous les trois "organismes publics"[464] (mais surtout de Hydro One et de l'OEO) démontrent que les pouvoirs publics de l'Ontario achètent de l'électricité au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.

7.240 Bien que le Japon comme l'Union européenne aient mis en évidence, en tant qu'élément de preuve permettant de conclure que l'OEO n'achète pas d'électricité, le fait que les producteurs TRG et microTRG seront payés pour l'électricité que la SIERE leur aura ordonné *de ne pas fournir*[465], le Canada, comme il a été dit, explique que: i) la SIERE n'a jamais ordonné aux producteurs TRG de s'abstenir d'injecter de l'électricité dans le réseau; ii) la SIERE ne peut pas adresser ces demandes aux petits producteurs TRG et microTRG parce que ceux-ci ne sont pas raccordés au réseau de transport qu'elle gère; et iii) les contrats de fourniture conclus avec des fournisseurs qui sont "hors charge commandée" (comme les producteurs TRG d'énergie éolienne ou solaire photovoltaïque) comporteront généralement une clause permettant à la SIERE d'ordonner à une installation de ne pas fournir d'électricité afin d'empêcher une injection excédentaire d'électricité dans le réseau.[466]

7.241 Dans la mesure où les contrats TRG prévoient la possibilité que les producteurs TRG soient payés pour de l'électricité qui n'est pas produite ni injectée dans le réseau de transport sur instruction

---

[462] À cet égard, nous notons que l'Union européenne fait valoir que l'acheteur de l'électricité dans le cadre du programme TRG n'est pas l'OEO *mais les distributeurs*. Première communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 56. De même, le Japon fait valoir qu'en Ontario, les acheteurs d'électricité sont les "*intermédiaires dans le processus de transport et de distribution, tels que les grossistes et les détaillants*". En outre, le Japon a présenté des éléments de preuve donnant à penser qu'un "négociant" en électricité devient propriétaire de cette électricité (et donc, selon nous, en prend possession) du fait qu'il l'achète à des producteurs et des grossistes pour la revendre. Deuxième communication écrite du Japon, note de bas de page 48 citant Ohio Electric Utility Institute, Glossary ("Glossary of the Ohio Electric Utility Institute"), pièce JPN-224; le Code du Delaware, titre 26, article 1001 ("Delaware Code"), pièce JPN-225; et le Code de Pennsylvanie, titre 52, article 54.2 ("Pennsylvania Code"), pièce JPN-226.

[463] IESO: Settlement Statements and Invoices, pièce JPN-62, page 1.

[464] L'OEO et la SIERE sont des "mandataires" des pouvoirs publics de l'Ontario. Voir Government of Ontario: All Agencies List, pièce JPN-49; Agency Details, OPA, pièce JPN-50; et Government of Ontario: Agencies, pièce JPN-51. Il n'y a pas d'ésaccord entre les parties quant au fait que l'OEO et la SIERE sont des "organismes publics" aux fins de l'Accord SMC.

[465] Japon, réponse à la question n° 21 (première série) du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphe 42; Union européenne, declaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 18; et deuxième communication écrite, paragraphe 44.

[466] Canada, réponse à la question n° 21 (première série) du Groupe spécial; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 30 à 32.

de la SIERE, il est clair pour nous que l'OEO paie pour l'existence d'un mécanisme exceptionnel qui est nécessaire pour gérer les risques de surcharge du réseau. Étant donné les caractéristiques intrinsèques de l'électricité et les complexités de l'exploitation d'un réseau électrique sûr et fiable[467], il nous semble qu'une telle clause contractuelle serait une condition *sine qua non* de l'achat d'électricité à des producteurs hors charge commandée. Par conséquent, à notre avis, le fait que le contrat TRG prévoit que les producteurs sont payés pour renoncer à fournir de l'électricité sur ordre de la SIERE n'empêche pas de qualifier les mesures contestées d'"achats de biens par les pouvoirs publics".

Législation, règlements et contrats

7.242 Enfin, la troisième considération qui nous a amenés à conclure que les mesures contestées constituaient des achats de biens par les pouvoirs publics concerne le cadre législatif et réglementaire du programme TRG, ainsi que le libellé figurant dans certaines clauses des contrats TRG et microTRG eux-mêmes.[468] À notre avis, ces documents ne laissent subsister aucun doute quant au fait que les mesures contestées sont perçues par les pouvoirs publics de l'Ontario, et par d'autres dans la province, comme une activité gouvernementale qui comporte l'acquisition ou l'achat d'électricité. Tel est le message énoncé systématiquement et à maintes reprises dans les instruments juridiques que, nous avons examinés, et qui n'est aucunement artificiel. Nous reconnaissons cependant que, comme les plaignants l'ont souligné, l'appellation d'un instrument dans le droit interne n'est pas un élément déterminant de l'analyse que nous devons entreprendre aux fins du droit de l'OMC. Néanmoins, il est également vrai que cet élément de preuve ne peut pas être simplement ignoré et qu'il doit faire partie de notre analyse. Par conséquent, même si cet élément de preuve "ne peut pas marquer la fin de notre analyse"[469], le fait que la *Loi de 1998 sur l'électricité*, la directive ministérielle, les contrats TRG et microTRG et d'autres documents qualifient tous d'une manière ou d'une autre les mesures contestées d'acquisition ou d'achat d'électricité est un facteur pertinent dont nous tenons compte dans notre analyse.

Conclusions

7.243 Par conséquent, pour toutes les raisons exposées plus haut, nous concluons que la qualification juridique appropriée à donner au programme TRG et aux contrats TRG et microTRG est celle d'"achats de biens par les pouvoirs publics" au regard de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC. Bien que nous reconnaissions que les mesures contestées montrent quelques-unes des caractéristiques fondamentales de certaines formes de "transfert direct de fonds", en ce sens qu'elles comportent un échange de droits et d'obligations qui inclut des paiements en espèces, nous ne convenons pas avec les plaignants que cela signifie qu'elles peuvent *aussi* être juridiquement qualifiées en tant que telles aux fins de l'Accord SMC.

7.244 Dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, l'Organe d'appel a fait observer qu'un achat de biens "[était] généralement interprété comme signifiant que la personne ou l'entité fournissant les biens obtiendr[ait] une certaine contrepartie en échange".[470] Le sens ordinaire du mot "achat" donne à penser qu'il y a achat de biens par les pouvoirs publics lorsque ceux-ci effectuent un certain type de paiement sous forme d'"espèces ou d'un équivalent" en échange de la prise de possession (y compris par l'obtention d'un droit de propriété) d'un bien.[471] Par conséquent,

[467] Voir plus haut, paragraphes 7.11 à 7.18.
[468] Voir plus haut, paragraphes 7.195 à 7.214.
[469] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 593.
[470] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 619.
[471] Voir pus haut, paragraphes 7.225 et 7.227.

nous voyons deux différences importantes entre un "transfert direct de fonds", sous la forme d'une transaction impliquant un échange de droits et d'obligations, et des "achats de biens" par les pouvoirs publics. Premièrement, des pouvoirs publics qui procèdent à un "transfert direct de fonds" doivent transférer des ressources financières d'un certain type, alors qu'ils peuvent utiliser des espèces *ou un équivalent* pour acheter des biens. Deuxièmement, alors que l'article 1.1 a) 1) iii) indique un seul objet des achats des pouvoirs publics, à savoir *des biens*, l'article 1.1 a) 1) i) ne précise pas l'objet particulier d'un transfert direct de fonds par les pouvoirs publics (lorsque cela implique un échange de droits et d'obligations).

7.245 À notre avis, le fait que l'article 1.1 a) 1) iii) indique spécifiquement les "biens" comme étant les objets que des pouvoirs publics achèteront est significatif et révèle l'intention des rédacteurs d'axer l'alinéa pertinent de cette disposition sur cette *seule* forme de contribution financière. Il est difficile d'imaginer que les rédacteurs aient expressément fait référence à des "achats de *biens*" à l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC avec l'intention que ces transactions soient aussi dûment visées par l'article 1.1 a) 1) i) en tant que "transferts directs de fonds". À cet égard, nous faisons observer que les deux seuls exemples de "transfert direct de fonds" impliquant des droits et obligations réciproques indiqués à l'article 1.1 a) 1) i) sont les "prêts" et les "participation[s] au capital social". Les "achats de biens" par les pouvoirs publics auraient pu aisément être ajoutés à ces exemples si les rédacteurs avaient estimé qu'ils devaient aussi être considérés comme relevant de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC, étant donné surtout qu'ils sont explicitement mentionnés à l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.

7.246 De plus, constater que les mesures contestées peuvent être qualifiées juridiquement de "transferts directs de fonds" serait, à notre avis, contraire au principe d'interprétation des traités dit de l'effet utile, qui veut qu'un interprète s'abstienne d'adopter "une interprétation qui aurait pour résultat de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité".[472] Nous ne voyons aucun moyen d'interpréter l'article 1.1 a) 1) i) et iii) d'une manière qui nous permette de conclure sans déroger à ce principe que les "achats de biens" par les pouvoirs publics pourraient aussi être qualifiés juridiquement de "transferts directs de fonds".[473] Bien que nous reconnaissions qu'un moyen de lire les deux dispositions conjointement serait de limiter les types d'achat visés par l'article 1.1 a) 1) iii) aux seuls achats effectués par le biais d'un paiement qui ne soit *pas monétaire* par nature, nous ne trouvons rien qui étaye une interprétation aussi restrictive du sens ordinaire du mot "achat" dans le libellé de l'article 1.1 a) 1) iii) ou dans son contexte immédiat; et, d'ailleurs, les plaignants n'ont avancé aucun élément en ce sens.

7.247 Enfin, les plaignants allèguent que leur point de vue est étayé par l'observation suivante faite par l'Organe d'appel *dans une note de bas de page* dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*: "La structure de [l'article 1.1 a) 1)] n'exclut pas expressément qu'une transaction puisse être visée par plus d'un alinéa. Par exemple, les alinéas ne sont pas reliés par le mot

[472] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis - Essence*, page 26.

[473] La même conclusion a amené le Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)* à dire qu'il n'était "pas libre d'accepter l'argument selon lequel les transactions comportant des achats de services (de même que des transactions comportant des achats de marchandises) [étaient] visées par d'autres alinéas et éléments de l'article 1.1 a) 1)", constatant par conséquent que "les transactions qualifiées à juste titre d'achats de services [étaient] exclues du champ de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC". Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphes 7.956 et 7.970. Bien que l'Organe d'appel ait déclaré dans son rapport que la *constatation* du Groupe spécial était "sans fondement et sans effet juridique" (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 620), nous considérons que le raisonnement du Groupe spécial, dans la mesure où il se rapporte à la notion d'"achats de biens", expose néanmoins de manière utile le problème d'interprétation que soulèvent, selon nous, les arguments des plaignants en l'espèce.

"ou"."[474] Il est clair que le contenu de cette note de bas de page n'équivaut pas à une *constatation* selon laquelle des transactions dûment qualifiées d'"achats de biens" peuvent aussi constituer des "transferts directs de fonds". Sur ce point spécifique, l'Organe d'appel n'est arrivé à aucune conclusion définitive. Par conséquent, bien que nous puissions voir qu'il est peut-être possible de qualifier différents aspects de la même mesure comme étant différents types de "contribution financière" (par exemple, un programme gouvernemental comportant des prêts et des achats de biens), nous ne pensons pas que les règles coutumières d'interprétation du droit international public nous autorisent à admettre l'interprétation avancée par les plaignants.

7.248 Ayant constaté que les mesures contestées devraient être qualifiées juridiquement d'"achats de biens par les pouvoirs publics" et rejetant par conséquent l'idée qu'elles équivalent à des "transferts directs de fonds", nous constatons en outre qu'elles ne peuvent pas être des "transferts directs potentiels de fonds". De même, dans la mesure où le Japon et l'Union européenne peuvent avoir allégué que les mesures contestées pouvaient être qualifiées juridiquement de forme de "contribution financière" impliquant de la part des pouvoirs publics l'action de charger ou d'ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC, nous rejetons aussi cet argument.

Les mesures contestées en tant que forme de soutien des revenus ou des prix

7.249 Les deux plaignants en l'espèce ont avancé des arguments essentiellement parallèles axés sur le marché de gros de l'électricité pour étayer leurs affirmations concernant l'existence d'un "avantage", indépendamment de la question de savoir si les mesures contestées sont qualifiées juridiquement au titre de l'article 1.1 a) ou de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.[475] Dans la section qui suit, la majorité du Groupe spécial rejette la totalité des arguments des plaignants concernant l'existence d'un "avantage" tels qu'ils se rapportent à l'article 1.1 a) 1) iii). Il s'ensuit que les allégations de subventions formulées par les plaignants doivent aussi être jugées sans fondement indépendamment de la question de savoir si la majorité du Groupe spécial souscrit aux affirmations des plaignants selon lesquelles le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG constituent une forme de "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC. Autrement dit, les arguments que les plaignants ont avancés à l'appui de leurs allégations concernant la mesure dans laquelle les mesures contestées confèrent un "avantage" lorsqu'elles sont qualifiées de "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC, sont essentiellement les mêmes que ceux que la majorité du Groupe spécial a examinés et rejetés dans la section suivante des présents rapports. De ce fait, nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire, pour nous prononcer de façon satisfaisante sur les allégations de subventions formulées par les plaignants, de décider aussi si le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG équivalent à un "soutien des revenus ou des prix" selon les termes de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC. Par conséquent, pour des raisons d'économie jurisprudentielle, nous ne formulons pas de constatation en ce qui concerne les allégations des plaignants selon lesquelles les mesures contestées peuvent être qualifiées juridiquement de "soutien des revenus ou des prix" au regard de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.

[474] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, note de bas de page 1287.

[475] Voir, par exemple, la première communication écrite du Japon, paragraphes 219 à 247; et la première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 63 à 89.

3. Question de savoir si les mesures contestées confèrent un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC

a) Arguments des parties

i) Japon

7.250 Rappelant que l'Organe d'appel et des groupes spéciaux de l'OMC ont constamment constaté qu'une "contribution financière" conférait un "avantage" lorsqu'elle était accordée à des conditions qui étaient meilleures que celles que le bénéficiaire pouvait obtenir sur le marché pertinent, le Japon affirme que les mesures en cause confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC pour deux raisons principales.[476]

7.251 Premièrement, selon le Japon, les mesures contestées confèrent un avantage parce qu'elles garantissent que les producteurs TRG et microTRG percevront un prix pour l'électricité[477] qu'ils produisent qui dépasse le prix de l'électricité sur les marchés de gros et/ou de détail en Ontario, ou, à titre subsidiaire, dans l'une quelconque des quatre juridictions extérieures à l'Ontario ("juridictions hors province"). Pour étayer son opinion selon laquelle les producteur TRG et microTRG perçoivent une rémunération supérieure au prix de l'électricité sur le marché de gros, le Japon avance sept points de repère pour le prix de gros de l'électricité en tant que "produit". Le premier point de repère proposé est ce qui, d'après le Japon est la moyenne pondérée effective du prix de gros de l'électricité en Ontario en 2010, à savoir le PHEO moyen pondéré.[478] Les deuxième et troisième points de repère proposés par le Japon sont le "tarif de gros" moyen pondéré en 2010 pour les producteurs autres que les producteurs TRG et les producteurs relevant du programme POSER[479], et la "portion correspondant au produit "du prix payé par les consommateurs de détail conformément à la grille tarifaire réglementée (la "GTR") en 2010.[480] Les quatre autres points de repère pour le prix de gros de l'électricité avancés par le Japon représentent, d'après les allégations, les prix de gros moyens en 2010 sur les marchés déréglementés/concurrentiels en Alberta, à New York, en Nouvelle-Angleterre et dans les États du centre du littoral de l'Atlantique.[481] Le Japon affirme que le Groupe spécial peut utiliser ces points de repère hors province s'il détermine que les points de repère en Ontario pour le prix de

[476] Japon, première communication écrite, paragraphes 216 à 247; et deuxième communication écrite, paragraphes 3 à 16.

[477] L'argument du Japon est axé sur la portion des prix de gros de l'électricité qui correspond au "prix du produit", que le Japon définit comme étant la "portion des prix payés par les consommateurs qui constitue le paiement de l'électricité elle-même, par opposition au paiement des services associés à la fourniture de cette électricité aux consommateurs" ou le "prix qui se rapporte au paiement de l'électricité elle-même (par opposition au paiement des services de transport/distribution et d'exploitation commerciale)". Première communication écrite du Japon, paragraphes 11 et 77.

[478] Japon, première communication écrite, paragraphes 219 et 220.

[479] Japon, première communication écrite, paragraphe 221. Ce taux est calculé en établissant la moyenne pondérée des prix perçus pour chaque kWh d'électricité injectée dans le réseau électrique de l'Ontario en 2010 par les "actifs dont les tarifs ne sont pas réglementés ni contractuels (c'est-à-dire les actifs non réglementés d'OPG sans contrat avec l'OEO et les producteurs d'électricité indépendants sans contrat avec l'OEO)" et les "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 d'électricité privés, et la plupart des producteurs d'électricité indépendants)". Le Japon explique que la première catégorie de producteurs perçoit le même prix – le PHEO – et que la seconde catégorie de producteurs perçoit un prix qui est fondé en partie sur le niveau du PHEO. Première communication écrite du Japon, paragraphe 32.

[480] Japon, première communication écrite, paragraphes 223 et 224.

[481] Japon, première communication écrite, paragraphe 222.

l'électricité sont faussés d'une manière quelconque.[482] Enfin, le Japon fait valoir que les prix GTR qu'il a indiqués peuvent aussi servir de point de repère pour évaluer si les mesures contestées confèrent un avantage car, selon lui, ils établissent un plafond pour le montant que les consommateurs de l'Ontario seront disposés à payer pour l'électricité. Selon lui, aucun producteur d'électricité en Ontario ne devrait escompter percevoir un tarif supérieur au prix payé par les consommateurs de détail dans la portion de leur facture correspondant au produit.[483] Par conséquent, dans la mesure où les producteurs TRG et microTRG perçoivent des prix pour l'électricité fournie qui sont supérieurs aux prix GTR, le Japon déclare que les mesures contestées doivent conférer un avantage.

7.252 Le deuxième argument que le Japon formule pour étayer ses allégations relatives à l'avantage est fondé sur l'historique du marché de l'électricité en Ontario, et sur la conception et la structure objectives du programme TRG. En particulier, le Japon déclare que l'historique du marché de l'électricité en Ontario démontre que la province 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 d'obtenir un approvisionnement en électricité suffisant, en particulier de sources renouvelables, pour répondre aux besoins de la province.[484] Selon lui, les pouvoirs publics de l'Ontario ont décidé d'internaliser les externalités positives de l'énergie renouvelable en garantissant des paiements qui couvraient les coûts de production des producteurs TRG et microTRG et leur procuraient des bénéfices raisonnables sur une période de 20 ans. Le Japon affirme que ces paiements n'auraient pas pu être obtenus autrement par les producteurs d'électricité renouvelable parce que le marché de gros de l'électricité qui existerait en l'absence du programme TRG les aurait exposés non seulement à des prix plus bas, mais aussi à d'autres modalités et conditions contractuelles moins avantageuses. Par conséquent, il fait valoir que l'historique de l'électricité en Ontario ainsi que la conception et la structure objectives du programme TRG montrent qu'en l'absence du programme TRG, les producteurs TRG et microTRG ne seraient pas en mesure d'opérer sur le marché de gros de l'électricité aujourd'hui.[485]

7.253 En réponse à l'affirmation du Canada selon laquelle le point de repère du marché approprié devrait être un prix qui reflète les coûts plus élevés de la production d'électricité renouvelable, le Japon fait valoir que le Canada n'a pas établi l'existence effective d'un marché distinct pour l'électricité renouvelable en Ontario, et que l'affirmation du Canada doit donc être rejetée. Au contraire, il souligne qu'il n'y a pas de marché distinct en ce sens parce que l'électricité est un produit, et que pour les consommateurs en Ontario, une unité d'électricité est indiscernable d'une autre. De plus, il note que le programme TRG ne donne pas aux consommateurs la possibilité de choisir une source renouvelable pour l'électricité qu'ils utilisent, et de payer un prix plus élevé pour cette électricité. En fait, selon le Japon, les prix plus élevés qui sont dus aux producteurs TRG sont répartis entre tous les consommateurs par le biais de l'ajustement global pour établir un prix unique payé par les consommateurs pour l'électricité produite au moyen de toutes les technologies de production.[486]

---

[482] Japon, réponse à la question n° 7 (première série) du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphes 8 à 12; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 14 à 19; et réponse à la question n° 31 (deuxième série) du Groupe spécial.

[483] Japon, première communication écrite, paragraphes 223 et 224; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 19; réponses à la question n° 28 (deuxième série) du Groupe spécial.

[484] Japon, deuxième communication écrite, paragraphes 5 et 6; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 11 et 12; observations concernant les réponses du Canada aux questions n° 1 et 42 (deuxième série) du Groupe spécial.

[485] Japon, deuxième communication écrite, paragraphes 3 à 7; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 10 à 13; et observations concernant les réponses du Canada aux questions n° 1 et 42 (deuxième série) du Groupe spécial.

[486] Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 30 à 45; et deuxième communication écrite, paragraphe 23.

