



**COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET CERTAINS ÉTATS MEMBRES –
MESURES AFFECTANT LE COMMERCE DES AÉRONEFS
CIVILS GROS PORTEURS**

RECOURS DE L'UNION EUROPÉENNE À L'ARTICLE 22:6 DU MÉMORANDUM
D'ACCORD SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

DÉCISION DE L'ARBITRE

*RCC supprimés, comme indiqué [[***]]*

TABLE DES MATIÈRES

1 INTRODUCTION	13
1.1 Procédure initiale et procédure de mise en conformité.....	13
1.2 Demande d'arbitrage et procédure d'arbitrage.....	14
1.3 Deuxième procédure de mise en conformité.....	16
2 QUESTIONS PROCÉDURALES	16
2.1 Limites concernant le nombre de pages des communications écrites des parties.....	16
2.2 Traitement des RCC et RCES.....	17
2.3 Diffusion au public des déclarations liminaires des parties.....	18
2.4 Demande de décision préliminaire de l'Union européenne	18
2.4.1 Argument de l'Union européenne concernant l'article 22:8 du Mémoire d'accord.....	20
2.4.2 Argument de l'Union européenne concernant la non-rétroactivité des mesures correctives dans le cadre de l'OMC	21
2.4.3 Décisions arbitrales antérieures mentionnées par l'Union européenne.....	22
2.4.4 Argument de l'Union européenne relatif au caractère unique des différends concernant des subventions pouvant donner lieu à une action	25
3 MANDAT DE L'ARBITRE	26
4 CHARGE DE LA PREUVE ET DEVOIR DE FOURNIR DES ÉLÉMENTS DE PREUVE.....	28
5 ARTICLE 7.10 DE L'ACCORD SMC.....	29
6 CONTESTATION PAR L'UNION EUROPÉENNE DU NIVEAU DE CONTRE-MESURES	31
6.1 Aperçu des approches des parties et ordre d'analyse.....	31
6.2 Absence de référence à une entrave dans la demande de contre-mesures formulée par les États-Unis.....	32
6.2.1 Champ de la demande des États-Unis au titre de l'article 22:2	34
6.2.2 Spécificité de la demande des États-Unis au titre de l'article 22:2	36
6.3 Évaluation de la méthode proposée par les États-Unis.....	37
6.3.1 Caractère approprié de l'utilisation de la période de référence 2011-2013 et de l'acceptation d'une suspension annuelle des concessions.....	38
6.3.2 Contrefactuel approprié	51
6.3.3 Arguments généraux de l'Union européenne concernant la méthode des États-Unis	52
6.3.3.1 Exclusion de la valeur des livraisons antérieures du niveau de la suspension annuelle.....	53
6.3.3.2 Inclusion à la fois des pertes de ventes et de l'entrave dans la détermination du niveau de la suspension annuelle: "surestimation"	54
6.3.3.2.1 Assignment temporelle de la valeur des pertes de ventes à la période de référence 2011-2013.....	57
6.3.3.2.2 Assignment temporelle de la valeur de l'entrave à la période de référence 2011-2013.....	63
6.3.3.2.3 Assignment temporelle de la valeur à la fois des pertes de ventes et de l'entrave à la période de référence 2011-2013.....	63
6.3.3.3 Inclusion à la fois des pertes de ventes et de l'entrave pour la détermination du niveau maximal de la suspension annuelle: "double comptage"	64

6.3.3.4	Fixation d'une date de fin pour les contre-mesures sur la base des livraisons contrefactuelles de Boeing résultant des effets défavorables dont l'existence a été déterminée	65
6.3.3.5	Exclusion de la valeur des composants de LCA de Boeing produits en dehors des États-Unis	66
6.3.4	Arguments techniques formulés par l'Union européenne visant la méthode des États-Unis	71
6.3.4.1	Résumé de l'approche technique adoptée par les États-Unis pour évaluer les effets défavorables dont l'existence a été déterminée	71
6.3.4.1.1	Évaluation des pertes de ventes par les États-Unis	73
6.3.4.1.2	Évaluation de l'entrave par les États-Unis	74
6.3.4.1.3	Annualisation des valeurs moyennes des pertes de ventes et de l'entrave	76
6.3.4.2	Considérations préliminaires	77
6.3.4.2.1	Questions générales en matière de preuve	77
6.3.4.2.2	Modèles concurrents les plus proches	82
6.3.4.2.3	Contre-mesures par marché de produits	83
6.3.4.2.4	Évaluation des services	85
6.3.4.3	Questions entourant l'évaluation des pertes de ventes	85
6.3.4.3.1	Représentativité de la période de référence 2011-2013	87
6.3.4.3.2	Utilisation de faits postérieurs aux pertes de ventes	88
6.3.4.3.3	Point de vue des États-Unis par opposition au point de vue de Boeing	91
6.3.4.3.4	Nombre et modèles d'aéronefs vendus et livrés dans le contrefactuel	92
6.3.4.3.4.1	Fait de ne pas prendre en compte les annulations effectives	93
6.3.4.3.4.2	Fait de ne pas prendre en compte les annulations futures potentielles	94
6.3.4.3.4.3	Évaluation des acomptes et des versements antérieurs à la livraison pour les commandes annulées dans le contrefactuel	97
6.3.4.3.4.4	Fait de ne pas prendre en compte les conversions	99
6.3.4.3.5	Dates des livraisons contrefactuelles de Boeing	101
6.3.4.3.5.1	Fait de ne pas utiliser les calendriers de livraison de Boeing	102
6.3.4.3.5.2	Fait de ne pas tenir compte des reports de livraisons	103
6.3.4.3.6	Prix de livraison pour les livraisons contrefactuelles de Boeing	105
6.3.4.3.6.1	Choix des commandes servant de comparateur	107
6.3.4.3.6.2	Fait de ne pas utiliser les facteurs de révision [[**]]	115
6.3.4.3.6.3	Fait de ne pas procéder aux ajustements de prix nécessaires	116
6.3.4.3.6.4	Actualisation des prix de livraison contrefactuels de Boeing	118
6.3.4.3.7	Conclusion	125
6.3.4.4	Questions entourant l'évaluation de l'entrave	125
6.3.4.4.1	Représentativité de la période de référence 2011-2013	127
6.3.4.4.2	Nombre et modèles des livraisons contrefactuelles accrues de LCA de Boeing	127
6.3.4.4.2.1	Absence de modèle économique	128
6.3.4.4.2.2	Facteurs du côté de l'offre et du côté de la demande	130
6.3.4.4.2.3	Conclusion	155

6.3.4.4.3	Prix de livraison	156
6.3.4.4.4	Conclusion	158
6.4	Calcul de contre-mesures proportionnelles aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée	158
6.4.1	Approche générale	158
6.4.2	Évaluation des pertes de ventes	159
6.4.3	Évaluation de l'entrave	162
6.4.4	Valeur annualisée agrégée des pertes de ventes et de l'entrave.....	163
6.4.5	Contre-mesures proportionnelles à la valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence a été déterminée.....	165
6.4.5.1	Valeur 2013 de la suspension annuelle "proportionnelle"	165
6.4.5.2	Ajustement de la valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence a été déterminée en fonction de l'inflation jusqu'à aujourd'hui.....	166
6.4.5.3	Ajustement de la valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence a été déterminée en fonction de l'inflation pour les années futures où des contre-mesures seront appliquées.....	168
6.5	Argument de l'Union européenne concernant le niveau des contre-mesures que la détermination de l'Arbitre ne peut pas dépasser dans la présente procédure	169
7	ALLÉGATION DE L'UNION EUROPÉENNE CONCERNANT LES PRINCIPES ET PROCÉDURES ÉNONCÉS À L'ARTICLE 22:3 DU MÉMORANDUM D'ACCORD (RÉTORSION CROISÉE)	171
8	ALLÉGATION DE L'UNION EUROPÉENNE SELON LAQUELLE LES CONTRE-MESURES PROPOSÉES NE SONT PAS AUTORISÉES EN VERTU DES ACCORDS VISÉS	172
9	CONCLUSIONS.....	172

LISTE DES ANNEXES**ANNEXE A**

PROCÉDURES DE TRAVAIL DE L'ARBITRE

Table des matières		Page
Annexe A-1	Procédures de travail de l'Arbitre	4
Annexe A-2	Procédures de travail additionnelles pour la protection des renseignements commerciaux confidentiels et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles	9
Annexe A-3	Procédures de travail additionnelles pour la réunion de fond avec l'Arbitre	22

ANNEXE B

ARGUMENTS DES PARTIES

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique intégré des arguments des États-Unis	24
Annexe B-2	Résumé analytique des arguments de l'Union européenne	35

ANNEXE CDÉCISION DE L'ARBITRE CONCERNANT LA DEMANDE DE
DÉCISION PRÉLIMINAIRE DE L'UNION EUROPÉENNE

Table des matières		Page
Annexe C-1	Communication de l'Arbitre – Décision préliminaire (conclusion)	56

AFFAIRES CITÉES DANS LA PRÉSENTE DÉCISION

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Brésil – Aéronefs</i> (article 22:6 – Brésil)	Décision de l'Arbitre <i>Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Brésil à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC</i> , WT/DS46/ARB, 28 août 2000
<i>Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs</i> (article 22:6 – Canada)	Décision de l'Arbitre <i>Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux – Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC</i> , WT/DS222/ARB, 17 février 2003
<i>CE – Bananes III</i> (article 21:5 – Équateur)	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS27/RW/ECU, adopté le 6 mai 1999
<i>CE – Bananes III (Équateur)</i> (article 22:6 – CE)	Décision de l'Arbitre <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS27/ARB/ECU, 24 mars 2000
<i>CE – Bananes III (États-Unis)</i> (article 22:6 – CE)	Décision de l'Arbitre <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS27/ARB, 9 avril 1999
<i>CE – Hormones</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998
<i>CE – Hormones (États-Unis)</i> (article 22:6 – CE)	Décision de l'Arbitre <i>Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), plainte initiale des États-Unis – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS26/ARB, 12 juillet 1999
<i>CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs</i> , WT/DS316/AB/R, adopté le 1 ^{er} juin 2011
<i>CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs</i> , WT/DS316/R, adopté le 1 ^{er} juin 2011, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS316/AB/R
<i>CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS316/AB/RW et Add.1, adopté le 28 mai 2018
<i>CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS316/RW et Add.1, adopté le 28 mai 2018, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS316/AB/RW
<i>CEE – Pommes (Chili I)</i>	Rapport du Groupe spécial du GATT <i>Restrictions appliquées par la CEE à l'importation de pommes en provenance du Chili</i> , L/5047, adopté le 10 novembre 1980, IBDD S27/107
<i>États-Unis – Acier au carbone</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne</i> , WT/DS213/AB/R, adopté le 19 décembre 2002
<i>États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)</i> , WT/DS353/AB/R, adopté le 23 mars 2012
<i>États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)</i> , WT/DS353/R, adopté le 23 mars 2012, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS353/AB/R
<i>États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)</i> (article 21:5 – UE)	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte) – Recours de l'Union européenne à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS353/AB/RW et Add.1, adopté le 11 avril 2019

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte) – Recours de l'Union européenne à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS353/RW et Add.1, adopté le 11 avril 2019, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS353/AB/RW
<i>États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)</i>	Décision de l'Arbitre <i>États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur – Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS160/ARB25/1, 9 novembre 2001
<i>États-Unis – Chemises et blouses de laine</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde</i> , WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, et Corr.1
<i>États-Unis – Coton upland</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland</i> , WT/DS267/R et Add.1 à Add.3, adopté le 21 mars 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS267/AB/R
<i>États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS267/AB/RW, adopté le 20 juin 2008
<i>États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS267/RW et Corr.1, adopté le 20 juin 2008, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS267/AB/RW
<i>États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)</i>	Décision de l'Arbitre <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC</i> , WT/DS267/ARB/1, 31 août 2009
<i>États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)</i>	Décision de l'Arbitre <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 7.10 de l'Accord SMC</i> , WT/DS267/ARB/2, 31 août 2009
<i>États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine</i> , WT/DS379/R, adopté le 25 mars 2011, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS379/AB/R
<i>États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décisions de l'Arbitre <i>États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) – Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS384/ARB et Add.1 / WT/DS386/ARB et Add.1, distribuées aux Membres de l'OMC le 7 décembre 2015
<i>États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'Arbitre <i>États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC</i> , WT/DS108/ARB, 30 août 2002
<i>États-Unis – Jeux</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris</i> , WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005, et Corr.1
<i>États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'Arbitre <i>États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières [de] services de jeux et paris – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS285/ARB, 21 décembre 2007
<i>États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'Arbitre <i>États-Unis – Mesures antidumping et mesures compensatoires visant les gros lave-linge à usage domestique en provenance de Corée – Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS464/ARB et Add.1, 8 février 2019
<i>États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'Arbitre <i>États-Unis – Loi antidumping de 1916, plainte initiale des Communautés européennes – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS136/ARB, 24 février 2004
<i>États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (CE) (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'Arbitre <i>États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, plainte initiale des Communautés européennes – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS217/ARB/EEC, 31 août 2004
<i>États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Chili) (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'Arbitre <i>États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, plainte initiale du Chili – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS217/ARB/CHL, 31 août 2004
<i>États-Unis – Maintien de la suspension</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones</i> , WT/DS320/AB/R, adopté le 14 novembre 2008

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Recours du Mexique à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS381/AB/RW et Add.1, adopté le 3 décembre 2015
<i>États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'Arbitre <i>États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS381/ARB, 25 avril 2017
<i>Japon – DRAM (Corée)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée</i> , WT/DS336/AB/R et Corr.1, adopté le 17 décembre 2007
<i>Thaïlande – Cigarettes (Philippines)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines</i> , WT/DS371/AB/R, adopté le 15 juillet 2011

PRINCIPALES PIÈCES CITÉES DANS LA PRÉSENTE DÉCISION

Pièce	Titre
EU-54	Ascend, Flight Fleet Analyzer
EU-58	Flight Global, "Cathay swaps batch of A350-1000s to smaller -900", 13 September 2017
EU-59	Chicago Business Journal, "United Airlines postponing delivery of much-anticipated Airbus-350", 6 September, 2017
EU-60	Airways Magazine, "United Converts A350-1000 Order to A350-900", 6 September 2017
EU-68	"Comparing July 2018 delivery prices based on different LCA price inflators: (i) Hypothetical escalation rate; (ii) PPI for LCA Manufacturing"
EU-77 (RCES)	Transaero (2013) comparator campaign: projected versus actual escalation rates
EU-79	Updated Ascend Database
EU-81	Boeing cancellation rates
EU-83 (RCES)	Transaero Airlines Deposits and Pre-delivery Payments
EU-86 (RCES)	2012/2013 Airbus lost sales campaigns: The Emirates [***]
EU-87 (RCES)	2012/2013 Airbus lost sales campaigns: Cathay Pacific [***]
EU-88 (RCES)	2012/2013 Airbus lost sales campaigns: Cathay Pacific [***]
EU-89 (RCES)	2012/2013 Airbus lost sales campaigns: Singapore Airways [***]
EU-90 (RCES)	2012/2013 Airbus lost sales campaigns: Singapore Airways [***]
EU-91 (RCES)	2012/2013 Airbus lost sales campaigns: United Airlines [***]
EU-92 (RCES)	2012/2013 Airbus lost sales campaigns: United Airlines [***]
EU-106 (RCES)	Emirates [RCES]
EU-116	Boeing 2008 Annual Report
EU-117	The Seattle Times, "747-8 delay causes doubts about Boeing", 7 October 2009
EU-123 (RCC)	Airbus, Status of A380 orders and deliveries
EU-125 (RCES)	Air France Campaign A380, 2001
EU-126 (RCES)	British Airways Campaign A380, 2007
EU-127 (RCES)	China Southern Airlines Campaign A380, 2005
EU-128 (RCES)	Emirates Airlines Campaign A380, 2001
EU-129 (RCES)	Korean Air Campaign A380, 2008
EU-130 (RCES)	Lufthansa Campaign A380, 2001
EU-131 (RCES)	Qantas Campaign A380, 2001
EU-132 (RCES)	Singapore Airlines Campaign A380, 2006
EU-135 (RCES)	United Airlines Campaign A350-1000
EU-138	Irwin, Douglas A., Pavcnik, Nina, 2004. "Airbus versus Boeing revisited: international competition in the aircraft market", Journal of International Economics, Elsevier, vol. 64(2): 223-245
EU-139	Airbus, "New agreement with United Airlines increases A350 XWB order to 45", 6 September 2017
EU-140 (RCES)	Letter [***]
EU-141	Reuters, "Cathay Pacific defers five A350 deliveries, switches six to smaller models", 13 September 2017
EU-142 (RCES)	Email [***]
EU-143 (RCES)	Correcting US lost sales valuation
EU-145	The Emirates Group Annual Report, 2018-19
EU-146	Andreas Spaeth, "Emirates to buy Rolls Royce Powered A380S Says Sir Tim Clark", Airline Ratings, 2 November 2018
USA-2	Airbus presentation by John Leahy, COO Customers, Commercial update – Global Investor Forum
USA-3	Emirates to choose between A350-900 and 787-10 next year, Murdo Morrison, FlightGlobal (Oct. 1, 2015)
USA-4	Wide Body Battle: Boeing 787-10 Or Airbus A350-900?, Dhierin Bechai, Seeking Alpha (Dec. 19, 2014)
USA-5 (RCC)	Boeing Declaration
USA-6	Cathay Pacific Announces Additional Aircraft Order, Cathay Pacific Press Release (Dec. 27, 2013)
USA-7	Boeing Launches 787-10 Dreamliner, Boeing Press Release (June 18, 2013)
USA-8	United Converts 10 787 Orders to 777-300ER, Edward Russell, FlightGlobal (Apr. 23, 2015)
USA-9	Airbus and Boeing Orders 2013, Aviation Strategy (Feb. 2014)
USA-12 (RCES)	Cathay Pacific 777-300ER Order Information
USA-13 (RCES)	Transaero 747-8I Order Information
USA-14 (RCES)	Singapore Airlines 787-10 Order Information
USA-15 (RCES)	United 777-300ER Order Information
USA-16 (RCES)	Emirates [***] Information

Pièce	Titre
USA-19 (RCES)	Calculation of 2011 747-8I Delivery Prices
USA-20	Producer Price Indexes – Program Overview, U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics
USA-22 (RCES)	Aggregation of Adverse Effects Determined to Exist by Year
USA-26 (RCES)	Revised 747-8I Global Delivery Prices for 2012 and 2013 (révision de la pièce USA-17 (RCES))
USA-27 (RCES)	Revised Calculation of 2011 747-8I Delivery Prices (révision de la pièce USA-19 (RCES))
USA-28 (RCES)	Revised Aggregation of Adverse Effects Determined to Exist by Year (révision de la pièce USA-22 (RCES))
USA-29 (RCES)	Boeing Contracted Delivery Schedules and Actual Delivery Information for "Comparator" Orders
USA-30 (RCES)	Boeing E-mail regarding First Set of Arbitrator Questions
USA-35 (RCC)	Boeing e-mail from [[***]] (Dec. 13, 2018)
USA-36 (RCC)	Boeing e-mail from [[***]] (Dec. 13, 2018)
USA-37 (RCC)	Boeing Escalation Slide
USA-38 (RCC)	[[***]]
USA-39 (RCC)	[[***]]
USA-40 (RCC)	[[***]]
USA-41 (RCC)	[[***]]
USA-43	Boeing Historical Deliveries through October 2018, Boeing website
USA-44 (RCES)	Boeing Contracted Delivery Schedules, Delivery Schedule Changes, and Actual Delivery Information for "Comparator" Orders
USA-53	Boeing 747 deliveries (2000 – 2013), Excel download from Boeing website
USA-54	Boeing 747 Family, Boeing website
USA-56 (RCC)	Boeing e-mail from [Eric Howard] (Dec. 10, 2018)
USA-57	Boeing, Lufthansa Announce Order for 747-8 Intercontinental, Boeing Press Release
USA-58 (RCC)	Letter from Boeing to the U.S. Export-Import Bank (November 1, 2018)
USA-59 (RCES)	[[***]]
USA-60 (RCC)	Boeing E-mail from [[***]] (Feb. 10, 2019)
USA-61 (RCES)	Calculation of Delivery Prices for Comparator Orders
USA-62 (RCC)	Boeing E-mail regarding Question 112
USA-63 (RCC)	Boeing E-mail regarding Question 113
USA-65 (RCES)	Survival Rate Calculation
USA-66 (RCES)	Boeing E-mail regarding Questions 116, 118, 121, 124(c), 125, 128-129, 132
USA-68 (RCES)	Cathay Pacific 2013 777-300ER Order Documentation
USA-69 (RCES)	Cathay Pacific March 2011 777-300ER Order Documentation
USA-71 (RCES)	[[***]]
USA-73 (RCES)	Singapore Airlines 2013 787-10 Order Documentation
USA-74 (RCES)	United 2015 777-300ER Order Documentation
USA-75 (RCES)	Transaero 2013 747-8I Order Documentation
USA-76 (RCES)	Korean Air 2013 747-8I Order Documentation
USA-77 (RCES)	Air China 2012 747-8I Order Documentation
USA-78 (RCES)	Air China 2013 747-8I Order Documentation
USA-79 (RCES)	Lufthansa 2006 747-8I Order Documentation
USA-80 (RCES)	[[***]]
USA-81 (RCES)	[[***]]
USA-82 (RCC)	Boeing E-mail regarding Question 124
USA-84 (RCC)	Boeing E-mail regarding Questions 130-131
USA-85 (RCES)	Singapore Airlines Escalation Documentation
USA-86	Machinists Back Contract With Boeing; 8-Week Strike Ends, New York Times (Nov. 2, 2008)
USA-87 (RCES)	Lufthansa Escalation Documentation
USA-89 (RCES)	Korean Air 2009 747-8I Order Documentation
USA-90 (RCES)	[[***]]
USA-91 (RCES)	[[***]] Order Documentation
USA-92 (RCES)	[[***]] Order Documentation
USA-93 (RCES)	[[***]] Order Documentation
USA-94 (RCES)	[[***]] Order Documentation
USA-95 (RCES)	[[***]] Order Documentation
USA-96 (RCES)	[[***]] Order Documentation
USA-97 (RCES)	[[***]] Order Documentation
USA-98 (RCC)	Boeing E-mail regarding Question 145
USA-99 (RCES)	Second Revised Aggregation of Adverse Effects Determined to Exist by Year (révision de la pièce USA-28 (RCES))
USA-100 (RCC)	Boeing E-mail from [[***]] (Feb. 11, 2019)
USA-101 (RCES)	Boeing E-mail regarding Questions 136, 139-142
USA-103 (RCES)	Second Revised 747-8I Global Delivery Prices for 2012 and 2013 (révision de la pièce USA-26(RCES))

Pièce	Titre
USA-104 (RCES)	Second Revised Calculation of 2011 747-8I Delivery Prices (révision de la pièce USA-27(RCES))
USA-106 (RCES)	Net Price Calculations for Questions 153 and 154(d) Alternative Impedance Valuations
USA-114	Technical specs of 777X, Boeing website
USA-115	Boeing Website, 747-400 Deliveries Pre-1990
USA-116 (RCC)	Boeing E-mail regarding Question 171
USA-117	GDP Deflator, provided on a quarterly and annual basis
USA-118 (RCC)	Boeing E-mail regarding Question 173
USA-119 (RCES)	Boeing E-mail regarding Question 174
USA-120 (RCC)	Boeing WACC Data for 2012, 2013

ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LA PRÉSENTE DÉCISION

Abréviation	Désignation
[[***]]	[[***]]
747-8F	Boeing 747-8 Freighter
747-8I	Boeing 747-8 Intercontinental
777-300ER	aéronef Boeing 777-300 extended range – variante à distance franchissable accrue
A321neo	aéronef Airbus A321 new engine option (nouvelle option concernant les moteurs)
A350XWB	aéronef Airbus A350 "à fuselage extra-large"
A350XWB-900	aéronef Airbus A350 "à fuselage extra-large" – variante (de référence) à capacité de 900 sièges
A350XWB-1000	aéronef Airbus A350 "à fuselage extra-large" – variante à capacité de 1 000 sièges
Accord SMC	Accord sur les subventions et les mesures compensatoires
AFF	actualisation des flux financiers
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AL/FEM	aide au lancement/financement des États membres
BMTN	bon à moyen terme négociable
CE	Communautés européennes
CEE	Communauté économique européenne
CMO	organismes de gestion collective
CMPC	coût moyen pondéré du capital
É.A.U.	Émirats arabes unis
ÉLF	équipements livrés par l'acheteur
ÉPP	équipements du poste de pilotage
f.a.b.	franco à bord
FEM	financement des États membres
FSC	Foreign Sales Corporation (société de ventes à l'étranger)
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
IPC	indice des prix à la consommation
IPP du secteur de la construction des aéronefs civils	indice des prix à la production des États-Unis pour le secteur de la construction des aéronefs civils
LCA	aéronefs civils gros porteurs
Mémoire d'accord	Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord sur le règlement des différends)
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORD	Organe de règlement des différends
PIB	produit intérieur brut
RCC	renseignements commerciaux confidentiels
RCES	renseignements commerciaux extrêmement sensibles
UE	Union européenne
USD	dollar des États-Unis
VAN	valeur actuelle nette
VLA	aéronefs très gros porteurs

1 INTRODUCTION

1.1 Procédure initiale et procédure de mise en conformité

1.1. La présente procédure d'arbitrage a lieu dans le cadre du différend engagé par les États-Unis au sujet de certaines mesures de l'Union européenne¹ et de certains États membres qui affectent le commerce des aéronefs civils gros porteurs (LCA).

1.2. Le 1^{er} juin 2011, l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a adopté le rapport de l'Organe d'appel dans le présent différend, ainsi que le rapport du Groupe spécial initial modifié par l'Organe d'appel.² Le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel ont constaté que certaines subventions accordées par l'Union européenne et certains États membres au constructeur de LCA européen Airbus³ causaient un détournement et des pertes notables de ventes au sens de l'article 6.3 a) à c) de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC), ce qui constituait un préjudice grave au sens de l'article 5 c).⁴

1.3. En vertu de l'article 7.8 et 7.9 de l'Accord SMC, l'Union européenne et certains États membres avaient six mois à compter de la date d'adoption des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel pour prendre des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables des subventions pertinentes ou retirer ces subventions. Ce délai de six mois a expiré le 1^{er} décembre 2011. À cette date, l'Union européenne a notifié à l'ORD qu'elle avait pris des mesures appropriées pour rendre ses mesures pleinement conformes à ses obligations dans le cadre de l'OMC et pour donner suite aux recommandations et décisions de l'ORD.⁵ Les États-Unis ont estimé que ces mesures ne mettaient pas l'Union européenne et certains États membres en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD.⁶ Le 12 janvier 2012, l'Union européenne et les États-Unis ont informé l'ORD de leurs procédures convenues au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord (accord sur la chronologie).⁷ Le 13 avril 2012, l'ORD, à la demande des États-Unis, a établi le Groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord.⁸

1.4. Le 22 septembre 2016, le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté que l'Union européenne et certains États membres ne s'étaient "pas conformés aux recommandations et décisions de l'ORD et, en particulier, à l'obligation énoncée à l'article 7.8 de l'Accord SMC de "prendr[e] des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables ou [de] retirer[] la subvention"". ⁹ L'Organe d'appel est parvenu à la même conclusion, mais en s'appuyant

¹ Le présent différend contient le nom "Communautés européennes" au lieu d'"Union européenne". L'Union européenne a succédé et s'est substituée effectivement aux Communautés européennes aux fins du présent différend après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne le 1^{er} décembre 2009. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, note de bas de page 1.) Par souci de commodité, nous faisons référence à l'"Union européenne", que nous évoquons des événements antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

² Rapport de l'Organe d'appel et rapport du Groupe spécial, *Dispositions prises par l'Organe de règlement des différends*, WT/DS316/16.