7.254 Enfin, le Japon appelle l'attention du Groupe spécial sur 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. Il affirme que dans un environnement de marché, le producteur d'électricité le plus efficient (par exemple en raison d'économies d'échelle) devrait être en mesure de vendre son électricité à un prix qui couvre ses coûts de production plus un bénéfice raisonnable, et devrait être le producteur dominant. Selon lui, le marché peut même admettre que ce producteur pratique un prix plus élevé, mais celui-ci ne peut pas être autorisé à vendre à un prix plus élevé en vertu d'un *règlement* des pouvoirs publics. Le Japon fait valoir que, 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. Il affirme que pour permettre à ces producteurs moins rentables de survivre sur le marché en dépit de leur rentabilité moindre, les pouvoirs publics doivent les *subventionner*, ce qui est, selon lui, précisément ce que le programme TRG fait en Ontario.[487]

ii) Union européenne

7.255 Comme le Japon, l'Union européenne présente deux principaux arguments pour étayer ses allégations relatives à l'avantage. Premièrement, faisant fond sur les mêmes points de repère du marché pour le prix de gros de l'électricité que ceux du Japon, elle affirme que les mesures contestées confèrent un avantage parce qu'elles garantissent que les producteurs TRG et microTRG percevront un prix pour l'électricité qu'ils produisent qui est supérieur au prix de l'électricité sur le marché de gros de l'électricité en Ontario, ou à titre subsidiaire dans l'une quelconque des quatre juridictions hors province auxquelles le Japon se réfère.[488] Deuxièmement, elle fait valoir que la nature intrinsèque du programme TRG démontre l'existence d'un avantage parce qu'elle montre que le programme est conçu pour faciliter les investissements privés dans de nouvelles opérations de production d'énergie renouvelable que le marché de gros en Ontario est incapable d'attirer. À cet égard, l'Union européenne signale deux caractéristiques principales du programme TRG: i) le prix dont il est allégué qu'il est supérieur à celui du marché pour l'électricité produite par les producteurs TRG; et ii) la période de 20 ans durant laquelle ce prix dont il est allégué qu'il est supérieur à celui du marché (y compris des conditions "généreuses" de progressivité des prix à des intervalles différents) est garanti. Selon elle, ni l'une ni l'autre de ces caractéristiques ne bénéficieraient à ces mêmes producteurs d'électricité renouvelable s'ils devaient opérer sur le marché de gros de l'électricité en Ontario. Par conséquent, l'Union européenne affirme qu'en l'absence du programme TRG, les producteurs TRG n'auraient pas été en mesure de participer au marché de gros de l'électricité en Ontario.[489]

7.256 L'Union européenne rejette l'argument du Canada selon lequel le point de repère du marché approprié devrait être un prix qui reflète les coûts plus élevés de la production d'électricité renouvelable. Comme le Japon, elle souligne que l'électricité est un produit, et qu'indépendamment de la question de savoir si elle est produite à partir d'une source d'énergie renouvelable ou non renouvelable, elle est physiquement semblable à tous égards et parfaitement substituable. Par ailleurs, l'Union européenne fait observer que les prix de l'électricité payés par les consommateurs en Ontario ne font pas de distinction entre les différentes technologies de production. Par conséquent, selon elle, dans le contexte des présents différends, il peut y avoir un seul marché de produit pertinent aux fins de

[487] Japon, réponse à la question n° 33 (deuxième série) du Groupe spécial.
[488] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 65 à 88; deuxième communication écrite, paragraphes 86 à 102.
[489] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphes 69, 70, 103 et 105; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 23 et 27.

l'analyse de l'avantage – le marché de gros en Ontario pour l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie (c'est-à-dire renouvelable et non renouvelable).[490]

7.257 Si le Groupe spécial devait décider que le point de repère pertinent du marché devrait prendre en compte l'existence d'une distinction entre l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables et celle qui l'est à partir de sources d'énergie non renouvelables, l'Union européenne estime que le Groupe spécial pourrait également déterminer l'existence d'un avantage sur la base des différents prix qui sont garantis aux producteurs TRG. À cet égard, elle note que le barème de prix TRG montre que les prix offerts aux producteurs qui utilisent, par exemple, l'énergie hydraulique, la biomasse ou le biogaz sont moins élevés que les prix offerts aux producteurs d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque. Par conséquent, même à supposer qu'il existe un marché distinct pour l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, les prix plus élevés payés aux producteurs qui utilisent les technologies éolienne et solaire photovoltaïque par rapport à d'autres technologies "propres" dans le cadre du programme TRG démontrent que les mesures contestées confèrent un avantage à ces producteurs.

7.258 Enfin, l'Union européenne affirme que même si, comme le Canada le fait valoir, le coût de la production d'électricité éolienne et solaire était un point de repère approprié pour l'analyse de l'avantage par le Groupe spécial, le programme TRG n'en conférerait pas moins un avantage parce qu'il offre des prix normalisés à tous les producteurs, quels que soient leurs coûts de production *effectifs*. Selon elle, le fait que l'emplacement d'une installation de production utilisant l'énergie solaire ou éolienne aura un effet sur sa productivité implique que les installations bien situées auront des coûts de production globaux relativement plus bas étant donné que les dépenses d'investissement entre différentes installations seront très semblables. Cela veut donc dire que les prix types appliqués dans le cadre du programme TRG dépasseront inévitablement les coûts de production des producteurs dont les installations sont bien situées et, pour cette raison, confèreront un avantage à ces producteurs. À cet égard, l'Union européenne rappelle que le prédécesseur du programme TRG (le programme POSER) fonctionnait sur la base des meilleurs prix offerts par les producteurs par le biais d'un processus d'appel d'offres. Par conséquent, elle affirme qu'il est possible pour l'Ontario d'obtenir de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables à un coût moindre par rapport à ce qui est garanti dans le cadre du programme TRG.[491]

iii) Canada

7.259 Le Canada fait valoir que les plaignants n'ont pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage parce que leurs points de repère proposés pour le prix de l'électricité ne prennent pas en compte la condition fondamentale à la base de l'achat d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG, à savoir que l'électricité achetée est produite à partir de sources d'énergie renouvelables. Selon lui, le point de repère approprié pour le prix de l'électricité aux fins de l'analyse de l'avantage par le Groupe spécial doit provenir du "marché" de l'électricité produite par les technologies éolienne et solaire photovoltaïque, pour tenir compte du fait que ce sont les pouvoirs publics de l'Ontario (et non le consommateur final) qui sont l'acheteur de l'électricité fournie dans le cadre du programme TRG. Le Canada dit que ce point de repère peut provenir, en premier lieu, des prix payés en Ontario par les acheteurs privés d'électricité produite par les technologies éolienne et solaire photovoltaïque. Or, à son avis, les plaignants n'ont pas présenté de points de repère de ce type, ni aucun élément de substitution fondé, par exemple, sur les coûts

[490] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphes 72 à 77; et déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 24.

[491] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphes 82 à 85. L'Union européenne propose aussi d'utiliser les prix à l'importation/exportation comme point de repère commercial en l'espèce. Voir la deuxième communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 95.

construits de la production d'électricité par les technologies éolienne et solaire photovoltaïque ou sur des prix hors province appropriés de l'électricité, ajustés pour tenir compte des conditions existantes en Ontario.[492]

7.260 Le Canada souligne qu'il serait inapproprié d'utiliser un point de repère pour le prix de l'électricité qui reflète un seul prix pour le produit électricité mélangée ou combinée, comme le PHEO, parce qu'il n'y a pas de marché unique pour cette électricité en Ontario et que les différentes technologies de production ne se font pas concurrence. À cet égard, le Canada affirme qu'en raison de l'éventail de facteurs qui doivent être pris en considération pour assurer un approvisionnement fiable et propre en électricité en Ontario, les divers structures de coûts et attributs intrinsèques des différentes technologies de production qui sont nécessaires pour atteindre cet objectif doivent être pris en compte et reflétés en définitive dans des prix différenciés. Il explique que, pour l'essentiel, les pouvoirs publics de l'Ontario le font en appliquant des prix réglementés et des prix contractuels qui sont plus élevés que le PHEO.[493] Selon le Canada, cette approche visant à assurer un approvisionnement en électricité suffisant reconnaît les limites des marchés de gros dans le monde pour ce qui est d'offrir des incitations adéquates en faveur de nouvelles opérations de production. Ce dilemme, appelé le problème des "fonds manquants", se pose dans les réseaux d'électricité dans lesquels les prix de gros ne procurent pas une rémunération adéquate pour financer les coûts fixes des producteurs ou les dépenses d'investissement totales des nouveaux producteurs, de sorte que les investisseurs ne décideront pas de faire leur entrée sur le marché.[494]

7.261 Outre qu'il critique les points de repère proposés par les plaignants pour le prix de l'électricité au motif qu'ils représentent un prix pour le produit électricité mélangée ou combinée qui ne reflète pas la nature des contributions financières contestées et la réalité des "fonds manquants" des marchés de gros de l'électricité en Ontario et dans d'autres juridictions, le Canada rejette la qualification par les plaignants du marché de gros de l'électricité administré par la SIERE comme étant un marché "concurrentiel". Selon lui, le mécanisme d'équilibre du marché qui produit le PHEO est simplement un outil créé par les pouvoirs publics de l'Ontario pour aider la SIERE à prendre les décisions de contrôle-commande afin d'équilibrer l'offre et la demande *physiques* d'électricité.[495] Le Canada affirme que la plupart des producteurs participent à ce mécanisme en offrant de l'électricité à des prix qui ne couvrent pas leurs coûts de production et n'assurent aucun rendement. Ces producteurs ne présentent pas d'offres de prix et de volume sur la base de considérations commerciales normales, mais pour faire en sorte que leur production d'électricité soit acceptée par la SIERE afin de percevoir le prix réglementé ou contractuel pertinent.[496] Par conséquent, selon le Canada, le PHEO ne reflète pas les coûts et d'autres conditions d'exploitation auxquels la plupart des producteurs d'électricité en Ontario font face. Il signale en outre que les producteurs TRG ne présentent pas de soumissions dans le cadre du mécanisme d'équilibre du marché de la SIERE.

7.262 Le Canada oppose le marché administré par la SIERE qui existe aujourd'hui au marché de gros libéralisé de l'électricité qui existait en Ontario entre mai et novembre 2002. Il explique que, alors que ce dernier fonctionnait comme un "lieu" où les acheteurs et les vendeurs se rencontraient pour échanger de l'électricité à un prix résultant de l'équilibre entre l'offre et la demande, le marché

[492] Par exemple, Canada, première communication écrite (DS412), paragraphes 125 et 136 à 150; première communication écrite (DS426), paragraphes 64 à 66; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 111 à 120 et 136 à 142.

[493] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphes 130 à 140; et première communication écrite (DS426), paragraphes 64 à 81.

[494] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphe 35; et première communication écrite (DS426), paragraphe 72.

[495] Canada, première communication écrite (DS426), paragraphe 8.

[496] Canada, première communication écrite (DS426), paragraphes 67 à 81; et première communication écrite (DS412), paragraphe 138.

administré par la SIERE qui existe aujourd'hui ne fixe pas le prix perçu par la grande majorité des producteurs représentant 92% de la capacité de production en Ontario.[497] Il fait aussi observer que les installations qui perçoivent aujourd'hui uniquement le PHEO sont les centrales hydroélectriques et au charbon plus anciennes et appartenant à l'État dont les pouvoirs publics de l'Ontario ont décidé qu'elles n'avaient pas besoin de prix contractuels ou réglementés plus élevés car leurs dépenses d'investissement étaient largement amorties et (dans le cas des installations au charbon) leur démantèlement imminent.[498]

7.263 Enfin, le Canada conteste également l'idée qu'en l'absence du programme TRG, les producteurs TRG en seraient réduits à devoir subsister sur la base du PHEO. Selon lui, cette hypothèse est incorrecte parce que "selon toute probabilité", un producteur potentiel d'électricité renouvelable s'adresserait aux pouvoirs publics de l'Ontario par l'intermédiaire de l'OEO et essaierait de négocier un contrat pour vendre de l'électricité à des prix tenant compte des conditions du marché existantes, y compris ses coûts de production et les besoins d'approvisionnement des pouvoirs publics.[499]

b) Arguments des tierces parties

i) Australie

7.264 De l'avis de l'Australie, le marché pertinent dans les présents différends, aux fins de l'analyse de l'avantage, est le marché de l'électricité. Dans son analyse de l'avantage, le Canada met essentiellement l'accent sur les conditions de fourniture d'énergie renouvelable. Toutefois, l'Australie fait valoir que le Groupe spécial devrait aussi examiner le côté demande du marché de l'électricité lorsqu'il examine l'avantage, notant que 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. Par ailleurs, elle 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, 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. Deuxièmement, les producteurs TRG perçoivent pour leur produit un prix plus élevé que celui qui est applicable par ailleurs sur le marché. S'agissant de la seconde option, l'Australie estime que le PHEO utilisé par les plaignants est un point de comparaison approprié pour la détermination de l'existence d'un avantage.[500]

ii) Brésil

7.265 Le Brésil estime que le point de repère approprié dans les présents différends devrait être évalué à la lumière du rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Il fait valoir que le point de repère approprié devrait prendre en compte tant le côté offre que le côté demande du marché de l'énergie, et qu'il ne peut donc pas se fonder uniquement sur les prix auxquels les producteurs de certains types sont disposés à vendre ou les prix établis par les pouvoirs publics. De plus, le Brésil soutient 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.[501]

[497] Canada, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 113 à 117.
[498] Canada, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 118 et 119.
[499] Canada, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 128 et 129.
[500] Australie, communication en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 11 à 15; communication en tant que tierce partie (DS426), paragraphes 11 à 15; et déclaration en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 11 à 20.
[501] Brésil, déclaration en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 9 à 13.

iii) Chine

7.266 La Chine fait valoir que l'examen de la question de savoir si un avantage a été conféré ne dépend pas de la "proportion de bénéficiaires non subventionnés" ou du coût de production du bénéficiaire d'une subvention. S'agissant de la proportion de bénéficiaires non subventionnés, elle estime que le Canada n'a pas expliqué en détail i) pourquoi le marché de l'électricité en Ontario était faussé par la présence des pouvoirs publics de l'Ontario en tant qu'acheteur "prédominant", et ii) d'autres facteurs qui pouvaient influer sur l'évaluation d'un point de repère approprié. Par ailleurs, elle soutient que le coût de production n'est pas la base appropriée pour déterminer le prix servant de point de repère. Elle ne voit pas pourquoi le PHEO n'est pas un point de repère approprié, étant donné que l'électricité provenant d'une énergie renouvelable et celle qui provient d'autres formes d'énergie sont semblables et comparables.[502]

iv) Union européenne (dans l'affaire DS412)

7.267 En tant que tierce partie dans l'affaire DS412, l'Union européenne soutient que le programme TRG entraînera dans la plupart des cas un avantage pour les producteurs TRG en raison de la différence entre les prix du marché et les prix garantis. À son avis, 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.[503]

v) Corée

7.268 La Corée note que la sélection d'un "prix du marché" pour l'analyse de l'avantage exige parfois une analyse complexe qui peut comporter un examen des rendements sur une période plus longue. Compte tenu 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 évaluer très différemment le rendement global. Elle rappelle qu'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. Dans cette perspective, il n'est pas simple de choisir un point de repère approprié lorsque, comme dans les présents différends, interviennent des considérations commerciales et de politique générale à long terme complexes ainsi que des investissements avec de longs délais de récupération. Par conséquent, la Corée estime qu'un instantané pris à un moment isolé ne permet pas nécessairement une comparaison fiable qui prenne en compte la situation réelle du marché, comme le prescrit l'article 14 de l'Accord SMC.[504]

vi) Royaume d'Arabie saoudite

7.269 L'Arabie saoudite estime que conformément aux règles de l'OMC, le marché intérieur constitue le point de repère le plus approprié pour déterminer l'existence et l'importance de l'avantage conféré par une subvention. Selon elle, 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. L'Arabie saoudite soutient qu'un groupe spécial ne peut pas utiliser des points de repère externes pour mesurer le montant d'un "avantage", à moins d'avoir établi que les prix pratiqués dans le secteur privé

[502] Chine, communication en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 23 à 38; et déclaration en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphe 4.
[503] Union européenne, communication en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 21 et 22.
[504] Corée, communication en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 46 à 54.

du pays de fourniture étaient faussés, suivant la définition donnée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*.[505]

c) Évaluation par le Groupe spécial

i) Introduction

7.270 En guise d'introduction, nous notons que même si les arguments des plaignants concernant l'avantage ont principalement pour but d'étayer leurs opinions selon lesquelles les mesures contestées, lorsqu'elles sont qualifiées de *transferts directs de fonds ou de transferts directs potentiels de fonds* aux termes de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC, et/ou de *soutien des revenus ou des prix* au sens de l'article 1.1 a) 2), confèrent un avantage, nous croyons comprendre qu'ils ont chacun affirmé que ces mêmes arguments étaient tout aussi pertinents et applicables pour toute analyse à effectuer pour évaluer si les mesures contestées, lorsqu'elles étaient qualifiées d'*achats de biens par les pouvoirs publics*, conféraient un avantage.[506] À cet égard, nous rappelons que les deux plaignants ont l'un et l'autre souligné que si les mesures contestées devaient être qualifiées d'achats de biens par les pouvoirs publics, cela serait compatible avec leurs opinions selon lesquelles ces mesures équivalaient à des contributions financières.[507] Par conséquent, bien qu'elles aient été présentées principalement pour étayer une autre argumentation concernant le subventionnement, nous ne voyons pas d'obstacle juridique à l'évaluation du bien-fondé de ces affirmations afin d'établir si les plaignants ont démontré que les mesures contestées équivalaient à des subventions lorsqu'elles étaient qualifiées d'"achats de biens par les pouvoirs publics". À cette fin, nous passons maintenant à l'examen des arguments des parties en rappelant tout d'abord le critère juridique pertinent pour la détermination de l'existence d'un "avantage" aux termes de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Nous examinerons ensuite les assertions spécifiques des parties concernant la manière dont le programme TRG et les contrats TRG et microTRG confèrent (ou ne confèrent pas) un "avantage" à la lumière du critère juridique pertinent, en accordant une attention particulière à la mesure dans laquelle le marché de gros de l'électricité en Ontario devrait être l'élément central approprié de l'analyse de l'avantage. Enfin, dans la dernière partie de notre évaluation, nous exposons nos conclusions concernant le bien-fondé des communications des plaignants à la lumière de nos constatations concernant l'élément central pertinent de l'analyse de l'avantage.

ii) Le critère juridique pour la détermination de l'existence d'un "avantage"

7.271 Une contribution financière confère un avantage ("benefit") à un bénéficiaire au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC lorsqu'elle constitue un avantage ("avantage") pour son bénéficiaire.[508] Il est bien établi que, pour déterminer l'existence de cet avantage, il faut comparer la situation du bénéficiaire avec et sans la contribution financière, et que "le marché constitue une bonne base [pour effectuer cette] comparaison".[509] L'article 14 d) de l'Accord SMC établit des lignes

[505] Arabie saoudite, communication en tant que tierce partie (DS412), paragraphes 18 à 28; communication en tant que tierce partie (DS426), paragraphes 18 à 28; et déclaration en tant que tierce partie (DS412 et DS426), paragraphes 8 à 14.

[506] Union européenne, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 23; deuxième communication écrite, paragraphe 53; réponse à la question n° 21 (deuxième série) du Groupe spécial; et Japon, réponse à la question n° 22 (deuxième série) du Groupe spécial.

[507] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 54; réponse à la question n° 12 (première série) du Groupe spécial; et Japon, réponse à la question n° 22 (deuxième série) du Groupe spécial.

[508] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois d'œuvre résineux IV*, paragraphe 51.

[509] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157. Nous notons qu'à ce jour, le "marché" n'a pas été explicitement utilisé comme point de repère pour déterminer si des contributions financières prenant la forme des mesures décrites à l'article 1.1 a) ii) de l'Accord SMC (c'est-à-dire dans les cas où "des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues (par exemple, dans

directrices pour le calcul du montant d'une subvention en ce qui concerne l'avantage lorsqu'il y a eu achat de biens par les pouvoirs publics aux fins d'enquêtes en matière de droits compensateurs. Bien qu'il ne vise pas à définir les circonstances dans lesquelles un achat de biens par les pouvoirs publics conférera un avantage dans des différends relevant de la Partie III de l'Accord SMC, l'article 14 d) constitue un contexte utile pour l'analyse qui est requise dans les présents différends. L'article 14 d) se lit comme suit:

> [L]a fourniture de biens ou de services ou l'achat de biens par les pouvoirs publics ne sera pas considéré comme conférant un avantage, à moins que la fourniture ne s'effectue moyennant une rémunération moins qu'adéquate ou que l'achat ne s'effectue moyennant une rémunération plus qu'adéquate. L'adéquation de la rémunération sera déterminée par rapport aux conditions du marché existantes pour le bien ou service en question 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).

7.272 Tel qu'il est libellé, l'article 14 d) dispose qu'un achat de biens par les pouvoirs publics ne conférera pas un avantage à un bénéficiaire à moins d'être effectué moyennant "une rémunération plus qu'adéquate", et que l'adéquation de cette rémunération doit être évaluée par rapport aux "conditions du marché existantes" pour le bien en question dans le pays d'achat, y compris "le prix, la qualité, la disponibilité, la qualité marchande, le transport et autres conditions d'achat ou de vente". Par conséquent, dans le contexte des présents différends, l'article 14 d) donne à penser qu'*une* façon de démontrer que les mesures contestées confèrent un avantage est de montrer que la rémunération accordée aux producteurs TRG qui utilisent les technologies éolienne et solaire photovoltaïque pour produire l'électricité achetée par l'OEO est "plus qu'adéquate" par rapport à la rémunération que les mêmes producteurs recevraient sur le "marché" de l'électricité en Ontario, eu égard aux "conditions du marché existantes". Selon nous, le point de départ de cette analyse est l'identification du "marché" pertinent.

7.273 Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, l'Organe d'appel a défini un "marché" comme étant le "secteur de l'activité économique dans lequel des acheteurs et des vendeurs se rencontr[aient] et dans lequel les forces de l'offre et de la demande influen[çaient] les prix".[510] De même, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a précisé que le "marché auquel l'Organe d'appel faisait référence dans l'affaire *Canada – Aéronefs* correspond[ait] à un domaine dans lequel des biens et des services [étaient] échangés entre acheteurs et vendeurs consentants".[511] Par ailleurs, il a expliqué ce qui suit:

---

le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôt)") confèrent un avantage. Rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – FSC*, paragraphe 7.103; et *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphes 8.44 à 8.48; et rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 140; et *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 198.

[510] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – LCA*, paragraphe 1122, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 408. L'Organe d'appel a également noté que "[l]e terme "marché" a[vait] été défini comme signifiant "{g}enerally, any context in which the sale and purchase of goods and services takes place" (d'une manière générale, tout contexte dans lequel la vente et l'achat de marchandises et de services ont lieu)" et "{a} collection of homogenous transactions. A market is created whenever potential sellers of a product are brought into contact with potential buyers and a means of exchange". "(une série de transactions homogènes. Un marché est créé lorsque des acheteurs potentiels d'un produit sont mis en présence d'acheteurs potentiels et d'un moyen d'échange)". Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – LCA*, note de bas de page 2467.

[511] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – LCA*, paragraphe 981.

> Les conditions d'une transaction financière doivent être évaluées au regard des conditions qui résulteraient d'un échange libre de contraintes sur le marché pertinent. 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 …[512]

7.274 Dans le contexte spécifique de l'article 14 d), toutefois, le "marché" pertinent n'a pas besoin d'être un marché qui est "non faussé par l'intervention des pouvoirs publics" ou qui exclut les "situations dans lesquelles il y a intervention des pouvoirs publics".[513] Il n'est pas nécessaire que le "marché" pertinent soit un marché "pur" qui soit exempt du moindre degré d'intervention des pouvoirs publics.[514] Toutefois, dans des différends antérieurs relatifs à la *fourniture* de biens par les pouvoirs publics, il a été dit que lorsque le "rôle des pouvoirs publics dans la fourniture de la contribution financière [étaient] si prédominant qu'il détermin[ait] effectivement le prix auquel les fournisseurs privés vend[aient] les biens identiques ou semblables … la comparaison envisagée par l'article 14 deviendrait tautologique".[515] En d'autres termes, lorsque la participation des pouvoirs publics en tant que fournisseur d'un bien particulier sur un marché donné est telle qu'"il n'y a aucun moyen de savoir si le bénéficiaire est "mieux loti" qu'en l'absence de contribution financière"[516], le marché qui est l'objet de l'intervention des pouvoirs publics ne peut pas servir de point de repère approprié aux fins de l'article 14 d). Nous ne voyons aucune raison pour laquelle les mêmes considérations ne devraient pas également s'appliquer aux situations comportant des *achats* de biens par les pouvoirs publics.