³ Pour de plus amples renseignements sur l'histoire et la structure de la société Airbus, voir les rapports des Groupes spéciaux *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.946 à 6.957, et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, pages 410 à 416.

⁴ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1299, 1300 et 1412; et le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 7.2025 et 8.2.

⁵ Communication présentée par l'Union européenne, WT/DS316/17 (première communication sur la mise en conformité), paragraphe 1.

⁶ ORD, compte rendu de la réunion tenue le 19 décembre 2011, WT/DSB/M/308, paragraphe 55.

⁷ Communication présentée par les parties, WT/DS316/21 (Mémoire d'accord entre l'Union européenne et les États-Unis concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord). Les parties sont convenues, entre autres choses, de demander la suspension de l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord jusqu'à l'achèvement de la procédure du groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord et de tout appel y afférent. Les parties sont aussi convenues qu'au cas où l'ORD, à la suite d'une procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, statuerait qu'une mesure prise pour se conformer n'existait pas ou était incompatible avec un accord visé, l'une ou l'autre partie pourrait demander à l'Arbitre désigné au titre de l'article 22:6 de reprendre ses travaux.

⁸ ORD, compte rendu de la réunion tenue le 13 avril 2012, WT/DSB/M/314, paragraphe 10.

⁹ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 7.2.

généralement sur un raisonnement différent.¹⁰ En particulier, il a fondé son raisonnement uniquement sur les effets des mesures suivantes: a) subventions au titre de l'aide au lancement/du financement des États membres (AL/FEM) pour l'aéronef A380 sur le marché de produits des aéronefs très gros porteurs (VLA); et b) subventions AL/FEM pour l'aéronef A350XWB sur le marché de produits des bicoilors¹¹. Le Groupe spécial de la mise en conformité avait fondé ses conclusions sur un ensemble plus large de mesures de subventionnement.¹² Au vu des effets de ces mesures, l'Organe d'appel a confirmé certaines des constatations du Groupe spécial de la mise en conformité concernant l'entrave et les pertes notables de ventes au sens de l'article 6.3 a) à c) de l'Accord SMC. Plus spécifiquement, et comme il a été expliqué plus en détail plus loin dans les sections 6.3.4.3 et 6.3.4.4, l'Organe d'appel a confirmé que les AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB avaient causé cinq pertes de ventes ainsi qu'une entrave sur six marchés géographiques différents au cours de la période de référence pertinente, à savoir la période de référence comprise entre 2011 et 2013 ("période de référence 2011-2013"). Le 28 mai 2018, l'ORD a adopté le rapport de l'Organe d'appel et le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, modifié par le rapport de l'Organe d'appel.¹³

1.2 Demande d'arbitrage et procédure d'arbitrage

1.5. Le 9 décembre 2011, les États-Unis ont demandé à l'ORD l'autorisation de "prendre des contre-mesures à l'égard de l'Union européenne ... d'un niveau annuel proportionnel au degré et à la nature des effets défavorables causés pour les intérêts des États-Unis par le fait que l'[Union européenne] et certains États membres n'[avaient] pas retiré les subventions ou éliminé leurs effets défavorables conformément aux recommandations et décisions de l'ORD". Dans leur demande, les États-Unis ont "estim[é] que ce chiffre se situ[ait] entre 7 milliards et 10 milliards de dollars par année".¹⁴

1.6. Les États-Unis demandent l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1994 et de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). Selon leur demande, il n'est ni possible ni efficace pour les États-Unis de suspendre des concessions ou d'autres obligations uniquement en ce qui concerne des importations de marchandises de l'Union européenne d'une valeur pouvant aller jusqu'à 10 000 millions d'USD environ. La demande des États-Unis indique aussi qu'étant donné le degré et la nature des effets défavorables, les circonstances sont "suffisamment graves" au sens de l'article 22:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord) pour imposer des contre-mesures consistant en une ou plusieurs des mesures suivantes:

1. suspension de concessions tarifaires et d'obligations connexes (y compris d'obligations relatives au traitement de la nation la plus favorisée) au titre du GATT de 1994 concernant une liste de produits en provenance de l'Union européenne et de certains États membres à établir à partir du Tarif douanier harmonisé des États-Unis; et
2. suspension de concessions et d'obligations horizontales ou sectorielles énoncées dans la Liste d'engagements spécifiques des États-Unis en ce qui concerne tous les services définis

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, section 6.

¹¹ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.412 et section 6. Voir aussi les rapports des Groupe spéciaux *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, section 6.5.2.3.1 (décrivant les mesures d'AL/FEM pour l'A350XWB); et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 7.367 à 7.381 et tableau 1 (décrivant les mesures d'AL/FEM pour l'A380).

¹² Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, section 7.

¹³ Rapport de l'Organe d'appel et rapport du Groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, *Dispositions prises par l'Organe de règlement des différends*, WT/DS316/35.

¹⁴ Recours des États-Unis à l'article 7.9 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS316/18.

dans la Classification sectorielle des services, à l'exception des services financiers (secteur 7).¹⁵

1.7. À la réunion de l'ORD du 22 décembre 2011, l'Union européenne a contesté le niveau des contre-mesures proposé par les États-Unis et a allégué que les États-Unis n'avaient pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord. À la même réunion, l'ORD est convenu que la question soulevée par l'Union européenne dans sa déclaration était soumise à arbitrage, comme l'exigeait l'article 22:6 du Mémoire d'accord.¹⁶ L'Arbitre, qui a été constitué le 13 janvier 2012¹⁷, était composé des membres du Groupe spécial initial.

Président: M. Carlos Pérez del Castillo

Membres: M. John Adank
M. Thinus Jacobsz

1.8. Conformément aux termes de l'accord sur la chronologie conclu par les parties, et à la demande conjointe de ces dernières, l'Arbitre a suspendu la procédure d'arbitrage à compter du 20 janvier 2012 et jusqu'à ce que l'une ou l'autre partie lui demande de reprendre ses travaux.¹⁸ Le 13 juillet 2018 (soit juste un peu plus de six semaines après l'adoption des rapports de l'Organe d'appel et du Groupe spécial concernant la procédure de mise en conformité le 28 mai 2018), les États-Unis ont présenté une telle demande et l'Arbitre a repris ses travaux ce jour-là.¹⁹ Comme le Président de l'Arbitre, M. Carlos Pérez del Castillo, avait antérieurement démissionné le 17 février 2016, et que M. John Adank n'était pas disponible pour faire partie de l'Arbitre, le Directeur général a désigné un nouveau président et un nouveau membre de l'Arbitre le 9 juillet 2018, comme les États-Unis le lui avaient demandé le 28 juin 2018.²⁰ En conséquence, l'Arbitre avait désormais la composition suivante:

Président: M. Faizullah Khilji

Membres: M. Scott Gallacher
M. Thinus Jacobsz

1.9. Une réunion d'organisation a eu lieu le 14 août 2018 aux fins de l'examen des aspects procéduraux de la procédure d'arbitrage. Après avoir consulté les parties, l'Arbitre a adopté ses procédures de travail et un calendrier le 17 août 2018.²¹ Il a adopté des procédures de travail additionnelles concernant la protection des renseignements commerciaux confidentiels (RCC) et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles (RCES) le 31 août 2018. Elles ont été modifiées le 23 octobre 2018 et le 27 septembre 2019 (voir plus loin la section 2.2).²² Le 6 décembre 2018, l'Arbitre a également adopté des procédures de travail additionnelles concernant l'enregistrement, et la diffusion différée au public, des déclarations orales liminaires faites par les parties à la réunion de fond. (voir plus loin la section 2.3).²³

1.10. Conformément au calendrier et aux procédures de travail adoptés par l'Arbitre, les États-Unis ont, le 11 septembre 2018, présenté une communication expliquant leur méthode de calcul du niveau des contre-mesures proposé (note méthodologique des États-Unis). L'Union européenne a déposé sa communication écrite, y compris une demande séparée de décision préliminaire, le 15 octobre 2018. Les États-Unis ont déposé leur communication écrite, y compris leur réponse à la demande de décision préliminaire, le 9 novembre 2018. L'Arbitre a envoyé des questions aux parties, en leur demandant de répondre par écrit, le 16 novembre 2018, et les parties y ont répondu

¹⁵ Recours des États-Unis à l'article 7.9 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS316/18.

¹⁶ ORD, compte rendu de la réunion tenue le 22 décembre 2011, WT/DSB/M/309, paragraphe 4.

¹⁷ Note relative à la constitution de l'Arbitre, WT/DS316/20.

¹⁸ Communication de l'Arbitre, WT/DS316/22 (suspension des travaux de l'Arbitre).

¹⁹ Communication de l'Arbitre, WT/DS316/38 (reprise des travaux de l'Arbitre).

²⁰ Remplacement de deux membres de l'Arbitre, WT/DS316/37.

²¹ Voir les procédures de travail de l'Arbitre, annexe A-1.

²² Voir les procédures de travail additionnelles pour la protection des renseignements commerciaux confidentiels et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles, annexe A-2.

²³ Voir les procédures de travail additionnelles pour la réunion de fond avec l'Arbitre, annexe A-3.

le 30 novembre 2018. Il a envoyé des questions additionnelles aux parties, en leur demandant de répondre par écrit, le 30 novembre 2018, et les parties y ont répondu le 14 décembre 2018.

1.11. L'arbitre a tenu sa réunion de fond avec les parties les 11 et 12 février 2019. Il a rendu ses conclusions concernant la demande de décision préliminaire de l'Union européenne le 18 février 2019.²⁴ Les conclusions et les raisons qui la sous-tendent sont exposées plus loin dans la section 2.4.

1.12. Le 19 février 2019, l'Arbitre a envoyé des questions additionnelles aux parties, en leur demandant de répondre par écrit. Les parties ont répondu à ces questions le 15 mars 2019, et chacune a présenté des observations sur les réponses de l'autre le 8 avril 2019. L'Arbitre a envoyé des questions supplémentaires aux parties, en leur demandant de répondre par écrit, le 28 février 2019. Les parties ont répondu à ces questions le 22 mars 2019, et chacune a présenté des observations sur les réponses de l'autre le 12 avril 2019. L'Arbitre a envoyé des questions additionnelles aux parties le 24 mai 2019 pour que celles-ci y répondent par écrit. Les parties ont répondu à ces questions le 7 juin 2019, et chacune a présenté des observations sur les réponses de l'autre le 21 juin 2019. Au total, les parties ont répondu à [175] questions, dont beaucoup comprenaient des sous-questions, posées par l'Arbitre. Le dossier de la présente procédure comporte donc des centaines de pages de communications et des milliers de pages de pièces. La plupart de ces renseignements sont soit des RCC soit des RCES.

1.13. L'Arbitre a soumis sa décision pour traduction le 30 août 2019 et en a informé les parties. Le 13 septembre 2019, il a remis aux parties une version de sa décision contenant des RCC et une version caviardée destinée à être distribuée au public. Les parties ont présenté des demandes de caviardages supplémentaires le 19 septembre 2019. L'Arbitre a fourni ses calculs RCES sous-tendant le chiffre indiqué en bas à droite dans le tableau 21 de la présente décision le 24 septembre 2019. La décision de l'Arbitre a été distribuée aux Membres de l'OMC le 2 octobre 2019.

1.3 Deuxième procédure de mise en conformité

1.14. Le 17 mai 2018, l'Union européenne a informé l'ORD qu'elle avait pris des mesures appropriées pour rendre ses mesures pleinement conformes à ses obligations dans le cadre de l'OMC et pour donner suite aux recommandations et décisions de l'ORD.²⁵ À la réunion de l'ORD du 28 mai 2018, les États-Unis ont indiqué que "[s]ur la base de l'examen effectué par les États-Unis [de la] communication [de l'Union européenne datée du 17 mai 2018], le document de l'UE ne rendait pas compte de faits nouveaux qui pourraient d'une certaine manière régler ce différend de longue date".²⁶ Par la suite, le 27 août 2018, à la demande de l'Union européenne, l'ORD a établi un deuxième groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord.²⁷ Ce deuxième groupe spécial de la mise en conformité n'avait pas encore remis son rapport au moment où l'Arbitre a remis la présente décision.

2 QUESTIONS PROCÉDURALES

2.1. Dans la section 2, l'Arbitre examine quatre questions procédurales soulevées dans la présente procédure. Premièrement, nous décrivons brièvement les procédures relatives aux limites concernant le nombre de pages des communications écrites des parties. Deuxièmement, nous expliquons notre traitement des RCC et RCES. Troisièmement, nous traitons la demande des parties visant à ce que des segments de la réunion de fond soient enregistrés en vue d'être ultérieurement diffusés au public. Enfin, nous examinons la demande de décision préliminaire présentée par l'Union européenne.

2.1 Limites concernant le nombre de pages des communications écrites des parties

2.2. Conscient de la longueur des procédures antérieures et du volume des communications des parties en l'espèce, ainsi que de la nature accélérée des procédures au titre de l'article 22:6, l'Arbitre, avant la réunion d'organisation, a proposé de fixer des limites concernant le nombre de pages des

²⁴ Voir la décision préliminaire de l'Arbitre (conclusions), annexe B-1.

²⁵ Communication présentée par l'Union européenne, WT/DS316/34 (deuxième communication sur la mise en conformité), paragraphe 1.

²⁶ ORD, compte rendu de la réunion tenue le 28 mai 2018, WT/DSB/M/413, paragraphe 3.3.

²⁷ ORD, compte rendu de la réunion tenue le 27 août 2018, WT/DSB/M/417, paragraphe 5.5.

communications écrites des parties afin de faciliter le déroulement efficace du présent arbitrage. L'Union européenne a observé que, même si elle reconnaissait la nécessité d'une procédure efficace et rapide, l'imposition d'une limite concernant le nombre de pages des communications écrites ne serait propre à assurer ni une procédure efficace ni la protection des droits des parties en matière de régularité de la procédure.²⁸ Les États-Unis ont estimé que la limite concernant le nombre de pages proposée par l'Arbitre devrait être incluse dans les procédures de travail et ont observé que l'objection de l'Union européenne à cet égard "laiss[ait] soupçonner une volonté de provoquer des retards".²⁹ Après avoir examiné les avis des parties, l'Arbitre a décidé de relever la limite précédemment spécifiée concernant le nombre de pages des communications écrites des parties et a inclus cette limite dans ses procédures de travail. Aucune limite de temps n'a été imposée pour les déclarations orales des parties.

2.3. Les procédures de travail de l'Arbitre disposent que les communications écrites des parties et la note méthodologique des États-Unis n'auront pas plus de 125 pages (interligne 1, taille de la police 10) chacune, à l'exclusion des éventuelles pièces accompagnant ces communications. En outre, la limite spécifiée concernant le nombre de pages n'était pas absolue, car les procédures prévoient qu'un dépassement pourra être autorisé si une partie en fait la demande en temps utile et sous réserve que cette partie explique les circonstances qui, selon elle, justifient le dépassement de cette limite.³⁰ Aucune des deux parties n'a demandé de dépassement de la limite concernant le nombre de pages.

2.2 Traitement des RCC et RCES

2.4. À la réunion d'organisation, les deux parties ont demandé à l'Arbitre d'adopter des procédures de travail additionnelles pour protéger les RCC et RCES communiqués au cours de la procédure. Comme il est indiqué dans la section précédente, l'Arbitre a adopté de telles procédures de travail additionnelles le 31 août 2018, qui ont été modifiées le 23 octobre 2018 et le 27 septembre 2019.³¹

2.5. Les procédures de travail additionnelles, entre autres choses: a) définissent les RCC et RCES aux fins de la présente procédure, b) limitent l'accès aux RCC et RCES communiqués au cours de la procédure et leur utilisation admissible à certaines personnes préalablement désignées et dans certains lieux sûrs désignés, le cas échéant, c) prévoient le traitement et la manipulation des RCC et RCES dans les communications d'une partie à l'Arbitre, et d) prévoient la restitution et la destruction des RCC et RCES après l'achèvement de la procédure d'arbitrage.

2.6. De plus, les paragraphes 40 et 51 des procédures de travail additionnelles disposent que l'Arbitre ne divulguera pas de RCC et RCES dans sa décision, mais pourra faire des déclarations ou tirer des conclusions qui seront fondées sur les renseignements extraits des RCC et RCES. Point important, ils disposent aussi qu'avant que la décision de l'Arbitre ne soit distribuée aux Membres de l'OMC, il sera ménagé aux parties la possibilité de s'assurer que la décision ne contient aucun RCC ou RCES. Ces paragraphes forment le "fondement juridique"³² sur la base duquel l'Arbitre a supprimé les termes ou déclarations constituant des RCC ou RCES dans la version publique de la présente décision. En conséquence, le texte de la version distribuée aux Membres est identique à celui de la version confidentielle remise aux parties, à l'exception des passages qui sont caviardés aux fins de la protection des RCC et RCES. Ces passages ont été remplacés par "[[***]]" et "[[RCES]]".

2.7. En adoptant et appliquant les procédures additionnelles pour la protection des RCC et RCES, l'Arbitre s'est efforcé de "faire en sorte qu'un équilibre approprié soit trouvé entre la nécessité de préserver d'un risque de préjudice qui pourrait résulter de la divulgation de renseignements particulièrement sensibles, d'une part, et l'intégrité de la procédure juridictionnelle ... et les droits et les intérêts systémiques de l'ensemble des Membres de l'OMC, d'autre part".³³ Nous avons aussi

²⁸ Communication de l'Union européenne (14 août 2018), paragraphe 2.

²⁹ Communication des États-Unis (16 août 2018), paragraphe 10.

³⁰ Pour le texte intégral de la procédure adoptée au sujet des limites concernant le nombre de pages, voir les procédures de travail de l'Arbitre, annexe A-1, paragraphe 3.2.

³¹ Voir les procédures de travail additionnelles pour la protection des renseignements commerciaux confidentiels et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles, annexe A-2.

³² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 5.4.

³³ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 5.3; et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, annexe III, décision procédurale du 10 août 2010, paragraphe 15.

tenté de "faire en sorte que la version publique de [la décision] qui [serait] distribuée à tous les Membres de l'OMC soit compréhensible".³⁴ Cela dit, il est aussi important de noter qu'une part substantielle des éléments de preuve communiqués par les parties pendant la présente procédure est protégée en vertu des procédures RCC et RCES et que, par conséquent, l'Arbitre a dû faire référence à des renseignements classés comme RCC ou RCES plus souvent que cela ne s'est fait dans les décisions arbitrales antérieures.

2.8. Conformément aux procédures de travail additionnelles, les parties ont présenté le 19 septembre 2019 des demandes spécifiques concernant la suppression de RCC de la version publique de la présente décision et le 23 septembre 2019, chaque partie a présenté des observations sur la demande de l'autre partie. En réponse à ces communications, nous avons apporté les modifications appropriées à la version publique de notre décision.

2.3 Diffusion au public des déclarations liminaires des parties

2.9. À la réunion d'organisation, les deux parties sont convenues que la réunion de fond de l'Arbitre avec les parties devrait être ouverte au public dans la mesure où il était raisonnable de le faire, en particulier compte tenu de l'existence de nombreux renseignements confidentiels dans la procédure. Dans ce contexte, reconnaissant la nécessité de protéger la confidentialité des RCC et RCES auxquels il pourrait être fait référence lors de la réunion de fond, les deux parties sont aussi convenues que des procédures de travail additionnelles devraient être adoptées pour la réunion de fond des parties avec l'Arbitre. Le 6 décembre 2018, et conformément à une proposition conjointe des parties, l'Arbitre a adopté des procédures de travail additionnelles pour la réunion de fond avec l'Arbitre.³⁵ Ces procédures abordaient des questions se rapportant au traitement des RCC et RCES pendant la réunion, en général, ainsi que des questions se rapportant plus spécifiquement aux segments de la réunion destinés à être ouverts au public.

2.10. La réunion de fond de l'Arbitre avec les parties a eu lieu les 11 et 12 février 2019; pendant la réunion, les déclarations orales liminaires des parties ont été enregistrées afin d'être diffusées ultérieurement au public conformément aux dispositions des procédures de travail additionnelles. Une projection préalable de l'enregistrement à l'intention des parties a eu lieu le 8 mars 2019, en présence des deux parties, qui ont identifié des RCC mentionnés lors des déclarations orales liminaires, lesquels ont été ultérieurement supprimés avant la diffusion au public. La diffusion au public de l'enregistrement expurgé des déclarations orales liminaires des parties a eu lieu le 30 avril 2019 à l'OMC.

2.4 Demande de décision préliminaire de l'Union européenne

2.11. Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 1.10, lorsque l'Union européenne a déposé sa communication écrite, elle a aussi déposé une demande séparée visant à ce que l'Arbitre rende une décision préliminaire aussitôt que possible. Les États-Unis ont répondu à cette demande dans leur communication écrite. Peu après sa réunion avec les parties, l'Arbitre a rendu ses conclusions sur la demande de décision préliminaire. Dans la présente section, l'Arbitre réitère ses conclusions et expose les raisons qui les motivent.

2.12. Dans sa demande de décision préliminaire, l'Union européenne demande que l'Arbitre attende l'issue de la procédure du deuxième Groupe spécial de la mise en conformité³⁶ avant d'achever la procédure d'arbitrage. Selon elle, l'Arbitre et le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité devraient trouver un "moyen logique de procéder"³⁷ et coordonner leurs travaux. L'Union européenne affirme qu'il y a une interdépendance unique entre le mandat d'un arbitre désigné au titre de l'article 22:6 et celui d'un groupe spécial de la mise en conformité dans un différend au titre de la Partie III de l'Accord SMC qui concerne des subventions pouvant donner lieu à une action. Selon elle, l'Arbitre ne peut pas correctement s'acquitter de sa tâche sans prendre en compte le fait que l'Union européenne s'est ou non mise en conformité (et elle a affirmé l'avoir fait dans sa

³⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 279.

³⁵ Voir les procédures de travail additionnelles pour la réunion de fond avec l'Arbitre, annexe A-3.

³⁶ Voir plus haut le paragraphe 1.14.

³⁷ Union européenne, demande de décision préliminaire, paragraphe 3 (faisant référence à la décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 4.9).

communication la plus récente sur la mise en conformité³⁸), ainsi que le résultat de la procédure du Groupe spécial de la mise en conformité, qui a une incidence sur la procédure d'arbitrage. L'Union européenne estime qu'un préjudice grave et irréparable risquerait de lui être causé si des contre-mesures étaient imposées en dépit du fait qu'elle s'était désormais conformée aux recommandations et décisions de l'ORD.³⁹

2.13. L'Union européenne estime qu'une interprétation correcte de l'article 7.9 et 7.10 de l'Accord SMC est que l'ORD peut autoriser des contre-mesures uniquement si la mise en conformité n'a pas été réalisée. Elle rappelle à cet égard que le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité est actuellement saisi de la question de savoir si elle a réalisé sa mise en conformité sur le fond en l'espèce. Selon elle, le moyen logique de procéder consiste donc pour l'Arbitre à attendre l'issue de l'"examen multilatéral" avant de déterminer si les États-Unis peuvent être autorisés à prendre des contre-mesures.⁴⁰

2.14. Les États-Unis répondent que la demande de décision préliminaire n'avance pas de raison valable justifiant, et le Mémoire d'accord et l'Accord SMC n'exigent pas, que l'Arbitre interrompe la procédure pour permettre à l'Union européenne de faire valoir ses dernières allégations de mise en conformité. Selon eux, il n'est pas justifié d'interrompre la décision d'un arbitre dans les cas où l'allégation initiale de mise en conformité de la partie défenderesse a été jugée sans fondement, l'ORD a adopté des constatations d'incompatibilité avec les règles de l'OMC pendant la période postérieure à la mise en œuvre et la partie défenderesse a engagé une deuxième procédure de mise en conformité. Les États-Unis notent que l'arbitrage porte sur le niveau de suspension proportionnel aux effets défavorables déjà identifiés dans les rapports du premier Groupe spécial de la mise en conformité et de l'Organe d'appel, alors que le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité examinera des allégations selon lesquelles une nouvelle série de mesures ont modifié les subventions de l'Union européenne de sorte qu'elles ne causent plus d'effets défavorables. Ils soulignent également que ralentir l'arbitrage serait incompatible avec l'engagement conjoint pris par les parties dans leur accord bilatéral sur la chronologie "de coopérer afin de permettre à l'Arbitre de distribuer sa décision dans les 60 jours".⁴¹

2.15. Les États-Unis font valoir que, selon l'Union européenne, si les constatations de la deuxième procédure de mise en conformité lui étaient défavorables, elle serait libre d'établir de nouvelles allégations de mise en conformité qui interrompraient à nouveau l'arbitrage jusqu'à ce qu'une troisième procédure de mise en conformité soit achevée. D'après les États-Unis, un tel résultat leur dénierait le droit de prendre des contre-mesures en réponse au défaut de mise en conformité de l'Union européenne. Ils relèvent en outre qu'ils contestent vivement que l'Union européenne ait réalisé sa mise en conformité. Les États-Unis signalent à cet égard que l'Union européenne et eux-mêmes sont en désaccord sur la partie qui devrait supporter le risque d'incertitude pour ce qui est de savoir si l'Union européenne s'est mise en conformité. Ils estiment que ce sont eux qui ont supporté le risque d'incertitude jusqu'à la fin de la première procédure de mise en conformité. À leur avis, c'est maintenant l'Union européenne qui devrait supporter l'incertitude car elle restera passible de contre-mesures jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue sur les allégations de mise en conformité. Les États-Unis relèvent également que l'Union européenne n'a pas fait valoir que la première procédure de mise en conformité aurait dû aller vite parce que les effets défavorables causés par ses subventions étaient irréparables.⁴²

2.16. Après avoir soigneusement examiné leurs arguments, l'Arbitre a transmis aux parties sa conclusion sur la demande de décision préliminaire de l'Union européenne et a indiqué qu'il

³⁸ Communication présentée par l'Union européenne, WT/DS316/34 (deuxième communication sur la mise en conformité).

³⁹ Union européenne, demande de décision préliminaire, paragraphes 3, 4, 7 à 9, 23, 24, 52 et 74; communication à l'Arbitre (22 octobre 2018), page 2; et réponse à la question n° 50 de l'Arbitre, paragraphes 21 et 28.

⁴⁰ Union européenne, demande de décision préliminaire, paragraphes 5, 7, 34 et 37.

⁴¹ États-Unis, communication écrite, paragraphe 34 (citant l'accord sur la chronologie, paragraphe 7). Voir aussi États-Unis, communication écrite, paragraphes 21, 31, 34, 35, 60 et 69; et communication à l'Arbitre (25 octobre 2018), page 2.

⁴² États-Unis, communication écrite, paragraphes 23, 26, 27, 29, 30 et 57; et communication à l'Arbitre (25 octobre 2018), pages 2 et 3.

exposerait les raisons qui la motivaient dans sa décision.⁴³ Nous avons conclu qu'il n'était ni nécessaire ni approprié d'attendre l'issue de la deuxième procédure de mise en conformité pour entreprendre de déterminer le niveau maximal des contre-mesures que les États-Unis pourraient être autorisés à imposer. Nous avons donc rejeté la demande de l'Union européenne visant à ce que nous coordonnions nos travaux avec ceux du deuxième Groupe spécial de la mise en conformité et avons décidé de procéder à nos travaux.

2.17. Dans la présente section, nous exposons les raisons qui motivent notre conclusion. Avant de le faire, il est utile de préciser la nature et les implications pratiques de la demande de l'Union européenne. S'agissant de la nature de la demande, l'Union européenne demande que nous reportions l'achèvement de nos travaux le temps que la question de sa mise en conformité soit tranchée dans la deuxième procédure de mise en conformité. Autrement dit, elle ne nous demande pas de trancher la question de sa mise en conformité nous-mêmes.

2.18. S'agissant des implications pratiques, l'Union européenne dit que nous devrions coordonner nos travaux avec ceux du deuxième Groupe spécial de la mise en conformité et que nous devrions attendre l'issue de l'"examen multilatéral"⁴⁴ de son allégation de mise en conformité sur le fond. Étant donné que le rapport du deuxième Groupe spécial de la mise en conformité est susceptible d'appel, l'"examen multilatéral" ne serait achevé et définitif qu'à l'issue de tout appel que l'une ou l'autre partie pourrait interjeter. Le report demandé par l'Union européenne aurait donc pu être substantiel. Nous notons à cet égard que, conformément à l'article 22:6 du Mémoire d'accord, les arbitrages doivent être menés à bien de façon accélérée, dans les 60 jours suivant la date à laquelle la question a été soumise à arbitrage. Si les parties avaient souhaité que nous ne fassions rien, elles auraient pu conjointement demander une nouvelle suspension de la présente procédure d'arbitrage.⁴⁵ Or il est clair que les parties ne s'accordaient pas sur le fait que le type de coordination avec le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité que l'Union européenne proposait serait approprié.⁴⁶

2.19. Malgré cela, l'Union européenne demande, en réalité, que sans égard au fait que les États-Unis ne consentent pas au report de la procédure d'arbitrage, nous imposions une coordination des calendriers avec le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité. Elle avance trois arguments principaux à l'appui de sa demande: a) un argument concernant l'article 22:8 du Mémoire d'accord; b) un argument concernant la non-rétroactivité des mesures correctives dans le cadre de l'OMC; et c) un argument fondé sur des décisions arbitrales antérieures. Nous les examinons tour à tour ci-après.

2.4.1 Argument de l'Union européenne concernant l'article 22:8 du Mémoire d'accord

2.20. Selon l'Union européenne, le droit de demander des contre-mesures au titre de l'article 7.9 de l'Accord SMC naît lorsqu'il n'y a pas mise en conformité à la fin de la période de mise en œuvre, mais l'article 7.9 n'indique pas si des contre-mesures peuvent être demandées, et autorisées, dans les cas où le Membre défendeur a affirmé qu'il y avait mise en conformité après la fin de la période de mise en œuvre et qu'un groupe spécial de la mise en conformité a été établi pour déterminer si la mise en conformité a été réalisée. Cependant, de l'avis de l'Union européenne, l'article 22:8 du Mémoire d'accord implique qu'aucune contre-mesure ne peut être autorisée si une mise en conformité sur le fond a été réalisée. L'Union européenne affirme que nous devrions donc attendre l'issue d'un examen multilatéral de son allégation de mise en conformité sur le fond.⁴⁷

2.21. Les États-Unis observent que l'ORD a constaté que l'Union européenne ne s'était pas conformée à ses recommandations et décisions, et que le Mémoire d'accord dispose que l'ORD doit autoriser des contre-mesures au niveau déterminé par l'Arbitre. Ils estiment que l'article 22:8

⁴³ Arbitre, communication aux parties, annexe C-1, (18 février 2019) (contenant les conclusions de l'Arbitre sur la demande de décision préliminaire de l'Union européenne, qui font partie intégrante de la décision de l'Arbitre).

⁴⁴ Union européenne, demande de décision préliminaire, paragraphe 37.

⁴⁵ Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 1.8, à la demande des parties, la présente procédure d'arbitrage a été suspendue de janvier 2012 à juillet 2018.

⁴⁶ Selon les États-Unis, la "seule action appropriée à ce stade consiste à faire avancer rapidement le présent arbitrage". (États-Unis, communication écrite, paragraphe 21)

⁴⁷ Union européenne, demande de décision préliminaire, paragraphes 38 et 39; et réponse à la question n° 50 de l'Arbitre, paragraphes 9 et 18.

n'empêche pas l'application de contre-mesures dans le présent différend et que toutes contre-mesures autorisées par l'ORD pourraient dûment subsister jusqu'à ce que l'ORD adopte une constatation de mise en conformité (ou que les parties conviennent qu'une solution a été trouvée). Selon eux, ce qui compte dans le cadre de l'article 22:8, ce n'est pas l'affirmation de la mise en conformité mais la constatation de mise en conformité adoptée par l'ORD (que l'Union européenne n'a pas obtenue).⁴⁸

2.22. L'Arbitre prend tout d'abord note du texte de l'article 22:8, dont la partie pertinente dispose que la suspension de concessions ou d'autres obligations "ne durera que jusqu'à ce que la mesure jugée incompatible avec un accord visé ait été éliminée".⁴⁹ Ainsi, l'article 22:8, de par ses termes, concerne l'"application" de la suspension de concessions ou d'autres obligations. L'article 22:7 précède l'article 22:8 et fait partie de son contexte immédiat. La dernière phrase de l'article 22:7 dispose que l'ORD doit, sur demande, accorder l'"autorisation" de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans les cas où la demande est compatible avec la décision de l'Arbitre désigné au titre de l'article 22:6 (et où il n'y a pas à l'ORD de consensus négatif contre la demande). En conséquence, l'article 22:7 concerne l'"autorisation", tandis que l'article 22:8 concerne l'"application", d'une suspension de concessions ou d'autres obligations. Selon nous, ces éléments montrent clairement que l'article 22:8 vise une situation postérieure à l'autorisation – une situation dans laquelle la suspension de concessions ou d'autres obligations a déjà été autorisée par l'ORD – et non une situation antérieure à l'autorisation.⁵⁰

2.23. Nous ne convenons donc pas que l'article 22:8 empêche l'ORD d'"autoriser" des contre-mesures dans un cas de figure antérieur à l'autorisation comme le nôtre, dans lequel l'ORD a statué après la procédure de mise en conformité que la partie défenderesse ne s'était pas mise en conformité à la fin de la période de mise en œuvre et la partie plaignante demande que l'ORD l'autorise à prendre des contre-mesures sur la base de la décision antérieure de l'ORD sur la mise en conformité.⁵¹

2.24. En fait, le différend *États-Unis – Thon II (Mexique)* est un bon exemple. L'ORD a statué que les États-Unis ne s'étaient pas mis en conformité à la fin du délai raisonnable. Le Mexique a alors demandé l'autorisation de suspendre des concessions et la question a été soumise à un arbitre désigné au titre de l'article 22:6. Cependant, à la même époque à peu près, une mesure révisée prise par les États-Unis pour se conformer est entrée en vigueur, dont les États-Unis ont allégué qu'elle réalisait la mise en conformité.⁵² Un groupe spécial de la mise en conformité a ultérieurement été établi par suite de demandes séparées des États-Unis et du Mexique. L'Arbitre a achevé ses travaux avant le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité et l'ORD a autorisé le Mexique à prendre des mesures de rétorsion. Des mois plus tard, le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité a constaté que la mesure révisée des États-Unis concernant le thon assurait leur mise en conformité et la constatation du Groupe spécial a ensuite été confirmée par l'Organe d'appel. Par conséquent, en dépit du fait que les États-Unis alléguaient être en conformité lorsque le Mexique a demandé à l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations, l'ORD a accordé cette autorisation au Mexique.

2.4.2 Argument de l'Union européenne concernant la non-rétroactivité des mesures correctives dans le cadre de l'OMC

2.25. Par ailleurs, l'Union européenne fait valoir que si l'Arbitre autorisait les États-Unis à imposer des contre-mesures pour répondre à une infraction passée à l'Accord SMC plutôt qu'à une quelconque incompatibilité actuelle avec l'Accord SMC, cela reviendrait à accorder aux États-Unis

⁴⁸ États-Unis, communication écrite, paragraphes 28, 48 et 50.

⁴⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 306 (indiquant que "l'application de la suspension de concessions peut se poursuivre jusqu'à ce que l'élimination de la mesure jugée incompatible par l'ORD aboutisse à une mise en conformité sur le fond").

⁵⁰ Voir aussi la décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, paragraphe 3.45.

⁵¹ L'article 22:8 empêcherait toutefois la partie plaignante de continuer à appliquer toutes contre-mesures autorisées par l'ORD si une quelconque procédure de mise en conformité achevée par la suite établissait que la partie défenderesse s'est mise en conformité sur le fond.

⁵² Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, les parties étaient en désaccord sur la date à laquelle la mesure de 2016 concernant le thon était entrée en vigueur et l'Arbitre n'a pas jugé nécessaire de trancher cette question. (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphes 3.64 et 3.65)

une mesure corrective rétroactive. Elle affirme que cela irait à l'encontre du principe voulant que les contre-mesures soient de nature prospective et non rétroactive.⁵³

2.26. De l'avis des États-Unis, si les mesures récentes de l'Union européenne réalisaient la mise en conformité (comme elle l'allègue) cela n'impliquerait pas que les États-Unis se verraient accorder une mesure corrective rétrospective pour des effets défavorables passés infligés par l'Union européenne, plutôt qu'une mesure corrective pour des effets persistants. Selon eux, l'argument de l'Union européenne ne tient pas compte du fait que l'inverse serait aussi vrai. Les États-Unis affirment que si l'Arbitre arrêta la procédure et que la deuxième procédure de mise en conformité aboutissait au rejet des allégations de mise en conformité de l'Union européenne, l'Arbitre dénierait aux États-Unis le droit de suspendre des concessions pour rétablir l'équilibre des droits et obligations perturbé par le subventionnement incompatible avec les règles de l'OMC que l'Union européenne continuait d'accorder.⁵⁴

2.27. L'Arbitre observe que l'ORD autoriserait les États-Unis à prendre des contre-mesures de manière prospective (c'est-à-dire à compter de la date de l'autorisation de l'ORD) pour répondre à une infraction aux obligations dans le cadre de l'OMC persistante dont l'existence a été déterminée multilatéralement.⁵⁵ En outre, conformément à l'article 22:8, toutes contre-mesures de ce type pourraient rester en vigueur jusqu'à ce qu'une nouvelle détermination multilatérale soit établie par l'ORD selon laquelle il n'y a plus d'infraction (ou que les parties soient arrivées à une solution mutuellement convenue). Ce serait seulement si des contre-mesures restaient en vigueur même après que l'ORD avait déterminé qu'il n'y avait plus d'infraction que l'on pourrait dire que ces contre-mesures "répondaient à une infraction passée" (c'est-à-dire une infraction ayant cessé). En revanche, une déclaration unilatérale de mise en conformité de la partie défenderesse ne transforme pas des contre-mesures multilatéralement autorisées qui soit commencent soit continuent à être mises en œuvre après la date de cette déclaration en contre-mesures qui "répondent à une infraction passée" à compter de la date de leur première mise en œuvre (dans le cas où elles commencent à être mises en œuvre après la déclaration) ou de la date de la déclaration (dans le cas où elles continuent à être mises en œuvre). Enfin, nous notons que dans le différend *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'ORD a accordé au Mexique le droit de suspendre des concessions ou d'autres obligations en réponse à une détermination multilatérale antérieure de non-mise en conformité établie par l'ORD malgré l'allégation des États-Unis selon laquelle ils s'étaient entre-temps mis en conformité.⁵⁶

2.28. Compte tenu des considérations qui précèdent, nous ne pouvons pas admettre l'argument de l'Union européenne selon lequel autoriser les États-Unis à prendre des contre-mesures avant que la procédure du deuxième Groupe spécial de la mise en conformité soit achevée reviendrait à accorder une mesure corrective rétroactive.

2.4.3 Décisions arbitrales antérieures mentionnées par l'Union européenne

2.29. L'Union européenne affirme que trois décisions arbitrales antérieures au titre de l'article 22:6 étayaient sa position selon laquelle il n'y a pas de base permettant d'autoriser des contre-mesures si la mise en conformité a été réalisée. Premièrement, elle signale que l'Arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)* a évalué si l'Union européenne s'était mise en conformité au moyen des mesures qu'elle avait prises après la procédure initiale. Deuxièmement, elle mentionne la décision arbitrale rendue dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, dans le cadre de laquelle l'Arbitre n'avait pas inclus dans son évaluation un programme de subventions qui avait été jugé incompatible avec les règles de l'OMC par le Groupe spécial initial mais dont les parties convenaient qu'il avait été retiré après la fin de la période de mise en œuvre. Troisièmement, elle relève que l'Arbitre dans l'affaire *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)* a décidé qu'il attendrait les résultats de la procédure de mise en conformité devant l'Organe d'appel avant de parvenir à une conclusion au titre de l'article 22:6. L'Union européenne note qu'un seul arbitre,

⁵³ Union européenne, demande de décision préliminaire, paragraphes 56 à 58.

⁵⁴ États-Unis, communication écrite, paragraphes 54 et 55.

⁵⁵ Dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, l'Organe d'appel a fait référence à la "*nature prospective* des mesures correctives dans les procédures de règlement des différends de l'OMC" et a observé qu'en vertu de l'article 7.8 de l'Accord SMC, un Membre plaignant pouvait "obtenir réparation sous la forme d'une mesure corrective prospective". (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.374). (italique dans l'original)

⁵⁶ ORD, compte rendu de la réunion tenue le 22 mai 2017, WT/DSB/M/397, paragraphe 7.24; et demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis, WT/DS381/32 (12 avril 2016).

l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), a adopté une approche différente exposée dans une décision préliminaire (la décision préliminaire de l'Arbitre *États-Unis – Thon II*). Elle estime que les circonstances en l'espèce sont différentes parce que le présent différend vise des contre-mesures en réponse à des recommandations de l'ORD concernant des subventions pouvant donner lieu à une action. Pour l'Union européenne, l'hypothèse sur laquelle reposent les travaux d'un arbitre dans ce contexte, c'est l'existence d'effets défavorables. À son avis, cette différence appelle une approche différente.⁵⁷

2.30. Les États-Unis répondent que les décisions arbitrales antérieures n'étaient pas l'interruption d'un arbitrage au titre de l'article 22:6 en attendant l'issue de la procédure d'un deuxième groupe spécial de la mise en conformité. Ils affirment que la décision pertinente la plus récente, la décision dans le différend *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), est aussi la plus semblable à la présente procédure et confirme que l'Arbitre ne devrait pas interrompre ses travaux pour attendre les résultats finals de la deuxième procédure de mise en conformité. Les États-Unis estiment que le raisonnement élaboré par cet arbitre s'applique, avec encore plus de force, dans une procédure au titre de la Partie III de l'Accord SMC. D'après eux, conformément à l'article 7.10, les contre-mesures doivent être liées aux effets défavorables dont il a été déterminé dans la procédure la plus récente qu'ils étaient incompatibles avec l'Accord SMC, et non à une version plus récente alléguée de la mesure pertinente. S'agissant des autres décisions arbitrales mentionnées par l'Union européenne, les États-Unis font valoir qu'elles n'étaient pas ses vues.⁵⁸

2.31. L'Arbitre relève que les trois décisions arbitrales sur lesquelles l'Union européenne s'appuie ont toutes été évoquées et examinées de façon assez détaillée dans la décision préliminaire de l'Arbitre *États-Unis – Thon II*.⁵⁹ Nous souscrivons à l'analyse figurant dans cette décision et considérons donc que ces décisions arbitrales n'étaient pas la position de l'Union européenne. Dans l'affaire *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*), la partie plaignante demandait l'autorisation de prendre des mesures de rétorsion sans avoir auparavant mené à bien une procédure de mise en conformité. L'Arbitre a déterminé que le moyen le plus logique de procéder était pour lui d'effectuer son propre examen de la compatibilité avec les règles de l'OMC de la mesure prise par l'Union européenne pour se conformer.⁶⁰ Dans la présente procédure, il y a une détermination antérieure de non-mise en conformité établie par l'ORD à l'issue de la première procédure de mise en conformité. Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis I*), l'Arbitre a exclu de son évaluation une mesure des États-Unis auparavant incompatible avec les règles de l'OMC dont les parties convenaient qu'elle avait été retirée avant les procédures du groupe spécial de la mise en conformité et de l'arbitre et au sujet de laquelle l'ORD, après la procédure de mise en conformité, n'avait pas fait de détermination de non-mise en conformité.⁶¹ Dans la présente procédure, il n'y a pas de détermination multilatérale selon laquelle l'Union européenne s'est mise en conformité et les parties ne conviennent pas qu'elle s'est mise en conformité, ce qui fait qu'il n'y a pas de raison de "refus[er] d'autoriser des contre-mesures"⁶² se rapportant aux effets défavorables incompatibles avec les règles de l'OMC dont l'existence a été déterminée dans la procédure de mise en conformité antérieure. Enfin, dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – *Brésil*), il n'y avait pas de détermination de non-mise en conformité établie par l'ORD à l'issue d'une procédure de mise en conformité antérieure lorsque la procédure d'arbitrage a débuté. L'Arbitre a donc décidé d'attendre le résultat de l'appel dans la procédure de mise en conformité (qui devait être connu moins de deux mois après le début de la procédure d'arbitrage) pour permettre aux parties d'en tenir compte dans le contexte de la procédure d'arbitrage, puisque "[l]a décision de l'Organe d'appel pourrait ... influencer la mesure dans laquelle le Brésil pouvait être considéré comme ayant mis sa législation en conformité avec ses obligations dans le cadre de l'OMC".⁶³ Dans la présente procédure, il y a déjà une détermination de non-mise en conformité établie par l'ORD à l'issue d'une procédure de mise en conformité antérieure. Il n'est donc pas nécessaire d'attendre les résultats finals de la deuxième procédure de mise en conformité que l'Union européenne a engagée par la suite.

⁵⁷ Union européenne, demande de décision préliminaire, paragraphes 59 à 61 et 63 à 73.

⁵⁸ États-Unis, communication écrite, paragraphes 61 à 69.

⁵⁹ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphes 3.29 à 3.47.

⁶⁰ Décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*), paragraphe 4.9.

⁶¹ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis I*), paragraphes 3.21 et 3.50.

⁶² Union européenne, demande de décision préliminaire, paragraphe 63.

⁶³ Décision de l'Arbitre *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – *Brésil*), paragraphe 2.1.

2.32. Pour ce qui est des circonstances factuelles sous-tendant la décision préliminaire de l'Arbitre *États-Unis – Thon II*, nous estimons qu'elles sont pour l'essentiel semblables aux nôtres. Comme dans la présente procédure, lorsque l'arbitrage a débuté, il y avait une détermination de non-mise en conformité établie par l'ORD à l'issue d'une procédure de mise en conformité antérieure. Une deuxième série de procédures de mise en conformité a de même été engagée peu après le lancement de la procédure d'arbitrage. Néanmoins, l'Arbitre n'a pas attendu les résultats finals de la deuxième procédure de mise en conformité et a mené la procédure d'arbitrage sur la base de la détermination antérieure de l'ORD. Selon l'Arbitre, cela était justifié parce qu'à son avis, le texte de l'article 22:6 "prescri[va]it à un arbitre d'évaluer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages causée par la mesure initiale incompatible avec les règles de l'OMC (dans les cas où aucune mesure de mise en conformité n'[avait] été prise ultérieurement), ou une mesure de mise en conformité ultérieure incompatible avec les règles de l'OMC, qui existait au moment de l'expiration du délai raisonnable".⁶⁴ L'Arbitre a en outre observé que cette mesure "[pouvait] ou non être la version la plus récente de la mesure pertinente".⁶⁵ Nous avons soigneusement examiné le raisonnement que l'Arbitre a exposé à l'appui de ces déclarations⁶⁶ et le jugeons convaincant.

2.33. En appliquant ce raisonnement à la présente procédure, *mutatis mutandis*, nous parvenons à deux conclusions provisoires. Premièrement, nous estimons que notre mandat est de déterminer le niveau des contre-mesures d'après les effets défavorables dont l'existence a été déterminée dans la procédure de mise en conformité antérieure et non par référence à la situation actuelle, dans laquelle, selon ce que l'Union européenne allègue, il n'existe plus aucun effet défavorable ou les subventions pertinentes ont été retirées. Nous rappelons à cet égard qu'à notre avis, la référence dans l'article 7.10 de l'Accord SMC aux effets défavorables "dont l'existence aura été déterminée" devrait être interprétée comme une référence à tout effet défavorable dont l'existence a été déterminée par le groupe spécial et l'Organe d'appel dans leurs rapports.⁶⁷ Les rapports de ce type les plus récents adoptés par l'ORD sont ceux qui ont été distribués à la fin de la première procédure de mise en conformité. Nous observons que le fait de nous acquitter de notre mandat de cette façon trace une démarcation claire entre le champ de notre examen et celui de l'examen du deuxième Groupe spécial de la mise en conformité. Notre examen porte sur les faits dont il a été déterminé qu'ils existaient pendant la période de référence 2011-2013, tandis que le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité se concentre sur les faits qui existaient des années plus tard, en 2018, à la date de son établissement. Comme il n'y a donc pas de risque apparent que notre décision soit en contradiction ou incompatible avec le ou les rapports concernant la deuxième procédure de mise en conformité, il ne nous apparaît pas que nous devions établir le type de "coordination" avec le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité que l'Union européenne demande.

2.34. Deuxièmement, même si nous faisons abstraction de notre mandat consistant à achever la présente procédure d'arbitrage rapidement, nous ne voyons pas de raison d'attendre les résultats finals de la deuxième procédure de mise en conformité. La présente procédure d'arbitrage vise à déterminer le niveau maximal des contre-mesures que l'ORD pourra autoriser les États-Unis à imposer en réponse au défaut de mise en conformité de l'Union européenne à la fin de la période de mise en œuvre en 2011. Le fondement juridique de toute autorisation de ce type est la détermination antérieure de non-mise en conformité établie par l'ORD suite à la première procédure de mise en conformité. Il n'y a pas eu depuis de détermination intermédiaire de l'ORD établissant que l'Union européenne s'est mise en conformité. Par conséquent, la présente procédure d'arbitrage peut et devrait, à notre avis, être menée sans retard. Nous observons à cet égard que, même si l'ORD les autorise à imposer des contre-mesures à l'issue de la présente procédure, les États-Unis ne sont pas obligés de mettre en œuvre de telles mesures immédiatement ou de les mettre en œuvre tout

⁶⁴ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 3.24.

⁶⁵ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 3.24.

⁶⁶ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphes 3.7 à 3.23 et 3.49 à 3.55.

⁶⁷ Voir plus loin le paragraphe 5.5. Nous convenons avec les États-Unis que le texte de l'article 7.10, lorsqu'il est lu conjointement avec l'article 7.8 de l'Accord SMC, est encore plus clair que l'article 22:4 du Mémoire d'accord, lu conjointement avec l'article 22:2 du Mémoire d'accord, sur lequel la décision préliminaire de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique)* repose, pour ce qui est de lier une procédure d'arbitrage à la mesure initiale incompatible avec les règles de l'OMC ou à une mesure ultérieure de mise en conformité incompatible avec les règles de l'OMC qui existait à l'expiration de la période de mise en œuvre. (États-Unis, communication écrite, paragraphe 66; et décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 3.21).

court.⁶⁸ En outre, comme cela a également été indiqué dans la décision préliminaire de l'Arbitre *États-Unis – Thon II*⁶⁹, il est concevable qu'après toute autorisation d'imposer des contre-mesures accordée par l'ORD, les résultats finals auxquels aboutira la deuxième procédure de mise en conformité soient que l'Union européenne a réalisé sa mise en conformité. Si tel était le cas, et si l'ORD adoptait ces résultats, les États-Unis, conformément à l'article 22:8 du Mémoire d'accord, devraient supprimer dans les moindres délais toutes contre-mesures qu'ils auraient pu imposer après y avoir été autorisés par l'ORD.⁷⁰

2.35. En dépit de ce qui précède, l'Union européenne affirme que les circonstances dans la présente procédure appellent une approche différente de celle adoptée dans la décision préliminaire de l'Arbitre *États-Unis – Thon II*. Selon elle, cela tient à ce que dans la présente procédure, les contre-mesures demandées se rapportent à des subventions pouvant donner lieu à une action qui relèvent de la Partie III de l'Accord SMC. Nous rappelons que la décision préliminaire de l'Arbitre *États-Unis – Thon II* visait une suspension de concessions ou d'autres obligations demandée qui se rapportait à une mesure enfreignant différents types de dispositions de différents accords visés, à savoir le GATT de 1994 et l'Accord OTC. Nous examinons l'argument de l'Union européenne dans la section suivante.