7.275 Par conséquent, selon notre interprétation de la jurisprudence pertinente, le "marché" par rapport auquel il convient d'évaluer si une contribution financière sous la forme d'un achat de biens par les pouvoirs publics confère un avantage n'a pas besoin d'être un marché qui est nécessairement "parfaitement concurrentiel" du point de vue de la théorie économique.[517] Toutefois, il doit quand même s'agir d'un marché sur lequel s'exerce une concurrence effective, en ce sens que les prix du bien acheté doivent être établis par le jeu libre de contraintes de l'offre et de la demande, et non au moyen d'une intervention des pouvoirs publics d'un type qui rend "la comparaison envisagée à l'article 14 … tautologique".[518] Gardant ce critère juridique à l'esprit, nous passons à l'évaluation du bien-fondé des arguments des parties.

---

[512] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 172.

[513] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 87; et rapport du Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphes 7.50 et 7.51.

[514] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 87; et rapport du Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphes 7.50 et 7.51.

[515] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 93.

[516] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 93.

[517] Selon Nicholson, une branche de production parfaitement concurrentielle présente les caractéristiques suivantes: a) un grand nombre d'entreprises produisent un produit homogène; b) les entreprises cherchent à maximiser les bénéfices; c) les entreprises présument que leurs propres actions n'ont pas d'influence sur les prix du marché, c'est-à-dire qu'elles sont des preneurs de prix; d) des renseignements parfaits, c'est-à-dire que les prix sont connus de tous les participants au marché, y compris les consommateurs, et e) des transactions sans frais. W. Nicholson, *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extension*, 8ème édition (Thomson Learning, 2002) ("Nicholson 2002"), page 370.

[518] Sauf indication contraire, nous désignons ce critère juridique dans le reste des présents rapports comme étant soit un marché "concurrentiel" soit un marché "sur lequel s'exerce une concurrence effective".

iii) Le marché de gros de l'électricité en tant qu'élément central pertinent de l'analyse de l'avantage[519]

7.276 Fondamentalement, le premier et principal argument des plaignants concernant l'avantage est qu'en l'absence du programme TRG, un marché de gros concurrentiel de l'électricité en Ontario ne pourrait pas permettre aux producteurs TRG contestés de mener des opérations commercialement viables parce que les modalités et conditions, y compris les prix, qui seraient associées aux achats d'électricité privés sur ce marché exposeraient ces producteurs à des recettes nettement inférieures et à des risques commerciaux plus grands par rapport aux modalités et conditions associées à la participation au programme TRG. Pour étayer cet argument, les plaignants proposent un certain nombre de points de repère pour le prix de l'électricité sur le marché de gros concurrentiel, ou des valeurs supplétives pour ce point de repère, qui démontrent selon eux que le programme TRG assure une "rémunération plus qu'adéquate" pour les achats d'électricité effectués par l'OEO dans le cadre des contrats TRG et microTRG. Les plaignants mettent également l'accent sur les prix à long terme (20 ans) garantis qui sont offerts dans le cadre du programme TRG, faisant valoir qu'aucune condition semblable ne serait offerte par un acheteur d'électricité privé sur le marché pertinent. Par ailleurs, ils notent que l'un des principaux objectifs non contestés du programme TRG est d'encourager de nouveaux investissements dans des installations de production d'énergie renouvelable, faisant valoir que cela à lui seul démontre que les producteurs TRG pertinents ne seraient pas actifs sur le marché de gros de l'électricité en Ontario en l'absence du programme TRG.

7.277 Le Canada admet que "la plupart" des producteurs TRG contestés ne seraient pas en mesure de mener des opérations viables sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité en Ontario. De fait, il signale que l'un des objectifs du programme TRG était d'encourager la construction de nouvelles installations de production d'énergie renouvelable qui n'auraient pas existé autrement.[520] Toutefois, il rejette l'idée que cela démontre que les achats d'électricité effectués par l'OEO dans le cadre du programme TRG confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Le Canada explique que les achats d'électricité effectués par l'OEO, y compris auprès de producteurs d'énergie renouvelable dans le cadre du programme TRG, ont été motivés par l'incapacité du marché de gros de l'électricité en Ontario d'encourager l'investissement dans de nouvelles installations de production d'électricité nécessaires pour assurer un approvisionnement fiable et propre en électricité qui soit suffisant pour répondre aux besoins à long terme de la province (c'est-à-dire le problème des "fonds manquants").[521] Il souligne qu'en raison des coûts différents associés aux différentes technologies qui doivent être utilisées pour atteindre cet objectif, le point de repère le plus approprié pour l'analyse de l'avantage par le Groupe spécial en relation avec les contrats TRG et microTRG doit refléter ce qui est, à son avis, la condition fondamentale des achats d'électricité effectués par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG, à savoir que l'électricité doit être produite à partir de sources d'énergie renouvelables. Par conséquent, le Canada affirme que le point de comparaison du "marché" pertinent doit être le marché de l'électricité produite au moyen des technologies de production éolienne et solaire photovoltaïque.

7.278 Les différentes positions adoptées par les plaignants et le Canada au sujet de ce que devrait être le point de repère du "marché" approprié soulèvent un certain nombre de questions importantes ayant trait à la nature des marchés de gros concurrentiels de l'électricité et à l'opportunité d'utiliser un ou plusieurs des exemples allégués de ces marchés pour déterminer l'existence d'un avantage dans les

[519] L'opinion dissidente de l'un des membres du Groupe spécial en ce qui concerne la question de savoir si les mesures contestées confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC est exposée dans la section IX des présents rapports.

[520] Canada, première communication écrite (DS412), paragraphe 49.

[521] Voir, plus haut, le paragraphe 7.261 et, plus loin, le paragraphe 7.283.

présents différends. Nous passons maintenant à l'examen de ces questions, en commençant par le problème des "fonds manquants".

Paramètres économiques des marchés de l'électricité et problème des "fonds manquants"

7.279 Comme nous l'avons déjà expliqué[522], l'électricité a certaines propriétés spécifiques en comparaison avec d'autres types de produits. Elle est intangible et, à quelques exceptions limitées près, ne peut pas être stockée effectivement.[523] Elle est aussi livrée aux consommateurs au moyen de réseaux de transport et de distribution qui peuvent ne pas fonctionner si la quantité demandée (appelée charge) est supérieure ou inférieure à la quantité fournie pour un laps de temps donné. Ces propriétés impliquent que l'électricité doit être produite au moment où elle est consommée, et que le flux d'électricité dans un réseau de transport ne peut pas être laissé au choix des participants au marché pris individuellement, mais doit être coordonné et contrôlé d'une manière centralisée.[524] Les consommateurs, et par conséquent les pouvoirs publics, considèrent que l'électricité est un produit essentiel parce qu'un approvisionnement sûr, fiable et à long terme est nécessaire au bon fonctionnement de toutes les économies modernes. Le fait qu'il n'y a pas de proches substituts de l'électricité, conjuguée à l'absence de signaux de prix aisément observables du côté de la demande[525], implique que la demande d'électricité est pour l'essentiel insensible aux prix à court terme (c'est-à-dire qu'elle est relativement inélastique).[526] Graphiquement, la courbe de la demande peut donc être représentée par une ligne (quasiment) verticale dans un diagramme offre/demande classique. Cette courbe se déplacera de gauche à droite puis dans l'autre sens au cours d'une heure, d'une journée, d'une semaine, d'un mois ou d'une année, car la charge demandée varie sou l'influence de facteurs autres que le prix. Ces facteurs comprennent la température, les heures du jour, le moment de l'année ainsi que la structure et les activités de l'économie. Les fluctuations saisonnières de la demande d'électricité en Ontario sont illustrées dans le diagramme suivant.[527]

[522] Voir, plus haut, les paragraphes 7.11 à 7.13.

[523] Comme il a déjà été dit, les centrales hydroélectriques à réserve pompée offrent un moyen limité de stocker l'électricité**.** Voir, plus haut, la note de bas de page 47.

[524] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 13. Les titres et fonctions du professeur William W. Hogan, auteur du rapport Hogan, sont indiqués plus haut, dans la note de bas de page 47.

[525] La plupart des consommateurs ignorent le prix de l'électricité au moment où ils l'utilisent. Ils sont ainsi amenés à consommer davantage qu'ils ne le feraient autrement en temps de pénurie, et moins qu'ils ne le feraient autrement en temps d'abondance. Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 39; et Electricity Conservation and Supply Task Force, "Tough Choices: Addressing Ontario's Power Needs", Final Report to the Minister of Energy, January 2004 ("2004 Report of the ECSTF"), pièce CDA-59, pages 38 et 39.

[526] IESO: Ontario's Physical Markets, pièce JPN-80, page 4 ("Les demandes hors charge commandée correspondent à l'électricité qui est simplement prélevée sur le réseau selon les besoins. Elles sont facturées au prix du marché de gros de l'électricité, au moment de la consommation, quel qu'il puisse être. Les demandes hors charge commandée représentent la majeure partie de l'énergie consommée en Ontario"). Voir aussi le rapport Hogan, pièce CDA-2, pages 16 et 17.

[527] Smoothing the Peaks, IESO site Web de la SIERE ("IESO: Smoothing the Peaks"); mentionné dans la deuxième communication écrite de l'Union européenne, note de bas de page 71.

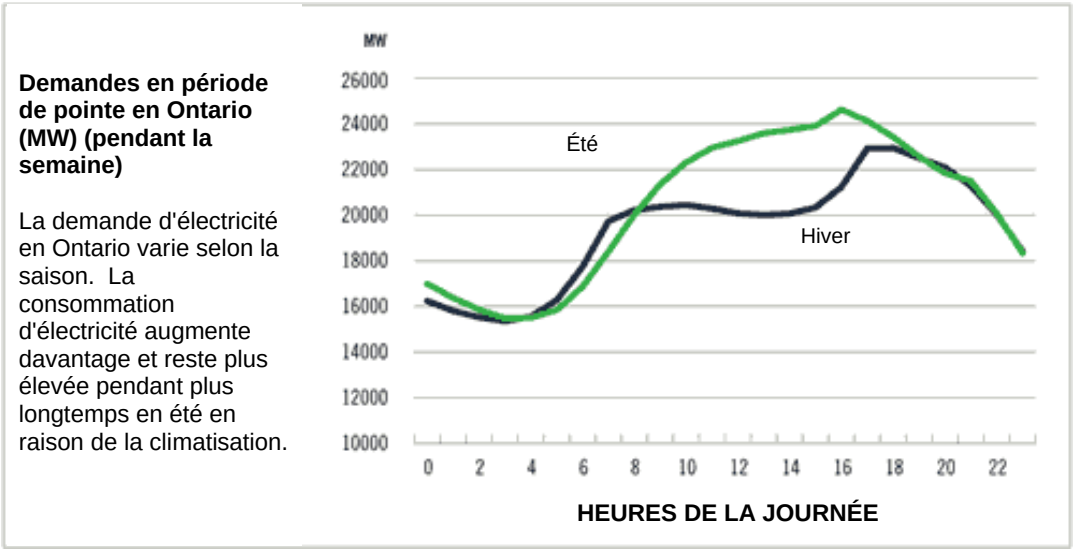


Diagramme 4: Fluctuations saisonnières de la demande d'électricité en Ontario

7.280 Il est généralement admis qu'il est souhaitable d'avoir un ensemble diversifié de technologies de production du côté de l'offre afin d'assurer l'existence d'un réseau d'électricité fiable et propre. En effet, comme nous l'avons expliqué ailleurs[528], le recours à un éventail de technologies de production est un impératif technique, économique et environnemental. Les technologies "classiques"[529] peuvent être classées en ces catégories: production en charge de base (caractérisée par des coûts fixes élevés et des coûts marginaux faibles, par exemple, les centrales nucléaires), production en charge intermédiaire (coûts fixes et coûts marginaux modérés, par exemple les centrales à vapeur fonctionnant au pétrole ou au gaz) et production en charge de pointe (coûts fixes faibles et coûts marginaux élevés, par exemple, les turbines à gaz à cycle simple).[530] Les installations en charge de base sont conçues pour fonctionner presque continuellement[531], fournissant de l'électricité pour répondre aux niveaux fondamentaux et soutenus de la demande pendant la plupart des heures de la journée et, surtout, pour garder le réseau "sous tension". Les installations en charge intermédiaire sont utilisées pour fournir de l'électricité pendant les périodes où la demande est supérieure aux niveaux minima fondamentaux sans toutefois atteindre son pic. Ces installations fonctionnent habituellement pendant la journée et le soir.[532] Les installations en charge de pointe répondent à la demande lorsque celle-ci est très élevée, par exemple pendant les plus chaudes journées d'été, et certaines peuvent fonctionner seulement quelques heures par jour.[533] La capacité des installations d'ajuster leur niveau de production rapidement, appelée *capacité de production en charge commandée*, est généralement la plus faible pour les installations en charge de base et la plus élevée pour les installations en charge de pointe. Bien que l'hydroélectricité soit habituellement classée comme puissance en charge de base, certains types d'installations hydroélectriques peuvent être en charge commandée.[534] La production d'électricité au moyen des technologies éolienne et solaire

[528] Voir, plus haut, les paragraphes 7.13 à 7.18.
[529] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 6.
[530] Rapport Hogan, pièce CDA-2, pages 2 à 10; et The Tellus Institute, "Best Practice Guide: Integrated Resource Planning for Electricity", 2000 ("Best Practice Guide: Integrated Resource Planning for Electricity"), pièce CDA-45, pages 13 à 15.
[531] Selon le professeur Hogan, les installations en charge de base fonctionnent "pendant la plupart des heures de l'année, à raison peut-être de 50 à 80% ou plus". Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 3.
[532] Selon le professeur Hogan, les installations en charge intermédiaire "ont généralement des coefficients de capacité de 15 à 50%". Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 5.
[533] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 6.
[534] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 5.

photovoltaïque est variable ou intermittente, ce qui signifie que la puissance est produite uniquement à certains moments du jour et/ou de la nuit. Ces deux types d'installations ont généralement des dépenses d'investissement relativement élevées par MW d'énergie produite[535], mais ils n'ont guère ou pas de coûts variables.[536] Pour remplacer une partie de la capacité de production qui sera perdue lorsque les installations fonctionnant au charbon en Ontario seront démantelées à la fin de 2014[537], l'approvisionnement diversifié de l'Ontario a été élargi pour inclure des technologies d'énergie renouvelable comme les technologies éolienne et solaire photovoltaïque. Il est prévu que ces technologies représenteront 11,5% de la capacité de production en Ontario d'ici 2030.[538] La production diversifiée d'électricité qui existait en Ontario en 2010 et certaines caractéristiques sont présentées dans le tableau ci-après.[539]

Production diversifiée d'électricité en Ontario

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

Tableau 2: Production diversifiée d'électricité en Ontario

7.281 Sur un marché de gros de l'électricité où il y a une concurrence effective, les soumissions que les producteurs présentent à l'exploitant de réseau devraient généralement être très proches de leur

[535] En 2007, les dépenses d'investissement des installations solaires sur toiture (0,5 MW) et montées au sol (10 MW) étaient estimées, respectivement, à 6 690 $Can/kW et 4 600 $Can/kW; et les dépenses d'investissement d'un "petit parc éolien" (10 MW) étaient estimées à 2 750 $Can. Ces chiffres sont à comparer avec les dépenses d'investissement en 2007 de 2 970 $Can pour l'énergie nucléaire (1 000 MW), de 665 $Can pour les turbines à gaz à cycle simple de type frame (340 MW) et de 924 $Can pour les turbines à gaz à cycle combiné (500 MW). Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 8.

[536] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 6.

[537] En 2003, les installations au charbon représentaient 25% de la capacité de production en Ontario, après une augmentation de 127% par rapport aux niveaux de 1995. Il apparaît que parmi les facteurs motivant l'élimination des installations au charbon en Ontario figurent les conclusions présentées dans une étude de 2005 établie à l'intention des pouvoirs publics ("Cost Benefit Analysis: Replacing Ontario's Coal-Fired Electricity Generation"), qui chiffraient à 3 milliards de $Can les coûts annuels de l'utilisation du charbon en matière de santé et d'environnement. Ontario, Long-Term Energy Plan, pièce CDA-6, pages 2 et 19.

[538] Ontario Long-Term Energy Plan, pièce CDA-6, page 19.

[539] Rapport Hogan, pièce CDA-2, tableau 2, page 12.

coût marginal de production.[540] La représentation graphique de ces soumissions par rapport à la production définit une courbe de l'offre dans le cadre traditionnel offre/demande. Étant donné ces caractéristiques particulières, la courbe de l'offre d'un éventail type de producteurs apparaîtrait comme une fonction de pente positive qui monte brusquement lorsque la production s'approche de la limite de la capacité du marché.

7.282 Comme habituellement l'intersection de l'offre et de la demande détermine le prix d'équilibre du marché et le volume d'électricité. Toutefois, la forte inclinaison des deux courbes sur les marchés types de l'électricité donne à penser que les prix peuvent être extrêmement instables, montant ou baissant nettement en réponse à de petites variations de la demande et/ou de l'offre. Cela n'est pas nécessairement un aspect indésirable sur un marché de l'électricité. Pour autant que certains critères soient remplis (par exemple, des consommateurs bien informés du côté de la demande, la liberté d'entrée/de sortie du côté de l'offre), la théorie économique donne à penser que le résultat devrait être socialement souhaitable.[541] Par exemple, des prix élevés devraient encourager les ménages et les entreprises à moins consommer le produit rare. Ils incitent aussi les producteurs en place à augmenter leur production et de nouvelles entreprises à entrer sur le marché en investissant dans de nouvelles opérations de production. Par conséquent, en théorie, un marché de l'électricité "bien conçu" permettra un équilibre à long terme "s'articulant sur une séquence de prix au comptant sur le marché de gros à court terme [qui] assurerait une incitation et une rémunération suffisantes pour favoriser les investissements dans de nouvelles opérations de production d'électricité".[542] Toutefois, comme le professeur Hogan l'explique, "ce marché théorique idéal ne s'est pas encore concrétisé dans beaucoup de réseaux électriques, y compris en Ontario".[543] Comme nous croyons le comprendre, l'une des principales raisons à cela est qu'il est compliqué d'incorporer une réactivité appropriée du côté de la demande aux signaux de prix du côté de l'offre en période de pénurie – ou, autrement dit, qu'il est difficile de donner aux consommateurs d'électricité les renseignements et les moyens dont ils ont besoin pour réagir *en temps réel* aux contraintes du côté de l'offre d'électricité.[544]

7.283 En l'absence d'une demande plus réactive (mais pas seulement pour cette raison), les pouvoirs publics et les responsables de la réglementation ont cherché à contrôler la volatilité potentielle/effective des prix en intervenant sur le marché en raison de l'importance d'une stabilité de prix de l'électricité pour leur économie, avec la conséquence que de nombreux pays ont pâti d'investissements insuffisants dans la production car les prix pratiqués sur leur marché de gros "organisé" n'étaient pas autorisés à atteindre un niveau qui, à long terme, permettrait aux producteurs de récupérer intégralement le coût global de leurs investissements (y compris les coûts fixes et les coûts irrécupérables).[545] Les investisseurs privés ne seront pas prêts à financer la construction de nouvelles installations de production à ces conditions; et en l'absence de ces investissements, le marché de l'électricité ne pourra pas répondre de manière fiable à la demande future d'électricité. C'est ce qu'on appelle le problème des "fonds manquants"[546], qui touche non seulement les

[540] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 16. De manière plus générale, il est reconnu que, pour autant qu'une entreprise choisisse de produire une quantité positive de production, l'équation prix et coût marginal équivaut à un comportement visant à maximiser le profit. Voir G. Jehle et P. Reny, *Advanced Microeconomic Theory*, 2ème édition (Addison Wesley Longman, 2001), page 144.

[541] Ces conditions font en sorte que les résultats sur le marché du monde réel se rapprochent des résultats idéaux sur un marché en situation de concurrence parfaite (voir, plus haut, la note de bas de page 517). Dans un modèle d'équilibre concurrentiel partiel, le résultat concurrentiel est "efficient" en ce sens qu'il maximise le bien-être global tel qu'il est mesuré par la somme des excédents des consommateurs et des producteurs. Voir Nicholson 2002, page 402.

[542] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 16.

[543] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 17.

[544] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 16.

[545] Rapport Hogan, pièce CDA-2, pages 13 et 15 à 19.

[546] Rapport Hogan, pièce CDA-2, pages 18 et 19.

technologies éolienne et solaire photovoltaïque plus onéreuses, mais aussi les "technologies de production classiques, pour lesquelles les marchés uniquement énergétiques ne favorisent pas les investissements".[547] Pour résoudre ce dilemme, des "mécanismes de substitution aux marchés de gros au comptant étaient nécessaires pour créer des incitations en faveur de l'investissement à long terme afin de répondre à la demande prévue", y compris des accords d'achat d'électricité (comme en Ontario) et des paiements de "capacité".[548]

7.284 Par conséquent, en raison des caractéristiques spécifiques de l'électricité et de la nature des marchés de gros concurrentiels de l'électricité, l'intervention des pouvoirs publics sera souvent nécessaire pour assurer un approvisionnement en électricité qui soit sûr, fiable et durable à long terme.

Expérience du marché de gros de l'électricité en 2002 en Ontario

7.285 Les plaignants affirment qu'il y avait un marché de gros concurrentiel de l'électricité en Ontario en 2002. Le Canada admet que ce marché a existé entre mai et novembre 2002.[549] Pendant cette période de sept mois, l'électricité produite par des installations représentant 94% de la capacité de production de l'Ontario a été achetée et vendue sur le marché de gros à des prix fixés au moyen d'un mécanisme d'équilibre du marché administré par la Société indépendante de gestion du marché.[550] Pas moins de 90% de la capacité de production active durant cette période appartenait aux pouvoirs publics et était exploitée par l'intermédiaire d'OPG[551], qui était régie par un accord de limitation de la puissance commerciale imposant un plafond des prix/recettes et d'autres obligations visant à restreindre sa puissance commerciale potentielle en tant qu'exploitant dominant.[552] Malgré cela, le Canada explique que le marché de gros était "fondé sur le principe que tous les producteurs (y compris ceux qui appartenaient aux pouvoirs publics par l'intermédiaire d'Ontario Power Generation (OPG)) offraient leur électricité sur le marché de gros sur la base de leurs coûts marginaux de production".[553] Selon lui, l'"objectif [était] de permettre aux producteurs de récupérer leurs coûts d'exploitation et leurs dépenses d'investissement et d'obtenir un rendement".[554]

---

[547] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 17.