2.4.4 Argument de l'Union européenne relatif au caractère unique des différends concernant des subventions pouvant donner lieu à une action

2.36. L'Union européenne fait valoir que lorsque des subventions pouvant donner lieu à une action qui relèvent de la Partie III de l'Accord SMC sont en cause, il y a une interdépendance unique entre les mandats des arbitres et ceux des groupes spéciaux de la mise en conformité. Selon elle, leurs mandats sont complémentaires, ce qui fait que la deuxième procédure de mise en conformité a une incidence directe sur la procédure d'arbitrage. L'Union européenne observe que l'hypothèse sur laquelle reposent les travaux d'un arbitre dans le cadre d'affaires relatives à des subventions pouvant donner lieu à une action est l'existence d'effets défavorables, et qu'en l'espèce, la question de savoir si des effets défavorables existent est en instance d'examen multilatéral devant un groupe spécial de la mise en conformité. À son avis, l'arbitre n'a donc pas une compétence exclusive en ce qui concerne l'existence d'effets défavorables et, dans la présente procédure, l'Arbitre devrait donc coordonner ses travaux avec ceux du deuxième Groupe spécial de la mise en conformité. L'Union européenne soutient que la décision préliminaire de l'Arbitre *États-Unis – Thon II* concernait un différend dans lequel un tel lien étroit n'existait pas entre la procédure d'arbitrage et la deuxième procédure de mise en conformité. D'après elle, cela tient à ce que le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité dans ce différend n'avait pas à démontrer l'existence d'un préjudice (annulation ou réduction d'avantages) pour déterminer si la mise en conformité avait été réalisée.⁷¹

2.37. Les États-Unis font valoir que l'article 7.10 de l'Accord SMC prévoit explicitement une décision arbitrale fondée sur les effets défavorables dont l'existence aura été "déterminée" dans un rapport antérieur adopté par l'ORD. Ils en infèrent que l'article 7.10 donne pour instruction à un arbitre de s'appuyer sur les effets défavorables déterminés dans le passé pour fixer le niveau des contre-mesures dans le présent. Pour eux, cela signifie que la possibilité que la situation ait évolué après cette détermination n'empêche pas l'arbitre de mener à bien ses travaux. À leur avis, cela est vrai même à supposer que la Partie III de l'Accord SMC diffère des autres disciplines de l'OMC de la manière dont l'Union européenne l'allègue. Les États-Unis soutiennent en outre que l'hypothèse de l'Union européenne, selon laquelle une évaluation des effets négatifs d'une mesure ne joue aucun rôle en dehors de la Partie III de l'Accord SMC, est incorrecte. Ils citent comme exemples les

⁶⁸ Nous rappelons que dans le différend *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'ORD a, en mai 2017, autorisé le Mexique à suspendre des concessions ou d'autres obligations. À notre connaissance, le Mexique n'a procédé à aucune suspension de concessions et d'autres obligations et a, au lieu de cela, attendu les résultats finals de la procédure du deuxième Groupe spécial de la mise en conformité, que l'ORD a adoptés en janvier 2019. (Dispositions prises par l'Organe de règlement des différends, WT/DS381/49/Rev.1).

⁶⁹ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 3.60.

⁷⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 306 (indiquant que "[s]i, au moyen d'un recours à un processus multilatéral de règlement des différends, il est constaté que la mesure de mise en œuvre assure la mise en conformité sur le fond, la suspension de concessions ne peut plus être appliquée ... et la cessation de la suspension est exigée"). Les États-Unis ne contestent pas qu'ils ne seraient plus en droit d'appliquer des contre-mesures en l'espèce si l'ORD constatait à un moment donné que l'Union européenne se conformait à ses obligations. (États-Unis, communication écrite, paragraphe 23).

⁷¹ Union européenne, demande de décision préliminaire, paragraphes 4, 7, 8, 24, 46, 47, 50, 51, 71 et 74; et réponse à la question n° 50 de l'Arbitre, paragraphe 28.

obligations de traitement national prévues par le GATT de 1994 et l'AGCS, qui exigent qu'il soit montré que la mesure contestée modifie les conditions de concurrence au détriment des marchandises ou services d'un autre Membre.⁷²

2.38. L'Arbitre note que les différends concernant des subventions pouvant donner lieu à une action différent effectivement de nombreux autres différends soumis à l'OMC car ils font intervenir des disciplines fondées sur les effets. En vertu de ces disciplines, la partie plaignante doit démontrer l'existence d'effets défavorables pour établir la validité d'une allégation de violation. Il est donc exact que, dans le présent différend, tant l'Arbitre que le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité se préoccupent des effets défavorables: nous devons quantifier les effets défavorables dont l'existence a précédemment été déterminée, tandis que le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité doit déterminer si, compte tenu de l'allégation de mise en conformité de l'Union européenne, des effets défavorables existaient toujours (c'est-à-dire n'avaient pas été éliminés au moyen des mesures prises pour se conformer) au moment où il a été établi.

2.39. Cependant, nous ne partageons pas l'avis de l'Union européenne selon lequel la procédure du deuxième Groupe spécial de la mise en conformité a une "incidence directe" sur la présente procédure d'arbitrage.⁷³ En revanche, comme cela sera mis en évidence tout au long de notre décision, c'est la première procédure de mise en conformité qui a une incidence directe sur la présente procédure d'arbitrage car c'est lors de cette procédure que l'existence des effets défavorables auxquels les contre-mesures des États-Unis doivent être proportionnelles a été déterminée. En outre, nous centrons notre examen sur les effets défavorables dont il a été déterminé qu'ils existaient pendant la période de référence 2011-2013, c'est-à-dire *dans le passé*, alors que le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité centre le sien sur la question de savoir s'il y avait toujours des effets défavorables *plus récemment*, à la date de son établissement. Nous ne percevons donc ni une relation "complémentaire" ni une relation d'"interdépendance" entre les mandats de ces deux organes juridictionnels de l'OMC distincts.

2.40. Nous ne pouvons donc pas admettre l'allégation de l'Union européenne selon laquelle il y a une "interdépendance unique" entre la présente procédure d'arbitrage et la procédure du deuxième Groupe spécial de la mise en conformité. Par conséquent, nous ne partageons pas non plus l'avis de l'Union européenne selon lequel les circonstances de la présente procédure appellent une approche différente de l'approche adoptée dans la décision préliminaire de l'Arbitre *États-Unis – Thon II*. Les deux conclusions provisoires auxquelles nous sommes parvenus dans la section précédente restent donc valables, tout comme notre conclusion globale sur la demande de décision préliminaire de l'Union européenne.

3 MANDAT DE L'ARBITRE

3.1. Dans le cadre de son recours à un arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, l'Union européenne a contesté le niveau des contre-mesures figurant dans la demande des États-Unis à l'effet d'être autorisés à prendre des contre-mesures au titre de l'article 22:2 du Mémoire d'accord et de l'article 7.9 de l'Accord SMC. Elle a aussi allégué que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord n'avaient pas été suivis et que la proposition des États-Unis n'était pas autorisée en vertu des accords visés.⁷⁴

3.2. L'article 7.9 de l'Accord SMC dispose que, si certaines conditions sont remplies, "l'ORD accordera au Membre plaignant l'autorisation de prendre des contre-mesures proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée, à moins que l'ORD ne décide par consensus de rejeter la demande". L'article 7.10 de l'Accord SMC dispose que, "[d]ans le cas où une partie au différend demandera un arbitrage conformément au paragraphe 6 de l'article 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, l'arbitre déterminera si les contre-mesures sont proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée".

⁷² États-Unis, communication écrite, paragraphes 39, 44 et 51 à 53.

⁷³ À des fins de clarté, nous notons toutefois que les résultats finals de la deuxième procédure de mise en conformité pourront avoir une incidence directe sur le droit des États-Unis, au titre de l'article 22:8 du Mémoire d'accord, de continuer à maintenir toutes contre-mesures autorisées par l'ORD qu'ils auraient pu imposer avant l'adoption de ces résultats finals.

⁷⁴ Voir plus haut la section 1.2.

3.3. L'article 7.9 et l'article 7.10 constituent des "règles et procédures spéciales ou additionnelles" visées à l'Appendice 2 du Mémoire d'accord. Conformément à l'article 1:2 du Mémoire d'accord, "[d]ans la mesure où il y a une différence entre les règles et procédures du présent mémoire d'accord et les règles et procédures spéciales ou additionnelles indiquées à l'Appendice 2, ces dernières prévaudront".

3.4. Le présent arbitrage est régi à la fois par l'article 7.10 et par l'article 22:6. L'article 22:7 du Mémoire d'accord définit le mandat d'un arbitre agissant exclusivement au titre de l'article 22:6. En d'autres termes, l'arbitre "déterminera si le niveau de [la] suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages". L'article 7.10 de l'Accord SMC définit le mandat d'un arbitre quelque peu différemment. Il dispose que, dans le cas où une partie à un différend demandera un arbitrage au titre de l'article 22:6, l'arbitre "déterminera si les contre-mesures sont proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée". Conformément au statut de l'article 7.10, soit l'une des "règles et procédures spéciales ou additionnelles" énumérées à l'Appendice 2 du Mémoire d'accord, nous menons le présent arbitrage eu égard au mandat établi à l'article 7.10.⁷⁵ Comme il est indiqué à l'article 7.10, notre mandat dans la présente procédure d'arbitrage est de déterminer si les contre-mesures proposées par les États-Unis sont "proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée". Toutefois, au cas où nous constaterions que le niveau des contre-mesures proposées par les États-Unis n'est pas proportionnel, nous devrions alors établir notre propre détermination du niveau des contre-mesures qui est proportionnel au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée.⁷⁶ De même, au cas où nous déterminerions que la méthode proposée par les États-Unis pour le calcul du niveau des contre-mesures, ou toute méthode de rechange proposée par l'Union européenne, a des défauts et n'est pas appropriée, telle qu'elle a été présentée, nous pourrions soit apporter des ajustements appropriés soit élaborer nous-mêmes une autre méthode appropriée.⁷⁷

3.5. Pour établir ces déterminations, nous nous référerons aux décisions arbitrales antérieures. Bien que bon nombre de ces décisions arbitrales aient été établies exclusivement au titre de l'article 22:6, il est, à notre avis, approprié que nous nous y référions dans notre propre décision, s'il y a lieu. Dans la mesure où notre mandat est régi par l'article 7.10 de l'Accord SMC, nous observons que cet article fait explicitement référence à une demande d'arbitrage au titre de l'article 22:6, ce qui confirme que les arbitrages régis par l'article 7.10 sont, en même temps, régis par l'article 22:6. Cela vaut aussi pour les cas où nous nous référons à des décisions arbitrales au titre de l'article 4.11 de l'Accord SMC concernant des subventions prohibées au lieu de subvention pouvant donner lieu à une action. L'article 4.11 confirme pareillement que les arbitrages au titre de l'article 4.11 sont en même temps des arbitrages au titre de l'article 22:6.⁷⁸

3.6. Les dispositions générales de l'article 22:7 du Mémoire d'accord sont également pertinentes pour notre mandat. Elles précisent que, "si la question soumise à arbitrage comprend l'affirmation selon laquelle les principes et procédures énoncés [à l'article 22:3 du Mémoire d'accord] n'ont pas été suivis, l'arbitre examinera cette affirmation". Elles disposent en outre que l'arbitre "pourra aussi déterminer si la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée est autorisée en vertu de l'accord visé". Il relève donc aussi de notre mandat d'examiner l'allégation

⁷⁵ L'article 4.11 de l'Accord SMC renvoie à l'article 22:6 du Mémoire d'accord de la même façon essentiellement que le fait l'article 7.10. Nous relevons ainsi qu'aucun arbitre antérieur agissant au titre soit de l'article 4.11 soit de l'article 7.10 n'a, en plus de déterminer un niveau de contre-mesures qui était compatible avec le critère juridique figurant dans l'une ou l'autre de ces deux dispositions, jugé aussi nécessaire de faire en sorte que le niveau des contre-mesures soit compatible avec le critère susmentionné figurant à l'article 22:7 du Mémoire d'accord.

⁷⁶ Décisions des Arbitres *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 1.15 (citant la décision de l'Arbitre *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 12 (expliquant qu'"estimer le niveau de la suspension que nous jugeons équivalent à la réduction subie ... est ... la tâche et la responsabilité essentielles confiées aux arbitres pour régler le différend")); et *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.16.

⁷⁷ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 5.152 (notant qu'"en évaluant le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages ..., nous ne sommes tenus de fonder notre calcul ni sur le modèle du Mexique ni sur celui des États-Unis. Nous pourrions, en principe, tenter de développer un autre modèle qui représenterait avec plus d'exactitude [notre conception] de ce qui est, selon nous, le contrefactuel pertinent").

⁷⁸ L'article 4.11 commence par une clause introductive qui dispose ce qui suit: "Dans le cas où une partie au différend demandera un arbitrage conformément au paragraphe 6 de l'article 22 du Mémoire d'accord".

de l'Union européenne selon laquelle les États-Unis n'ont pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 et selon laquelle les contre-mesures proposées par les États-Unis ne sont pas autorisées en vertu des accords visés.

4 CHARGE DE LA PREUVE ET DEVOIR DE FOURNIR DES ÉLÉMENTS DE PREUVE

4.1. Comme il est indiqué, l'Union européenne, dans le cadre de son recours à un arbitrage au titre de l'article 22:6, a) a contesté le niveau des contre-mesures proposé par les États-Unis, b) a allégué que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord n'avaient pas été suivis par les États-Unis au moment de déterminer quelles contre-mesures prendre et c) a allégué que la proposition des États-Unis n'était pas autorisée en vertu des accords visés.

4.2. Les arbitrages antérieurs au titre de l'article 22:6 montrent clairement, et les parties ne contestent pas⁷⁹, que c'est à la partie qui met en cause les contre-mesures proposées qu'incombe la charge d'établir *prima facie* que ces contre-mesures sont incompatibles avec les prescriptions pertinentes de l'Accord SMC et/ou du Mémoire d'accord.⁸⁰ Ensuite, la charge passe à la partie proposant les contre-mesures, qui doit réfuter ces éléments *prima facie*.⁸¹ Selon l'Arbitre chargé de l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, cette répartition de la charge de la preuve s'applique à une contestation fondée sur l'article 7.9 du niveau proposé des contre-mesures ainsi qu'à des allégations fondées sur l'article 22:3.⁸² Nous estimons que cette même répartition est aussi appropriée dans le cas d'une allégation selon laquelle les contre-mesures proposées ne sont pas autorisées en vertu des accords visés.

4.3. Dans la présente procédure, c'est donc à l'Union européenne qu'incombe la charge de présenter des arguments et éléments de preuve suffisants pour établir *prima facie* que les contre-mesures proposées par les États-Unis ne sont pas "proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence [a] été déterminée" et sont, par conséquent, incompatibles avec l'article 7.9. Pour s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe, l'Union européenne doit examiner la méthode que les États-Unis ont utilisée pour arriver au niveau de contre-mesures proposé, et il "ne suffit pas simplement d'affirmer qu'une autre méthode est plus appropriée".⁸³ Si l'Union européenne s'acquitte de la charge qui lui incombe, il appartient ensuite aux États-Unis de présenter des arguments et éléments de preuve suffisants pour réfuter les éléments *prima facie* qu'elle a établis. De même, la charge incombe à l'Union européenne de présenter des arguments et éléments de preuve suffisants pour établir *prima facie* que les États-Unis n'ont pas suivi les principes et procédures figurant à l'article 22:3 du Mémoire d'accord au moment de déterminer quelles contre-mesures prendre, et que les contre-mesures proposées ne sont pas autorisées en vertu des accords visés. Si l'Union européenne s'acquitte de cette charge, la charge passe aux États-Unis, qui doivent présenter des arguments et éléments de preuve suffisants pour réfuter les éléments *prima facie* établis par l'Union européenne.

4.4. En outre, chaque partie a le devoir de fournir des éléments de preuve à l'appui de ses assertions de fait et de collaborer avec l'arbitre désigné au titre de l'article 22:6 pour présenter des éléments de preuve.⁸⁴ Conformément à ce devoir et aux arbitrages antérieurs, nous avons demandé que, comme première étape de la procédure, les États-Unis, en tant que partie demandant l'autorisation

⁷⁹ Union européenne, communication écrite, paragraphe 49; et États-Unis, communication écrite, paragraphe 15.

⁸⁰ Nous notons que, selon l'interprétation qui en a été donnée dans la pratique du règlement des différends à l'OMC, "un commencement de preuve, en l'absence de réfutation effective par la partie défenderesse, fait obligation au groupe spécial, en droit, de statuer en faveur de la partie plaignante fournissant le commencement de preuve". (Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 104 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, pages 15 et 16) À notre avis, cette définition s'applique également aux arbitrages au titre de l'article 22:6.

⁸¹ Décisions des Arbitres *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, paragraphe 4.22; *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, paragraphe 2.5; *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 2.8; et *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, paragraphe 2.8.

⁸² Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphes 4.13 et 5.55.

⁸³ Décisions de l'Arbitre *États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 4.14.

⁸⁴ Décisions des Arbitres *États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 4.9; *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphes 2.24 et 2.25; *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.2; *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 2.11; et *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 11.

de prendre des contre-mesures, présentent une note méthodologique justifiant la manière dont ils étaient arrivés aux contre-mesures proposées.⁸⁵

5 ARTICLE 7.10 DE L'ACCORD SMC

5.1. Comme il est indiqué, notre mandat dans la présente procédure consiste à déterminer le niveau de "contre-mesures ... proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" au sens de l'article 7.10 de l'Accord SMC. Ce critère comporte trois éléments fondamentaux: a) des "contre-mesures", ce qui définit le type de mesures que les États-Unis pourront prendre; b) "proportionnelles au", ce qui définit le rapport qui doit exister entre le niveau des contre-mesures et le degré et la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée; et c) "[le] degré et ... la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée", ce qui constitue le paramètre permettant de déterminer le niveau admissible des contre-mesures. Nous notons que ces termes ont été précédemment interprétés par d'autres arbitres et, en particulier, l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*. Comme nous souscrivons à de nombreux aspects de ces interprétations, nous les reprenons ci-dessous et ajoutons nos propres observations s'il y a lieu.

5.2. Selon un arbitre antérieur, les "contre-mesures" sont, par essence, des mesures prises pour "faire contrepoids" à quelque chose et en particulier, dans le contexte de l'article 7.9, des mesures prises pour faire face, ou répondre, au fait que les effets défavorables d'une subvention pouvant donner lieu à une action n'ont pas été éliminés ou que cette subvention n'a pas été retirée dans le délai prescrit".⁸⁶ Nous notons que, d'un point de vue fonctionnel et dans le contexte de la présente procédure, qui est menée en même temps au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, nous interprétons le terme "contre-mesures" comme désignant de fait une "suspension [temporaire] de concessions ou d'autres obligations" conformément à l'usage qui en est fait à l'article 22:6.⁸⁷ Nous notons en outre que ce qui pousse une partie plaignante à demander l'autorisation de prendre des contre-mesures ou de suspendre des concessions ou d'autres obligations, c'est le fait qu'une partie défenderesse ne rend pas ses mesures conformes à ses obligations pertinentes dans le cadre de l'OMC après que l'ORD lui a recommandé de le faire.⁸⁸ Des arbitres ont également observé que le but des contre-mesures et de la suspension autorisées de concessions ou d'autres obligations était d'inciter une partie défenderesse à se mettre en conformité.⁸⁹

5.3. En outre, nous notons que les contre-mesures et la suspension de concessions ou d'autres obligations sont des mesures correctives prospectives remédiant à la non-mise en conformité d'une partie défenderesse à compter de la date à laquelle l'autorisation de prendre des contre-mesures ou de suspendre des concessions est accordée.⁹⁰

5.4. S'agissant de l'élément suivant de l'article 7.10 – l'expression "proportionnelles au" – il dénote une "correspondance" entre les "contre-mesures" proposées et le "degré et ... la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée". C'est un "degré d'équivalence précis moindre qu'une correspondance numérique exacte", mais il indique néanmoins un "rapport de correspondance et de proportionnalité entre les deux éléments", qui peut être "qualitatif[f] aussi bien

⁸⁵ Décision de l'Arbitre *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 11.

⁸⁶ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.26.

⁸⁷ Recours des États-Unis à l'article 7.9 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS316/18, cinquième paragraphe (demandant des "suspensions" de "concessions" et d'"obligations" au titre du GATT de 1994 et de l'AGCS). Voir aussi les décisions des Arbitres *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.24 (selon lequel "aucune des parties à la présente procédure ne soutient que le terme "contre-mesures" désignerait, dans l'Accord SMC, autre chose qu'une suspension temporaire de certaines obligations, et c'est ce que, selon nous, il faut entendre par ce terme"); et *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, paragraphe 3.29 (souscrivant à la position commune des parties selon laquelle "le terme "contre-mesures", tel qu'il est utilisé à l'article 4 de l'Accord SMC, peut inclure la suspension de concessions ou d'autres obligations"). Nous ne nous prononçons pas sur la question de savoir si les "contre-mesures" prévues par l'Accord SMC peuvent prendre des formes autres que des suspensions de concessions ou d'autres obligations.

⁸⁸ Article 22:2 et 22:6 du Mémoire d'accord; article 7.9 de l'Accord SMC; et décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.20.

⁸⁹ Décisions des Arbitres *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 1.17; et *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.58.

⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.374 (faisant référence à la "nature prospective des mesures correctives dans les procédures de règlement des différends de l'OMC").

que quantitati[f]".⁹¹ Nous observons en outre qu'il est généralement reconnu que les mesures correctives dans le cadre de l'OMC ne sont pas censées être "punitiv[e]".⁹² En conséquence, bien que l'expression "proportionnelles au" n'appelle pas une correspondance numérique exacte, cela n'implique pas que des contre-mesures proportionnelles aux effets défavorables dont l'existence aura été déterminée peuvent ou devraient intégrer un quelconque élément punitif.

5.5. S'agissant du dernier élément de l'article 7.10 – le membre de phrase "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" – nous notons qu'il "renvoie l'interprète du traité aux constatations relatives aux effets défavorables qui ont été établies par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, car ceux-ci constituent les "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée"". ⁹³ Autrement dit, il fait référence "aux "effets défavorables" particuliers qui sont visés par les articles 5 et 6 de l'Accord SMC et sur lesquels se fondent les constatations qui sous-tendent l'affaire qui nous occupe". ⁹⁴ Le terme "degré" correspond à un élément quantitatif tandis que la référence à la "nature" des effets défavorables concerne un élément qualitatif. ⁹⁵ Ainsi, l'article 7.9 vise "à faire en sorte que les contre-mesures correspondent étroitement ... à la norme juridique applicable aux constatations correspondantes" et, par conséquent, les contre-mesures potentielles sont "limitée[s] dans [leur] ampleur au "degré et à la nature" des effets de[s] subvention[s] qui sont à l'origine de la contestation ayant abouti". ⁹⁶ Nous soulignons donc que les "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" sont ceux qui ont été identifiés dans un rapport antérieur adopté de groupe spécial ou de l'Organe d'appel. ⁹⁷ Nous estimons qu'aux fins de la présente procédure d'arbitrage, les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel pertinents sont les rapports sur la mise en conformité (plutôt que les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel concernant la procédure initiale). Ce sont les constatations issues de la procédure de mise en conformité, en établissant que l'Union européenne "n'[a] pas pris des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables de la subvention ou retir[é] la subvention dans un délai de six mois" (article 7.9 de l'Accord SMC), qui constituent la base permettant à l'ORD d'accorder aux États-Unis l'autorisation de prendre des contre-mesures.

⁹¹ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphes 4.35 à 4.39. (italique omis)

⁹² Décisions des Arbitres *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 1.17 (mentionnant les décisions des Arbitres *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, paragraphe 4.109); *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 5.8; et *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 5.62 (indiquant que même si dans le cadre des différends concernant des subventions prohibées, l'article 4.10 de l'Accord SMC autorise des contre-mesures "appropriées" qui ne sont pas "disproportionnées", rien dans cet article ou son contexte "ne laisse entendre qu'il existe un droit de prendre des [contre-]mesures ayant manifestement un caractère punitif"). Voir aussi la décision de l'Arbitre *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, paragraphe 3.55 (expliquant qu'"[u]ne contre-mesure devient punitive dès lors que non seulement elle est destinée à assurer que [le Membre de l'OMC] qui manque à ses obligations rende sa conduite conforme à ses obligations internationales, mais qu'elle contient aussi une dimension additionnelle censée sanctionner l'action de [ce Membre de l'OMC]").

⁹³ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.49.

⁹⁴ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.50.

⁹⁵ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.41. Voir aussi la décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.43 (indiquant que la "nature" des effets défavorables peut s'entendre des différents types d'effets défavorables envisagés dans les articles 5 et 6 de l'Accord SMC, ce qui appelle un examen du type particulier d'effets défavorables dont l'existence a été déterminée).

⁹⁶ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.55. Comme cet arbitre l'a dit, un arbitre est donc "en droit de tenir pleinement compte du "degré et [de] la nature" de ces effets défavorables tels qu'ils se présentent dans l'affaire qui [l']occupe, mais [il n'est] pas autorisé[] à aller au-delà de cela". (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.47)

⁹⁷ L'article 7.8 de l'Accord SMC fait partie du contexte immédiat de l'article 7.10. Il fait référence à "un rapport d'un groupe spécial ou un rapport de l'Organe d'appel" qui a été "adopté" et dans lequel "il [est] déterminé qu'une subvention a causé des effets défavorables". L'article 7.8 indique donc clairement que les effets défavorables dont l'existence a été déterminée sont les effets défavorables dont l'existence a été déterminée dans un rapport antérieur adopté de groupe spécial ou de l'Organe d'appel concernant le même différend.

6 CONTESTATION PAR L'UNION EUROPÉENNE DU NIVEAU DE CONTRE-MESURES

6.1 Aperçu des approches des parties et ordre d'analyse

6.1. Comme cela a déjà été indiqué plus haut, le présent arbitrage a été déclenché par la contestation par l'Union européenne de la demande d'autorisation d'imposer des contre-mesures présentée par les États-Unis au titre de l'article 22:2 du Mémoire d'accord et de l'article 7.9 de l'Accord SMC (ci-après, pour simplifier, la "demande au titre de l'article 22:2"). Ayant traité les questions liminaires, procédurales et autres questions préalables dans les sections précédentes de la présente décision, nous allons maintenant traiter plus en détail les contestations de l'Union européenne concernant le niveau des contre-mesures proposé par les États-Unis. Pour ce faire, nous jugeons utile tout d'abord de donner un aperçu des approches des parties en la matière et, eu égard à ces approches, d'exposer le cadre que nous utiliserons pour évaluer les contestations de l'Union européenne.

6.2. Dans le cadre de la présente procédure, les États-Unis ont exposé la méthode qu'ils proposaient pour la détermination d'un niveau de contre-mesures dans leur note méthodologique. Dans cette méthode, ils rappellent que, lors de la procédure de mise en conformité, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont constaté que certaines mesures d'AL/FEM causaient des effets défavorables sous la forme de pertes de ventes et d'une entrave au sens de l'article 6.3 a) à c) de l'Accord SMC pendant la période de référence 2011-2013. Les États-Unis proposent que l'Arbitre calcule les valeurs des pertes de ventes et de l'entrave associées à ces constatations, et assigne ces valeurs à la période de référence 2011-2013. Ils font ensuite la somme de ces cas individuels de pertes de ventes et d'entrave et annualisent la valeur totale. Ils proposent d'être autorisés à prendre des "contre-mesures", au sens de l'article 7.9 de l'Accord SMC, à concurrence de ce montant annualisé pour chaque année future, ajusté en fonction de l'inflation, jusqu'à ce que la faculté d'imposer des contre-mesures cesse conformément à l'article 22:8 du Mémoire d'accord.

6.3. L'Arbitre relève à ce stade que la structure proposée par les États-Unis pour leurs contre-mesures présente des similitudes avec ce que des arbitres antérieurs ont accepté. En particulier, plusieurs arbitres antérieurs ont fixé un unique niveau maximal de contre-mesures ou de suspension de concessions ou d'autres obligations que la partie plaignante était ensuite autorisée à imposer chaque année.⁹⁸ Par commodité, nous appellerons cette structure la "suspension annuelle". En plus de proposer une suspension annuelle, les États-Unis demandent que le niveau de la suspension annuelle puisse varier dans le temps compte tenu de l'inflation.

6.4. Pour répondre à la méthode proposée par les États-Unis, l'Union européenne a suivi deux axes connexes. Premièrement, elle formule de nombreuses critiques concernant la méthode des États-Unis, qui portent tant sur la procédure que sur le fond. En formulant ces critiques, elle propose souvent une, ou plusieurs, solutions de rechange pour des étapes spécifiques prévues par la méthode des États-Unis. Deuxièmement, et suivant certains principes à la base de quelques-unes des critiques qu'elle fait concernant la méthode des États-Unis, l'Union européenne esquisse une méthode de rechange. Cette description s'étend sur environ deux pages de la communication écrite de l'Union européenne et est résumée comme suit:

[T]out montant de contre-mesures autorisé par le Groupe spécial d'arbitrage doit respecter les principes suivants: i) [il doit correspondre à] une contre-mesure *non récurrente*; ii) [il doit être] calculé[] sur la base d'effets défavorables qui *n'ont pas cessé d'exister*; iii) [il doit être] *réparti[] dans le temps sur la base des livraisons* résultant des effets défavorables dont l'existence a été déterminée et les constituant; et iv) [il ne doit pas être] gonflé[] par les *nombreuses erreurs techniques* commises par les États-Unis.⁹⁹

⁹⁸ Cette question est examinée plus en détail plus loin dans la section 6.3.1.

⁹⁹ Union européenne, communication écrite, paragraphe 365. (italique dans l'original) Pour mettre en œuvre le point iii), l'Union européenne a expliqué que l'Arbitre devrait:

[D]éterminer ... l'année de livraison contrefactuelle et le nombre contrefactuel d'aéronefs livrés, et multiplier ce nombre par le prix de livraison contrefactuel unitaire des LCA. Le résultat serait les recettes annuelles perdues pour les livraisons qui se seraient produites dans le cadre de la perte de vente et, par conséquent, la valeur appropriée des effets sur le commerce (et donc des contre-mesures) pour cette campagne et pour cette année. La somme des recettes annuelles

6.5. Compte tenu de ce qui précède, la section 6 sur les contestations de l'Union européenne concernant le niveau des contre-mesures est divisée en quatre grandes parties:

- a. *Premièrement*, nous examinons une exception de procédure de l'Union européenne selon laquelle les États-Unis ne peuvent pas être autorisés à prendre des contre-mesures en rapport avec les constatations relatives à l'entrave adoptées par l'ORD (section 6.2);
- b. *Deuxièmement*, nous examinons les aspects de fond et techniques de la méthode des États-Unis. Cette partie portera sur: a) la période de référence appropriée, b) le contrefactuel approprié, c) les arguments généraux de l'Union européenne concernant la méthode des États-Unis, et d) les arguments techniques de l'Union européenne concernant la méthode des États-Unis (section 6.3);
- c. *Troisièmement*, et eu égard aux conclusions établies dans les sections précédentes, nous expliquons comment nous calculons le niveau effectif des contre-mesures que les États-Unis pourront être autorisés à imposer (section 6.4); et
- d. *Enfin*, nous examinons une exception de procédure de l'Union européenne concernant le niveau des contre-mesures que, selon elle, la détermination de l'Arbitre ne peut pas dépasser compte tenu de la demande des États-Unis au titre de l'article 22:2 (section 6.5).

6.6. Nous examinons ces points tour à tour ci-après.

6.2 Absence de référence à une entrave dans la demande de contre-mesures formulée par les États-Unis

6.7. L'Union européenne estime que la demande formulée par les États-Unis au titre de l'article 22:2 du Mémoire d'accord ne fournit aucune base permettant d'autoriser des contre-mesures en réponse aux recommandations et décisions de 2018 de l'ORD concernant des effets défavorables sous la forme d'une entrave. Elle note que dans leur demande, les États-Unis ont demandé des contre-mesures correspondant aux effets défavorables sous la forme de pertes de ventes et d'un détournement, mais non d'une entrave. Selon elle, des contre-mesures ne peuvent pas être autorisées s'agissant des constatations relatives à une entrave adoptées par l'ORD parce que, s'agissant de ces constatations, la demande des États-Unis ne satisfait pas aux prescriptions en matière de spécificité énoncées à l'article 22:2.¹⁰⁰

6.8. Les États-Unis répondent qu'il n'y a aucune base pour la demande de l'Union européenne visant à ce que l'Arbitre exclue de sa quantification les constatations relatives à une entrave adoptées par l'ORD. Ils notent que, en fait, leur demande vise à l'adoption de contre-mesures proportionnelles aux effets défavorables dont il est rendu compte dans les recommandations et décisions de l'ORD. Selon eux, la déclaration faisant référence à des pertes de ventes et à un détournement qui figure dans leur demande explique comment ils ont évalué ces effets défavorables au moment du dépôt de cette demande. Les États-Unis estiment que cette déclaration ne limite pas les effets défavorables à ces phénomènes particuliers sur le marché ni à ceux dont l'existence à ce moment-là avait été déterminée.¹⁰¹

6.9. Les États-Unis considèrent aussi que leur demande ne peut être interprétée que comme faisant référence aux effets défavorables dont l'existence a été constatée dans les rapports du Groupe spécial de la mise en conformité et de l'Organe d'appel. À l'appui de cet argument, ils signalent l'accord bilatéral sur la chronologie conclu entre les parties. En vertu de cet accord, l'une ou l'autre partie pourrait reprendre la présente procédure d'arbitrage, qui avait été suspendue en 2012, si l'ORD statuait, à la suite d'une procédure de mise en conformité au titre de l'article 21:5 du

perdues pour l'ensemble des campagnes de ventes perdues donnerait les recettes annuelles perdues totales et donc la valeur "proportionnelle" des contre-mesures pour cette année.

(Union européenne, réponse à la question n° 25 de l'Arbitre, paragraphe 393) L'Union européenne ne donne pas d'explication détaillée sur la mise en œuvre ou la quantification de la méthode qu'elle propose, à part les critiques qu'elle formule à l'égard de la méthode des États-Unis.

¹⁰⁰ Union européenne, déclaration liminaire à la réunion de l'Arbitre, paragraphe 18.

¹⁰¹ États-Unis, réponse à la question n° 133 de l'Arbitre, paragraphes 143 et 146.

Mémoire d'accord, qu'une mesure prise pour se conformer n'existait pas ou était incompatible avec un accord visé.¹⁰²

6.10. Les États-Unis soutiennent en outre que l'Union européenne a tort d'alléguer que, en droit, leur demande manque de spécificité. Selon eux, leur demande indique le niveau de contre-mesures en termes fonctionnels, comme étant le niveau annuel des effets défavorables dont l'existence a été déterminée et fournit ensuite une estimation selon laquelle, au moment du dépôt de cette demande, ce niveau se situait entre 7 000 et 10 000 millions d'USD par an. De plus, les États-Unis notent que leur demande fait référence à l'article 7.9 de l'Accord SMC, qui autorise des contre-mesures proportionnelles aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée. Ils observent que les deux parties conviennent que les déterminations pertinentes figurent dans les rapports du Groupe spécial de la mise en conformité et de l'Organe d'appel. Selon eux, la référence à l'article 7.9 qui figure dans leur demande englobe donc les constatations relatives à une entrave formulées dans ces rapports.¹⁰³

6.11. L'Union européenne répond que la description fonctionnelle avancée par les États-Unis paraphrase simplement le libellé de l'article 7.9 et n'apporte aucune spécificité concernant le niveau des contre-mesures. Elle affirme que la description fonctionnelle n'apporte aucune spécificité pour ce qui est du montant demandé par les États-Unis et des types d'effets défavorables. Elle fait valoir que selon la lecture que les États-Unis en donnent, leur demande ne spécifie pas un niveau maximal de contre-mesures en termes numériques et pourrait concerner n'importe quel type d'effets défavorables. Selon elle, si la lecture trop large suggérée par les États-Unis est l'interprétation correcte de la demande, celle-ci n'étaye pas l'autorisation d'une quelconque contre-mesure. L'Union européenne note que les références figurant dans la demande aux types spécifiques d'effets défavorables (pertes de ventes et détournement) et au montant des effets défavorables ne font pas partie de la description fonctionnelle.¹⁰⁴

6.12. De l'avis de l'Union européenne, l'interprétation correcte de la demande du point de vue des faits est qu'elle définit le niveau de contre-mesures par référence à deux types spécifiques d'effets défavorables (des pertes de ventes et un détournement), tout en excluant une référence à des types d'effets défavorables additionnels (une entrave). L'Union européenne soutient que les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité ne permettent pas de rattacher les constatations d'entrave au mandat relatif à la présente procédure d'arbitrage. Elle fait valoir que si les États-Unis avaient souhaité demander des contre-mesures en ce qui concerne les constatations d'entrave, ils auraient dû inclure ces constatations dans leur demande au titre de l'article 22:2.¹⁰⁵

6.13. L'Arbitre commence par exposer en détail les parties pertinentes du paragraphe liminaire de la demande formulée par les États-Unis au titre de l'article 22:2 et de l'article 7.9 (ci-après, par souci de simplicité, la "demande au titre de l'article 22:2"). Le passage en question est constitué des quatre phrases suivantes:

Conformément à l'article 22:2 du Mémoire d'accord ... et à l'article 7.9 de l'Accord [SMC], les États-Unis demandent à [l'ORD] l'autorisation de prendre des contre-mesures à l'égard de l'Union européenne ... d'un niveau annuel proportionnel au degré et à la nature des effets défavorables causés pour les intérêts des États-Unis par le fait que l'UE et certains États membres n'ont pas retiré les subventions ou éliminé leurs effets défavorables conformément aux recommandations et décisions de l'ORD. Ce montant correspond à la valeur annuelle des ventes perdues, des importations d'aéronefs civils gros porteurs des États-Unis détournées du marché de l'UE et des exportations d'aéronefs civils gros porteurs des États-Unis détournées des marchés de pays tiers. Le montant sera actualisé chaque année en fonction des données les plus récentes à la disposition du public. Sur la base des données actuellement disponibles

¹⁰² États-Unis, réponse à la question n° 133 de l'Arbitre, paragraphe 147.

¹⁰³ États-Unis, réponse à la question n° 133 de l'Arbitre, paragraphes 149 et 150.

¹⁰⁴ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 133 de l'Arbitre, paragraphes 332, 334 et 335.

¹⁰⁵ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 133 de l'Arbitre, paragraphes 320, 329, 336, 337 (faisant référence à la décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), paragraphe 24) et 340).

pour une période récente, les États-Unis estiment que ce chiffre se situe entre 7 milliards et 10 milliards de dollars par année.¹⁰⁶

6.14. Le quatrième paragraphe de la demande des États-Unis, dont la deuxième phrase indique ce qui suit: "[c]omme l'exige l'article 7.9 de l'Accord SMC, les contre-mesures sont proportionnelles sur une base annuelle au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée", est également pertinent.¹⁰⁷

6.2.1 Champ de la demande des États-Unis au titre de l'article 22:2

6.15. La question centrale posée par les arguments de l'Union européenne est celle de savoir si la demande des États-Unis au titre de l'article 22:2 leur permet d'inclure dans leur niveau de contre-mesures proposé des effets défavorables sous la forme d'une entrave dont l'existence a été déterminée initialement dans les rapports sur la mise en conformité adoptés par l'ORD en 2018. En abordant cette question, nous notons d'emblée que les demandes au titre de l'article 22:2 sont comparables aux demandes d'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 6:2 du Mémoire d'accord: ce sont toutes deux des demandes d'action de la part de l'ORD, et toutes deux définissent le mandat dans toute procédure de règlement des différends de l'OMC qui s'ensuivra.¹⁰⁸ Nous notons en outre que l'Organe d'appel a dit, s'agissant des demandes d'établissement d'un groupe spécial, qu'elles devaient respecter les prescriptions applicables "telles qu'elles [étaient] libellées", que le texte de ces demandes devait en être examiné "dans son ensemble, et compte tenu des circonstances entourant l'affaire", et que les analyses des demandes d'établissement d'un groupe spécial devaient être effectuées "en fonction des particularités de chaque affaire".¹⁰⁹ Nous constatons que les mêmes observations sont appropriées dans le cas des demandes au titre de l'article 22:2.

6.16. Dans la présente procédure, il est utile d'examiner les circonstances entourant l'affaire avant d'analyser le texte de la demande au titre de l'article 22:2 puisque cela aide également à en comprendre certains aspects.

6.17. Le premier point à noter est que les États-Unis ont présenté leur demande au titre de l'article 22:2 le 9 décembre 2011, après que l'ORD avait adopté les recommandations et décisions initiales le 1^{er} juin 2011 et que la période de mise en œuvre impartie à l'Union européenne avait expiré le 1^{er} décembre 2011. Les recommandations et décisions de 2011 de l'ORD rendaient compte des constatations de violation relatives à des pertes de ventes et à un détournement, mais pas à une entrave.¹¹⁰

6.18. La présente procédure d'arbitrage a été suspendue le 20 janvier 2012 et a repris le 13 juillet 2018 après que la procédure de mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord avait été achevée et que l'ORD avait adopté les recommandations et décisions concernant la mise en conformité le 28 mai 2018.¹¹¹ La reprise de la procédure d'arbitrage était conforme à l'accord bilatéral sur la chronologie conclu entre les parties, aux termes duquel l'une ou l'autre partie pourrait reprendre la procédure d'arbitrage "[a]u cas où l'ORD, à la suite d'une procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, statuerait qu'une mesure prise pour se conformer n'existe pas ou est incompatible avec un accord visé".¹¹² Les deux parties sont donc convenues formellement que l'issue de toute procédure de mise en conformité devait être prise en compte pour la détermination du point de savoir s'il convenait de reprendre la procédure d'arbitrage.

¹⁰⁶ Recours des États-Unis à l'article 7.9 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS316/18, premier paragraphe.

¹⁰⁷ Recours des États-Unis à l'article 7.9 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS316/18, quatrième paragraphe.

¹⁰⁸ Voir la décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 20 (indiquant aussi que les deux types de demande ont des objectifs semblables en matière de régularité de la procédure).

¹⁰⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 127.

¹¹⁰ Voir plus haut les paragraphes 1.2 et 1.5.

¹¹¹ Voir plus haut les paragraphes 1.4 et 1.8.

¹¹² Communication présentée par les parties, WT/DS316/21 (Mémoire d'accord entre l'Union européenne et les États-Unis concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord), paragraphe 6.

6.19. Compte tenu de ces circonstances entourant l'affaire, il était approprié que les États-Unis demandent des contre-mesures sur la base des recommandations et décisions de 2011 de l'ORD concernant les constatations relatives à des pertes de ventes et à un détournement.¹¹³ C'étaient en effet les seules recommandations et décisions qui pouvaient justifier des contre-mesures au moment où les États-Unis avaient présenté leur demande au titre de l'article 22:2. Pour reprendre les termes utilisés par l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, "une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 [peut] remonter à une mesure incompatible avec les règles de l'OMC qui existait lorsque le délai raisonnable est venu à expiration, qui est soit la mesure initiale même qui a auparavant été jugée incompatible avec les règles de l'OMC [comme dans la présente procédure], soit une mesure de mise en conformité incompatible avec les règles de l'OMC prise ultérieurement (mais avant l'expiration du délai raisonnable)".¹¹⁴ Nous ne partageons donc pas l'avis de l'Union européenne selon lequel les États-Unis auraient pu dûment inclure dans leur demande de 2011 un niveau de contre-mesures proposé qui correspondait non seulement à des pertes de ventes et à un détournement, mais aussi à une entrave. Il n'y avait pas de constatations de violation adoptées par l'ORD relatives à une entrave à ce moment-là. Rien ne justifiait donc que les États-Unis incluent la valeur de l'entrave alléguée dans leur niveau de contre-mesures proposé. Comme l'Union européenne le note à juste titre, quelques mois après avoir présenté leur demande au titre de l'article 22:2, les États-Unis ont déposé une demande d'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5. Dans cette demande d'établissement, déposée après que l'Union européenne avait présenté une notification dans laquelle elle alléguait avoir mis en œuvre les recommandations et décisions de 2011 de l'ORD, ils ont allégué l'existence d'effets défavorables sous la forme d'une entrave.¹¹⁵ Toutefois, à ce moment-là, ils ont simplement allégué l'existence d'une entrave. L'ORD n'a pas adopté de constatations de violation relatives à une entrave avant 2018.

6.20. Gardant à l'esprit ces circonstances entourant l'affaire, nous allons examiner le texte de la demande présentée au titre de l'article 22:2 tel qu'il est libellé. Nous commençons par la référence, figurant dans la première phrase du paragraphe liminaire, à l'adoption de contre-mesures en réponse au "fait que l'UE et certains États membres n'ont pas retiré les subventions ou éliminé leurs effets défavorables conformément aux recommandations et décisions de l'ORD". Nous considérons que cette référence appelle l'attention du lecteur sur les recommandations et décisions de l'ORD disponibles les plus récentes. Ce sont les recommandations et décisions de l'ORD les plus récentes qui déterminent s'il y a encore un défaut de mise en conformité de la part de l'Union européenne qui constitue une base juridique permettant aux États-Unis de demander l'autorisation de prendre des contre-mesures et, dans l'affirmative, si ce défaut est plus ou moins important qu'auparavant, ce qui aura une incidence sur le niveau des contre-mesures qui pourra être autorisé. Si l'on applique cette interprétation au moment de notre examen de la question, la première phrase nous renvoie donc aux recommandations et décisions de 2018 qui rendent compte des constatations défavorables figurant dans les rapports sur la mise en conformité. À notre avis, considérée en elle-même et appliquée au moment de notre examen, la première phrase devrait donc être interprétée comme énonçant une demande des États-Unis visant l'application de contre-mesures d'un niveau annuel proportionnel au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée dans les rapports sur la mise en conformité adoptés par l'ORD en 2018. Les deux parties conviennent que ces effets défavorables se présentent sous la forme de pertes de ventes et d'une entrave et que ce sont les effets défavorables pertinents aux fins de la présente procédure.¹¹⁶

6.21. Nous examinons ensuite la deuxième phrase du paragraphe liminaire. Cette phrase exprime plus concrètement que la première le fait que le niveau des contre-mesures demandé par les États-Unis correspond à la valeur annuelle des pertes de ventes et des importations et exportations

¹¹³ Recours des États-Unis à l'article 7.9 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS316/18, premier paragraphe (première et deuxième phrases) et quatrième paragraphe (deuxième phrase).

¹¹⁴ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.20. L'Arbitre en question a déclaré en outre que c'était "l'incompatibilité persistante avec les règles de l'OMC de la mesure initiale ou d'une mesure de mise en conformité (dans les cas où une mesure de mise en conformité [avait] été prise dans le délai raisonnable) au moment où le délai raisonnable [venait] à expiration qui [servait] de base à toute demande [au titre de l'article 22:2]". (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.24)

¹¹⁵ Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS316/23, paragraphe 8.

¹¹⁶ États-Unis, réponse à la question n° 133 de l'Arbitre, paragraphe 147; et Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 133 de l'Arbitre, paragraphe 336.

de LCA détournées. Il n'est pas contesté que la deuxième phrase ne fait pas référence aux effets défavorables sous la forme d'une entrave. Comme il a été indiqué toutefois, en 2011, les États-Unis pouvaient uniquement décrire le niveau des contre-mesures comme correspondant aux effets défavorables dont l'existence avait été déterminée à ce moment-là (des pertes de ventes et un détournement). Au moment de notre examen de la question, qui fait suite aux recommandations et décisions de l'ORD de 2018, conformément à la teneur de la première phrase, les États-Unis demandent toujours des contre-mesures proportionnelles aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée, mais les effets défavorables pertinents sont maintenant ceux dont l'existence a été déterminée dans les rapports sur la mise en conformité adoptés par l'ORD en 2018. La deuxième phrase du quatrième paragraphe de la demande au titre de l'article 22:2 citée plus haut étaye également ce point de vue. Nous ne considérons donc pas qu'elle puisse à bon droit être interprétée comme limitant la capacité des États-Unis de demander des contre-mesures, sur la base de la première phrase du paragraphe liminaire et du quatrième paragraphe, en réponse aux recommandations et décisions de 2018 de l'ORD relatives à des pertes de ventes et à une entrave.¹¹⁷

6.22. En résumé, les première et deuxième phrases du premier paragraphe ainsi que la deuxième phrase du quatrième paragraphe, lues conjointement, et les circonstances entourant l'affaire, qui incluent les rapports sur la mise en conformité adoptés par l'ORD en 2018 et le fait qu'en 2011 les États-Unis n'ont pas pu demander de contre-mesures visant des effets défavorables sous la forme d'une entrave dont l'existence n'avait pas été déterminée, étayaient selon nous la conclusion que le montant annuel des contre-mesures que les États-Unis peuvent demander dans le cadre de la présente procédure peut dûment correspondre à la valeur annuelle a) des pertes de ventes, b) des importations de LCA des États-Unis ayant fait l'objet d'une entrave sur le marché de l'Union européenne et c) des exportations de LCA des États-Unis ayant fait l'objet d'une entrave sur les marchés de pays tiers.

6.23. L'Union européenne fait valoir que les rapports sur la mise en conformité adoptés par l'ORD ne peuvent pas modifier, *a posteriori*, le mandat de l'Arbitre.¹¹⁸ Toutefois, selon notre interprétation de la demande au titre de l'article 22:2, les rapports sur la mise en conformité n'ont pas modifié notre mandat. De fait, les termes de la demande au titre de l'article 22:2, lorsqu'ils sont appliqués au moment de notre examen, couvrent les contre-mesures pour ce qui est des constatations d'entrave formulées dans les rapports sur la mise en conformité.

6.2.2 Spécificité de la demande des États-Unis au titre de l'article 22:2

6.24. L'Union européenne soutient en outre que la demande des États-Unis est incompatible avec les prescriptions en matière de spécificité découlant de l'article 22:2. Elle fait référence à cet égard à des arbitres antérieurs qui ont constaté que l'article 22:2 contenait des critères de spécificité minimaux pour les demandes au titre de l'article 22:2, y compris une prescription imposant que ces demandes indiquent le niveau de suspension spécifique (c'est-à-dire un niveau jugé équivalent à celui de l'annulation et de la réduction des avantages causées par la mesure incompatible avec les règles de l'OMC).¹¹⁹ Selon elle, il y a incompatibilité avec cette prescription en matière de spécificité parce que le niveau de la suspension spécifié dans la demande des États-Unis n'inclut pas l'entrave et que la demande n'est donc pas suffisamment spécifique pour ce qui est de ce type d'effet défavorable. L'Union européenne fait valoir aussi que s'il n'était pas entendu que la demande au titre de l'article 22:2 définit les effets défavorables en cause comme comprenant seulement les pertes de ventes et le détournement, la première phrase du paragraphe liminaire de la demande des États-Unis pourrait s'appliquer à toute forme d'effets défavorables identifiée dans les articles 5

¹¹⁷ Cette interprétation de la demande au titre de l'article 22:2 assure également une approche harmonieuse, d'une part, de la demande au titre de l'article 22:2 et, d'autre part, de l'accord sur la chronologie conclu entre les parties. Comme il a été indiqué, l'accord sur la chronologie prévoit que, selon l'issue de la procédure de mise en conformité, la procédure d'arbitrage suspendue pourrait reprendre ou non. Il nous semblerait incongru d'adopter une approche suivant laquelle l'issue de la procédure de mise en conformité permettait de déterminer si l'Arbitre pouvait être invité à reprendre ses travaux, mais suivant laquelle il est délibérément fait abstraction de cette même issue s'agissant de déterminer le niveau de contre-mesures que les États-Unis peuvent proposer, malgré une mention sans réserve des recommandations et décisions de l'ORD dans la demande au titre de l'article 22:2.

¹¹⁸ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 133 de l'Arbitre, paragraphe 336.

¹¹⁹ Décisions des Arbitres *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 2.18; et *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, paragraphes 20 et 21 (citant *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 16).

et 6.3 de l'Accord SMC, y compris, par exemple, le dommage causé à la branche de production nationale d'un autre Membre.

6.25. Pour déterminer si le niveau des contre-mesures spécifié dans la demande formulée par les États-Unis au titre de l'article 22:2 satisfait à la prescription en matière de spécificité minimale indiquée par des arbitres antérieurs, l'Arbitre juge une fois de plus nécessaire de prendre en considération les circonstances entourant l'affaire. Comme il est indiqué plus haut en détail, il n'aurait pas été juridiquement approprié en 2011 que les États-Unis incluent dans leur demande une référence à des effets défavorables sous la forme d'une entrave puisque l'existence de ces effets n'avait pas été déterminée dans les rapports initiaux adoptés par l'ORD.

6.26. S'agissant de l'argument de l'Union européenne concernant la référence générale aux "effets défavorables" qui figure dans la première phrase du paragraphe liminaire, nous observons que cette phrase concerne les effets défavorables causés par le fait que l'Union européenne n'a pas mis en œuvre les recommandations et décisions antérieures de l'ORD. Ces recommandations et décisions de l'ORD permettent une identification précise des effets défavorables spécifiques en cause.¹²⁰ En outre, en mentionnant des pertes de ventes et un détournement (par opposition à d'autres types d'effets défavorables), la deuxième phrase confirme l'intention des États-Unis de demander des contre-mesures pour les effets défavorables dont l'existence a été déterminée dans les rapports antérieurs adoptés par l'ORD.

6.27. Par conséquent, si on lit la demande au titre de l'article 22:2 dans son ensemble et que l'on garde à l'esprit les recommandations et décisions de 2018 de l'ORD, on peut à notre avis inférer valablement qu'au moment de notre examen, le montant spécifique proposé de contre-mesures que les États-Unis cherchent à obtenir au moyen de leur demande correspond au niveau annuel des pertes de ventes et de l'entrave sur le marché de l'Union européenne et certains marchés de pays tiers.

6.28. Compte tenu des considérations qui précèdent, nous concluons que, dans les circonstances de la présente procédure, la demande au titre de l'article 22:2 apporte une spécificité minimale concernant l'inclusion par les États-Unis dans le niveau proposé des contre-mesures des effets défavorables sous la forme d'une entrave dont l'existence a été déterminée dans les rapports sur la mise en conformité. Nous rejetons, par conséquent, l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle la demande de contre-mesures formulée par les États-Unis en relation avec une entrave n'est pas compatible avec les prescriptions en matière de spécificité pour une demande au titre de l'article 22:2.

6.29. En résumé, pour toutes les raisons susmentionnées, nous ne souscrivons pas à l'argument de l'Union européenne selon lequel les États-Unis ne peuvent pas être autorisés à prendre des contre-mesures en ce qui concerne les constatations relatives à une entrave adoptées par l'ORD. Dans le reste de la section 6 de la présente décision, nous allons donc quantifier les constatations relatives à une entrave adoptées par l'ORD.¹²¹

6.3 Évaluation de la méthode proposée par les États-Unis

6.30. Suite au rejet de l'exception de procédure de l'Union européenne selon laquelle les États-Unis ne peuvent pas être autorisés à prendre des contre-mesures en rapport avec les constatations relatives à l'entrave adoptées par l'ORD, la section 6.3 passe à l'évaluation d'aspects plus fondamentaux et techniques de la méthode des États-Unis. La présente section examinera donc: a) la période de référence appropriée, b) le contrefactuel approprié, c) les arguments généraux de

¹²⁰ Comme cela est indiqué plus haut, les deux parties conviennent, par exemple, que les recommandations et décisions de 2018 de l'ORD concernent des effets défavorables sous la forme de pertes de ventes et d'une entrave.