[548] Dans le rapport Hogan, la "capacité" électrique est définie comme étant "la capacité d'une unité de production de produire de l'électricité (mesurée en kilowatts)". Ce rapport mentionne que trois régions des États-Unis, "la PJM, New York et la Nouvelle-Angleterre administrent des marchés de capacité pour compléter les paiements sur le marché au comptant pour l'électricité et les services auxiliaires". Rapport Hogan, pièce CDA-2, pages 13 et 18, et notes de bas de page 17 et 21.

[549] Canada, première communication écrite, paragraphe 25; et réponse à la question n° 1 (deuxième série) du Groupe spécial.

[550] Le reste, soit 6%, correspondait à l'électricité produite par des producteurs d'électricité indépendants, qui étaient payés en fonction des prix indiqués dans des contrats préexistants avec Hydro One, repris par la SFIEO. Canada, réponses aux questions n° 1 et 26 (première série) du Groupe spécial; et première communication écrite, paragraphe 22 iv).

[551] En 2000, c'est-à-dire deux ans avant l'ouverture du marché "concurrentiel", 90% de la capacité de production de l'Ontario était contrôlée par la société Ontario Power Generation. Final Report of the Market Design Committee to the Honourable Jim Wilson, Minister of Energy, Science and Technology, 29 January 1999 ("Final Report of the Market Design Committee"), pièce CDA-9. En 2011, OPG représentait environ 70% de la capacité de production de l'Ontario. Ontario Power Generation, Frequently Asked Questions, OPG website ("OPG FAQ"), pièce CDA-8. Voir aussi Ontario Power Generation, About OPG, OPG website ("About OPG"), pièce CDA-10; et About the Ministry of Energy, pièce JPN-52.

[552] Final Report of the Market Design Committee, pièce CDA-9; et Ontario Energy Board, EB-2007-0905, In the Matter of an Application By Ontario Power Generation Inc., Payment Amounts for Prescribed Facilities, Decision with Reasons, 3 November 2008 ("OEB Decision on Payment Amounts for Prescribed Facilities"), pièce JPN-233, pages 2 et 3.

[553] Première communication écrite du Canada (DS426), paragraphe 68.

[554] Première communication écrite du Canada (DS426), paragraphe 67.

7.286 L'éventail des technologies de production d'électricité employées en 2002 comprenait les centrales nucléaires, au charbon, hydroélectriques et fonctionnant au pétrole/gaz, qui représentaient ensemble plus de 99% de la capacité totale disponible (29 523 MW) et de la production totale d'électricité (149 690 GWh) en 2002.[555] Une capacité nucléaire additionnelle appartenant à OPG devait entrer en service en 2001[556], mais elle a subi un retard important et n'était donc pas disponible au moment de l'ouverture du marché.[557] C'est en partie à cause d'événements imputables à la non-disponibilité de cette capacité de production additionnelle[558], ainsi que du manque antérieur d'investissements dans de nouvelles sources de production, qu'il a été mis fin au marché de gros de l'électricité en Ontario.[559]

7.287 Le Canada explique que pendant l'été 2002, des températures très élevées ont fait grimper la demande à des niveaux auxquels ne pouvaient pas répondre les fournisseurs existants sans de fortes augmentations des prix. Entre mai et novembre 2002, les prix ont augmenté en moyenne de plus de 30%.[560] Le Canada attribue l'incapacité des fournisseurs de répondre au pic de la demande sans augmenter fortement les prix à la "structure de marché" qui existait pendant cette période et au retard dans la relance de la production à l'unité 4 de la centrale nucléaire de Pickering.[561] Il apparaît aussi que le Japon souligne la première raison, affirmant que c'est parce que "la structure de marché établie n'avait pas permis l'entrée d'un nombre suffisant de nouveaux producteurs … [que] les pouvoirs publics de l'Ontario ont promulgué la Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité, portant modification de la Loi de 1998 sur l'électricité".[562]

7.288 Dans son rapport final au Ministre de l'énergie, le Groupe d'étude sur l'approvisionnement et la conservation en matière d'électricité[563] (le "GEACE") a identifié un certain nombre d'événements qui se sont produits pendant l'existence du marché de gros et vers cette période et qui ont façonné les conditions dans lesquelles ce marché devait fonctionner. En particulier, le GEACE a souligné que les "marchés financiers qui étaient censés financer une nouvelle capacité avaient été durement touchés par la faillite d'Enron" et que "le marché du négoce de l'énergie à long terme" avait cessé de fonctionner, du moins temporairement.[564] Selon lui, cette "perte a affaibli la production marchande, le

---

[555] D'autres technologies "diverses" représentaient moins de 1% de la capacité et de la production. Réponse du Canada à la question n° 1 (deuxième série) du Groupe spécial.

[556] La première unité des installations nucléaires d'OPG à Pickering devait initialement entrer en service le 13 novembre 2001. Le 17 décembre 2001, la SIGME a annoncé que cette mise en service serait repoussée jusqu'au milieu de 2002. IMO, 18-Month Outlook: An Assessment of the Adequacy of the Ontario Electricity System from January 2002 to June 2003 ("IMO: 18-Month Outlook"), pièce CDA-90.

[557] Selon le Plan énergétique à long terme de l'Ontario, pièce CDA-6, les unités 3 et 4 de la centrale Bruce ont été remises en service en mars 2004 et novembre 2003, respectivement, tandis que l'unité 1 de la centrale de Pickering-A a été remise en service en novembre 2005.

[558] En 1997, les pouvoirs publics de l'Ontario ont décidé de mettre hors service sept réacteurs nucléaires pour répondre à d'"importants besoins en matière de maintenance et de réparation". Ces réacteurs représentaient 8% de la capacité de production de l'Ontario. Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, page 23.

[559] Canada, première communication écrite (DS426), paragraphe 70; réponse à la question n° 1 g) (deuxième série) du Groupe spécial; et Government of Ontario, Action Plan to Lower Your Hydro Bill ("Action Plan to Lower Your Hydro Bill"), pièce CDA-96.

[560] Ontario's Long-Term Energy Plan, pièce CDA-6, page 6.

[561] Réponse du Canada à la question n° 1 g) (deuxième série) du Groupe spécial.

[562] Première communication écrite du Japon, paragraphe 25.

[563] Le Groupe d'étude sur l'approvisionnement et la conservation en matière d'électricité a été établi en juin 2003 et chargé d'élaborer un plan d'action visant à répondre au besoin de l'Ontario concernant un approvisionnement en électricité abordable, fiable et acceptable sur le plan environnemental jusqu'en 2020. Le GEACE "s'est réuni à 30 reprises et a eu des discussions détaillées avec plus de 90 particuliers et organismes représentant tous les secteurs de la société". Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, pages 1 et 2.

[564] Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, page 84.

transport marchand et la vigueur des échanges d'émissions".[565] De même, le GEACE a fait observer que "le retrait des marchés financiers du secteur de l'électricité" avait eu pour effet de ralentir le développement et la construction de nouvelles installations fonctionnant au gaz, qui ont également été touchées par "la flambée des prix du gaz naturel et les préoccupations concernant les approvisionnements à long terme".[566] De fait, il signale que pendant la période considérée, les installations fonctionnant au gaz "ont été de plus en plus considérées comme un combustible surtout approprié pour les opérations en charge intermédiaire et de pointe plutôt qu'en charge de base".[567] De toute évidence, cela a eu des répercussions sur les paramètres économiques de tout investissement futur dans la production de gaz, car les installations en charge intermédiaire et de pointe seraient censées fonctionner moins que les installations en charge de base. Enfin, comme le Canada, le GEACE souligne que "les retards et les surcoûts dans la remise en service des quatre unités de la centrale nucléaire Pickering-A ont contribué à réduire l'approvisionnement, à faire augmenter les prix et à les rendre plus instables", notant que cela "a renforcé la crainte que les pouvoirs publics ne continuent de prendre des décisions d'investissement non rentables qui porteraient atteinte à la position concurrentielle de fournisseurs concurrents sur le marché".[568]

7.289 Par conséquent, il apparaît qu'en plus des problèmes de volatilité des prix associés aux attributs intrinsèques des marchés de gros concurrentiels de l'électricité[569], une combinaison d'autres facteurs façonnant l'interaction de l'offre et de la demande d'électricité en Ontario a affecté le fonctionnement du marché de gros concurrentiel qui existait entre mai et novembre 2002, créant des limites importantes à ce que ce marché pouvait accomplir.

7.290 Selon le Canada, l'expérience de 2002 démontre qu'un marché de gros concurrentiel de l'électricité "ne serait pas suffisant pour encourager la construction de nouvelles installations de production capables d'assurer l'approvisionnement additionnel à long terme nécessaire aux résidents de l'Ontario".[570] Cela est compatible avec l'une des principales constatations du GEACE, qui a conclu que "l'approche commerciale adoptée à la fin des années 1990 [devait] être considérablement renforcée pour pouvoir répondre aux besoins de l'Ontario en matière de nouvelles opérations de production et de conservation dans les délais requis".[571] Sur ce dernier point, le GEACE a prévu qu'en l'absence de nouvelle capacité ou de mesures de réduction de la demande, il y aurait un déficit de l'offre en Ontario se situant entre 5 000 et 7 000 MW d'ici 2007 et d'environ 25 000 MW vers 2020. Les conditions de l'offre et de la demande projetées par le GEACE sont représentées dans le diagramme ci-après.[572]

[565] Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, page 84.
[566] Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, page 84.
[567] Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, page 84.
[568] Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, page 84.
[569] Voir, plus haut, l'analyse aux paragraphes 7.279 à 7.284. Dans le rapport Hogan, il est expliqué que "[l]es dépassements de coût dans le programme de construction nucléaire d'Ontario Hydro et la nécessité de remplacer ou de rénover la plupart des infrastructures électriques vieillissantes de la province ont donné l'élan nécessaire à la réforme et à la restructuration", ce qui donne à penser que les conditions d'approvisionnement étaient déjà difficiles au moment de l'ouverture du marché en mai 2002. Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 19.
[570] Première communication écrite du Canada, paragraphe 27.
[571] Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, page i).
[572] Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, figure 1A, page 1.

Production existante et demande en période de pointe

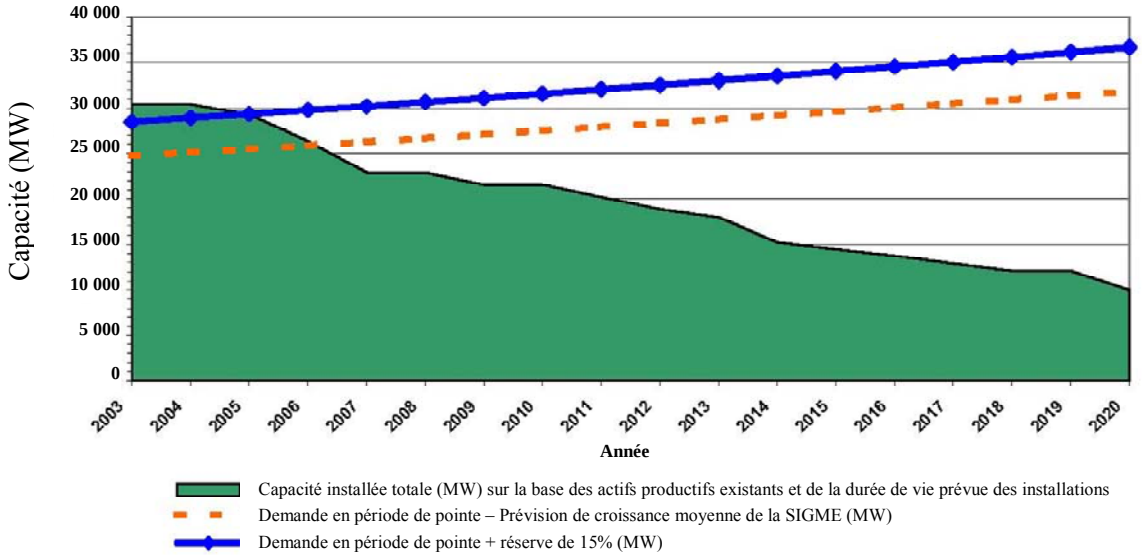


Diagramme 5: Production existante et demande en période de pointe

7.291 Après avoir "sérieusement analysé" "des solutions et mesures axées sur le marché pour démontrer l'importance accordée à ces solutions (par exemple, en laissant les consommateurs assumer les prix dictés par le marché quels qu'ils soient et en vendant la production d'OPG à des négociants et des grossistes privés)", le GEACE a été d'avis que cette démarche "ne donn[ait] aucune assurance que l'approvisionnement nécessaire sera[it] en place pour remplacer la production d'électricité à partir de charbon en Ontario en 2007 ou faire démarrer rapidement l'élaboration d'options effectives en matière d'offre et de demande pour remettre en état ou remplacer les installations nucléaires vieillissantes. Elle ne procur[ait] pas les prix stables et prévisibles exigés par les consommateurs ontariens … [et] ne garanti[ssait] pas que l'Ontario aura[it] l'approvisionnement diversifié en énergie dont il a[vait] besoin selon [lui] pour que les prix de l'électricité restent concurrentiels par rapport à ceux des marchés voisins".[573] Le GEACE a conclu que "dans l'ensemble … s'en tenir aux seuls signaux du marché [était] une approche simplement trop risquée, étant donné les conséquences possibles de la non-réalisation des investissements nécessaires à court terme dans la conservation et de nouvelles opérations d'approvisionnement".[574] Il a donc recommandé de "moins se fonder sur le marché au comptant comme signal pour de nouveaux investissements".[575]

7.292 À notre avis, l'expérience de l'ouverture du marché de l'Ontario en 2002 confirme ce qui ressort du rapport Hogan, à savoir que des marchés de gros concurrentiels de l'électricité n'attireront que très rarement des investissements suffisants dans la capacité de production d'électricité nécessaire à un approvisionnement fiable en électricité. Les éléments de preuve dont nous disposons indiquent que cet objectif universel de tous les réseaux d'électricité n'aurait pas pu être atteint en Ontario en 2002 uniquement sur la base du fonctionnement d'un marché de gros concurrentiel de l'électricité.

[573] Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, pages 64 et 65. Au moment de la rédaction du rapport 2004 du GEACE, les pouvoirs publics de l'Ontario avaient indiqué qu'ils fermeraient les installations fonctionnant au charbon pour 2007. Par la suite, il a été décidé que la dernière installation fonctionnant au charbon mettrait fin à ses activités pour la fin de 2014.

[574] Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, page 4.

[575] Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, page iii).

Le marché de gros de l'électricité administré par la SIERE

7.293 Le Japon affirme que l'actuel marché de gros de l'électricité administré par la SIERE est un marché de gros concurrentiel. Il fait valoir que les forces normales du marché, y compris l'offre et la demande, ainsi que le coût de production, interviennent ensemble sur ce marché pour fixer les prix de gros de l'électricité (c'est-à-dire le PHEO).[576] Selon lui, ces prix servent "non seulement de signaux concernant le moment auquel l'électricité devrait être en charge commandée, mais aussi de signaux concernant le moment auquel l'électricité devrait être consommée, tout comme le font les prix du marché".[577] Le Japon fait observer que les règles du marché de la SIERE indiquent que l'objectif des marchés administrés par la SIERE est "de promouvoir un marché efficient, concurrentiel et fiable pour la vente de gros et l'achat d'électricité et de services auxiliaires en Ontario".[578] Par ailleurs, il note que la SIERE elle-même a qualifié le marché qu'elle administre de "marché de gros concurrentiel", sur lequel "les prix de gros sont fondés sur l'offre et la demande, et reflètent le coût de la production d'électricité".[579]

7.294 Bien qu'elle ait initialement fait siennes un grand nombre des affirmations du Japon concernant la nature "concurrentielle" du marché de gros de l'électricité administré par la SIERE[580], l'Union européenne a par la suite souscrit à l'affirmation selon laquelle le mécanisme de marché de la SIERE "n'est peut-être pas" le marché concurrentiel "classique" sur lequel l'offre et la demande se répondent.[581] De fait, selon elle, "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".[582]

7.295 Nous notons que si le Japon a fait valoir que le marché de gros administré par la SIERE était concurrentiel, il a donné la description suivante de la manière dont le PHEO était effectivement déterminé:

> Les producteurs en charge commandée doivent présenter des "offres" de prix/quantité pour chaque intervalle de cinq minutes. Quand bien même beaucoup d'entre eux percevront en fait des tarifs réglementés ou contractuels pour l'électricité qu'ils vendent, ils doivent néanmoins présenter des offres à la SIERE pour indiquer la quantité qu'ils sont prêts à fournir dans un intervalle donné de cinq minutes et, ce faisant, ils doivent appliquer une stratégie concernant le prix à offrir afin que leur quantité soit effectivement choisie par la SIERE. Ainsi, les offres de prix faites par les producteurs en charge commandée servent de signal de contrôle-commande – c'est-à-dire de mécanisme permettant à la SIERE de choisir l'offre d'électricité – et non de taux perçu effectivement par ces producteurs. Les producteurs dont la

[576] Japon, première communication écrite, paragraphes 79 à 81 et 219; et réponse à la question n° 45 (première série) du Groupe spécial.

[577] Observations du Japon concernant la réponse du Canada à la question n° 43 (deuxième série) du Groupe spécial.

[578] Observations du Japon concernant la réponse du Canada à la question n° 43 (deuxième série) du Groupe spécial, faisant référence à IESO, Market Rules for the Ontario Electricity Market ("IESO Market Rules"), pièce CDA-106, chapitre 1, article 3.1.1.

[579] Première communication écrite du Japon, paragraphe 79, faisant référence à Quick Takes: Electricity Pricing, pièce JPN-3, page 1.

[580] Par exemple, la première communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 70 à 73.

[581] Toutefois, l'Union européenne considère que "le mécanisme de marché de la SIERE est un marché où la demande, représentée par les autorités compétentes pertinentes de l'Ontario, rencontre l'offre (c'est-à-dire les producteurs d'électricité); et que c'est le mécanisme de marché choisi par les autorités compétentes de l'Ontario pour réguler les échanges d'électricité". Deuxième communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 91.

[582] Deuxième communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 91.

> cessation d'activité serait très coûteuse, comme les installations nucléaires, offriraient vraisemblablement un prix égal à zéro ou s'en approchant de manière à rester toujours en fonctionnement, tandis que d'autres producteurs offriraient vraisemblablement des prix qui couvrent leurs coûts marginaux de production.[583]

7.296 La description donnée par le Japon met en évidence deux points importants, le premier étant le fait que la plupart des producteurs qui participent au marché de gros administré par la SIERE ne perçoivent pas le PHEO. En fait, les installations représentant 92% de la capacité de production d'électricité de l'Ontario en 2010 ne perçoivent pas le PHEO, mais un prix plus élevé établi par la CEO (50% de la capacité) ou dans le cadre de contrats conclus avec l'OEO ou la SFIEO (42% de la capacité).[584] Les seuls producteurs qui perçoivent *uniquement* le PHEO sont les installations hydroélectriques non réglementées d'OPG et deux de ses installations au charbon.[585] Le Canada a expliqué que ces installations étaient relativement anciennes (la plupart fonctionnant depuis une soixantaine d'années) et dont les dépenses d'investissement étaient largement amorties.[586] De plus, les installations au charbon seront démantelées pour la fin de 2014.[587] Pour cette raison, les pouvoirs publics de l'Ontario ont décidé que ces installations non réglementées devraient percevoir le PHEO au lieu d'un prix "fondé sur le principe de récupération des coûts et une marge bénéficiaire".[588]

7.297 La deuxième caractéristique révélatrice du marché de gros administré par la SIERE qui ressort de la description donnée par le Japon découle de la première, à savoir que la principale motivation qui sous-tend les offres de prix d'un producteur est d'être choisi pour produire de l'électricité en charge commandée, et non de couvrir ses coûts marginaux de production. Le Canada confirme que c'est exactement ce qui se produit, expliquant que les installations hydroélectriques et nucléaires réglementées d'OPG (qui représentent la majeure partie de la production d'électricité en Ontario) présentent des offres au mécanisme d'équilibre du marché de la SIERE qui sont "si bas[ses] ([des tarifs] souvent négatifs) que la SIERE doit les accepter".[589] Selon lui, OPG présente ces offres à prix bas "pour faire en sorte que son électricité soit acceptée", sachant qu'elles n'influeront pas sur ses recettes, qui dépendent du prix réglementé fixé par la CEO. De même, s'agissant d'une catégorie de producteurs contractuels, les producteurs d'électricité indépendants, Hogan signale que "du fait que les prix contractuels sont supérieurs à la fois au coût marginal et au prix d'équilibre du marché durant les périodes creuses, les producteurs d'électricité indépendants sont incités à produire la puissance non rentable des périodes creuses".[590] En général, les coûts de production n'entrent pas non plus en considération pour les "actifs non réglementés" d'OPG qui perçoivent le PHEO, car ce prix a été, par principe, jugé suffisant pour ces actifs plus anciens et largement amortis, qu'il leur permette ou non de couvrir les coûts marginaux.

7.298 Il s'ensuit de ce qui précède que les offres de prix associées aux soumissions d'offre d'un producteur sur le marché de gros administré par la SIERE ne sont pas motivées par la nécessité de couvrir les coûts marginaux de production (comme cela serait habituellement le cas sur un marché de

---

[583] Première communication écrite du Japon, appendice II, paragraphe 8 (note de bas de page omise, non souligné dans l'original).

[584] Première communication écrite du Canada, paragraphe 37. Voir aussi plus haut les paragraphes 7.27 à 7.31.

[585] Première communication écrite du Canada, paragraphe 38.

[586] Le professeur Hogan dit que ces fournisseurs constituent "un petit sous-ensemble d'installations de production anciennes ou fonctionnant à faible fréquence qui ont entièrement récupéré leurs coûts irrécupérables et ont donc simplement besoin de couvrir leurs coûts variables pour être rentables". Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 10.

[587] Réponse du Canada à la question n° 41 (deuxième série) du Groupe spécial.

[588] Réponse du Canada à la question n° 26 (première série) du Groupe spécial.

[589] Réponse du Canada à la question n° 41 (deuxième série) du Groupe spécial.