¹²¹ Nous notons au passage qu'il serait possible d'éviter des différends portant sur la question de savoir si les termes de la demande de la partie plaignante au titre de l'article 22:2 constituaient une entrave à la procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 comme la partie plaignante le propose si les parties incluaient dans tout accord bilatéral sur la chronologie une procédure spécifique pour la mise à jour de la demande de la partie plaignante au titre de l'article 22:2, et pour le recours à l'article 22:6 par la partie défenderesse, suite à l'adoption par l'ORD de toutes constatations de mise en conformité défavorables. Nous notons dans ce contexte que l'article 22:7 du Mémoire d'accord permet déjà en effet la modification des demandes au titre de l'article 22:2 initiales.

l'Union européenne concernant la méthode des États-Unis, et d) les arguments techniques de l'Union européenne concernant la méthode des États-Unis.

6.3.1 Caractère approprié de l'utilisation de la période de référence 2011-2013 et de l'acceptation d'une suspension annuelle des concessions

6.31. Les parties ont consacré des parties importantes de leurs communications à débattre de la question de savoir s'il était admissible que l'Arbitre détermine le niveau maximal de contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle¹²² sur la base de la valeur des effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 avait été déterminée, comme le proposaient les États-Unis.¹²³

6.32. Il apparaît que c'est la première fois dans une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 qu'une partie défenderesse conteste la demande formulée par une partie plaignante en vue d'être autorisée à mettre en œuvre une suspension annuelle. Des arbitres antérieurs ont accordé une suspension annuelle, y compris le seul autre arbitre à avoir procédé à ce jour à un arbitrage au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC, à savoir l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*. Toutefois, ces arbitres n'ont pas précisé la raison pour laquelle ils faisaient cela. Dans la présente section, nous devons par conséquent examiner cette raison de manière plus détaillée et régler le désaccord entre les parties dans ce contexte.

6.33. Comme il est indiqué dans la section 6.1, dans leur note méthodologique, les États-Unis demandent à l'Arbitre de leur accorder des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle. Ils déterminent le niveau de suspension annuelle proposé en calculant la valeur des cinq pertes de ventes et des six cas d'entrave dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été constatée dans le cadre de la précédente procédure de mise en conformité, puis en annualisant ce montant. Ce montant annualisé est la base du niveau proposé de la suspension annuelle.¹²⁴

6.34. L'Union européenne fait valoir que les effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée, c'est-à-dire les cinq pertes de ventes et les six cas d'entrave, ne peuvent pas être utilisés lorsque l'on accorde un niveau de contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle.¹²⁵ Selon elle, la raison d'être fondamentale de l'utilisation des effets d'une mesure dans une période de référence antérieure pour déterminer un niveau de suspension annuelle est qu'une mesure continue d'avoir des effets semblables au-delà de cette période de référence, résultat qui ne survient généralement que si une mesure est "récurrente". Plus spécifiquement, l'Union européenne estime que "pour autoriser [des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle] ..., l'[Arbitre] doit faire en sorte que les effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence de décembre 2011 à décembre 2013 a été déterminée fournissent une estimation raisonnable – c'est-à-dire soient représentatifs – des effets défavorables aujourd'hui, et à l'avenir".¹²⁶ Elle affirme que les États-Unis n'ont pas démontré que la période de référence 2011-2013 fournissait cette "estimation raisonnable" et, selon elle, la période de référence 2011-2013 ne fournit pas en fait cette estimation raisonnable.¹²⁷

¹²² L'expression "suspension annuelle" est décrite plus haut au paragraphe 6.3.

¹²³ Nous examinons la question distincte de la représentativité de la période de référence 2011-2013 plus loin dans les sections 6.3.4.3.1 et 6.3.4.4.1.

¹²⁴ Les États-Unis demandent en outre à l'Arbitre d'ajuster ce niveau pour tenir compte de l'inflation qui existait après la période de référence 2011-2013 et qui existera dans les années à venir lorsqu'ils pourront appliquer des contre-mesures. Nous examinons cette demande plus loin dans les sections 6.4.5.2 et 6.4.5.3.

¹²⁵ Nous notons que l'Union européenne a formulé certains autres arguments contre la méthode des États-Unis, dont il apparaît qu'ils se rapportent à la question différente de savoir quels effets défavorables la suspension annuelle peut prendre en compte. Nous traitons donc ces arguments séparément plus loin dans la section 6.3.3.

¹²⁶ Union européenne, réponse à la question n° 104 de l'Arbitre, paragraphe 134 (notes de bas de page et guillemets omis). Voir aussi Union européenne, réponse à la question n° 99 de l'Arbitre, paragraphes 84 et 85; et observations sur les réponses des États-Unis aux questions n° 99 et 103 de l'Arbitre.

¹²⁷ Union européenne, communication écrite, paragraphes 74 à 76, 79, 80, 81, 90, 98, 100, 105 à 108, 118 à 123, 128, 129, 146 et 160; réponses à la première série de questions de l'Arbitre, paragraphes 18, 19, 27 à 29, 30 à 38, 45 et 50; réponses aux questions de l'Arbitre n° 4, n° 10, paragraphe 218, n° 11, n° 12, n° 14, n° 21, n° 22, n° 56, paragraphes 34 à 102, n° 57, n° 99, paragraphe 79, n° 101, n° 104, n° 107, n° 108 et n° 147; observations sur les réponses des États-Unis aux questions n° 99, 101, 103 et 108 de l'Arbitre; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 1 de l'Union européenne. En formulant ces arguments, l'Union européenne souligne qu'en raison principalement de la nature non récurrente des

6.35. L'Union européenne souligne en outre que le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel n'ont pas formulé de constatations indiquant que les effets défavorables causés par les subventions contestées se poursuivraient après 2013 et ont constaté, en fait, que la nature non récurrente de l'AL/FEM pour les programmes relatifs à l'A380 et à l'A350XWB aboutirait à ce que ces subventions causent moins d'effets défavorables, sinon aucun, après 2013. S'agissant de ce dernier point, elle fait valoir qu'aucun arbitre n'a accordé de suspension annuelle dans une procédure d'arbitrage concernant une mesure "non récurrente". Elle estime que ces considérations distinguent la présente procédure des arbitrages antérieurs dans lesquels une suspension annuelle a été accordée, y compris l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*.¹²⁸ Selon elle, par conséquent, du fait que "[l]es constatations adoptées [dans le présent différend] n'offrent simplement aucune base permettant à l'Arbitr[e] ... d'autoriser [une suspension annuelle]", celui-ci ne peut accorder aux États-Unis qu'"un montant maximal absolu de contre-mesures proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence a été effectivement déterminée" pendant la période de référence 2011-2013¹²⁹, en respectant la structure proposée dans la communication écrite de l'Union européenne, mentionnée plus haut au paragraphe 6.4 et décrite plus en détail plus loin dans la section 6.3.3.4.¹³⁰

6.36. De plus, l'Union européenne donne à penser que la demande de suspension annuelle que présentent les États-Unis est incompatible avec leur demande au titre de l'article 22:2 parce que ladite demande indique qu'ils ajusteront le niveau annuel des contre-mesures déterminé sur la base des "données les plus récentes à la disposition du public". Selon elle toutefois, cela impliquerait d'ajuster le niveau des contre-mesures à la lumière des données concernant les effets défavorables causés par les AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB après 2013, y compris aujourd'hui, ce que les États-Unis ne font pas.¹³¹

6.37. Enfin, elle fait valoir que la suspension annuelle dans le présent différend est incompatible avec la nature "temporaire" des contre-mesures – qui doivent s'appliquer seulement "en attendant la mise en conformité complète" – car en l'espèce, la mise en conformité se produira avec le temps en raison de la nature non récurrente des subventions en question.¹³²

6.38. Il apparaît que les États-Unis proposent deux raisons pour lesquelles il serait approprié de déterminer un niveau maximal de contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle en utilisant la période de référence 2011-2013 pour déterminer ce niveau maximal: a) "les États-Unis ont droit à des contre-mesures en vigueur parce que l'UE ne s'est toujours pas mise en conformité avec ses obligations dans le cadre de l'OMC, comme cela a été confirmé dans les rapports sur la mise en conformité adoptés par l'ORD et en l'absence de toute constatation indiquant le contraire adoptée ultérieurement"¹³³, c'est-à-dire que la suspension annuelle est appropriée en raison de la situation persistante de non-conformité de l'Union européenne, et/ou b) les subventions contestées ont continué de causer des effets défavorables au-delà de la période de référence 2011-2013, et les effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée fournissent une estimation raisonnable de ces effets défavorables persistants, c'est-à-dire qu'une suspension annuelle est appropriée compte tenu des effets persistants des mesures en question.¹³⁴

AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB, la durée de vie de ces subventions est "limitée" et que, par conséquent, les effets défavorables causés par ces subventions sont également "limités" et on ne peut pas supposer qu'ils se poursuivront indéfiniment.

¹²⁸ L'Union européenne note que le seul arbitre qui a examiné une subvention non récurrente a accordé à la partie plaignante une somme forfaitaire unique à utiliser en tant que contre-mesures (Union européenne, communication écrite, paragraphe 110 (mentionnant la décision de l'Arbitre *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*)).

¹²⁹ Union européenne, réponse à la question n° 8 de l'Arbitre, paragraphe 177.

¹³⁰ Union européenne, communication écrite, paragraphes 125 à 127; réponses à la première série de questions de l'Arbitre, paragraphes 20, 21, 42, 46 et 47; et réponses aux questions de l'Arbitre n° 10 b), n° 12, paragraphe 262, n° 21, n° 25, n° 56, paragraphes 79 à 91 et n° 108. Dans ce contexte, l'Union européenne souligne que les ventes d'A380 ont diminué au cours des dernières années et que, en fait, Airbus mettra fin au programme relatif à l'A380 dans un avenir prévisible. (Union européenne, réponse à la question n° 47 de l'Arbitre, paragraphes 291 à 303)

¹³¹ Union européenne, communication écrite, paragraphe 119.

¹³² Union européenne, communication écrite, paragraphes 99 et 131 à 136.

¹³³ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 101 de l'Arbitre, paragraphe 106.

¹³⁴ États-Unis, communication écrite, paragraphes 77, 81 à 83, 86, 105, 114, 116, 119 et 123 à 138; réponses aux questions de l'Arbitre n° 17, n° 19 b), n° 20, n° 22, paragraphe 49, n° 47 et n° 101,

6.39. Les États-Unis affirment que déterminer un niveau de suspension annuelle de la manière qu'ils proposent est en outre compatible avec le texte de l'Accord SMC et du Mémoire d'accord parce que le niveau des contre-mesures serait déterminé en fonction des "effets défavorables dont l'existence [aurait] été déterminée" dans la procédure de mise en conformité, et parce que l'article 22:8 du Mémoire d'accord ne prescrit pas de date de fin prédéterminée pour les contre-mesures.¹³⁵ Ils font valoir en outre que déterminer un niveau de suspension annuelle en évaluant les effets pertinents d'une mesure jugée incompatible avec les règles de l'OMC au cours d'une période de référence antérieure est compatible avec la manière dont des arbitres antérieurs ont déterminé des niveaux de suspension annuelle. Par ailleurs, ils estiment que nombre des arguments de l'Union européenne concernant les effets défavorables causés par les AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB postérieurs à 2013 sont liés à la mise en conformité et sont donc dûment portés devant un groupe spécial de la mise en conformité, ne sont pas étayés par les constatations antérieures formulées dans le présent différend et/ou sont peu solides sur le plan des faits. De plus, selon eux, choisir une période de référence autre que la période de référence 2011-2013 pour déterminer un niveau de suspension annuel viderait indûment de son sens la procédure de mise en conformité parce que cela reviendrait à demander aux États-Unis de présenter de nouveaux arguments concernant la mise en conformité, c'est-à-dire de démontrer la présence d'effets défavorables dans cette nouvelle période.¹³⁶

6.40. Par ailleurs, en réponse à l'argument de l'Union européenne sur ce sujet, les États-Unis soutiennent que leur demande visant à "actualis[er] chaque année [le niveau des contre-mesures] en fonction des données les plus récentes à la disposition du public"¹³⁷ ne signifie pas qu'ils ont eu l'intention de modifier la valeur des contre-mesures en fonction de la valeur des effets défavorables survenant après la période de référence 2011-2013.¹³⁸

6.41. Enfin, les États-Unis affirment que la suspension annuelle est "temporaire" parce qu'elle sera supprimée une fois que l'ORD aura adopté une décision d'un organe juridictionnel de l'OMC constatant que l'Union européenne est en conformité. Ils soulignent toutefois que du fait que le moment auquel la mise en conformité sera assurée est incertain, ils devraient pouvoir imposer une suspension annuelle jusqu'à ce que ce point soit atteint.¹³⁹

6.42. L'Arbitre rappelle que la question est de savoir s'il peut accepter des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle d'un niveau qui reflète le niveau des effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée. Pour évaluer cette question, nous examinerons tout d'abord si nous pouvons déterminer le niveau maximal de contre-mesures au regard d'une période de référence antérieure, à savoir la période de référence 2011-2013. Nous examinerons ensuite si les contre-mesures peuvent prendre la forme d'une suspension annuelle. Après avoir examiné ces aspects en nous référant à notre mandat ainsi qu'au texte et à l'objet et au but du Mémoire d'accord¹⁴⁰, nous examinerons les décisions arbitrales antérieures pour voir si elles éclairent utilement la question dont nous sommes saisis.

paragraphe 22; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre n° 101, paragraphes 106 à 108, et n° 104, paragraphes 128 à 131.

¹³⁵ Nous notons qu'à certains moments, il est apparu que les États-Unis qualifiaient "les effets défavorables dont l'existence [avait] été déterminée" comme étant les cinq pertes de ventes spécifiques et les six cas d'entrave constatés pendant la période de référence 2011-2013 (note méthodologique des États-Unis, paragraphe 29) et qu'à d'autres moments, il est apparu qu'ils les qualifiaient comme étant, ou comme incluant, les effets défavorables qui ont continué au-delà de 2013 (États-Unis, communication écrite, paragraphe 138). Comme cela est indiqué plus loin aux paragraphes 6.43 à 6.46, il apparaît que la première formulation est la plus appropriée aux fins du présent arbitrage.

¹³⁶ États-Unis, communication écrite, paragraphes 77, 89 à 98, 100 à 106, 108 à 113 et 132; réponses aux questions de l'Arbitre n° 17, n° 18, n° 19, paragraphes 32 et 33, n° 21, paragraphe 45, n° 22 et n° 59; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre n° 104, paragraphes 133 et 134, et n° 108.

¹³⁷ Recours des États-Unis à l'article 7.9 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS316/18.

¹³⁸ États-Unis, communication écrite, paragraphes 124 et 125; et réponse à la question n° 19 b) de l'Arbitre, paragraphe 31. De fait, cette actualisation concerne l'utilisation de l'IPP du secteur de la construction des avions civils pour ajuster les contre-mesures afin de tenir compte de l'inflation, question qui est examinée plus loin dans les sections 6.4.5.2 et 6.4.5.3. (États-Unis, communication écrite, paragraphe 124)

¹³⁹ États-Unis, communication écrite, paragraphes 111 à 113.

¹⁴⁰ Nous rappelons que la présente procédure est menée au titre à la fois de l'Accord SMC et du Mémoire d'accord. (Voir plus haut le paragraphe 3.4.)

6.43. Nous traitons d'abord la question de savoir ce qui détermine le niveau des contre-mesures qui peuvent être accordées. En vertu de l'article 7.9 de l'Accord SMC, l'ORD peut autoriser les États-Unis à prendre des contre-mesures proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée. Notre mandat au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC consiste à déterminer si les "contre-mesures" proposées sont "proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence [a] été déterminée." Comme il est indiqué dans la section 5, dans le contexte du présent différend, le membre de phrase "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" nous renvoie aux constatations concernant les effets défavorables formulées dans la procédure de mise en conformité qui constituent le fondement permettant à l'ORD d'autoriser les États-Unis à prendre des contre-mesures.¹⁴¹ Plus spécifiquement, le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel ont constaté que les AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB avaient des effets défavorables sous la forme de pertes de ventes notables au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC et d'une entrave au sens de l'article 6.3 a) et b) du même accord.

6.44. Ces constatations étaient fondées sur des données relatives à des commandes et livraisons spécifiques de LCA figurant dans la période de référence 2011-2013 et n'ont été identifiées en tant qu'effets défavorables uniquement après, entre autres choses, des analyses fondées sur de nombreux faits relatifs aux circonstances existant dans la période de référence 2011-2013 (par exemple les marchés de produits, les conditions de concurrence et les facteurs de non-imputation). Ces analyses ont démontré la présence de cinq pertes de ventes et d'une entrave sur six marchés géographiques pendant la période de référence 2011-2013. Étant donné que lesdites analyses ne portaient pas sur la période postérieure à 2013, aucune détermination n'a été établie concernant l'existence d'effets défavorables après la période de référence 2011-2013. Il est donc compatible avec le mandat énoncé à l'article 7.10 de déterminer le niveau maximal des contre-mesures sur la base des cinq pertes de ventes et des six cas d'entrave dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée et de considérer que ce sont "les effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" aux fins de la présente procédure.¹⁴²

6.45. L'article 7.10 précise en outre que nous devons déterminer si les contre-mesures proposées sont "proportionnelles" au "degré et à la nature" des cinq pertes de ventes et des six cas d'entrave. Il convient de rappeler que le terme "degré" correspond à un élément quantitatif tandis que la référence à la "nature" des effets défavorables concerne un élément qualitatif.¹⁴³ Nous considérons que, d'un point de vue fonctionnel et dans le contexte de la présente procédure, l'élément quantitatif, c'est-à-dire le "degré", correspond à la valeur monétaire des effets défavorables dont l'existence a été déterminée, alors que les éléments qualitatifs, c'est-à-dire la "nature", correspondent au type d'effets défavorables dont l'existence a été déterminée – en l'espèce, des pertes de ventes et une entrave notables.

6.46. En résumé, l'article 7.10 étaye le point de vue selon lequel, dans la présente procédure, nous pouvons déterminer si les contre-mesures proposées sont proportionnelles à la valeur des pertes de ventes et de l'entrave dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée. Cela a pour corollaire que le niveau des contre-mesures que l'ORD peut autoriser les États-Unis à prendre au titre de l'article 7.9 est fonction des effets défavorables qui se sont produits et dont il a été déterminé qu'ils existaient dans le passé pendant cette période de référence circonscrite dans le temps. La question devient donc de savoir s'il serait approprié d'accorder une suspension annuelle sur la base de la valeur des effets défavorables dont l'existence a été déterminée lorsque cette valeur est limitée dans le temps à une période passée.

6.47. Nous rappelons en outre l'idée de l'Union européenne selon laquelle la demande de suspension annuelle formulée par les États-Unis est incompatible avec leur demande au titre de l'article 22:2. Cet argument est fondé sur le fait que la demande indique que les États-Unis ajusteront le niveau annuel des contre-mesures déterminé sur la base des "données les plus récentes à la disposition du public", mais les États-Unis ne font pas cela parce qu'ils n'ajustent pas les contre-mesures à la lumière des niveaux des effets défavorables postérieurs à 2013.¹⁴⁴ Nous considérons que la

¹⁴¹ Voir plus haut le paragraphe 5.5.

¹⁴² Nous notons que dans la présente procédure, les États-Unis n'ont proposé aucune formule qui fonctionnerait sur une base prospective et chercherait d'une manière ou d'une autre à prendre en compte les cas de pertes de ventes et/ou d'entrave n'ayant pas fait l'objet de constatations spécifiques dans la procédure de mise en conformité.

¹⁴³ Voir plus haut le paragraphe 5.5

¹⁴⁴ Union européenne, communication écrite, paragraphe 119.

référence au fait que le "[niveau des contre-mesures sera] actualisé chaque année en fonction des données les plus récentes à la disposition du public", qui figure dans la demande au titre de l'article 22:2 formulée par les États-Unis, se rapporte à la proposition faite par les États-Unis d'utiliser l'indice des prix à la production des États-Unis pour le secteur de la construction des aéronefs civils (IPP du secteur de la construction des aéronefs civils) pour ajuster chaque année le niveau des contre-mesures et n'équivaut pas à une intention de fonder les contre-mesures sur des calculs d'effets défavorables postérieurs à 2013.¹⁴⁵

6.48. Ayant à l'esprit ce résultat initial de notre analyse, nous examinons maintenant s'il est admissible d'autoriser des contre-mesures non limitées dans le temps¹⁴⁶ sous la forme d'une suspension annuelle à un niveau qui reflète la valeur des effets défavorables dont il a été déterminé qu'ils existaient pendant une période de référence antérieure circonscrite dans le temps (en l'espèce, décembre 2011 à décembre 2013). Nous déplaçons donc notre attention de la question de savoir ce qui détermine le niveau maximal admissible des contre-mesures pouvant être autorisé à la question de la période pendant laquelle des contre-mesures peuvent être imposées à ce niveau.

6.49. Ni l'article 7.9 ni l'article 7.10 n'apportent de réponses spécifiques à cette question. Nous cherchons donc des indications pertinentes dans le Mémoire d'accord. Conformément au Mémoire d'accord, le droit d'une partie plaignante de demander et de maintenir des contre-mesures, et l'obligation de les retirer, sont déterminés par la situation de la partie défenderesse au regard de la mise en conformité.¹⁴⁷ Cela nous amène à penser que la durée admissible maximale des contre-mesures est déterminée non par les effets persistants d'une mesure dont il a été constaté qu'elle était incompatible avec les règles de l'OMC, mais par la situation de la partie défenderesse au regard de la mise en conformité. L'Organe d'appel a indiqué que cet aspect de la suspension annuelle, à savoir qu'elle pouvait rester en vigueur en attendant la confirmation de la conformité sur le fond d'une partie défenderesse, était compatible avec l'objet et le but du Mémoire d'accord. Dans l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension*, il a examiné, entre autres choses, les circonstances dans lesquelles la suspension annuelle autorisée précédemment devrait être supprimée. Ce faisant, il a souligné l'importance pour une partie défenderesse d'assurer la mise en conformité sur le fond¹⁴⁸, il a noté que la suspension de concessions était le "dernier recours" pour assurer cette mise en conformité sur le fond et il a ainsi reconnu qu'"[e]xiger la cessation de la suspension de concessions avant que la mise en conformité sur le fond soit réalisée affaiblirait considérablement l'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC".¹⁴⁹

6.50. Dans l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension*, l'Organe d'appel examinait la question de savoir quand l'autorisation de suspendre des concessions déjà accordée par l'ORD serait levée. Dans le présent différend, aucune autorisation de l'ORD n'a encore été accordée. Néanmoins, il est clair pour nous que si un arbitre devait structurer des contre-mesures de telle manière qu'elles "cess[ent] [effectivement] ... avant que la mise en conformité sur le fond soit réalisée[,] [cela] affaiblirait [de la même manière et] considérablement l'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC" et serait donc contraire à "l'objectif du Mémoire d'accord consistant à assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral".¹⁵⁰ La structure de la suspension annuelle évite cette préoccupation parce qu'elle peut rester en vigueur jusqu'à ce qu'un

¹⁴⁵ Voir plus loin les sections 6.4.5.2 et 6.4.5.3.

¹⁴⁶ Conformément à l'article 22:1 du Mémoire d'accord, la suspension de concessions ou d'autres obligations est censée être une mesure "temporaire". Toutefois, conformément à l'article 22:8 du Mémoire d'accord, la suspension de concessions ou d'autres obligations pourra être appliquée jusqu'à ce que la mesure incompatible avec les règles de l'OMC ait été éliminée ou qu'une solution mutuellement convenue soit intervenue. En ce sens, la suspension de concessions ou d'autres obligations est une mesure non limitée dans le temps.

¹⁴⁷ Voir l'article 22:2, 22:6 et 22:8 du Mémoire d'accord. S'agissant de l'article 22:8, voir aussi plus haut la section 2.4.1.

¹⁴⁸ L'expression "mise en conformité sur le fond" fait référence au fait que la mise en conformité d'une partie défenderesse est évaluée non seulement en ce qui concerne les mesures initiales dont il a été constaté qu'elles étaient incompatibles avec les règles de l'OMC, mais aussi en ce qui concerne toutes "mesures prises pour se conformer" au sens de l'article 21:5 du Mémoire d'accord. (Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.328; et *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphes 305 à 309)

¹⁴⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 308.

¹⁵⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 309.

organe juridictionnel de l'OMC constate que la partie défenderesse a réalisé la mise en conformité sur le fond ou qu'une solution mutuellement convenue ait été trouvée.¹⁵¹

6.51. Nous formulons une observation additionnelle au sujet du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension*. Dans ce rapport, l'Organe d'appel a clairement indiqué que l'autorisation de maintenir la suspension annuelle en cause ne deviendrait caduque qu'après la confirmation, au moyen d'une procédure de règlement des différends de l'OMC ou d'une solution mutuellement convenue, de la mise en conformité sur le fond de la partie défenderesse.¹⁵² Il a donc bien considéré que la suspension annuelle pouvait rester temporairement en vigueur même dans les cas où, en fait, la partie défenderesse avait déjà réalisé la mise en conformité sur le fond mais où cela n'avait pas encore été confirmé au niveau multilatéral. En d'autres termes, il est entendu qu'en attendant cette confirmation, la suspension annuelle peut être maintenue en place pendant un certain temps, en dépit du fait que les effets pertinents des dernières mesures prises pour se conformer seraient en fait évalués comme étant nuls étant donné que la mise en conformité sur le fond avait été réalisée. Cela étaye en outre, à notre avis, l'idée que c'est la situation formelle multilatérale de la partie défenderesse au regard de la mise en conformité qui justifie le maintien de la suspension annuelle au niveau précédemment autorisé, et non l'idée que le niveau autorisé reflète correctement les effets pertinents des mesures de la partie défenderesse au fil du temps.