[590] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 30.

gros concurrentiel de l'électricité comme celui qui existait en Ontario en 2002[591]), mais par la nécessité pour chaque producteur d'être choisi pour injecter de l'électricité dans le réseau de l'Ontario afin de percevoir ses prix contractuels ou réglementés. Par conséquent, le marché de gros administré par la SIERE ne parvient pas à son prix d'équilibre (le PHEO) par le jeu de l'offre et de la demande non affectées par les politiques des pouvoirs publics de l'Ontario. Dans la mesure où les pouvoirs publics de l'Ontario (par l'intermédiaire de la CEO, de l'OEO et de la SFIEO) font en sorte que 92% de la capacité de production dans la province soit rémunérée à des prix supérieurs au PHEO, et donnent pour instruction aux actifs non réglementés d'OPG d'accepter le PHEO indépendamment des coûts de production, il est clair pour nous que le PHEO n'est pas un résultat axé sur le marché qui peut être utilisé aux fins de la présente analyse de l'avantage. Cela tient au fait que, à de nombreux égards importants, le niveau d'équilibre du PHEO est une conséquence directe des décisions des pouvoirs publics de l'Ontario concernant la politique de tarification de l'électricité et l'approvisionnement diversifié. Par conséquent, comme le Canada et le professeur Hogan le soulignent, la qualification la plus appropriée à donner du mécanisme d'équilibre du marché de gros administré par la SIERE est peut-être celle d'outil permettant à la SIERE de prendre les décisions de contrôle-commande requises pour équilibrer l'offre et la demande *physiques* d'électricité.[592]

7.299 L'Union européenne affirme qu'"un moyen possible d'évaluer si le PHEO représente le prix de l'électricité en Ontario aux conditions du marché" est de le comparer avec les prix de l'électricité importée et exportée en Ontario.[593] Après avoir examiné les prix moyens à l'importation et à l'exportation de l'électricité pratiqués dans les provinces voisines (y compris le Manitoba) et aux États-Unis (Michigan, Minnesota et New York) au cours des trois années précédentes, l'Union européenne conclut que la "similitude du PHEO et des prix à l'importation et l'exportation révèle … que le PHEO reflète fidèlement le prix pratiqué en Ontario et dans les juridictions voisines aux conditions du marché".[594] Elle estime que cette conclusion est valable parce que "ni les provinces canadiennes ni les États des États-Unis ne sont assujettis à des règlements gouvernementaux globaux", ce qui veut dire que "ces entités négocient l'électricité entièrement en fonction de leur demande et de leur offre disponible".[595] Les inférences que l'Union européenne tire des données nous posent problème à plusieurs égards.

7.300 Premièrement, nous rappelons que le PHEO ne représente pas un prix d'équilibre qui est fixé sur un marché de gros concurrentiel d'un type qui puisse être utilisé aux fins de la présente analyse de l'avantage. En fait, le PHEO est un prix qui est largement influencé par les décisions et les règlements des pouvoirs publics de l'Ontario concernant la politique de tarification de l'électricité et l'approvisionnement diversifié. Par conséquent, dans la mesure où les prix à l'exportation et à l'importation reflètent le PHEO ou y sont "liés", ils ne peuvent pas être considérés comme reflétant des prix établis sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité.

7.301 Deuxièmement, si, comme le professeur Hogan le laisse entendre, les exportateurs d'électricité approvisionnent l'Ontario lorsque la différence entre les prix de gros dans différentes juridictions est "suffisamment grande" pour justifier un arbitrage entre les deux réseaux, il s'ensuit que le niveau des prix sur le marché de gros intérieur d'un exportateur influera considérablement sur le

[591] À cet égard, le Canada souligne que le marché de gros administré par la SIERE diffère sur le plan qualitatif du marché de gros géré par la SIGME pendant la période d'ouverture du marché en 2002 parce que sur le deuxième marché, les producteurs d'électricité se faisaient concurrence sur la base d'offres à la fois de prix et de volume, alors que cette concurrence n'existe pas entre les producteurs en activité aujourd'hui. Réponses du Canada aux questions n° 41 à 43 (deuxième série) du Groupe spécial.

[592] Canada, première communication écrite (DS426), paragraphe 71; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 83; et rapport Hogan, pièce CDA-2, pages 37 à 41.

[593] Deuxième communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 92.

[594] Deuxième communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 95.

[595] Deuxième communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 92.

prix des exportations. Toutefois, hormis qu'elle affirmait que les exportateurs pertinents "négoci[aient] l'électricité entièrement en fonction de leur demande et de leur offre disponible", l'Union européenne n'a pas présenté d'éléments de preuve pour démontrer que les marchés de gros intérieurs de l'électricité du Manitoba, du Michigan, du Minnesota et de New York étaient eux-mêmes fondés sur des "conditions du marché" qui n'étaient pas notablement faussées par l'intervention des pouvoirs publics. Dans cette optique, le fait que le PHEO est semblable aux prix à l'exportation et à l'importation pourrait tout simplement refléter l'existence de marchés de gros peu concurrentiels dans les juridictions voisines. Par ailleurs, comme il est expliqué de façon plus détaillée dans la section suivante, le marché de gros de l'électricité à New York n'est pas la seule source de rémunération qui incite les producteurs à continuer de participer au réseau électrique de New York.[596]

7.302 Les caractéristiques susmentionnées des échanges d'électricité à l'importation et à l'exportation nous incitent à penser que le prix de l'électricité qui est négociée entre l'Ontario et les juridictions voisines ne confirme pas, comme l'Union européenne le fait valoir, que le PHEO "représente le prix de l'électricité en Ontario aux conditions du marché".

Marchés de gros de l'électricité extérieurs à l'Ontario

7.303 Les plaignants font valoir que le prix de l'électricité sur quatre marchés de gros de l'électricité extérieurs à l'Ontario dont il est allégué qu'ils sont concurrentiels pourrait être utilisé comme valeur supplétive pour le prix de l'électricité sur le marché de gros en Ontario. En particulier, ils se réfèrent aux prix établis sur les marchés de gros de l'électricité en Alberta, dans l'état de New York, en Nouvelle-Angleterre et dans les États du centre du littoral de l'Atlantique (la PJM Interconnection). Pour démontrer la nature concurrentielle alléguée de ces marchés, le Japon, appuyé par l'Union européenne[597], met en évidence, entre autres, les déclarations suivantes faites dans des publications concernant chacun de ces quatre marchés[598]:

> Le marché de l'électricité en Alberta est unique au Canada. Les marchés de gros et de détail de la province sont ouverts à la concurrence … Les investissements dans des opérations de production se font au risque du promoteur …[599]
>
> La société NYISO (et de manière plus générale, le marché de gros concurrentiel de New York) a obtenu d'excellents résultats pour un grand nombre sinon la plupart des objectifs fixés en relation avec la restructuration par cet État de son secteur de l'électricité. À de nombreux égards, NYISO est un modèle de marché de l'électricité fonctionnant bien qui s'appuie largement sur des marchés concurrentiels pour procurer des avantages aux consommateurs d'électricité de l'État.[600]
>
> Pour évaluer le caractère concurrentiel des marchés de l'énergie électrique, l'[Internal Market Monitor de la société ISO New England] a examiné deux types de mesure du caractère concurrentiel des marchés: les mesures structurelles, qui analysent la concentration de la propriété de la production-des ressources sur les marchés de la Nouvelle-Angleterre; et les mesures fondées sur les prix, qui comparent les prix du

[596] Voir plus loin, l'analyse exposée aux paragraphes 7.304 et 7.305.
[597] Par exemple, la réponse de l'Union européenne à la question n° 27 (deuxième série) du Groupe spécial.
[598] Réponse du Japon à la question n° 31 (deuxième série) du Groupe spécial. Voir aussi la réponse du Japon à la question n° 7 (première série) du Groupe spécial.
[599] Independent Power Producers Society of Alberta, Alberta's Power Market ("Alberta's Power Market"), pièce JPN-208.
[600] The New York Independent System Operator: A Ten-Year Review, Analysis Group, 12 April 2010 ("New York Independent System Operator"), pièce JPN-209, page 3.

> marché de gros avec le coût estimatif de la fourniture d'énergie électrique. Les résultats des analyses de la concentration montrent que le marché est structurellement concurrentiel … Les résultats commerciaux montrent que les prix de l'énergie électrique reflètent les coûts que représente pour les fournisseurs la production d'énergie électrique (c'est-à-dire principalement les prix des combustibles), ce qui est compatible avec la constatation selon laquelle le marché est concurrentiel.[601]
>
> Les résultats commerciaux globaux étayent la conclusion selon laquelle les prix dans la PJM sont fixés, en moyenne, par des unités marginales qui fonctionnent à des niveaux égaux à leurs coûts marginaux ou s'en approchant. Cela témoigne d'un comportement concurrentiel et de résultats commerciaux concurrentiels.[602]

7.304 Bien qu'il n'apparaisse pas que le Canada conteste spécifiquement les allégations des plaignants concernant la nature concurrentielle des marchés de gros susmentionnés, nous jugeons qu'il est instructif pour l'évaluation de la nature des marchés de gros qui existent dans l'État de New York, en Nouvelle-Angleterre et dans la PJM, de lire dans le rapport Hogan qu'en raison du problème des "fonds manquants":

> [D]es mécanismes de substitution aux marchés de gros au comptant étaient nécessaires pour créer des incitations en faveur de l'investissement à long terme afin de répondre à la demande prévue. Dans certaines régions, comme l'Ontario, des décideurs centralisés ont recours à des contrats d'achat d'énergie pour financer de nouveaux investissements. De nombreux marchés organisés aux États-Unis ont suivi une voie semblable, en développant des marchés de capacité parallèles et en demandant aux usagers de payer des charges au titre de capacités additionnelles pour leur part des niveaux de capacité requis, afin de satisfaire aux prescriptions concernant l'adéquation des ressources et d'assurer la rémunération additionelle des producteurs.[603]

7.305 Le rapport Hogan mentionne New York, la Nouvelle-Angleterre et la PJM comme exemples de régions qui "administrent des marchés de capacité pour compléter les recettes sur le marché au comptant pour l'électricité et les services auxiliaires".[604] En d'autres termes, les prix de l'électricité sur les marchés de gros au comptant dans l'état de New York, en Nouvelle-Angleterre et dans la PJM ne sont pas les seules sources de revenus pour les producteurs qui injectent de l'électricité dans leurs réseaux respectifs. Les producteurs de ces réseaux reçoivent également des paiements de "capacité". Par conséquent, comme lors de l'expérience d'ouverture du marché de l'Ontario en 2002, le fait que les producteurs dans l'État de New York, en Nouvelle-Angleterre et dans la PJM fonctionnent sur d'autres bases que les seules recettes provenant du marché de gros au comptant de l'électricité montre bien les difficultés rencontrées par les marchés de gros concurrentiels pour attirer *par eux-mêmes* des investissements suffisants dans la capacité de production requise pour assurer un réseau fiable d'approvisionnement en électricité.

7.306 S'agissant de la référence des plaignants à la province de l'Alberta, nous faisons observer que le GEACE a relevé qu'une approche axée sur le "marché" "a[vait] obtenu d'assez bons résultats en Alberta". Toutefois, compte tenu, entre autres choses, des conditions de l'offre et de la demande

---

[601] ISO New England, 2010 Annual Markets Report, 3 June 2011 ("New England 2010 Annual Markets Report"), pièce JPN-210, pages 4 à 6 et 56 à 64.

[602] Monitoring Analytics, 2010 State of the Market Report for PJM, 10 March 2011 ("2010 State of the Market Report for the PJM Interconnection"), pièce JPN-211, pages 30 à 32.

[603] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 18.

[604] Rapport Hogan, pièce CDA-2, note de bas de page 21.

prévues en Ontario pour la période allant de 2003 à 2020[605], le GEACE a conclu que suivre la même approche en Ontario comportait des risques qui "étaient simplement trop grands".[606] Comme il a été dit, le GEACE a constaté que "dans l'ensemble … s'en tenir aux seuls signaux du marché [était] une approche simplement trop risquée, étant donné les conséquences possibles de la non-réalisation des investissements nécessaires à court terme dans la conservation et de nouvelles opérations d'approvisionnement"[607], et il a recommandé de "moins se fonder sur le marché au comptant comme signal pour de nouveaux investissements".[608]

7.307 Bien que le GEACE n'ait pas explicitement identifié les différences spécifiques entre l'Alberta et l'Ontario qui l'ont amené à formuler les conclusions susmentionnées, la teneur de son rapport donne à penser qu'elles devaient, du moins en partie, avoir un lien avec les conditions de l'offre et de la demande dans les deux provinces. Par conséquent, bien que nous ne disposions pas d'éléments de preuve nous incidtant à mettre en doute l'affirmation selon laquelle l'Alberta administre un marché de gros concurrentiel de l'électricité, il s'agit peut-être en fait de l'une des exceptions auxquelles il est fait référence dans le rapport Hogan. Cependant et surtout, le GEACE, qui était chargé de concevoir un plan pour l'avenir de l'électricité en *Ontario* jusqu'en 2020, a conclu, en 2004, qu'il ne serait pas possible de mettre en place un marché de gros concurrentiel en Ontario qui garantisse les mêmes bons résultats qu'en Alberta.

Conclusions concernant le marché de gros de l'électricité en tant qu'élément central pertinent de l'analyse de l'avantage

7.308 Nous rappelons que l'article 14 d) de l'Accord SMC donne des indications utiles pour déterminer si des "contribution[s] financière[s]" sous la forme d'"achats de biens par les pouvoirs publics" confèrent un avantage aux fins des allégations formulées au titre de la Partie III de l'Accord SMC. Selon ces indications, un moyen de constater que les mesures contestées confèrent un avantage est de démontrer que la rémunération obtenue par les producteurs TRG qui utilisent les technologies éolienne et solaire photovoltaïque dans le cadre du programme TRG est "plus qu'adéquate" par rapport à la rémunération que ces mêmes producteurs recevraient sur le "marché" pertinent de l'électricité en Ontario, compte tenu des "conditions du marché existantes". Tout au long de la présente procédure, le principal argument des plaignants est que le point de repère pour la "rémunération adéquate" devrait provenir du marché de gros de l'électricité concurrentiel selon les allégations qui existe en Ontario ou dans quatre juridictions hors province. Or, pour les raisons que nous avons expliquées plus haut, les éléments de preuve dont nous disposons indiquent que le marché de gros de l'électricité qui existe actuellement en Ontario n'est pas un marché sur lequel s'exerce une concurrence effective. En fait, il est peut-être plus approprié de qualifier le marché de gros de l'électricité en Ontario comme faisant partie d'un réseau d'électricité qui est défini sur presque tous les aspects par des décisions de politique générale et des règlements des pouvoirs publics de l'Ontario concernant l'approvisionnement diversifié nécessaire pour assurer à la province un approvisionnement en électricité sûr, fiable et durable à long terme, ainsi que la manière dont les coûts de ce réseau seront récupérés. Il ne fait guère de doute pour nous que le PHEO résulte du jeu de l'offre et de la demande qui sont notablement affectées par l'intervention des pouvoirs publics d'une manière qui en fait un point de repère inapproprié aux fins de la présente analyse de l'avantage. Eu égard au critère de

[605] Le Groupe d'étude sur l'approvisionnement et la conservation en matière d'électricité a été établi en juin 2003 et chargé d'"élaborer un plan d'action visant à répondre au besoin de la province concernant un approvisionnement en électricité abordable, fiable et acceptable sur le plan environnemental jusqu'en 2020". Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, page 1.

[606] Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, page 64.

[607] Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, page 4.

[608] Rapport 2004 du GEACE, pièce CDA-59, page iii).

l'avantage qui a été appliqué jusqu'à présent dans les différends à l'OMC[609], nous constatons que le PHEO et l'ensemble des dérivés du PHEO que les plaignants ont présentés[610] ne peuvent pas servir de points de repère appropriés aux fins de l'analyse de l'avantage.

7.309 Surtout, les plaignants ne nous ont pas convaincus quant à l'hypothèse sur laquelle reposent leurs deux principaux arguments concernant l'avantage, à savoir qu'en l'absence du programme TRG, les producteurs TRG seraient obligés de fonctionner sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité. Les éléments de preuve dont nous disposons indiquent que les marchés de gros concurrentiels de l'électricité, bien qu'ils constituent une possibilité théorique, ne fonctionneront que rarement d'une manière qui rémunère l'éventail de producteurs nécessaires pour assurer un réseau d'électricité *fiable* avec des recettes suffisantes pour couvrir leurs coûts globaux, sans parler d'un réseau qui vise des objectifs *en matière de santé humaine et d'environnement* par l'inclusion d'installations utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque dans l'approvisionnement diversifié. Dans le contexte spécifique de l'Ontario, l'expérience de l'ouverture du marché en 2002 illustre ce point. Bien que ce marché soit censé fonctionner comme un marché concurrentiel "classique" sur lequel des producteurs vendraient de l'électricité à des prix au comptant égaux aux coûts marginaux, les conditions de l'offre et de la demande qui existaient à cette époque ne lui ont pas permis d'attirer les investissements dans la capacité de production nécessaire pour assusrser un réseau fiable d'approvisionnement en électricité. En affirmant que c'était parce que "la structure de marché mise en place n'avait pas permis l'entrée d'un nombre suffisant de nouveaux producteurs … [que] les pouvoirs publics de l'Ontario ont adopté la Loi de 2004 sur la restructuration du secteur de l'électricité portant modification de la Loi de 1998 sur l'électricité"[611], le Japon reconnaît apparemment les limites de l'expérience d'un marché concurrentiel en Ontario.

7.310 Les plaignants ont fait référence à des exemples de ce qu'ils considéraient comme des marchés de gros concurrentiels existant à l'extérieur de l'Ontario. Toutefois, comme nous l'avons expliqué, les éléments de preuve dont nous disposons donnent à penser qu'en raison, du moins en partie, des conditions particulières de l'offre et de la demande qui étaient prévues en 2003 pour l'Ontario jusqu'en 2020, le GEACE a constaté que l'expérience de l'Alberta ne pouvait pas être reproduite en Ontario avec le même degré de succès. Étant donné le volume important de la capacité de production (environ 43%) qui devra, selon les prévisions, être modernisée, remplacée ou ajoutée au réseau électrique de l'Ontario d'ici à 2030[612], et compte tenu des limitations qui sont inhérentes aux marchés de gros concurrentiels de l'électricité, les arguments des plaignants concernant l'avantage ne nous convainquent pas que les recommandations du GEACE ne sont pas également valables aujourd'hui. En ce qui concerne les trois exemples de marchés de gros dont il est allégué qu'ils sont concurrentiels aux États-Unis, il appraît d'après le rapport Hogan que ces marchés ne procurent pas, en fait, aux producteurs qui y participent *tous* les revenus dont ils ont besoin pour y être présents. Comme le professeur Hogan l'explique, les réseaux d'électricité de New York, de la PJM et de la Nouvelle-Angleterre ont développé "des marchés de capacité parallèles et [demandent] aux usagers de payer des charges au titre de capacités additionnelles pour leur part des niveaux de capacité requis,

[609] Voir, plus haut, les paragraphes 7.271 à 7.275.

[610] Spécifiquement, le "tarif de gros" moyen pondéré en 2010 pour les producteurs autres que les producteurs TRG et ceux qui relèvent du programme POSER, et le prix payé par les consommateurs de détail dans le cadre de la grille tarifaire réglementée en 2010.

[611] Première communication écrite du Japon, paragraphe 25.

[612] Selon le Plan énergétique à long terme de l'Ontario, de la capacité existante de 35 000 MW de l'Ontario, un volume de 15 000 MW devra être modernisé, remplacé ou ajouté d'ici à 2030. Cela tient au fait que les installations nucléaires de l'Ontario seront temporairement fermées pour entretien entre 2010 et 2020, et que les installations au charbon seront éliminées pour la fin de 2014. Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphe 34, faisant référence au Plan énergétique à long terme de l'Ontario, pièce CDA-6, pages 10 et 23. Sur cette base, il apparaîtrait que le risque d'une pénurie de l'offre semblable à celle qui s'est produite il y a dix ans, sur lequel les recommandations du GEACE étaient au moins en partie fondées, persiste aujourd'hui.

afin de satisfaire aux prescriptions concernant l'adéquation des ressources et d'assurer la rémunération additionnelle des producteurs".[613] Il s'ensuit que les marchés de gros de l'électricité de New York, de la PJM et de la Nouvelle-Angleterre dont il est allégué qu'ils sont concurrentiels ne constituent pas des exemples de marchés de gros concurrentiels qui sont capables, d'attirer *par eux-mêmes*, des investissements suffisants dans la capacité de production pour assurser un réseau fiable d'approvisionnement en électricité.

7.311 Nous notons que toutes les parties à la présente procédure conviennent que les producteurs TRG qui utilisent les technologies éolienne et solaire photovoltaïque seraient incapables d'effectuer des opérations viables sur la base des prix d'équilibre qui pourraient être obtenus sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité.[614] Toutefois, le Canada a également laissé entendre que la *fiabilité* du réseau électrique de l'Ontario serait exposée à des risques inacceptables si la structure de l'approvisionnement diversifié de l'Ontario devait être régie par le jeu concurrentiel de l'offre et de la demande. Nous sommes plutôt d'ccord. Étatn donné les complexités techniques des réseaux d'électricité et les limitations intrinsèques des marchés de gros concurrentiels de l'électricité, et rappelant, en particulier, l'échec de l'expérience d'ouverture du marché de l'Ontario en 2002, de même que les conditions actuelles et projetées de l'offre et de la demande dans la province, nous ne sommes pas convaincus qu'un approvisionnement *fiable* en électricité puisse être assuré actuellement en Ontario uniquement au moyen du fonctionnement d'un marché de gros concurrentiel de l'électricité.

7.312 À notre avis, l'application d'un critère relatif au marché de gros concurrentiel dans les circonstances des présents différends non seulement apporterait une réponse insuffisante aux défis considérables auxquels font face les réseaux d'électricité en raison des propriétés spécifiques de l'électricité mais encore ferait abstraction de la situation particulière en Ontario. Surtout, elle ne prendrait pas en compte les éléments de preuve indiquant que les conditions existantes de l'offre et de la demande en Ontario donnent à penser qu'un marché de gros concurrentiel de l'électricité n'attirerait le volume d'investissement dans la capacité de production nécessaire pour assurer un approvisionnement fiable en électricité et que, pour l'instant, cet objectif peut être atteint uniquement au moyen de l'intervention des pouvoirs publics dans ce qui serait autrement des résultats inacceptables sur le marché concurrentiel. Dans ces circonstances, et compte tenu de l'importance cruciale de l'électricité pour tous les aspects de la vie moderne, nous ne pouvons pas admettre qu'il serait approprié de déterminer si le programme TRG et les contrats TRG et microTRG confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC en comparant les modalités et conditions de participation au programme TRG avec celles qui seraient offertes aux producteurs participant à un marché de gros de l'électricité sur lequel s'exerce une concurrence effective.[615]

7.313 Par conséquent, pour toutes les raisons exposées plus haut, nous concluons ce qui suit:

a) le PHEO est un prix fixé par l'interaction de l'offre et de la demande qui sont, sur de nombreux aspects importants, notablement influencées par les décisions et les règlements des pouvoirs publics de l'Ontario concernant l'approvisionnement diversifié et la politique de tarification, et, par conséquent, le PHEO et l'ensemble des dérivés connexes du PHEO que les plaignants ont présentés comme points de repère appropriés aux fins de l'analyse de l'avantage ne peuvent pas être admis;

[613] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 18.

[614] Japon, deuxième communication écrite, 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 (deuxième série) du Groupe spécial; Union européenne, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 18; et Canada, première communication écrite (DS412), paragraphes 27 et 39.

[615] Voir à ce sujet le paragraphe 7.320 ci-après.

b) les plaignants ne nous ont pas convaincus qu'en l'absence du programme TRG, les producteurs TRG seraient obligés de fonctionner sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité parce que: i) les paramètres économiques des marchés de gros concurrentiels de l'électricité donnent à penser que ces marchés n'attireront que rarement le volume d'investissement dans la capacité de production nécessaire pour assurer un réseau d'électricité fiable; et ii) le poids des éléments de preuve dont nous disposons indique qu'à l'heure actuelle, un marché de gros concurrentiel de l'électricité ne permettrait pas d'obtenir ce résultat en Ontario; et

c) à la lumière des conclusions formulées aux alinéas a) et b) et étant donné l'importance cruciale de l'électricité pour tous les aspects de la vie moderne, nous constatons que la question de savoir si les mesures contestées confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC ne peut pas être tranchée par l'application d'un point de repère qui découle des conditions d'achat d'électricité sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité.

iv) Éléments de subsitution au marché de gros de l'électricité en tant qu'élément central pertinent de l'analyse de l'avantage

7.314 Tant le Japon que l'Union européenne ont présenté plusieurs points de repère de substitution au marché de gros concurrentiel de l'électricité qui peuvent, selon eux, être utilisés pour démontrer que les mesures contestées confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

7.315 Premièrement, le Japon et l'Union européenne font l'un et l'autre valoir que même si le PHEO n'est pas le prix établi sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité, il n'en est pas moins le *prix effectif* qui serait perçu par les producteurs TRG en l'absence du programme TRG[616], et pour cette raison, devrait être utilisé comme point de repère approprié aux fins de l'analyse de l'avantage. Bien que les plaignants n'aient pas expliqué cet argument de façon très détaillée, nous croyons comprendre qu'il repose sur l'hypothèse qu'en l'absence des contrats TRG et microTRG, les fournisseurs autres que les fournisseurs TRG qui opèrent actuellement en Ontario continueraient de le faire de la même manière, ce qui maintiendrait le PHEO aux niveaux actuels. À notre avis, cela ne pourrait être le cas que si les fournisseurs existants continuaient de percevoir les prix (généralement) supérieurs au PHEO qui ont été fixés par contrat avec l'OEO et la SFIEO ou réglementés par la CEO. Autrement dit, selon l'hypothèse formulée par les plaignants, les pouvoirs publics de l'Ontario continueraient de jouer le rôle consistant à fixer par contrat et à réglementer les prix de gros de l'électricité.[617] Dans cette optique, il nous est difficile d'admettre que la *seule* option, en l'absence du programme TRG, pour un producteur utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque pour pénétrer sur le marché serait d'accepter le PHEO. En fait, comme le Canada le laisse entendre, la solution la plus probable pour ces nouveaux venus serait d'accepter un prix négocié avec les pouvoirs publics de l'Ontario.

7.316 L'Union européenne fait aussi valoir qu'un élément de substitution, ou une valeur supplétive, pour un point de repère issu du marché de gros concurrentiel de l'électricité pourrait être les prix des importations et des exportations d'électricité en Ontario.[618] Nous ne partageons pas cet avis. Comme nous l'avons expliqué plus haut, dans la mesure où ces prix reflètent le PHEO ou y sont "liés", ils ne

[616] Il apparaît que l'Union européenne formule cet argument en qualifiant le PHEO de prix qui est formé sur le marché de gros "théorique" de l'électricité. Deuxième communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 88.

[617] Une hypothèse selon laquelle les pouvoirs publics de l'Ontario ne seraient pas du tout présents impliquerait l'existence d'un marché de gros concurrentiel, que nous avons déjà rejeté en tant qu'élément central approprié de l'analyse de l'avantage.

[618] Deuxième communication écrite de l'Union européenne, paragraphe 95.

peuvent pas être considérés comme des prix pratiqués sur un marché concurrentiel, et ne peuvent donc pas être utilisés aux fins de la présente analyse de l'avantage.

7.317 Selon le Japon, une autre façon de déterminer si les mesures contestées confèrent un "avantage" pourrait consister à comparer les prix contractuels TRG et microTRG avec les prix offerts dans le cadre de la grille tarifaire réglementée (la "GTR"). Bien qu'ils se situent à un niveau commercial différent par rapport aux points de repère du marché de gros qu'il a proposés, le Japon fait valoir que les prix GTR peuvent néanmoins être pris en compte comme points de repère possibles car "aucun producteur d'électricité en Ontario ne devrait escompter percevoir un tarif supérieur au prix payé par les consommateurs de détail dans la portion de leur facture correspondant au produit".[619] Il fait valoir que les prix GTR représentent le "plafond" pour le montant que les consommateurs de l'Ontario sont disposés à payer pour l'électricité[620] et déclare que cette affirmation est confirmée par les éléments de preuve qu'il a présentés au sujet de prix fixés dans deux contrats de détail privés proposés lors d'une récente campagne de promotion en Ontario.[621] Il apparaît donc que le Japon fait valoir qu'étant donné que les prix contractuels (de gros) offerts dans le cadre du programme TRG sont plus élevés que les prix GTR payés au niveau de détail, les mesures contestées doivent conférer un avantage. Nous ne pouvons pas partager l'avis du Japon. Comme nous l'avons déjà expliqué, les prix GTR sont des prix réglementés qui sont intrinsèquement liés au PHEO, dont nous avons constaté qu'il ne pouvait pas servir de point de repère approprié pour la détermination de l'existence d'un "avantage". A notre avis, pour qu'ils puissent être utilisés aux fins de l'argument que le Japon s'efforce de faire valoir, il faudrait que les prix de détail sur lesquels le Japon se fonde soient déterminés sur un marché concurrentiel. Ainsi, même si nous devions admettre qu'un prix *de détail* de l'électricité puisse servir de point de repère approprié permettant de déterminer si les prix *de gros* payés aux producteurs TRG confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, les prix de détail pertinents ne pourraient pas être les prix fixés dans la GTR parce que, comme le PHEO, la GTR est notablement influencée par les décisions et les règlements des pouvoirs publics de l'Ontario concernant l'approvisionnement diversifié et la politique de tarification. Eu égard à ces considérations, nous ne pouvons pas admettre l'argument du Japon selon lequel les prix GTR peuvent servir de points de repère appropriés pour l'analyse de l'avantage.

7.318 Enfin, nous notons que tout au long des présentes procédures, le Canada a fait valoir que le "marché" pertinent aux fins de l'analyse de l'avantage devrait être le marché de l'électricité produite au moyen des technologies éolienne et solaire photovoltaïque, étant donné que c'était l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qui était achetée par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG. Selon les plaignants, toutefois, il ne peut y avoir qu'*un* marché pertinent aux fins de l'analyse de l'avantage, à savoir le marché de l'électricité qui est produite à partir de toutes les sources d'énergie, y compris l'énergie solaire et l'énergie éolienne. Cela tient au fait qu'il n'existe pas en Ontario plusieurs marchés distincts de l'électricité fondés sur des différences quant aux technologies de production. Sur ce point particulier, nous sommes d'accord avec les plaignants. Comme le Japon ainsi que l'Union européenne l'ont fait valoir de manière convaincante, à l'heure actuelle, les consommateurs d'électricité en Ontario, dont la demande détermine instantanément les achats effectués au niveau de gros, ne distinguent pas l'électricité sur la base des différentes technologies de production, que ce soit d'après le prix ou l'utilisation.[622] Par ailleurs,

[619] Première communication écrite du japon, paragraphe 223.
[620] Déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 19.
[621] Japon, réponse à la question n° 28 (deuxième série) du Groupe spécial, faisant référence à des offres faites par "Canada Energy", site Web de Canada Energy, ("Canada Energy"), pièce JPN-229; et "MyRate Energy", site Web de MyRate Energy ("MyRate Energy"), pièce JPN-230.
[622] Japon, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 31; réponse à la question n° 53 (première série); deuxième communication écrite, paragraphe 23; observations concernant la réponse du Canada à la question n° 41 (deuxième série) du Groupe spécial; Union européenne, réponse à la

aucun argument ne nous a été présenté qui donne à penser que les propriétés physiques de l'électricité changent en fonction de la manière dont celle-ci est produite. Par conséquent, il n'y a aucune raison d'admettre qu'un marché de gros distinct de l'électricité produite au moyen des technologies éolienne et solaire photovoltaïque serait l'élément central approprié de l'analyse de l'avantage dans les présents différends.[623]

7.319 Par conséquent, nous constatons qu'aucun des éléments de substitution qui ont été présentés par les plaignants (ou le Canada) ne peut servir de point de repère approprié permettant de mesurer si le programme TRG et les contrats TRG et microTRG confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. En particulier, nous avons déterminé que le PHEO ne serait pas la seule option disponible pour les producteurs éventuels utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque en l'absence du programme TRG. Le PHEO ne peut donc pas être utilisé pour vérifier si les prix contractuels TRG et microTRG confèrent un avantage aux producteurs relevant du programme TRG. Les deux autres éléments de substitution présentés par les plaignants (les prix des importations et des exportations d'électricité, et les prix GTR) sont l'un et l'autre intrinsèquement liés au PHEO et donc aux décisions et aux règlements des pouvoirs publics de l'Ontario concernant la politique de tarification de l'électricité. Par conséquent, ces éléments de substitution ne peuvent pas non-plus servir à déterminer si le programme TRG confère un avantage. Enfin, nous avons constaté qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve confirmant l'existence en Ontario d'un marché de gros distinct pour l'électricité qui était produite uniquement au moyen des technologies éolienne et solaire photovoltaïque. Il n'y a donc pas de fondement factuel étayant l'affirmation du Canada selon laquelle il aurait pu être possible de déterminer l'existence d'un avantage dans les présents différends en comparant les prix contractuels TRG et microTRG avec les prix établis sur un tel marché.

v) Conclusions et observations finales concernant l'existence d'un avantage

7.320 Nous avons examiné attentivement les arguments juridiques et factuels des parties à la lumière du critère juridique pour la détermination de l'existence d'un avantage qui a été appliqué jusqu'à présent dans le règlement des différends à l'OMC. Dans les circonstances particulières des présents différends, nous avons conclu que déterminer si les mesures contestées conféraient un avantage sur la base d'un point de repère découlant d'un marché de gros *concurrentiel* de l'électricité signifierait que les contrats TRG et microTRG pouvaient être juridiquement qualifiés de subventions au moyen d'une comparaison avec un critère du marché dont il n'avait pas été démontré qu'il existait effectivement ou qui pouvait raisonnablement être obtenu en Ontario – un critère du marché qui, comme les plaignants ne l'ont pas contesté, n'attirera que très rarement, si tant est qu'il le puisse, un investissement suffisant dans la capacité de production pour assurer un réseau fiable d'approvisionnement en électricité même à l'extérieur de l'Ontario.[624] À notre avis, un tel résultat ne

---

question n° 64 (première série) du Groupe spécial; deuxième communication écrite, paragraphe 74; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 25.

[623] Comme nous avons rejeté les affirmations du Canada concernant la manière appropriée de déterminer l'existence d'un avantage, nous n'avons pas besoin d'évaluer le bien-fondé des arguments subsidiaires formulés par l'Union européenne pour démontrer que même selon l'argument du Canada, les contrats TRG et microTRG équivalent à des contributions financières qui confèrent un avantage aux producteurs TRG au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

[624] Sur ce point, nous notons que les descriptions générales que les plaignants ont données de leurs propres réseaux d'électricité confirment que les différences quant au degré d'intervention des pouvoirs publics dans les résultats du marché sont aussi une caractéristique des marchés de gros de l'électricité au Japon et dans l'Union européenne. Par exemple, l'Union européenne explique que "certains États membres de l'UE ont pris des mesures pour intensifier l'utilisation de l'énergie nucléaire, tandis que d'autres préfèrent ne pas recourir à cette source d'énergie particulière (ou l'éliminer progressivement)". Réponse de l'Union européenne à la question n° 27 (deuxième série) du Groupe spécial. De même, le Japon mentionne que "seules les compagnies générales d'électricité peuvent fournir de l'électricité aux petits consommateurs, et elles doivent le faire à des

refléterait pas la réalité des réseaux d'électricité modernes qui, de par leur nature même, ont besoin de recevoir de l'électricité issue de différentes technologies de production qui jouent des rôles différents et ont des coûts de production et des incidences environnementales différents. Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, c'est seulement dans des circonstances exceptionnelles que la capacité de production devant provenir de toutes ces technologies sera créée sur un marché de gros fonctionnant dans les conditions de concurrence effective. Par conséquent, le marché de gros concurrentiel de l'électricité qui est au cœur des principales affirmations des plaignants ne peut pas être l'élément central approprié de l'analyse de l'avantage dans les présents différends. De plus, pour les raisons que nous avons exposées plus haut, les éléments de substitution au marché de gros de l'électricité qui nous ont été présentés ne peuvent pas non-plus servir de point de repère approprié permettant d'évaluer si les mesures contestées confèrent un avantage. Il n'y a donc rien qui permette de reconnaître le bien-fondé des arguments des plaignants concernant l'avantage.

7.321 En formulant cette conclusion, nous notons que les plaignants ont demandé au Groupe spécial de ne pas limiter son analyse au rejet des points de repère proposés par les parties, l'invitant à "trouver le point de repère approprié pour formuler une constatation concernant l'existence d'un avantage"[625] et à "identifier le point de repère approprié pour compléter l'analyse de l'avantage".[626] D'ailleurs, selon l'Union européenne, le Groupe spécial est tenu de le faire.[627] Nous ne partageons pas la conviction de l'Union européenne. À notre avis, il n'y a aucune prescription du droit de l'OMC qui nous *oblige* à examiner le bien-fondé des allégations de subvention prohibée formulées par les plaignants sur la base d'arguments qu'ils n'ont pas présentés eux-mêmes. Nous ne sommes pas convaincus que les passages du rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM* et du rapport du Groupe spécial *Canada – Aéronefs*[628] auxquels l'Union européenne faisait référence corroborent l'idée que la majorité du Groupe spécial dans les présents différends ne peut pas limiter son analyse au rejet des arguments des plaignants concernant l'avantage. Par ailleurs, nous rappelons qu'il a été constamment reconnu dans la pratique du règlement des différends à l'OMC qu'il appartenait à la partie plaignante d'établir l'existence d'une infraction alléguée aux accords visés en présentant au moins des éléments *prima facie* indiquant qu'il y avait eu violation sur la base d'arguments juridiques et factuels pertinents.[629] Ainsi, alors qu'il est tenu de prendre en considération et d'examiner ces arguments et de formuler des constatations objectives au sujet de leur bien-fondé, un groupe spécial n'est pas habilité à établir des éléments *prima facie* pour une partie à laquelle il incombe de le faire.[630] Gardant ces principes à l'esprit et eu égard aux demandes explicites adressées par les plaignants au Groupe spécial pour qu'il explique sa propre position concernant l'avantage s'il devait rejeter les affirmations nombreuses et variées qu'ils ont eux-mêmes formulées sur la question, nous exposons dans les paragraphes qui suivent nos propres *observations* sur une approche de la question de l'avantage qui, selon nous, aurait pu être valablement suivie dans les présents différends.

7.322 Comme nous avons constaté que l'existence même d'un approvisionnement fiable en électricité en Ontario à l'heure actuelle nécessitait une intervention étendue des pouvoirs publics sur le marché de gros de l'électricité, un moyen possible, selon nous, d'évaluer si les mesures contestées confèrent un avantage qui, en même temps, maintient une discipline fondée sur le marché, est

---

tarifs réglementés par les pouvoirs publics … Les tarifs de gros applicables à la vente d'électricité aux compagnies générales d'électricité peuvent être réglementés par les pouvoirs publics". Réponse du Japon à la question n° 27 (deuxième série) du Groupe spécial.

[625] Déclaration finale de l'Union européenne à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 19.

[626] Déclaration orale finale du Japon à la deuxième Réunion du Groupe spécial, page 3.

[627] Déclaration finale de l'Union européenne à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 19.

[628] En particulier, l'Union européenne fait référence au rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM*, paragraphe 174; et au rapport du Groupe spécial *Canada – Aéronefs*, paragraphe 9.312.

[629] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 282; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.

[630] Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphe 129.

d'évaluer la nature commerciale des contrats TRG et microTRG au regard des actions d'acheteurs d'électricité privés sur un marché de gros sur lequel les conditions de l'offre et de la demande sont analogues à celles qui existent actuellement en Ontario. À cette fin, nous estimons qu'il importe de rappeler: i) que les pouvoirs publics de l'Ontario ont décidé d'éliminer les centrales électriques fonctionnant au charbon pour la fin de 2014; ii) que pour cette raison, et à cause de l'entretien prévu des installations nucléaires de l'Ontario d'ici à 2020, environ 43% de la capacité de production de l'Ontario devra être modernisée, remplacée ou ajoutée au réseau électrique de la province d'ici à 2030[631]; et iii) que les pouvoirs publics de l'Ontario ont décidé qu'au moins une partie de la capacité de production additionnelle nécessaire pour répondre aux besoins futurs jusqu'en 2030 devait provenir de sources d'énergie renouvelables, y compris de petits et grands projets utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque.[632] Par conséquent, un moyen de déterminer si les mesures contestées confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC consisterait à les évaluer par rapport aux types de transactions d'achat dans des conditions de pleine concurrence qui existeraient sur un marché de gros de l'électricité dont les paramètres généraux sont définis par les pouvoirs publics de l'Ontario.[633] Dans les circonstances actuelles, cela pourrait se faire en comparant les modalités et conditions des contrats TRG et microTRG contestés avec les modalités et conditions qui seraient offertes par des distributeurs commerciaux d'électricité agissant avec l'obligation imposée par les pouvoirs publics d'acheter de l'électricité auprès de producteurs exploitant des centrales éoliennes et solaires photovoltaïques d'une taille comparable à celle des installations fonctionnant dans le cadre du programme TRG. Cette approche nous paraît intéressante parce que non seulement elle prend en compte les complexités des marchés de l'électricité et les conditions particulières de l'offre et de la demande qui existent actuellement en Ontario, mais encore elle évalue les actions des pouvoirs publics de l'Ontario d'après un point de repère commercial.

7.323 À notre avis, tout distributeur rationnel chargé d'acheter un volume d'électricité qui n'est pas négligeable à des producteurs (y compris de petites installations) utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque, essaierait, sur la base de considérations commerciales, de négocier un contrat d'approvisionnement comportant des modalités et conditions qui lui permettraient en définitive de maximiser ou d'optimiser le rendement global de ses activités commerciales (c'est-à-dire l'achat et la vente d'électricité). D'une manière générale, cela signifie qu'un distributeur cherchera à passer un

[631] Voir, plus haut, le paragraphe 7.310.

[632] En particulier, comme nous l'avons déjà noté, le plan énergétique à long terme de l'Ontario prévoit que l'électricité produite par des projets utilisant les technologies solaire photovoltaïque et éolienne (y compris les petits projets) devrait représenter 11,5% de la capacité de production d'électricité de l'Ontario d'ici 2030. Plan énergétique à long terme de l'Ontario, pièce CDA-6, pages 18 et 28. Bien que l'OEO ait fait observer que les petits projets ne produiraient pas d'économies d'échelle, il a aussi reconnu que ces projets pouvaient "réduire les coûts du réseau en réduisant les pertes de transport". Par ailleurs, comme les petits projets "peuvent être considérés comme réduisant la demande marginale lorsqu'ils sont opérationnels", ils peuvent également "être réputés réduire les pertes marginales". Programme POSER, pièce CDA-55, page 20. Les petits projets éoliens et solaires photovoltaïques figurent aussi parmi les technologies jugées appropriées pour produire une puissance locale et dispersée. Voir Best Practice Guide: Integrated Resource Planning for Electricity, pièce CDA-45, page 14.

[633] Les pouvoirs publics interviennent régulièrement sur les marchés pour diverses raisons, y compris pour éviter des résultats qui sont jugés socialement inacceptables, ou pour corriger diverses défaillances du marché. Par exemple, ils peuvent décider de limiter la disponibilité de certains produits en raison de préoccupations liées à la santé humaine ou à l'environnement ou, comme les pouvoirs publics de l'Ontario l'ont fait, choisir de mettre fin à l'utilisation d'une technologie de production particulière (production d'électricité par des installations au charbon) pour les mêmes raisons. Ces types d'actions visent à internaliser les coûts sociaux (dans le cas d'externalités négatives) et les avantages (dans le cas d'externalités positives) de certaines actions dans les décisions de production et de consommation des agents économiques. Toutefois, lorsque cette intervention des pouvoirs publics se limite à définir les paramètres généraux d'un marché, les acteurs privés conserveront une ample marge de manœuvre dans le cadre de ces paramètres sur la base de considérations commerciales.

contrat d'approvisionnement avec tout producteur d'électricité dont le coût net global est le plus bas. Au vu de ce critère simple[634], nous sommes d'avis qu'une méthode pour déterminer si les mesures contestées confèrent un avantage pourrait consister à comparer le taux de rendement obtenu par les producteurs TRG en vertu des modalités et conditions des contrats TRG et microTRG avec le coût moyen du capital au Canada pour des projets ayant un profil de risque comparable pendant la même période. Selon nous, cette comparaison permettrait de déterminer immédiatement et clairement si les producteurs TRG reçoivent une rémunération excessive et sont, de ce fait, subventionnés aux termes de l'Accord SMC.