6.52. L'Union européenne fait valoir que la suspension annuelle n'a été accordée à ce jour que dans le cadre d'arbitrages portant sur des mesures "récurrentes". L'Union européenne n'a pas défini ce terme. Elle l'a vraisemblablement utilisé au sens large pour désigner des mesures dont on s'attendrait à ce qu'elles produisent des effets pertinents de façon persistante. Selon nous, toutefois, la "réurrence" d'une mesure jugée incompatible avec les règles de l'OMC, quelle que soit la définition de ce concept, n'est pas une condition préalable à l'octroi d'une suspension annuelle. Les contre-mesures servent à inciter à la mise en conformité¹⁵³ en ce qui concerne toutes les formes de mesures dont il a été constaté qu'elles étaient incompatibles avec les règles de l'OMC, qu'elles soient "récurrentes" ou "non récurrentes".¹⁵⁴ Tant que la mise en conformité sur le fond n'aura pas été réalisée et confirmée d'une manière multilatérale ou qu'une solution mutuellement convenue n'aura pas été trouvée, il reste une raison valable d'accorder une suspension annuelle et de la maintenir au niveau autorisé.¹⁵⁵

6.53. Dans la présente procédure, l'Union européenne préconise aussi une structure de contre-mesures qui se traduirait par des contre-mesures cessant au moment de la livraison contrefactuelle finale d'un LCA commandé dans le cadre des cinq pertes de ventes enregistrées pendant la période de référence 2011-2013 si Boeing avait remporté les ventes.¹⁵⁶ En bref, selon l'approche de l'Union européenne, après une certaine date, en dépit du fait qu'il n'y ait pas confirmation au niveau multilatéral de la mise en conformité sur le fond, le niveau des contre-mesures devrait tomber à zéro. À notre avis, comme nous l'avons expliqué plus haut, la suspension annuelle peut rester en place au niveau autorisé jusqu'à ce qu'un organe juridictionnel de l'OMC constate que la partie défenderesse a réalisé la mise en conformité sur le fond ou que les parties aient trouvé une autre solution. Nous ne pouvons donc pas accepter l'approche privilégiée par l'Union européenne qui pourrait, selon nous, affaiblir considérablement l'efficacité des

¹⁵¹ Nous notons que le niveau des contre-mesures ou de la suspension de concessions ou d'autres obligations peut, bien entendu, varier au fil du temps dans les cas où les arbitres utilisent d'autres structures pour les contre-mesures, par exemple des formules qui s'appliquent sur une base prospective.

¹⁵² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, section IV.E.

¹⁵³ Voir plus haut le paragraphe 5.2.

¹⁵⁴ Nous notons l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle il y a eu une décision arbitrale qui s'appuyait sur la nature non récurrente de la subvention pertinente "pour rejeter les contre-mesures plus fortes que le Brésil avait proposées afin de décourager un subventionnement futur". (Union européenne, communication écrite, paragraphe 110 (mentionnant la décision de l'Arbitre *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (article 22:6 – *Canada*), paragraphe 3.111)) Nous notons que, dans cette décision, l'Arbitre a rejeté une demande du Brésil visant à ce qu'un montant forfaitaire proposé de contre-mesures soit ajusté à la hausse, et non une demande visant à déterminer le niveau d'une suspension annuelle. Par conséquent, cette décision arbitrale est de nature distincte et n'est pas convaincante dans le contexte de la présente procédure.

¹⁵⁵ Nous notons qu'à ce stade, il n'y a pas de constatation multilatérale qui spécifie le moment auquel l'Union européenne n'accordera plus ou ne maintiendra plus d'AL/FEM pour l'A380 ou l'A350XWB, lorsque ces mesures auront été retirées ou leurs effets défavorables éliminés. (Voir l'article 7.8 de l'Accord SMC.) D'autre part, il n'y a pas d'accord entre les parties quant à la date à laquelle l'un quelconque de ces événements se produira. Nous ne nous prononçons donc pas sur le point de savoir si la présence d'une telle constatation ou d'un tel accord, s'ils existaient, pourrait être prise en compte dans une procédure d'arbitrage.

¹⁵⁶ Voir plus haut le paragraphe 6.4 et plus loin la section 6.3.3.4.

contre-mesures et compromettre l'objectif du Mémorandum d'accord consistant à assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral.¹⁵⁷

6.54. Enfin, l'Union européenne fait valoir que la suspension annuelle est incompatible avec la nature "temporaire" des contre-mesures qui doivent, selon elle, s'appliquer seulement "en attendant la mise en conformité complète". Nous ne voyons aucune incompatibilité à cet égard. En vertu de l'article 22:8 du Mémorandum d'accord, la suspension annuelle devra cesser une fois que l'ORD aura adopté une décision d'un organe juridictionnel de l'OMC constatant que l'Union européenne s'est mise en conformité sur le fond avec ses obligations pertinentes dans le cadre de l'OMC (ou que les parties conviennent qu'une solution a été trouvée).

6.55. Nous allons maintenant examiner des décisions arbitrales antérieures pertinentes pour voir si elles éclairent utilement le point de savoir si, dans la présente procédure, il est approprié de calculer le niveau des contre-mesures au regard d'une période de référence antérieure et d'accorder des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle.¹⁵⁸ Nous prenons en considération quatre aspects connexes de la pratique antérieure en matière d'arbitrage qui sont très pertinents pour la question à l'examen. Premièrement, la plupart des différends dans lesquels des arbitrages ont eu lieu ont abouti à l'octroi d'une suspension annuelle à la partie plaignante.¹⁵⁹ Parmi eux figurent des arbitrages effectués au titre des articles 4.11 et 7.10 de l'Accord SMC et de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord. Nous notons donc que la suspension annuelle a été systématiquement accordée par les arbitres au fil du temps et dans des contextes juridiques et factuels très divers, y compris dans le cadre du mandat qui est le nôtre.

6.56. Deuxièmement, les niveaux de cette suspension annuelle ont généralement été déterminés sur la base des effets sur le commerce des mesures pertinentes pendant des périodes antérieures¹⁶⁰

¹⁵⁷ "Un Membre autorisé par l'ORD à suspendre des concessions bénéficie de l'assurance au titre de l'article 22:8 [du Mémorandum d'accord] que, jusqu'à ce que la mise en conformité sur le fond soit réalisée ou, en cas de désaccord, confirmée au niveau multilatéral, la suspension de concessions continue d'être autorisée au titre du Mémorandum d'accord". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 308)

¹⁵⁸ Dans la présente section, nous examinons certains arbitrages effectués exclusivement au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord. Ces arbitrages sont néanmoins pertinents dans le présent contexte pour deux raisons. Premièrement, et comme cela a été indiqué précédemment, les arbitrages régis par l'article 7.10 sont, en même temps, régis par l'article 22:6. (Voir plus haut le paragraphe 3.4.) Deuxièmement, le mandat d'un arbitre agissant au titre de l'article 22:6 consiste à "détermin[er] si le niveau de [la] suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages" (article 22:7 du Mémorandum d'accord). (pas d'italique dans l'original) Cette structure est semblable à celle de notre mandat, qui consiste à déterminer si les contre-mesures sont proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée. (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 5.21 (reconnaissant cette similitude structurelle)) Par conséquent, les circonstances dans lesquelles ces arbitres ont accordé une suspension annuelle dans le cadre de leur mandat peuvent être instructives pour nous.

¹⁵⁹ Décisions des Arbitres *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, section 3.6 (déterminant en outre que le niveau de la suspension annuelle pourrait varier au fil du temps selon l'inflation); *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*; *États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis)*; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*; *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*; *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*; *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*; *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*; *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*; *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*; et *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*. D'autres arbitres ont accordé des montants forfaitaires et/ou utilisé des formules de complexité variable. (Décisions des Arbitres *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 5.2; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, paragraphe 6.5; *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Brésil) (article 22:6 – États-Unis)*; *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*; et *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*) Toutefois, aucun des arbitres du dernier groupe n'a rejeté une demande de suspension annuelle présentée par une partie plaignante. Nous notons spécifiquement que l'Arbitre dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, procédure dans laquelle "la mesure en cause ... concern[ait] un montant de subvention défini", a accordé un montant forfaitaire, ce qui était la structure demandée par la partie plaignante. (Décision de l'Arbitre *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, paragraphe 3.45).

¹⁶⁰ Nous notons que dans l'affaire *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, l'Arbitre a autorisé la suspension annuelle au titre de l'article 4.11 de l'Accord SMC sur la base de la valeur annualisée projetée de la subvention entre 2000 et 2005, malgré le fait que sa décision a été distribuée en août 2000. Il est apparu que cette approche découlait des faits inhabituels de l'espèce et, en particulier, des éléments suivants: a) le fait que le Brésil continuait de ne pas se conformer avait pour base la poursuite de l'émission d'obligations pendant la période postérieure à la mise en œuvre au titre d'engagements que celui-ci avait contractés auparavant, et

par application de contrefactuels à ces périodes. Les périodes antérieures choisies étaient habituellement des périodes à court terme qui suivaient immédiatement le moment auquel la partie défenderesse aurait dû se mettre en conformité ou qui incluaient ce moment.¹⁶¹ Des arbitres – y compris l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)* – ont formulé des observations sur le caractère approprié de la détermination des niveaux de suspension annuelle en mesurant les effets pertinents d'une mesure au moment où la partie défenderesse aurait dû se mettre en conformité ou peu après cette date, observant que le but fondamental d'une procédure d'arbitrage était de déterminer le dommage causé à la partie plaignante par ce manquement précis.¹⁶² Nous estimons que cette raison est solide, y compris dans les circonstances de la présente procédure. Nous observons en outre que la suspension de concessions ou d'autres obligations et les contre-mesures sont prévues par la partie plaignante comme des mesures temporaires et non des mesures à long terme. On doit par conséquent supposer à bon droit que la partie défenderesse prendra de bonne foi des mesures correctives appropriées à court terme pour se mettre en conformité dans les moindres délais après que la suspension de concessions ou les contre-mesures auront été autorisées. Il nous semble donc approprié d'évaluer les effets à court terme d'une mesure incompatible avec les règles de l'OMC, et non ses effets à long terme lorsque la partie défenderesse devrait être en conformité.

6.57. Nous considérons donc que la période de référence 2011-2013 est appropriée pour déterminer le niveau admissible de la suspension annuelle, non pas seulement parce que c'est la période qui a été utilisée dans la procédure de mise en conformité et qui nous indique les "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" auxquels notre mandat nous renvoie, mais parce que cette période est intervenue immédiatement après la fin de la période de mise en œuvre dans le présent différend.

6.58. Troisièmement, l'incertitude entourant les effets pertinents des mesures qui se produisent au-delà de la fin des périodes de référence utilisées pour la détermination d'un niveau de suspension annuelle n'a empêché aucun arbitre de déterminer ce niveau. De fait, au moins deux arbitres relativement récents ont expressément rejeté la pertinence de ces incertitudes. L'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)* a rejeté comme étant dénuée de pertinence une tendance à long terme alléguée indiquant une baisse de la consommation de thon des États-Unis pour déterminer un niveau de suspension annuelle sur la base d'une période de référence antérieure à court terme, à savoir une tendance qui donnait à penser que le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages qui existait au moment de la procédure d'arbitrage et qui existerait dans l'avenir était plus faible.¹⁶³ L'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)* a dit expressément qu'"[u]ne situation dans laquelle un montant annuel fixe de contre-mesures [était] déterminé, montant qui [serait] appliqué à l'avenir pour une période indéterminée [à savoir une suspension annuelle], comport[ait] nécessairement une incertitude inhérente quant à la mesure dans laquelle ce montant [serait] proche des effets défavorables réels

b) les obligations n'étaient émises qu'à livraison des aéronefs. (Décision de l'Arbitre *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, paragraphes 3.64 et 3.65)

¹⁶¹ Voir, par exemple, les décisions des Arbitres *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, section 3.2 (déterminant la suspension annuelle par application d'un contrefactuel pour l'année pendant laquelle le délai raisonnable arrivait à expiration); *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, section 4 (déterminant la suspension annuelle par application d'un contrefactuel pour la première année complète suivant l'expiration du délai raisonnable); *États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis)*, section 3.2 et paragraphe 6.32 (déterminant la suspension annuelle par application d'un contrefactuel pour "l'année de base" suivant la fin du délai raisonnable); et *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphes 4.115 à 4.119 (déterminant la suspension annuelle par application d'un contrefactuel pour l'année qui couvrait la fin de la période de mise en œuvre). Voir aussi la décision de l'Arbitre *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 2.15 (agissant au titre de l'article 4.11 de l'Accord SMC et déterminant la suspension annuelle par calcul du montant de la subvention pour l'année pendant laquelle la période de mise en œuvre était arrivée à expiration).

¹⁶² Décisions des Arbitres *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 4.14; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.118; *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.143; et *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphes 2.14 a) et 2.15. Voir aussi la décision de l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Article 110 5, Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, paragraphe 4.19 (expliquant qu'"[à] la différence de l'article 22:6, qui traite de près de la mise en conformité (ou de son absence) à la fin du délai raisonnable, l'article 25 est muet quant à la date à laquelle une question soumise à arbitrage devrait être évaluée"). (pas d'italique dans l'original)

¹⁶³ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 4.18.

de la mesure qui continu[aient] d'exister au fil du temps".¹⁶⁴ L'Arbitre a néanmoins déterminé un niveau de suspension annuelle fondé sur une période de référence antérieure à court terme.

6.59. Nous convenons qu'il y a une incertitude inhérente à la question de savoir à quel point des niveaux de suspension annuelle reflèteront bien la valeur des effets des mesures pertinentes au fil du temps, en particulier si la suspension annuelle doit rester en place pendant une période prolongée. En effet, nous estimons que, dans les années suivant leur application, les niveaux de suspension annuelle ne seront en fait que rarement exactement équivalents à la valeur des effets pertinents des mesures au cours de telle ou telle année, voire peut-être, dans certains cas, qu'ils n'en seront que rarement très proches. Il en est ainsi non seulement en raison du caractère dynamique des marchés sur lesquels les effets des mesures se produisent, mais aussi parce que les acteurs privés du marché ajusteront leur comportement au fil du temps en fonction du maintien en application des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC ou parce que les parties défenderesses pourront adopter de nouvelles "mesures prises pour se conformer" qui pourront elles-mêmes modifier notablement les effets pertinents des mesures en cause même en supposant des conditions du marché statiques.¹⁶⁵

6.60. Si ces incertitudes pouvaient rendre une suspension annuelle non "équivalent[e] au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages" ou non "proportionnelle[]" au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence [aurait] été déterminée" au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord et de l'article 7.10 de l'Accord SMC, ladite suspension annuelle pourrait devoir être ajustée continuellement après avoir été autorisée par l'ORD (soit à la baisse soit à la hausse par rapport au niveau maximal autorisé à la suite d'un ajustement à la baisse). Nous croyons comprendre que cela n'a pas été la pratique des parties plaignantes qui se sont vu accorder un montant fixe pour la suspension annuelle. Cela est compatible avec notre point de vue selon lequel, en vertu de l'Accord SMC et du Mémoire d'accord, le *niveau* maximal des contre-mesures ou de la suspension de concessions qui peut être accordé est fonction des effets des mesures pertinentes pendant une période de référence antérieure, alors que le *maintien* d'une suspension de concessions à ce niveau est subordonné, non pas à l'importance des effets persistants des mesures pertinentes, mais au fait que la partie défenderesse continue de ne pas se mettre en conformité avec ses obligations dans le cadre de l'OMC.¹⁶⁶

6.61. Quatrièmement et finalement, nous notons qu'un arbitre a mis en garde contre le fait de fonder les niveaux de suspension annuelle sur les effets prévus des mesures. Dans l'affaire *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, l'Arbitre a rejeté l'utilisation de prévisions concernant le comportement futur du marché comme base pour la détermination d'un niveau de suspension annuelle. Il a expliqué que "[l]es horizons temporels différents [de ces prévisions] aboutiraient à des niveaux différents concernant l'annulation ou la réduction d'avantages sans relation avec des questions de mise en conformité réelle".¹⁶⁷ Nous convenons que la détermination d'un niveau de

¹⁶⁴ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.117.

¹⁶⁵ Cela suppose bien entendu qu'il serait même juridiquement approprié d'examiner les effets de "mesures prises pour se conformer" qui n'ont pas fait l'objet de constatations dans le cadre d'une procédure de mise en conformité sous-tendant une procédure d'arbitrage pour fixer un niveau de contre-mesures ou de suspension de concessions. La validité de cette hypothèse est mise en doute. (Voir la décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, section 3 (refusant d'examiner, pour établir un niveau de suspension annuelle, les effets d'une version modifiée récente de la mesure jugée non conforme aux règles de l'OMC dans le cadre de la procédure de mise en conformité correspondante parce que la mesure modifiée n'avait pas été prise en considération dans la procédure de mise en conformité).) Dans la mesure où cela serait inapproprié, cela donnerait une raison supplémentaire de s'abstenir de discerner les effets de toutes mesures prises pour se conformer qui n'auraient pas fait l'objet de constatations antérieures dans le cadre d'une procédure de mise en conformité.

¹⁶⁶ Voir la décision de l'Arbitre *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Brésil) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.150 (notant que le coefficient devant être utilisé dans une formule régissant les niveaux futurs d'une suspension de concessions était calculé sur la base de données relatives à une période antérieure et s'avérerait probablement inexact à l'avenir. L'Arbitre a considéré que "cette approche [était] conforme aux arbitrages antérieurs dans lesquels des périodes représentatives [avaient] été utilisées pour déterminer les volumes et les prix des exportations afin de calculer des niveaux d'annulation ou de réduction des avantages et des niveaux de suspension fixés une fois pour toute"). (note de bas de page omise)

¹⁶⁷ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.144. Voir aussi la décision de l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, paragraphe 4.20 (exprimant des réserves au sujet du calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages par rapport à une date située à l'avenir qui elle-même n'était pas encore connue avec certitude parce qu'une telle

suspension annuelle au regard essentiellement d'une période de référence future dont la durée fait débat pourrait conduire à des résultats variables, en raison non seulement de l'incertitude liée à l'évolution future du marché et de l'absence de données réelles mais aussi de la durée choisie de la période de référence. Cela étaye encore l'utilisation des effets des mesures pendant des périodes de référence antérieures à court terme intervenant au moment ou peu après le moment auquel la partie défenderesse aurait dû se mettre en conformité comme base pour la détermination du niveau maximal de la suspension annuelle.¹⁶⁸

6.62. Compte tenu du débat qui a eu lieu jusqu'ici, nous rappelons la position de l'Union européenne selon laquelle "pour autoriser [des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle] ..., l'[Arbitre] doit faire en sorte que les effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence de décembre 2011 à décembre 2013 a été déterminée fournissent une estimation raisonnable – c'est-à-dire soient représentatifs – des effets défavorables aujourd'hui, et à l'avenir".¹⁶⁹ L'Union européenne appelle cela le "critère juridique" applicable tiré de la décision arbitrale dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*. Ce critère juridique nous amènerait à déterminer le niveau maximal de la suspension annuelle qui est "représentatif" de la valeur des effets défavorables causés par les subventions pertinentes actuellement et à l'avenir. Pour appliquer ce critère juridique, il nous faudrait bien entendu savoir ou déterminer ces effets défavorables non identifiés jusqu'à présent.

6.63. Sur la base de nos considérations ci-dessus, nous ne sommes pas en mesure d'accepter le critère juridique proposé par l'Union européenne.¹⁷⁰ Comme nous l'avons indiqué plus haut, notre mandat n'exige pas que nous déterminions le niveau des contre-mesures au regard d'effets défavorables non identifiés jusqu'à présent. Ainsi que nous l'avons expliqué, dans la présente procédure, il est approprié de considérer que les effets pertinents sont les pertes de ventes et cas d'entrave spécifiques survenus au cours de la période de référence 2011-2013.

6.64. En outre, s'agissant des effets défavorables futurs, nous ne voyons pas très bien quel devrait être notre déla ni, en particulier, jusqu'où dans le futur nous devrions essayer d'identifier les effets défavorables pertinents. Cela serait aller au-devant de résultats contestables. De plus, toute prévision de ce type concernant la survenue future d'effets défavorables serait spéculative en raison de l'absence de données réelles.¹⁷¹ Nous ne voyons aucun moyen nous permettant de prédire avec assurance l'évolution future des marchés complexes et dynamiques des LCA, les effets des mesures pertinentes sur ces marchés et les futures mesures de mise en conformité de l'Union européenne, tous ces éléments devant être pris en considération dans une détermination de la survenue future des effets défavorables pertinents.¹⁷²

6.65. En outre, même si nous devons, en conséquence, déterminer seulement les effets défavorables actuels, cela amalgamerait notre rôle avec celui d'un groupe spécial de la mise en conformité établi au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord. De fait, l'une des principales allégations formulées par l'Union européenne devant le deuxième Groupe spécial de la mise en

approche "rend[rait] encore plus incertaine [l']estimation [de l'Arbitre] en [imposant] des suppositions additionnelles").

¹⁶⁸ Nous notons que l'Arbitre dans l'affaire *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)* a pareillement évalué les effets des mesures pertinentes pendant une période de référence à court terme intervenant au moment ou peu après le moment auquel la partie défenderesse aurait dû se mettre en conformité. Nous notons toutefois qu'il est apparu que les circonstances de cette procédure exigeaient de l'Arbitre qu'il procède, en partie, à une analyse prospective. (Décision de l'Arbitre *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 41) Les circonstances de notre procédure n'exigent aucune analyse prospective car nous traitons d'une période de référence *antérieure* à court terme intervenue immédiatement après l'expiration de la période de mise en œuvre.

¹⁶⁹ Union européenne, réponse à la question n° 104 de l'Arbitre, paragraphe 134. (notes de bas de page et guillemets omis)

¹⁷⁰ Voir plus bas le paragraphe 6.75

¹⁷¹ Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, note de bas de page 1625 (notant que "[l]e Groupe spécial initial a observé que les parties avaient qualifié le développement de LCA d'initiative ... face à un environnement commercial qui était déterminé par des facteurs qui étaient par définition imprévisibles").

¹⁷² Nous notons que l'Union européenne elle-même fait valoir que l'Arbitre devrait examiner ses mesures de mise en conformité lorsqu'il évaluera les effets défavorables causés aujourd'hui et ceux qui le seront à l'avenir. (Voir plus haut la section 2.4.)

conformité est qu'elle a "élimin[é] les effets défavorables" au sens de l'article 7.8 de l'Accord SMC.¹⁷³ Pour traiter cette allégation, il est très probable que le Groupe spécial de la mise en conformité devra analyser de la même manière l'existence d'effets défavorables. D'autre part, il n'y a pas eu d'effet défavorable "dont l'existence [après 2013] [a] été déterminée" au niveau multilatéral. Déterminer l'existence d'effets défavorables actuels pertinents obligerait effectivement les États-Unis à revenir sur au moins une partie importante de la première procédure de mise en conformité.¹⁷⁴ Nous rappelons à cet égard que les résultats de la première procédure de mise en conformité constituent le fondement du présent arbitrage, qui a repris après plusieurs années de suspension. Il y aurait aussi un risque de créer des constatations contradictoires entre la présente procédure et la deuxième procédure du Groupe spécial de la mise en conformité actuellement en cours qui examine la situation actuelle de l'Union européenne au regard de la mise en conformité.¹⁷⁵ De plus, comme nous l'avons relevé¹⁷⁶, un examen concernant l'existence d'effets défavorables nécessite des analyses fondées sur de nombreux faits. Procéder à ces analyses prolongerait donc substantiellement la durée de la présente procédure accélérée.

6.66. Enfin, nous examinons la décision de l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), dont l'Union européenne tire le critère juridique qu'elle préconise. L'Arbitre en question a accepté la période de référence proposée par la partie plaignante (campagne de commercialisation de 2005) et a rejeté la période de référence privilégiée par la partie défenderesse (campagnes de commercialisation 2005 à 2007) comme base de la détermination d'un niveau de suspension annuelle. Il a donc déterminé un niveau de suspension annuelle qui était fondé sur les effets défavorables des subventions des États-Unis pendant la campagne de commercialisation 2005. Il a fait distribuer sa décision en août 2009, trois ans après la fin de la campagne de commercialisation 2005.

6.67. Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), l'Arbitre n'a pas formulé de constatations spécifiques sur le point de savoir si les mesures des États-Unis causaient des effets défavorables actuels à l'époque ou des effets défavorables futurs à l'époque. En outre, il a dit aussi que l'incertitude au sujet des effets futurs des subventions en cause ne devrait pas l'empêcher de déterminer le niveau maximal de la suspension annuelle sur la base des effets des subventions au cours d'une période de référence antérieure¹⁷⁷, même lorsque cette incertitude était notable.¹⁷⁸

¹⁷³ Communication de l'Union européenne, WT/DS316/34 (deuxième communication sur la mise en conformité), paragraphe 13. Des arbitres antérieurs se sont prononcés contre l'idée d'amalgamer leurs mandats avec ceux des groupes spéciaux de la mise en conformité et ont refusé de formuler des constatations au sujet de questions liées à la mise en conformité. (Décisions des Arbitres *États-Unis – Lave-linge* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 3.29; *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphes 3.52 et 3.53; et *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), paragraphes 3.14 à 3.17) (Voir aussi plus haut la section 2.4 qui examine ce sujet.)

¹⁷⁴ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 317 (observant que "l'autorisation de suspendre des concessions est ... accordée après un long processus de règlement multilatéral des différends dans lequel les organes juridictionnels pertinents, ainsi que l'ORD, rendent des décisions multilatérales à des étapes clés du processus").

¹⁷⁵ Communication de l'Union européenne, WT/DS316/34 (deuxième communication sur la mise en conformité), paragraphe 43 ("[L']Union européenne informe l'ORD qu'elle a assuré pleinement la mise en conformité avec les recommandations et décisions en l'espèce."). (pas d'italique dans l'original)

¹⁷⁶ Voir plus haut le paragraphe 6.44

¹⁷⁷ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), note de bas de page 44 (expliquant que "[l]e fait que le niveau effectif des versements futurs au titre des programmes [de subvention] [qui causent les effets défavorables] puisse être incertain à ce jour ne peut pas en soi faire obstacle au calcul du niveau des contre-mesures à appliquer"). (pas d'italique dans l'original) Cette note de bas de page se rapportait au texte suivant: "L'incertitude au sujet de ce qui pourrait se produire dans l'avenir ne peut pas non plus dissuader l'arbitre d'évaluer les effets défavorables dont l'existence a été déterminée en ce qui concerne une mesure qui a effectivement existé et qui, au regard des faits, continue d'exister". (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), paragraphe 3.28) Nous notons qu'il n'y a dans le présent différend aucune constatation adoptée par l'ORD indiquant que les mesures d'AL/FEM pour l'A380 ou l'A350XWB avaient cessé d'exister.

¹⁷⁸ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), paragraphes 4.117 et 4.118 (notant que "les fluctuations des prix sur le marché mondial du coton upland [pouvaient] avoir une incidence sur le calcul des effets défavorables des subventions ... en cause dans le temps", que les cours du coton "vari[aient] considérablement d'une année à l'autre" et qu'"il [pouvait] y avoir un certain nombre de facteurs économiques ou autres qui influeraient sur l'évolution dans le temps de l'incidence des subventions en cause").