7.324 Le taux de rendement d'un projet particulier comportant l'investissement de capitaux permet de mesurer jusqu'à quel point ce projet réalise un bénéfice (ou une perte). Autrement dit, le taux de rendement représente le pourcentage des recettes générées par un projet particulier par rapport au capital effectivement investi. Généralement, un taux de rendement qui est au moins égal au coût d'opportunité du capital dans une économie donnée pour un projet ayant un profil de risque comparable signalera qu'un investissement constitue une utilisation efficiente des capitaux. Par contre, lorsque le taux de rendement associé à un projet particulier est inférieur au coût d'opportunité du capital, il ne serait pas rationnel d'investir dans ce projet parce que les fonds en question pourraient être utilisés plus efficacement en étant investis ailleurs dans l'économie. Il s'ensuit qu'un producteur d'électricité en Ontario qui utilise les technologies éolienne et solaire photovoltaïque ne sera disposé à conclure un contrat de fourniture d'électricité avec un distributeur que si les modalités et conditions du contrat lui permettent d'obtenir un taux de rendement de l'investissement requis qui est au moins égal au coût d'opportunité du capital au Canada pour des projets comparables (c'est-à-dire le coût moyen du capital au Canada). Comme il s'agit de la condition minimale à remplir pour que ce producteur conclue un contrat de fourniture d'électricité, il est évident que le coût pour le distributeur de la conclusion d'un contrat qui procure ce taux de rendement souhaité doit également représenter le résultat le moins coûteux pour lui. Ainsi, un distributeur auquel il a été ordonné d'acheter de l'électricité produite par des producteurs (y compris les petites installations) utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque en Ontario cherchera, lorsqu'il agit sur la base de considérations commerciales, à faire en sorte que les modalités et conditions qu'il accepte dans le contrat de fourniture procurent au producteur un taux de rendement qui se situe dans une fourchette acceptable au-dessus ou en deça du coût moyen du capital au Canada pour des projets ayant un profil de risque comparable. Il est donc possible, dans cette optique, de déterminer si les achats d'électricité effectués par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme TRG confèrent un avantage en examinant si les taux de rendement associés aux contrats TRG et microTRG sont notablement supérieurs au coût moyen du capital au Canada pour des projets ayant un profil de risque comparable. Si tel devait être le cas, il pourrait être conclu que les pouvoirs publics de l'Ontario rémunéraient excessivement les producteurs TRG par rapport à ce que ceux-ci pouvaient s'attendre à obtenir dans le cadre de contrats de fourniture passés avec des distributeurs privés auxquels les pouvoirs publics avaient ordonné d'acheter de l'électricité auprès de centrales éoliennes et solaires photovoltaïques (y compris les petits producteurs) sur la base de considérations commerciales, conférant de ce fait un avantage à ces producteurs aux termes de l'Accord SMC.

7.325 Le Canada a révélé que le taux de rendement des contrats TRG qui avait servi à établir le barème de prix contractuels TRG avait été fixé en 2009 à "environ 11%".[635] Les éléments de preuve montrent que ce pourcentage représente un taux de rendement *après impôt*, ce qui implique que le

[634] Nous reconnaissons que les considérations qui déterminent les achats d'électricité d'un distributeur suivant l'ordre défini donnée par les pouvoirs publics soulèveraient certainement diverses autres questions. Toutefois, à notre avis, le principe directeur général serait la réduction des coûts au minimum en vue de maximiser ou d'optimiser les rendements.

[635] Réponses du Canada aux questions n° 26 (première série) et 12 (deuxième série) du Groupe spécial.

taux de rendement avant impôt serait plus élevé.[636] Le Canada n'a pas expliqué pourquoi ce taux de rendement de 11% après impôt avait été choisi comme objectif approprié pour les prix fixés dans le cadre du programme TRG. Par ailleurs, la méthode précise qui a été utilisée dans le modèle d'actualisation des flux financiers appliqué pour établir les prix TRG sur la base du taux de rendement de 11% n'est pas tout à fait pas claire. Par exemple, aucun renseignement ne nous a été donné pour ce qui est de savoir jusqu'à quel point le modèle d'actualisation des flux financiers prend en compte la prime versée aux projets de participation des communautés autochtones et des collectivités ou les recettes potentielles qui peuvent revenir aux pouvoirs publics de l'Ontario par le biais de la cession d'attributs environnementaux ou de la vente de produits connexes contractuels futurs.[637] En outre, l'Union européenne met en doute la validité du taux de rendement de 11%, faisant valoir qu'il sous-estime les taux de rendement effectifs qui pourraient être obtenus par les producteurs TRG les plus efficients sur la base des prix contractuels TRG.[638]

7.326 En ce qui concerne les éléments de preuve qui nous ont été présentés au sujet du coût moyen du capital au Canada pour des projets ayant un profil de risque comparable par rapport aux projets TRG éoliens et solaires photovoltaïques, nous notons que la CEO a fixé à 9,75% le taux de rendement cible des fonds propres pour les services publics réglementés de l'Ontario en 2009.[639] Toutefois, ce taux a été calculé sur la base d'une prime de risque des fonds propres moyenne de 550 points de base pour les services publics d'électricité *et de gaz* réglementés de l'Ontario. Ainsi, le chiffre de 550 points de base ne concerne pas spécifiquement les services publics produisant de l'électricité en Ontario. À cet égard, nous notons que les données utilisées par la CEO pour arriver à la prime de risque des fonds propres montrent que cette prime pour les projets de services publics d'électricité en eux-mêmes pourrait aller jusqu'à 871 points de base[640], ce qui donne à penser que le taux de rendement des fonds propres pour les services publics d'électricité réglementés pourrait se monter à 12,96%.[641] Il importe aussi de rappeler que les services publics d'électricité réglementés de l'Ontario exploitent des centrales nucléaires et hydroélectriques. Étant donné les différences techniques importantes entre ces deux types d'exploitation, qui, il faut le rappeler, sont aussi anciens et contrôlés par l'État, et les projets éoliens et solaires photovoltaïques fonctionnant dans le cadre du programme TRG, nous ne pensons pas qu'il serait approprié d'admettre que la prime de risque associée aux actifs de production d'électricité réglementés de l'Ontario pourrait automatiquement être comparée avec le taux de rendement associé aux projets éoliens et solaires photovoltaïques relevant du programme TRG. Il apparaît par conséquent que le dossier des présents différends ne contient pas de renseignements appropriés pouvant servir à la détermination du coût moyen du capital au Canada

[636] Exposé sur le barème de prix TRG proposé. Pièce CDA-46, diapositives n° 28 et 30. La deuxième diapositive montre que le taux d'impôt sur le revenu effectif utilisé dans les calculs de l'OEO était de 30,5%.

[637] Un aperçu général du modèle d'actualisation des flux financiers qui a servi à établir le barème de prix TRG figure dans l'exposé sur le barème de prix TRG proposé, pièce CDA-46. Il en ressort qu'"[a]ucun crédit [n'a été] comptabilisé pour les recettes provenant du programme fédéral écoÉNERGIE". Toutefois, rien n'indique que la prime versée aux projets de participation des communautés autochtones et des collectivités ou que les recettes potentielles provenant de la cession d'attributs environnementaux ou de produits connexes contractuels futurs sont, ou ne sont pas, prises en considération.

[638] Voir, par exemple, Union européenne, déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 26; réponse à la question n° 34 (deuxième série) du Groupe spécial; observations concernant la réponse du Canada à la question n° 12 (deuxième série) du Groupe spécial.

[639] OEB Report on the cost of capital for Ontario's regulated utilities, pièce CDA-64, page 37.

[640] OEB Report on the cost of capital for Ontario's regulated utilities, pièce CDA-64, pages 38 et 40.

[641] Le taux de rendement de 9,75% a été fixé par la CEO sur la base du taux de rendement prévu des obligations d'État canadiennes à long terme (4,25%) plus la prime de risque des fonds propres (550 points de base). Le chiffre de 12,96% est calculé en additionnant le taux de rendement prévu de 4,25% des obligations d'État canadiennes à long terme et la prime de risque des fonds propres de 871 points de base déterminée par un des consultants de la CEO. OEB Report on the cost of capital for Ontario's regulated utilities, pièce CDA-64, pages 37 et 40.

pour des projets ayant un profil de risque comparable par rapport aux projets TRG et microTRG contestés pendant la période pertinente.

7.327 Par conséquent, bien que nous soyons d'avis qu'une comparaison entre les taux de rendement pertinents des contrats TRG et microTRG contestés et le coût moyen du capital au Canada serait une façon utile de déterminer, sur la base du critère de l'avantage que nous avons exposé plus haut, si les mesures contestées confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, il faudrait examiner et trancher plusieurs questions et points factuels importants pour pouvoir effectuer une analyse en ce sens.

4. Conclusion générale concernant les allégations de subventionnement

7.328 À la lumière de notre évaluation du bien-fondé des arguments des parties et des constatations que nous avons formulées dans les sections VII.C.1 à 3 des présents rapports, nous concluons que:

i) le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG équivalent à des achats de biens par les pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC; et

ii) le Japon et l'Union européenne n'ont pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

VIII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

8.1 Comme il a déjà été indiqué sur la page de couverture des présents rapports, nos conclusions et recommandations sont énoncées séparément pour chaque différend dans les sections suivantes.

A. PLAINTE DU JAPON (DS412)

1. Conclusions

8.2 À la lumière de constatations exposées dans les sections précédentes du présent rapport, nous concluons que le Japon a établi que le "niveau minimal requis de teneur en éléments nationaux" prescrit dans le cadre du programme TRG et mis en œuvre par le biais des contrats TRG et microTRG individuels exécutés depuis le début du programme TRG mettait le Canada en situation de violation de ses obligations au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4 du GATT de 1994.

8.3 Par contre, à la lumière des constatations exposées dans les sections précédentes du présent rapport, nous concluons que le Japon n'a pas établi que le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG éoliens et solaires photovoltaïques individuels exécutés depuis le début du programme TRG constituaient des subventions, ou prévoyaient l'octroi de subventions, au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC, et que le Canada avait donc agi d'une manière incompatible avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.

2. Recommandations

8.4 Conformément à l'article 3:8 du Mémorandum d'accord, dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre des avantages découlant de cet accord. En conséquence, nous concluons que dans la mesure où le Canada a agi d'une manière incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994, il a annulé ou compromis des avantages revenant au Japon.

8.5 Nous recommandons que le Canada rende ses mesures conformes à ses obligations au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994.

B. PLAINTE DE L'UNION EUROPEENNE (DS426)

1. Conclusions

8.6 À la lumière de constatations exposées dans les sections précédentes du présent rapport, nous concluons que l'Union européenne a établi que le "niveau minimal requis de teneur en éléments nationaux" prescrit dans le cadre du programme TRG et mis en œuvre par le biais des contrats TRG et microTRG individuels exécutés depuis le début du programme TRG mettait le Canada en situation de violation de ses obligations au titre de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et de l'article III:4 du GATT de 1994.

8.7 Par contre, à la lumière des constatations exposées dans les sections précédentes du présent rapport, nous concluons que l'Union européenne n'a pas établi que le programme TRG ainsi que les contrats TRG et microTRG éoliens et solaires photovoltaïques individuels exécutés depuis le début du programme TRG constituaient des subventions, ou prévoyaient l'octroi de subventions, au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC, et que le Canada avait donc agi d'une manière incompatible avec l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.

2. Recommandations

8.8 Conformément à l'article 3:8 du Mémorandum d'accord, dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre des avantages découlant de cet accord. En conséquence, nous concluons que dans la mesure où le Canada a agi d'une manière incompatible avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994, il a annulé ou compromis des avantages revenant à l'Union européenne.

8.9 Nous recommandons que le Canada rende ses mesures conformes à ses obligations au titre de l'Accord sur les MIC et du GATT de 1994.

IX. OPINION DISSIDENTE D'UN MEMBRE DU GROUPE SPÉCIAL CONCERNANT LA QUESTION DE SAVOIR SI LES MESURES CONTESTÉES CONFÈRENT UN AVANTAGE AU SENS DE L'ARTICLE 1.1 B) DE L'ACCORD SMC

A. INTRODUCTION

9.1 La majorité du Groupe spécial a longuement et attentivement évalué les arguments des parties concernant la question de savoir si les mesures contestées conféraient un avantage, pour conclure en définitive que les plaignants n'avaient pas établi l'existence d'un subventionnement.[642] Bien que je souscrive à des parties de l'analyse de l'avantage faite par la majorité du Groupe spécial, je dois exprimer mon désaccord sur certains aspects clés de son raisonnement et de ses constatations finales. Pour l'essentiel, la majorité du Groupe spécial a constaté que les circonstances dans lesquelles il s'agissait d'assurer un approvisionnement fiable en électricité qui réalise certains objectifs visés par les pouvoirs publics de l'Ontario justifiaient le rejet du marché de gros concurrentiel de l'électricité comme élément central pertinent de l'analyse de l'avantage. Elle a aussi laissé entendre que, dans ces circonstances, on pouvait déterminer l'existence d'un avantage en mettant l'accent sur le taux de rendement associé aux contrats TRG et microTRG et en le comparant avec le coût moyen du capital au Canada pour des projets ayant un profil de risque comparable.

9.2 J'exprime mon désaccord au sujet de ces constatations et du critère de remplacement concernant l'avantage. Le marché de gros de l'électricité qui existe actuellement en Ontario se manifeste comme un marché pour la vente et l'achat d'électricité. Il est indéniable que la fourniture d'électricité, ses prix et la concurrence entre les producteurs d'électricité – en particulier l'entrée sur le marché – sont très rigoureusement réglementés et soumis à conditions sur le marché par les pouvoirs publics de l'Ontario. Le marché de gros de l'électricité qui existe actuellement en Ontario n'est donc pas le type de marché où le prix est déterminé par le libre jeu de l'offre et de la demande. Les incidences réglementaires sur le marché n'ont pas simplement le caractère d'une réglementation-cadre, dans laquelle les forces du marché peuvent jouer. Le gouvernement de l'Ontario (par l'intermédiaire d'Hydro One) et les autorités municipales (par le biais des sociétés de distribution locale) représentent la quasi-totalité des achats d'électricité effectués au niveau de gros. Le même produit, qui est en l'espèce l'électricité, est acheté par ces entités à des prix différents selon la méthode de production ou le statut particulier dans la politique du gouvernement de l'Ontario concernant l'approvisionnement en électricité, y compris dans le cadre du programme TRG. Dans ces circonstances, les plaignants ont exprimé leur préoccupation du fait qu'un avantage était accordé aux participants au marché qui obtenaient les prix les plus élevés pour l'électricité qu'ils produisaient, à savoir les producteurs utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque et opérant dans le cadre du programme TRG. La tâche du Groupe spécial est d'évaluer le bien-fondé de cette préoccupation au regard des disciplines de l'Accord SMC.

9.3 La question pertinente qu'un groupe spécial doit examiner dans une affaire telle que celle-ci est de savoir si un avantage est conféré au bénéficiaire de la contribution financière. Le marché de gros de l'électricité en Ontario ne permet pas de discerner un prix d'équilibre du marché qui soit unique et établi par le libre jeu de l'offre et de la demande. Sur ce marché, le gouvernement de l'Ontario et les autorités municipales sont les principaux acheteurs des produits concernés. Dans ces circonstances, le Groupe spécial doit examiner s'il y a un cadre de référence approprié pour déterminer si un avantage est conféré dans l'octroi de cette contribution financière. À mon avis, le marché de gros concurrentiel de l'électricité qui *pourrait* exister en Ontario est l'élément central sur lequel l'analyse de l'avantage doit être axée. De plus, je suis d'avis que le fait de faciliter l'entrée de certaines technologies sur le marché qui existe effectivement – tel qu'il est – par le biais d'une contribution financière peut en lui-même être considéré comme conférant un avantage. À la lumière

[642] Voir plus haut, la section VII.C.3.

de ces considérations, il s'ensuit des arguments et des éléments de preuve présentés par les plaignants, ainsi que les propres déclarations du Canada, que les mesures contestées confèrent un avantage, au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

B. LE MARCHE DE GROS CONCURRENTIEL DE L'ELECTRICITE EST L'ELEMENT CENTRAL PERTINENT DE L'ANALYSE DE L'AVANTAGE

9.4 Comme la majorité du Groupe spécial l'a expliqué, une contribution financière conférera un avantage ("*benefit*") au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC lorsqu'elle confère un avantage ("*advantage*") à son bénéficiaire. Il est bien établi qu'il faut déterminer l'existence de cet avantage en comparant la situation du bénéficiaire avec et sans la contribution financière, et que "le marché constitue une bonne base [pour effectuer cette] comparaison".[643] Une fois qu'il a été constaté que les mesures contestées équivalaient à des "contribution[s] financière[s]" sous la forme d'"achat de produits ... par les pouvoirs publics", il s'ensuit que le "marché" pertinent doit être le marché concurrentiel sur lequel l'électricité est achetée au même niveau commercial que les achats par les pouvoirs publics qui sont contestés dans les présents différends, à savoir le niveau du commerce de gros.

9.5 La majorité du Groupe spécial a conclu que le marché de gros de l'électricité qui fonctionnait actuellement en Ontario ne pouvait pas être considéré aux fins de l'analyse de l'avantage. En outre, elle a constaté que le marché de gros concurrentiel de l'électricité qui pourrait, en théorie, exister en Ontario ne pourrait pas non plus servir de base à l'analyse de l'avantage car, étant donné les conditions existantes de l'offre et de la demande, ce marché ne susciterait pas la capacité de production nécessaire pour assurer un approvisionnement fiable en électricité pour la population de l'Ontario.[644] À mon avis, toutefois, le fait qu'un marché concurrentiel pourrait ne pas exister en l'absence d'une intervention des pouvoirs publics, ou qu'il ne peut pas réaliser tous les objectifs dont les pouvoirs publics souhaiteraient lui confier la réalisation, ne signifie pas qu'il ne puisse pas être considéré aux fins d'une analyse de l'avantage. En fait, c'est parce que les marchés concurrentiels souvent ne fonctionnent pas comme les pouvoirs publics le souhaiteraient que ceux-ci décideront d'en influencer les résultats, par exemple, en devenant un participant au marché, en réglementant les participants au marché ou en leur proposant des incitations (ou en créant des obstacles) à un comportement particulier. Les pouvoirs publics pourraient aussi choisir d'infléchir les résultats du marché concurrentiel en accordant des subventions, selon la définition figurant à l'article 1.1 de l'Accord SMC. Pour autant que ces subventions ne soient pas prohibées en vertu de l'article 3 de l'Accord SMC, les pouvoirs publics seront en droit de maintenir ces mesures, sous réserve des mesures correctives que les autres Membres de l'OMC pourront prendre en vertu des Parties III et V de l'Accord SMC dans les cas où il est prouvé qu'il existe soit des "effets défavorables" soit un "préjudice grave".

9.6 La majorité du Groupe spécial est parvenue à un certain nombre de conclusions concernant les insuffisances des marchés de gros concurrentiels de l'électricité et l'incapacité du marché de réaliser les objectifs légitimes des pouvoirs publics de l'Ontario pour leur réseau électrique. Toutefois, le fait qu'un marché est imparfait dans son fonctionnement ou n'atteint pas les objectifs que des pouvoirs publics pourraient fixer pour les produits ou services qui y sont échangés ne soustrait pas les contributions financières qui ont lieu sur ce marché à l'analyse de l'avantage qui est requise aux termes de l'Accord SMC. À cet égard, il importe de rappeler que l'Organe d'appel a constamment indiqué que le "marché" était l'élément central pertinent d'une analyse de l'avantage, indépendamment de ses caractéristiques particulières ou de ses imperfections:

---

[643] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157.
[644] Voir, plus haut, le paragraphe 7.312.

> Les conditions d'une transaction financière doivent être évaluées au regard des conditions qui résulteraient d'un échange libre de contraintes sur le marché pertinent. 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 …[645]

9.7 Sur la base des considérations exposées plus haut, je passe à l'examen du bien-fondé des deux argumentations que les plaignants ont avancées à l'appui de leurs allégations de subventionnement.

C. QUESTION DE SAVOIR SI LES MESURES CONTESTEES PREVOIENT UNE "REMUNERATION PLUS QU'ADEQUATE" AU SENS DE L'ARTICLE 14 D) DE L'ACCORD SMC

9.8 La première argumentation concernant l'avantage avancée par les plaignants suit l'approche qui est décrite dans les directives pour le calcul du montant de la subvention en termes d'avantage qui figure à l'article 14 d) de l'Accord SMC. Bien qu'il s'y agisse de guider les déterminations de l'avantage aux fins d'enquêtes en matière de droits compensateurs, des différends antérieurs montrent que l'approche adoptée par les plaignants peut être un moyen de démontrer l'existence d'un avantage dans la présente procédure.[646] Ainsi, les plaignants ont présenté une série de prix différents pour l'électricité, qui, selon eux, représentent le prix qu'un distributeur ou négociant devrait payer pour l'électricité sur le marché de gros actuel de l'électricité en Ontario, ou une valeur supplétive pour ce prix. Comme les plaignants le font observer, chacun des prix proposés comme points de repère est apparemment inférieur aux prix obtenus par les projets éoliens et solaires photovoltaïques dans le cadre du programme PRG.

9.9 Avant d'évaluer le bien-fondé des arguments des plaignants, il importe de rappeler que les directives figurant à l'article 14 d) de l'Accord SMC disposent que le montant de l'avantage peut être calculé en déterminant la mesure dans laquelle une "rémunération plus qu'adéquate" a été versée pour un produit acheté "par rapport aux conditions du marché existantes" dans le *pays* d'achat. Dans les présents différends, les plaignants n'ont pas présenté de points de repère pour les prix par *pays* mais des points de repère fondés sur les prix établis sur des marchés infranationaux régionaux fonctionnant au Canada et aussi aux États-Unis. Il apparaît qu'ils l'ont fait parce qu'il n'y a pas de marchés de gros nationaux de l'électricité au Canada. Autrement dit, les "conditions du marché existantes" dans le pays d'achat (le Canada) sont telles qu'il n'y a pas de marchés de l'électricité au niveau national. À mon avis, l'article 14 d) ne laisse pas entendre que les conditions du marché existantes peuvent uniquement être celles d'un marché national. Les conditions du marché sur un marché régional d'un pays sont, à juste titre, les conditions du marché "dans le pays d'achat". Dans cette optique, l'approche suivie par les plaignants n'est pas incompatible avec les directives énoncées à l'article 14 d) de l'Accord SMC.

9.10 Pour revenir aux arguments de fond des communications des plaignants concernant l'avantage, la nature concurrentielle du marché de gros de l'électricité administré par la SIERE en Ontario a été examinée attentivement par la majorité du Groupe spécial, qui a constaté que le niveau d'équilibre du PHEO établi sur ce marché était directement lié à la politique des pouvoirs publics de l'Ontario en matière de fixation des prix de l'électricité et à leurs décisions concernant l'approvisionnement diversifié.[647] Je souscris à cette constatation. L'intervention des pouvoirs publics

---

[645] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 172.
[646] Voir plus haut, les paragraphes 7.271 à 7.275.
[647] Voir plus haut, les paragraphes 7.298 et 7.300.

de l'Ontario dans les résultats en matière de prix sur le marché de gros administré par la SIERE consiste à participer non seulement en tant qu'acheteur d'électricité, mais encore en tant que producteur, transporteur, distributeur et décideur de prix (à la fois pour les producteurs et les consommateurs). En conséquence, les résultats en matière de prix sur le marché de gros administré par la SIERE (le PHEO) sont notablement faussés par les actions et politiques des pouvoirs publics de l'Ontario. Pour cette raison, le PHEO et l'ensemble des valeurs dérivées connexes présentées par les plaignants ne peuvent pas être utilisés comme points de repère du marché appropriés aux fins d'une analyse de l'avantage aux termes de l'article 14 d) de l'Accord SMC.[648] Ils ne représentent pas un prix établi sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité en Ontario.

9.11 Les plaignants présentent aussi les prix de l'électricité payés sur quatre marchés de gros de l'électricité concurrentiels selon les allégations, situés hors de l'Ontario, comme valeurs supplétives pour le prix du marché de gros de l'électricité en Ontario, et font valoir que ces prix démontrent que les mesures contestées confèrent un avantage. Ce sont les prix pratiqués en Alberta, au Canada (le "point de repère de l'Alberta") ainsi qu'à New York et en Nouvelle-Angleterre, et par la PJM Interconnection (les "points de repère des États-Unis").[649]

9.12 Dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, l'Organe d'appel a constaté que dans les cas où les prix pratiqués dans le secteur privé pour un bien particulier fourni par les pouvoirs publics étaient "faussés en raison du rôle prédominant joué par les pouvoirs publics dans la fourniture de ces biens", l'article 14 d) de l'Accord SMC permettait aux autorités chargées de l'enquête d'utiliser le prix des biens identiques ou semblables sur un marché extérieur au pays en question comme point de repère pour une analyse de l'avantage.[650] Toutefois, l'Organe d'appel a prévenu que lorsqu'"une autorité chargée de l'enquête procéd[ait] de cette manière, elle a[vait] pour obligation de s'assurer que le point de repère qui en résult[ait] se rapport[ait] ou se référ[ait], ou [était] lié aux conditions du marché existantes dans le pays de fourniture et [devait] refléter le prix, la qualité, la disponibilité, la qualité marchande, le transport et autres conditions d'achat ou de vente, comme le prescri[vait] l'article 14 d)". En outre, les autorités chargées de l'enquête doivent garder à l'esprit ce qui suit:

> [L]es prix sur le marché d'un Membre de l'OMC seraient censés refléter les conditions du marché existantes dans ce Membre; ils sont peu susceptibles de refléter les conditions existantes dans un autre Membre. Par conséquent, on ne peut pas présumer que les conditions du marché existantes dans un Membre, en l'occurrence les États-Unis, se rapportent ou se réfèrent, ou sont liées aux conditions du marché existantes dans un autre Membre, comme le Canada par exemple. De fait, il nous semble qu'il serait difficile, d'un point de vue pratique, pour les autorités chargées de l'enquête, de reproduire d'une manière fiable les conditions du marché existantes dans un pays sur la base des conditions du marché existantes dans un autre pays. Premièrement, il existe un grand nombre de facteurs qui doivent être pris en compte lorsqu'on effectue des ajustements aux conditions du marché existantes dans un pays de façon à reproduire celles qui existent dans un autre pays; deuxièmement, il serait difficile de s'assurer que tous les ajustements nécessaires sont faits aux prix pratiqués dans un pays afin d'élaborer un point de repère qui se rapporte ou se réfère, ou est lié aux conditions du marché existantes dans un autre pays, de façon à refléter le prix, la qualité, la disponibilité, la qualité marchande, le transport et autres conditions d'achat ou de vente dans cet autre pays.[]

---

[648] À cet égard, je souscris à la description du critère juridique pertinent qui est présentée plus haut dans l'opinion de la majorité du Groupe spécial, aux paragraphes 7.271 à 7.275.

[649] Dénommés collectivement les points de repère "hors de la province".

[650] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphes 90, 103 et 115.

> Il est clair, dans l'abstrait, que différents facteurs peuvent avoir pour effet qu'un pays a un avantage comparatif par rapport à un autre en ce qui concerne la production de certains biens. En tout état de cause, tout avantage comparatif serait reflété dans les conditions du marché existantes dans le pays de fourniture et, par conséquent, devrait être pris en compte et reflété dans les ajustements faits à toute méthode utilisée pour la détermination de l'adéquation de la rémunération, s'il doit se rapporter ou se référer, ou être lié aux conditions du marché existantes sur le marché de fourniture. …[651]

9.13 Comme la majorité du Groupe spécial, je ne vois pas pourquoi les principes exposés plus haut qui ont été formulés dans le contexte d'un différend concernant une contribution financière sous la forme de la *fourniture* de biens par les pouvoirs publics ne devraient pas s'appliquer également dans le contexte des présents différends, qui concernent les *achats* de biens par les pouvoirs publics.

9.14 Ainsi, pour que les points de repère des États-Unis présentés par les plaignants soient appliqués valablement dans l'analyse de l'avantage, il doit être montré qu'ils: i) représentent les prix établis sur des marchés de gros concurrentiels de l'électricité – c'est-à-dire des marchés de gros de l'électricité qui ne sont pas faussés d'une manière notable par l'intervention des pouvoirs publics comme c'est le cas en Ontario; et ii) doivent être ajustés pour refléter les "conditions du marché existantes" pour l'électricité en Ontario. L'application du point de repère de l'Alberta est subordonnée à la même considération que celle qui est énoncée au point i). Étant donné que ce point de repère est un prix qui existe effectivement "dans le *pays* … d'achat", il se pose la question de savoir si la considération énoncée au point ii) est aussi applicable. À mon avis, elle est également applicable, parce que les "conditions du marché existantes" dans le pays d'achat comprennent à la fois celles de l'Ontario et celles de l'Alberta. Pour déterminer si un avantage est conféré "par rapport aux" conditions du marché existantes au Canada, il faut examiner les divisions entre les marchés de ce pays, et en quoi il pourrait être nécessaire que les conditions d'un marché régional (celui de l'Ontario) soient reflétées dans un point de repère concernant le prix qui provient d'un autre marché régional de ce pays (celui de l'Alberta).

9.15 Pour ce qui est de savoir si les prix sur les marchés hors de la province sont établis par le libre jeu de l'offre et de la demande, le Canada n'a pas contesté les affirmations des plaignants selon lesquelles les marchés de gros de l'électricité en Alberta et à New York, en Nouvelle-Angleterre et dans la PJM Interconnection sont concurrentiels et pourraient être pris comme points de repère du marché pour les prix (si ce n'était qu'elles méconnaissent la condition fondamentale voulant que le point de repère se rapporte à l'achat d'électricité produite par des sources d'énergie renouvelables). Néanmoins, les plaignants n'ont pas présenté la même analyse détaillée de la nature concurrentielle, selon les allégations, de ces marchés que celle qui a été fournie au sujet du marché de gros administré par la SIERE en Ontario. Il s'agit d'une lacune importante car il ressort clairement du rapport Hogan et des autres arguments et éléments de preuve présentés dans les présentes procédures que les réseaux électriques et/ou les marchés de l'électricité sont très fortement réglementés par les pouvoirs publics de par le monde. Cette réglementation repose sur de nombreuses considérations politiques, économiques et sociales. Par ailleurs, les caractéristiques spécifiques de l'électricité (intangibilité, impossibilité de la stocker effectivement, et quasi-simultanéité de la production et de la consommation) ainsi que son importance vitale pour tous les aspects de la vie moderne en font le type de produit dont la production, la distribution et l'utilisation seront invariablement susceptibles de faire l'objet d'interventions, à des degrés divers, des pouvoirs publics. Ainsi, en l'absence de renseignements plus détaillés sur la manière dont chacun des quatre marchés hors de la province

[651] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphes 108 et 109. (note de bas de page omise)

fonctionne effectivement, il est difficile de tirer des conclusions définitives au sujet de leur nature concurrentielle aux fins d'une analyse de l'avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.[652]

9.16 En tout état de cause, les plaignants n'ont effectué aucun des ajustements qu'il faudrait apporter aux prix sur les marchés hors de la province pour qu'ils puissent être utilisés comme points de repère appropriés pour l'évaluation de l'existence d'un avantage. Comme il a été dit, ces ajustements devraient prendre en compte les "conditions du marché existantes" en Ontario pour l'électricité au niveau du commerce de gros. Ces conditions pourraient inclure les suivantes: i) la combinaison des techniques de production actuellement nécessaires pour répondre à la demande globale de charge de base, de charge intermédiaire et de charge de pointe en Ontario; ii) les caractéristiques particulières du réseau de transport de l'Ontario; iii) l'avantage comparatif (ou les désavantages) de l'Ontario en ce qui concerne l'accès aux sources d'énergie utilisées pour la production d'électricité; et iv) les principales caractéristiques de la demande telles que la taille de la population, la base industrielle ainsi que les fluctuations saisonnières ou journalières de la consommation. Les plaignants n'ont apporté aucun ajustement aux prix hors de la province pour prendre en compte ces aspects et d'autres "conditions du marché existantes" en Ontario, ni n'ont expliqué de manière adéquate pourquoi ces ajustements n'étaient pas nécessaires. Ainsi, à mon avis, les éléments de preuve ne sont pas suffisants pour permettre au Groupe spécial d'effectuer l'analyse de l'avantage aux termes de l'article 14 d) de l'Accord SMC de la manière dont l'Organe d'appel a souligné qu'elle devrait être effectuée.[653]

---

[652] Le Japon a renvoyé le Groupe spécial au site Web de la Independent Power Producers Society of Alberta, et a aussi présenté des pièces contenant des renseignements sur les marchés de l'électricité de l'Alberta, de New York, de la Nouvelle-Angleterre et de la PJM Interconnection. (Réponse du Japon à la question n° 7 (première série) du Groupe spécial, présentant les pièces JPN-208 à 211.) Les renseignements figurant dans ces pièces donnent à penser que des points de repère concernant le marché concurrentiel peuvent être établis d'après l'expérience des autres marchés de l'électricité. Toutefois, les renseignements communiqués par le Japon n'étaient pas suffisamment détaillés pour permettre de tirer des conclusions définitives à cet égard. À ce sujet, le Japon a fait valoir ce qui suit:

> Même si ces points de repère ne sont pas "parfaits", ils sont "raisonnables et objectifs", ce qui, comme le Groupe spécial *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)* l'a expliqué, est tout ce qui est requis aux fins de l'analyse de l'avantage. (note de bas de page omise)

Les observations du Groupe spécial *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)* auxquelles le Japon fait référence ont été formulées dans le contexte de l'examen par le Groupe spécial d'une décision de l'autorité chargée de l'enquête d'imposer une mesure compensatoire. Les observations du Groupe spécial ne se rapportaient pas, cependant, à l'acceptation d'un point de repère hors du pays en soi. Elles concernaient la nécessité que l'autorité chargée de l'enquête identifie un point de repère qui "se rapporte ou se réfère, ou [qui soit] lié aux" conditions du marché existantes dans le pays de fourniture. C'était une description de cette relation, et des ajustements nécessaires pour permettre l'acceptation d'un point de repère fondé sur des renseignements hors du pays, qui était absente des communications du plaignant dans le différend en question.

[653] Comme il ressort clairement du texte introductif, l'article 14 d) est une méthode pour déterminer l'avantage "[a]ux fins de la Partie V" de l'Accord SMC. L'article 1.1 b) figure dans la Partie I de l'Accord SMC. Néanmoins, l'article 14 d) éclaire de manière déterminante l'interprétation de l'article 1.1 b) dans le cas d'un avantage conféré par la vente ou l'achat de produits. Dans tous les cas, il est pertinent d'examiner si et comment un point de repère hors du pays doit être ajusté pour qu'il puisse être réputé "par rapport aux conditions du marché existantes" dans le pays concerné. L'Union européenne a fait référence aux "conditions naturelles existantes en Ontario" dans le contexte d'une comparaison "avec les tarifs pratiqués en France et en Allemagne, outre tous les éléments de preuve déjà présentés par l'Union européenne" (réponse de l'Union européenne à la question n° 27 (deuxième série) du Groupe spécial). Cependant, cette référence ne dispense pas de l'"obligation impérieuse" d'examiner les "conditions du marché existantes" sur laquelle l'Organe d'appel mettait l'accent dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 106.

D. QUESTION DE SAVOIR SI LES MESURES CONTESTEES PERMETTENT AUX PRODUCTEURS D'ENERGIE EOLIENNE ET SOLAIRE PHOTOVOLTAÏQUE DE MENER DES ACTIVITES VIABLES ET DONC DE PARTICIPER AU MARCHE DE GROS DE L'ELECTRICITE

9.17 La deuxième argumentation concernant l'avantage formulée par les plaignants est axée sur la nature même et les objectifs du programme TRG. En particulier, les plaignants déclarent que la création et le fonctionnement du programme TRG visent à permettre aux producteurs d'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables, y compris l'énergie éolienne et solaire, d'injecter de l'électricité dans le réseau électrique de l'Ontario parce qu'un marché de gros concurrentiel de l'électricité ne pourrait pas accueillir ces producteurs à coût élevé. Ainsi, les plaignants font valoir qu'en l'absence du programme TRG, les producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque ne seraient pas en mesure de mener des activités commercialement viables sur le marché de gros de l'électricité en Ontario.[654]

9.18 Le Canada admet qu'en l'absence du programme TRG, "la plupart" des producteurs TRG contestés ne seraient pas en mesure de mener des activités viables. Ainsi, il explique ce qui suit:

> Comme les programmes TRG dans d'autres parties du monde, le programme TRG de l'Ontario a été créé pour promouvoir de nouvelles opérations de production d'énergie renouvelable. Comme le Japon le reconnaît, le programme TRG de l'Ontario … est devenu nécessaire pour encourager l'entrée sur le marché de producteurs d'énergie renouvelable, ce qui n'aurait pas été possible pour la plupart d'entre eux en l'absence du programme TRG.[655]

9.19 Par ailleurs, faisant référence à l'ouverture temporaire du marché de l'Ontario en 2002, le Canada déclare que "le marché à lui seul ne serait pas suffisant pour encourager la construction de nouvelles installations de production pouvant assurer l'approvisionnement à long terme nécessaire aux résidents en Ontario", ajoutant que, "[c]omme le Japon l'a reconnu, l'OEO a été créé "parce que la structure de marché mise en place immédiatement après la dissolution d'Ontario Hydro en 1998 n'avait pas permis l'entrée d'un nombre suffisant de nouveaux producteurs, en particulier de producteurs utilisant des sources d'énergie de remplacement et d'énergie renouvelable"".[656] Ainsi, l'OEO a été établi avec le mandat suivant:

> [R]estructurer le secteur de l'électricité de l'Ontario, promouvoir l'expansion de la fourniture d'électricité et de la capacité de production, y compris la fourniture et la capacité provenant de sources d'énergie de remplacement et de sources d'énergie renouvelable …[657]

9.20 Le fait que le programme TRG était conçu pour permettre l'arrivée de nouvelles capacités de production à partir de sources d'énergie renouvelables qui n'existeraient pas autrement sur le marché de gros de l'électricité de l'Ontario peut aussi être inféré des objectifs du programme TRG décrits dans la directive ministérielle, à savoir "accroître la capacité de fourniture d'énergie renouvelable pour assurer une production adéquate et réduire les émissions", "établir des incitations en faveur de l'investissement dans les technologies d'énergie renouvelable" et "promouvoir de nouvelles industries

---

[654] Deuxième communication écrite du Japon, paragraphes 3 à 7; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 10 à 13; observations concernant la réponse du Canada aux questions n° 1 et 42 (deuxième série) du Groupe spécial; deuxième communication écrite de l'Union européenne, paragraphes 69 et 70, 103 et 105; et déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 23 et 27.

[655] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphe 39.

[656] Première communication écrite du Canada (DS412), paragraphe 27.

[657] Highlights of the *Electricity Restructuring Act of 2004*, pièce JPN-9.

vertes grâce à de nouveaux investissements et à la création d'emplois".[658] De même, il est expliqué dans les règles TRG que l'"objectif fondamental du programme TRG, conjointement avec la *Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte*, est de faciliter l'expansion d'installations de production d'énergie renouvelable diverses quant à la taille, la technologie et la configuration …".[659]

9.21 Le professeur Hogan confirme que les technologies d'énergie renouvelable sont généralement trop onéreuses pour être financées par les prix au comptant obtenus sur les marchés de gros de l'électricité.[660] Le tableau 2 (Production diversifiée d'électricité en Ontario) figurant dans l'opinion de la majorité du Groupe spécial indique que les technologies d'énergie éolienne et d'énergie solaire photovoltaïque comportent des coûts relatifs du capital "très élevés" mais des coûts d'exploitation relatifs "très bas" par kilowatt-heure d'électricité produite. Cela ressort des données spécifiques relatives aux coûts ci-après qui figurent dans le rapport Hogan.[661]

Coûts et caractéristiques opérationnelles des différentes technologies de production

Type d'installation	Taille de l'installation type	Coût du capital	Coût d'exploitation fixe	Coût d'exploitation variable	Coût des combustibles	Rendement thermique	Combustible au démarrage	Coût au démarrage	Durée du projet	Disponibilité annuelle moyenne	Coefficient de capacité
	(MW)	($Can 2007/ kW)	($Can 2007/ kW)	($Can 2007/ MWh)	($Can 2007/ MWh)	(BTU/kWh/ PCS)	(BTU/kW/ PCS au démarrage)	($Can 2007/ démarrage/ unité)	(années)	(%)	(%)
Turbine à gaz à cycle simple de type frame[1]	340	665	16	3,50		9 500	700	10 000	20	97	10-30%[3]
Turbine à gaz à cycle simple de type aérodérivé[1]	93	1 174	34	3,50		8 700	200	375	20	97	10-30%[3]
Turbine à gaz à cycle combiné[1]	500	924	17	2,75		7 000	800	10 000	20	95	
Nucléaire[1]	1 000	2 970	89	1,50	6				30	90	70-80% ou plus[3]
Grand parc éolien[1]	100	1 741	37	0					20	98	13,5-43%[4]
Gaz d'enfouissement[1]	1	2 288	140	0	0	10 000			15	85	
Biomasse à partir de déchets de bois[1]	20	2 096	231	4,00	23	14 800			20	85	
Biogaz à partir d'eaux usées[1]	2	4 215	68	13,00	0	10 000			15	85	85%
Petit parc éolien[1]	10	2 750	41	0					20	98	13,5-43%[4]
Cogénération de chaleur et d'électricité pour le district[1]	2	2 346	24	8,00		5 700	0	0	20	95	
Cogénération de chaleur et d'électricité pour l'industrie[1]	50	1 413	22	3,00		6 300	150	0	20	95	

[658] Directive TRG de 2009 du Ministre, pièce JPN-102, page 1.
[659] Règles TRG, pièce JPN-119, section 1.1.
[660] Rapport Hogan, pièce CDA-2, pages 15 à 18 et 36.
[661] Rapport Hogan, pièce CDA-2, tableau 1, page 8.

Type d'installation	Taille de l'installation type (MW)	Coût du capital ($Can 2007/ kW)	Coût d'exploitation fixe ($Can 2007/ kW)	Coût d'exploitation variable ($Can 2007/ MWh)	Coût des combustibles ($Can 2007/ MWh)	Rendement thermique (BTU/kWh/ PCS)	Combustible au démarrage (BTU/kW/ PCS au démarrage)	Coût au démarrage ($Can 2007/ démarrage/ unité)	Durée du projet (années)	Disponibilité annuelle moyenne (%)	Coefficient de capacité (%)
Production distribuée, moteurs à gaz[1]	0,5	1 172	9	16,00		10 770	0	0	15	85	
Installation solaire sur toiture[2]	0,5	6 690	12	0					20		13%
Installation solaire montée au sol[2]	10	4 600	15	0					20		14%

Sources:

1 "Evaluation of Costs of New Entry, Prepared for: Ontario Power Authority", Navigant Consulting, February 21, 2007, page 35, coefficient de capacité pour le biogaz, page 30 (pièce CDA-49).
2 "Proposed Feed-In Tariff Price Schedule Stakeholder Engagement – Session 4", Ontario Power Authority, April 7, 2009, page 36. Les statistiques indiquées sont en dollars canadiens, 2008 (pièce CDA-46).
3 IESO Monthly Generator Disclosure Report Overview, http://www.ieso.ca/imoweb/marketdata/genDisclosure.asp.
4 Dr. Khagan Kahn, Ontario IESO, "Growing Wind in Canada: An Ontario Perspective on Wind", CanWEA 2008 Annual Conference and Trade Show, October 20, 2008, page 9 (pièce CDA-47).

Tableau 3: Coûts et caractéristiques opérationnelles des différentes technologies de production

9.22 Selon le professeur Hogan, les principales différences de coût entre les installations de production d'énergie solaire et d'énergie éolienne et les technologies "classiques" sont dues à plusieurs raisons:

> En raison de la taille relativement réduite des installations éoliennes et solaires, la production ne bénéficie pas ou guère d'économie d'échelle en comparaison avec les grandes centrales nucléaires, au charbon, hydrauliques et à gaz.
>
> Les installations éoliennes et solaires ont des coefficients de capacité relativement faibles car elles dépendent du vent et du soleil, de sorte qu'elles produisent de l'électricité pendant beaucoup moins d'heures sur une journée ou sur l'année que les technologies de production classiques.
>
> L'expérience relativement limitée de l'exploitation des installations éoliennes et solaires signifie que l'exploitation d'installations nouvelles représente peu de gains d'efficacité.
>
> En raison du manque d'expérience liée à la construction d'installations éoliennes et solaires, la construction de nouvelles installations permet relativement peu de gains d'efficacité.[662]

9.23 Ainsi, en achetant contractuellement l'électricité produite par les technologies éolienne et solaire photovoltaïque dans le cadre du programme TRG à un prix destiné à assurer un rendement raisonnable des investissements associés à un projet "typique", les pouvoirs publics de l'Ontario font en sorte que les producteurs admissibles soient rémunérés à un niveau qui leur permet de récupérer la totalité de leurs coûts "très élevés" du capital. Comme les plaignants le font valoir et le Canada l'admet, ces niveaux de rémunération ne seraient jamais obtenus par le libre jeu de l'offre et de la demande sur un marché de gros concurrentiel de l'électricité en Ontario. Ils ne pourraient pas non

[662] Rapport Hogan, pièce CDA-2, page 10.

plus être obtenus par le jeu, soumis à conditions, de l'offre et de la demande qui opère effectivement sur le marché de gros de l'électricité en Ontario, sans une intervention qui rémunère les installations produisant de l'électricité par les technologies éolienne et solaire photovoltaïque à un tarif plus élevé que celui qui est payé pour l'électricité produite par d'autres technologies.[663] Il s'ensuit qu'en faisant entrer ces producteurs d'électricité à coûts élevés et moins rentables sur le marché de gros de l'électricité, alors qu'ils n'y seraient pas présents autrement, les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario auprès des producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque dans le cadre du programme TRG confèrent manifestement aux producteurs TRG pertinents un avantage, au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.

---

[663] Par ailleurs, tant le Japon que l'Union européenne appellent l'attention sur les prix garantis pour une durée de 20 ans dont bénéficient les producteurs TRG dans le cadre de contrats TRG et microTRG, qui démontrent l'existence d'un avantage. Voir, par exemple, la déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 10 à 13; et la déclaration liminaire de l'Union européenne à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 22.