6.68. Nous notons en outre que l'Arbitre a fait la déclaration suivante:

Nous reconnaissons que les fluctuations des prix sur le marché mondial du coton upland peuvent avoir une incidence sur le calcul des effets défavorables des subventions ML et CCP en cause dans le temps. En effet, il peut y avoir un certain nombre de facteurs économiques ou autres qui influeraient sur l'évolution dans le temps de l'incidence des subventions en cause, et nous n'excluons pas qu'il puisse y avoir différentes approches admissibles pour ce qui est du choix de la période de référence aux fins de ces calculs. Une situation dans laquelle un montant annuel fixe de contre-mesures est déterminé, montant qui sera appliqué à l'avenir pour une période indéterminée, comporte nécessairement une incertitude inhérente quant à la mesure dans laquelle ce montant sera proche des effets défavorables réels de la mesure qui continuent d'exister au fil du temps. Nous devons toutefois faire en sorte qu'il existe un fondement légitime pour pouvoir présumer que la période de référence choisie peut donner lieu à une estimation raisonnable de ces effets.¹⁷⁹

6.69. L'Arbitre n'a pas expliqué pourquoi, selon lui, un arbitre "[devait]" faire en sorte qu'il existe un fondement légitime pour pouvoir présumer que la période de référence choisie "[pouvait]" donner lieu à une estimation raisonnable de "ces effets". Il semble que, par les termes "ces effets", il ait voulu désigner "[l]es effets défavorables réels de la mesure qui continu[aient] d'exister au fil du temps" mentionnés précédemment dans le paragraphe cité.

6.70. Nous rappelons notre propre point de vue, qui est fondé sur notre mandat tel qu'il est énoncé à l'article 7.10, selon lequel, dans les circonstances de la procédure qui nous occupe, nous devrions quantifier les effets défavorables dont l'existence a été déterminée dans les rapports du Groupe spécial de la mise en conformité et de l'Organe d'appel, et non pas tous "effets défavorables réels de la mesure qui continuent d'exister". Les rapports sur la mise en conformité dans le présent différend contiennent des déterminations concernant la période de référence 2011-2013. Cette période est intervenue en même temps que la période suivant immédiatement la fin de la période de mise en œuvre. Il convient de noter que dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, l'Arbitre a pareillement justifié son choix de la campagne de commercialisation 2005 comme étant la période de référence appropriée au motif qu'elle "correspond[ait] au moment à partir duquel les États-Unis auraient dû se conformer aux recommandations et décisions en question".¹⁸⁰ Selon nous, il aurait donc été pertinent et correct que l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)* dise que la période de référence choisie devrait conduire à une estimation raisonnable des effets défavorables à court terme, c'est-à-dire des effets défavorables intervenant à la date ou peu après la date à laquelle la partie défenderesse aurait dû se mettre en conformité.¹⁸¹

6.71. Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, l'Arbitre a aussi examiné l'allégation des États-Unis selon laquelle la campagne de commercialisation 2005 était une période de référence "non représentative", mais il l'a rejetée, constatant que le prix moyen du coton pendant la campagne de commercialisation 2005 était plus proche de la moyenne antérieure des prix du coton enregistrée sur la période de neuf ans (qui avait débuté avec la campagne de commercialisation 1999) que ne l'était le prix moyen du coton pendant la période de référence proposée par les États-Unis qui correspondait aux campagnes de commercialisation 2005 à 2007. Il a constaté en outre que les hausses récentes des prix du coton n'indiquaient pas une modification des tendances des prix à moyen terme et à long terme.¹⁸²

6.72. Comme l'Arbitre n'a finalement pas formulé de constatation indiquant que la campagne de commercialisation 2005 ne constituait pas une estimation raisonnable des effets défavorables réels de la mesure qui continuaient d'exister au fil du temps, on ne voit pas très bien ce qu'il aurait fait s'il avait constaté cela.¹⁸³ Dans l'extrait ci-dessus, il a effectivement dit qu'il était probable que

¹⁷⁹ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.117.

¹⁸⁰ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.118.

¹⁸¹ De fait, l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)* a dit lui-même qu'une fois qu'une contre-mesure était en place, elle pouvait ou non refléter étroitement les effets défavorables réels de la mesure qui continuaient d'exister au fil du temps.

¹⁸² Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.118.

¹⁸³ Par exemple, nous ne savons pas si l'Arbitre aurait accepté les campagnes de commercialisation 2005 à 2007 ou s'il aurait opté pour une autre période de référence.

l'utilisation de prix du coton différents influencerait sur le calcul des effets défavorables des subventions en cause. Il semble aussi qu'il ait été en mesure d'arriver à une conclusion sur la question de la période de référence appropriée après avoir pris en considération seulement l'évolution des prix du coton lorsqu'il a examiné cette question, même s'il avait dit qu'il y avait "un certain nombre de facteurs économiques ou autres"¹⁸⁴ qui influaient sur l'importance de tous effets défavorables des subventions en cause. Il est donc difficile de savoir s'il aurait procédé également à l'examen de tout facteur autre que le prix qui influait sur la situation pendant toute période postérieure à la campagne de commercialisation 2005 s'il avait accepté de choisir une période de référence différente fondée sur l'évolution des prix du coton.

6.73. Dans la présente procédure, rien n'équivaut à une simple comparaison des prix moyens pour d'autres périodes de référence qui nous permettrait d'arriver à des conclusions concernant la période de référence 2011-2013. De fait, nous ne pouvons pas simplement supposer qu'un certain pourcentage de l'ensemble des commandes de LCA que Boeing a perdues au profit d'Airbus au cours d'une année donnée après la période de référence 2011-2013 était des pertes de ventes, par exemple. Comme il a été indiqué plus haut, il a fallu au précédent Groupe spécial de la mise en conformité des analyses approfondies fondées sur des éléments de preuve pour arriver à ses conclusions concernant l'existence d'effets défavorables pendant la période de référence 2011-2013. Nous ne connaissons aucun raccourci à cet égard pour déterminer l'existence d'effets défavorables pendant la période postérieure à 2013. Par ailleurs, les volumes des ventes de LCA pendant la période de référence 2011-2013 coïncideront rarement avec ceux d'une quelconque autre période. Toutefois, cela est la nature fondamentale de la branche de production des LCA.¹⁸⁵ Enfin, nous ne voyons aucun autre élément de preuve versé au dossier indiquant un quelconque aspect ou événement particulier qui rende la période de référence 2011-2013 inappropriée aux fins de la présente procédure.¹⁸⁶

6.74. Pour ces diverses raisons, nous ne sommes pas convaincus que l'approche établie par l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*) soit appropriée dans la présente procédure. En particulier, nous ne voyons aucune nécessité de faire en sorte que la "période de référence [que nous avons] choisie", à savoir la période de référence 2011-2013, "[puisse] donner lieu à une estimation raisonnable" de tous effets défavorables actuels et futurs.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), paragraphe 4.117.

¹⁸⁵ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1719 (observant ce qui suit: "les commandes [de LCA] ont tendance à être très importantes et sporadiques").

¹⁸⁶ Les parties ont laissé entendre qu'un arbitre pouvait ajuster certaines données dans une période de référence choisie si les données relatives à la période de référence étaient d'une manière ou d'une autre "non représentatives". Toutefois, les États-Unis ne proposent aucune modification de ce genre et l'Union européenne pose la question de la "représentativité" en tant que question concernant le point de savoir si les effets défavorables pendant la période de référence 2011-2013 sont "représentatifs" des effets défavorables actuels et futurs. (États-Unis, réponses aux questions n° 103 et 119 de l'Arbitre; et Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 103 de l'Arbitre et sur la réponse des États-Unis à la question n° 1 de l'Union européenne, paragraphe 467) Nous reviendrons sur la question de savoir si nous devrions fonder notre calcul sur des données relatives à l'ensemble de la période de référence 2011-2013 ou sur les données relatives à une sous-période de cette période de référence plus loin dans les sections 6.3.4.3.1 et 6.3.4.4.1.

¹⁸⁷ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), paragraphe 4.117. Nous notons que le niveau des effets défavorables causés par les AL/FEM à l'avenir pourrait être supérieur ou inférieur à celui des effets défavorables causés pendant la période de référence 2011-2013. S'agissant de cette dernière possibilité, nous notons que, même si nous acceptons l'argument de l'Union européenne selon lequel le programme relatif à l'A380 est en train de s'arrêter, il est probable qu'il y aurait encore des livraisons à venir au moins pendant un certain temps. (Union européenne, réponse à la question n° 147 de l'Arbitre, paragraphe 288 et tableau 7) Il se peut que les ventes en cours d'aéronefs A350XWB augmentent sensiblement et même remplacent les ventes d'aéronefs A380. Les "effets indirects" des AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB pourraient influencer sur les futurs programmes de LCA d'Airbus d'une manière qui cause des effets défavorables additionnels. En outre, l'Union européenne pourrait adopter des "mesures prises pour se conformer" qui accroissent la gravité et/ou la durée des effets défavorables pertinents. (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), note de bas de page 92 ("la procédure au titre de l'article 21:5 pourrait aboutir à une constatation selon laquelle une nouvelle mesure de mise en conformité cause une annulation ou une réduction d'avantages plus importante")) Nous notons que dans la procédure de mise en conformité, il a été constaté que l'AL/FEM pour l'A350XWB était une "mesure[] prise[] pour se conformer" au sens de l'article 21:5 du Mémoire d'accord et, conjointement avec l'AL/FEM pour l'A380, causait des pertes de ventes sur le marché des LCA bicouloirs que nous évaluons dans cette procédure même.

6.75. Nous confirmons aussi, par conséquent, que nous ne pouvons pas accepter le critère juridique proposé par l'Union européenne. Notre mandat ne prescrit pas ce critère et son adoption soulèverait diverses préoccupations systémiques que nous avons indiquées plus haut.

6.76. Sur la base de tous les éléments qui précèdent, nous jugeons approprié de déterminer le niveau maximal de la suspension annuelle sur la base de la valeur des effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée et d'accorder des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle.¹⁸⁸ Cette approche est en harmonie avec notre mandat énoncé à l'article 7.10, le texte ainsi que l'objet et le but du Mémoire d'accord, les effets défavorables dont l'existence a été déterminée et la période de référence utilisée dans les procédures de mise en conformité antérieures, le travail à accomplir dans la procédure du deuxième Groupe spécial de la mise en conformité actuellement en cours et, s'agissant de la suspension annuelle non assortie d'une date de fin spécifiée, avec l'approche suivie dans des décisions arbitrales antérieures.

6.3.2 Contrefactuel approprié

6.77. Des arbitres antérieurs ont noté que "dans des procédures d'arbitrage antérieures, les arbitres [avaient] jugé nécessaire de fonder leurs décisions sur ce qu'il est convenu d'appeler un "contrefactuel" ... [qui] correspond[ait] à un scénario hypothétique qui décri[rait] ce qui se serait produit en termes de courants d'échanges si la partie défenderesse avait mis en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD".¹⁸⁹ Selon un arbitre antérieur, "le critère juridique qu'un scénario doit remplir pour constituer un contrefactuel approprié aux fins d'une procédure au titre de l'article 22:6 est celui de la plausibilité et du caractère raisonnable".¹⁹⁰ Nous notons que le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel dans le présent différend ont déjà utilisé un contrefactuel pour identifier précisément les effets défavorables pendant la période de référence 2011-2013 que nous évaluons ici, à savoir un contrefactuel dans lequel les États membres pertinents de l'Union européenne n'avaient jamais accordé d'AL/FEM pour l'A380 ni d'AL/FEM pour l'A350XWB à Airbus.¹⁹¹ Il apparaît donc que ce contrefactuel donne à penser qu'il est le contrefactuel dans le cadre duquel nous devrions évaluer ces effets défavorables. Les parties font aussi reposer leurs arguments tout au long de la présente procédure d'arbitrage sur ce contrefactuel.¹⁹² Nous convenons que, dans la présente procédure, il est raisonnable d'utiliser le même contrefactuel pour évaluer les effets défavorables que celui qui a été utilisé dans la procédure de mise en conformité antérieure. Nous adoptons, par conséquent, ce contrefactuel particulier comme étant le contrefactuel pertinent.¹⁹³

6.78. À ce stade, nous décrivons un élément spécifique du contrefactuel adopté dans le paragraphe ci-dessus, à savoir quel(s) constructeur(s) de LCA des États-Unis aurai(en)t été présent(s) sur les marchés de produits LCA bicouloirs et VLA (les marchés de produits LCA sur lesquels les effets défavorables que nous évaluons dans la présente procédure se sont produits) pendant les années

¹⁸⁸ Nous reconnaissons qu'il peut y avoir d'autres manières admissibles de structurer des contre-mesures. Nous n'émettons pas de jugement sur l'admissibilité d'autres structures, que ce soit dans le présent différend ou dans d'autres.

¹⁸⁹ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 4.4.

¹⁹⁰ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 4.5. (italique omis) Voir aussi la décision de l'Arbitre *États-Unis – Lave-linge* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 3.10.

¹⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – *États-Unis*), paragraphe 5.558 (décrivant le contrefactuel utilisé par le Groupe spécial de la mise en conformité) et section 6.7.4 (utilisant le contrefactuel qui supposait l'absence d'AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB). On peut relever en outre qu'"un contrefactuel ne [doit] pas nécessairement refléter le scénario le plus probable de mise en conformité". (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 4.5)

¹⁹² Voir, par exemple, Union européenne, réponse à la question n° 3 de l'Arbitre, paragraphe 79 (expliquant que "la question de l'utilisation par l'Arbitr[e] d'un "nouveau" contrefactuel qui s'écarte du contrefactuel adopté par l'Organe d'appel dans la première procédure de mise en conformité" ne se pose tout simplement pas" si tout ce que fait l'Arbitre est d'évaluer les cinq pertes de ventes et les six cas d'entrave constatés pendant la période de référence 2011-2013). (note de bas de page omise) Les États-Unis ne suggèrent jamais que nous utilisions un quelconque contrefactuel autre que celui qui a été utilisé dans la procédure de mise en conformité.

¹⁹³ Des aspects plus spécifiques de ce contrefactuel seront examinés dans les sections ultérieures de la présente décision, selon qu'il sera approprié.

précédant la période de référence 2011-2013 et pendant cette période.¹⁹⁴ Établir cet élément nous aidera à formuler nos analyses ultérieures. Dans ce contexte, l'Union européenne affirme que "le contrefactuel qui a éclairé la détermination des effets défavorables par le ... Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel est un contrefactuel dans lequel, en l'absence d'[AL/]FEM pour l'A380 et d'[AL/]FEM pour l'A350XWB, Airbus et Boeing seraient en concurrence dans le cadre d'un duopole".¹⁹⁵ Les États-Unis affirment qu'en l'absence d'AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB, "l'Organe d'appel n'a pas exclu la possibilité qu'... il y ait eu un autre participant à la branche de production des États-Unis, [mais] les constatations relatives à la persistance des effets défavorables sont centrées sur l'incidence que les subventions ont eu sur Boeing, ce qui est compréhensible puisque Boeing était le seul producteur de LCA des États-Unis existant pendant la période considérée".¹⁹⁶ Nous notons en outre qu'il n'apparaît pas dans la présente procédure que les arguments de l'une ou l'autre partie supposent la présence d'un quelconque constructeur de LCA des États-Unis autre que Boeing sur le marché des LCA à un quelconque moment pertinent, y compris pendant la période de référence 2011-2013.

6.79. Conformément aux positions des parties dans ce contexte, nous jugeons raisonnable d'utiliser un contrefactuel dans lequel Boeing était le seul constructeur de LCA des États-Unis dans les années précédant la période de référence 2011-2013 et pendant cette période. Aucun constructeur de LCA autre que Boeing n'existait en fait aux États-Unis depuis 1997, date à laquelle McDonnell Douglas a fusionné avec Boeing.¹⁹⁷ Selon nous, la structure du contrefactuel adopté par l'Organe d'appel (c'est-à-dire l'absence d'AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB), lorsqu'elle est examinée conjointement avec d'autres éléments de preuve versés au dossier, indique qu'il aurait été peu probable qu'un autre constructeur de LCA des États-Unis entre sur les marchés de produits bicouloirs ou VLA après 1997 mais avant la fin de 2013.¹⁹⁸ Nous notons en outre que les marchés de produits utilisés par le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel en relation avec la période de référence 2011-2013 ont été définis par référence aux LCA d'Airbus et de Boeing uniquement. De plus, l'Organe d'appel n'a pas fait mention d'un constructeur de LCA des États-Unis autre que Boeing présent sur le marché des LCA à un quelconque moment pertinent dans le contrefactuel. Nous estimons donc que dans le contrefactuel pertinent, Boeing aurait été le seul constructeur de LCA des États-Unis dans les années précédant la période de référence 2011-2013 et pendant cette période et, par conséquent, dans le contrefactuel, c'est Boeing qui aurait emporté les ventes perdues identifiées dans la procédure de mise en conformité et Boeing qui aurait accru ses livraisons s'il n'y avait pas eu l'entrave identifiée dans la procédure de mise en conformité.

6.3.3 Arguments généraux de l'Union européenne concernant la méthode des États-Unis

6.80. Plus haut dans la section 6.3.1, nous avons conclu que nous pouvions déterminer le niveau maximal admissible de la suspension annuelle en utilisant la valeur des effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 avait été déterminée, c'est-à-dire les cinq

¹⁹⁴ Il n'apparaît pas que l'Organe d'appel ait spécifié explicitement cette question dans son rapport dans le cadre de la procédure de mise en conformité.

¹⁹⁵ Union européenne, réponse à la question n° 7 de l'Arbitre, paragraphe 156.

¹⁹⁶ États-Unis, réponse à la question n° 7 a) de l'Arbitre, paragraphe 9.

¹⁹⁷ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1620.

¹⁹⁸ L'Organe d'appel a constaté que seuls les effets des AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB (les deux séries les plus récentes de mesures d'AL/FEM) pouvaient être pris en considération pour évaluer la mise en conformité de l'Union européenne avec l'article 7.8 de l'Accord SMC. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 5.553 à 5.555) La première fois qu'une telle mesure a été accordée, c'était en 2000. (Rapports des Groupes spéciaux *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.560, 6.1630, et note de bas de page 452; *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.290 vii)) Il s'ensuit que le monde contrefactuel s'écarte des événements historiques effectifs qui ont commencé en 2000, lors desquels la branche de production des LCA s'est caractérisée par un duopole Airbus-Boeing. (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.368 (notant que le "duopole effectif [Airbus-Boeing] exist[ait] depuis 1997, lorsque Boeing [avait] fusionné avec McDonnell Douglas")) Nous ne voyons rien dans le dossier qui indique qu'un quelconque constructeur de LCA des États-Unis autre que Boeing serait entré sur les marchés de produits bicouloirs ou VLA depuis 2000, face à la concurrence d'Airbus et de Boeing mais en l'absence d'AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB. En fait, les constatations figurant dans le dossier soulignent combien il aurait été difficile pour tout nouveau constructeur de LCA d'entrer sur le marché des LCA dans ces conditions. (Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.1215, 6.1534, 6.1787 et 6.1788.)

pertes de ventes et les six cas d'entrave. S'agissant de cette question, l'Union européenne avance plusieurs arguments concernant les effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été constatée que nous pouvons ou non inclure dans notre détermination du niveau maximal de la suspension annuelle.

6.81. L'Union européenne avance cinq arguments de ce type. Premièrement, elle fait valoir que l'Arbitre doit exclure du niveau maximal de la suspension annuelle la valeur des effets défavorables associés à la vente contrefactuelle des LCA de Boeing qui auraient déjà été livrés dans le contrefactuel au moment du déroulement de la présente procédure d'arbitrage. C'est ce que nous appellerons l'argument concernant les "livraisons antérieures" par souci de commodité. Deuxièmement, l'Union européenne fait valoir que l'Arbitre peut inclure dans le niveau maximal de la suspension annuelle soit la valeur de l'entrave soit celle des pertes de ventes, mais pas les deux, parce qu'il n'est pas approprié d'assigner temporellement la valeur des deux types d'effets défavorables à la période de référence 2011-2013. C'est ce que nous appellerons l'argument concernant la "surestimation" par souci de commodité. Troisièmement, l'Union européenne fait valoir que l'Arbitre peut inclure dans le niveau maximal de la suspension annuelle soit la valeur de l'entrave soit celle des pertes de ventes, mais pas les deux, parce qu'en agissant ainsi il compterait la valeur des mêmes effets défavorables deux fois. C'est ce que nous appellerons l'argument concernant le "double comptage" par souci de commodité. Quatrièmement, et sur la base de la validité, entre autres choses, des trois arguments précédents, l'Union européenne fait valoir que les contre-mesures doivent prendre fin à une date qui correspond à la date de la livraison finale se rapportant aux effets défavorables dont l'existence pendant la période 2011-2013 a été déterminée. Enfin, l'Union européenne fait valoir que l'Arbitre doit exclure la valeur des composants de LCA de Boeing produits en dehors des États-Unis. Nous examinons chacun de ces arguments successivement.

6.3.3.1 Exclusion de la valeur des livraisons antérieures du niveau de la suspension annuelle

6.82. L'Union européenne fait valoir que, pour déterminer le niveau maximal des contre-mesures, l'Arbitre ne peut pas prendre en considération la valeur des cinq pertes de ventes et des six cas d'entrave dans la mesure où ces effets défavorables concernent les LCA de Boeing qui auraient déjà été livrés à l'heure actuelle dans le contrefactuel. Selon elle, les livraisons contrefactuelles de LCA de Boeing associées à ces effets défavorables signifient que ces effets défavorables ont cessé d'exister ou ont pris fin (dans la mesure où ils concernent des LCA livrés antérieurement dans le contrefactuel).¹⁹⁹ L'Union européenne infère de cela que les contre-mesures connexes s'agissant de ces effets défavorables, dans la mesure où il y a des LCA livrés antérieurement dans le contrefactuel, doivent aussi prendre fin. Elle affirme que cette approche est compatible avec la nature prospective des mesures correctives dans le cadre de l'OMC. Elle estime aussi que certains passages du rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) étayaient sa position dans ce contexte.²⁰⁰

6.83. Les États-Unis font valoir que l'approche de l'Union européenne est a) inacceptable parce qu'elle ne permettrait aucune mesure corrective pour l'entrave, qui est fondée sur les livraisons antérieures, b) inappropriée parce qu'elle fait abstraction du fait que les contre-mesures appliquées au cours d'une quelconque année à venir se rapportent aux effets défavorables causés par l'AL/FEM cette année-là et non à ceux qui se sont produits pendant la période de référence 2011-2013²⁰¹, et c) n'est pas étayée par le texte et le but du Mémoire d'accord et de l'Accord SMC. De plus, ils

¹⁹⁹ L'Union européenne avance également cet argument par rapport aux "pertes de ventes" qui impliquent des commandes annulées. Comme il est expliqué plus loin dans la section 6.3.4.3.4.1, nous excluons la valeur des commandes annulées du niveau des contre-mesures. Par conséquent, nous n'examinons pas ici cet aspect de l'argument de l'Union européenne.

²⁰⁰ Union européenne, communication écrite, paragraphes 149 à 164 (mentionnant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphes 7.1685 et 7.1686).

²⁰¹ Nous notons qu'il apparaît que cet argument bien précis suppose que l'octroi de contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle repose sur l'existence d'effets défavorables persistants dont l'importance est semblable à celle des effets dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été constatée. (Voir plus haut le paragraphe 6.38.) Nous avons rejeté cette justification en tant que base nous permettant de déterminer le niveau maximal de la suspension annuelle plus haut dans la section 6.3.1.

affirment que les passages du rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) que l'Union européenne cite dans ce contexte n'étayant pas sa position.²⁰²

6.84. L'Arbitre prend note du point de vue de l'Union européenne selon lequel il ne devrait pas déterminer le niveau maximal de la suspension annuelle, en totalité ou en partie, sur la base de la valeur d'effets défavorables qui ont déjà "pris fin" dans le contrefactuel, et selon lequel les livraisons contrefactuelles de LCA de Boeing se rapportant à ces effets défavorables entraînent cette "fin". Cela amènerait à faire abstraction des six cas d'entrave constatés pendant la période de référence 2011-2013 (puisque'ils étaient fondés sur des livraisons contrefactuelles de LCA de Boeing qui auraient maintenant déjà été effectuées) et de la valeur de tout LCA de Boeing qui aurait été livré à l'heure actuelle dans le cadre des cinq pertes de ventes si Boeing avait remporté ces ventes.

6.85. Notre mandat consiste à déterminer si le niveau proposé de contre-mesures est proportionnel "au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée", c'est-à-dire les cinq pertes de ventes et les six cas d'entrave pendant la période de référence 2011-2013. Nous devons donc établir la valeur économique des effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée. Les parties ne sont pas d'accord quant au point de savoir si l'un quelconque des effets dont l'existence a été déterminée a cessé d'exister avant la présente procédure d'arbitrage. Hormis cela, nous ne voyons pas en quoi il est important de prendre en considération le moment auquel ces effets défavorables "ont pris fin" au sens où l'Union européenne emploie ces termes. Il a été "déterminé [que les cinq pertes de ventes et les six cas d'entrave] existaient" pendant la période de référence 2011-2013. La question de savoir si ces effets défavorables ont continué d'exister pendant un certain temps par la suite est une considération étrangère à la présente procédure d'arbitrage. La question du maintien en existence d'effets défavorables soulève une question de mise en conformité qui, dans les cas litigieux, devrait être examinée par un groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord. Nous notons en outre, comme il a été expliqué plus haut, que de nombreux arbitres, y compris l'Arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), ont déterminé des niveaux maximaux de suspension annuelle fondés sur les effets de mesures au cours de périodes de référence antérieures.²⁰³

6.86. Enfin, les passages du rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) que l'Union européenne cite à l'appui de son argument sont, à notre avis, inutiles et ne nous amènent pas à exclure la valeur des livraisons antérieures. Ces passages portent, entre autres choses, sur les questions de savoir à quel moment, en théorie, il est permis de dire que des "pertes de ventes" et une "entrave", au sens de l'article 6.3 a) à c) de l'Accord SMC, existent et quelles données devraient dûment attester cette existence. Comme il a été expliqué dans le paragraphe précédent, dans le différend dont nous sommes saisis, ces questions ont été réglées dans la mesure où cela est pertinent pour les fins qui nous occupent, c'est-à-dire que l'existence pendant la période de référence 2011-2013 des effets défavorables pertinents a été constatée à partir des éléments de preuve jugés appropriés à cette fin dans la procédure de mise en conformité.²⁰⁴

6.87. Pour toutes ces raisons, nous rejetons l'argument de l'Union européenne concernant les livraisons antérieures.

6.3.3.2 Inclusion à la fois des pertes de ventes et de l'entrave dans la détermination du niveau de la suspension annuelle: "surestimation"

6.88. L'Union européenne fait valoir que la méthode des États-Unis donne lieu à une "surestimation" inadmissible, c'est-à-dire une évaluation du tort économique causé à ces derniers sur la base à la fois des commandes (qui attestent les pertes de ventes) et des livraisons (qui attestent l'entrave) pendant la période de référence 2011-2013. Selon elle, cette façon de faire crée une "inadéquation temporelle dans l'imputation du préjudice", ce qui entraîne une surestimation du montant des

²⁰² États-Unis, communication écrite, paragraphes 122 et 126 à 128.

²⁰³ Voir plus haut la section 6.3.1. Nous rappelons en outre qu'un niveau maximal de suspension annuelle déterminé sur la base d'une période de référence antérieure est encore une mesure corrective prospective. (Voir plus haut les paragraphes 2.27 et 5.3.)

²⁰⁴ Dans la mesure où ces passages soulèvent des questions qui peuvent influencer sur l'imputation temporelle appropriée de la valeur de ces effets défavorables, nous examinons cette question dans la section suivante.

dommages pendant la période de référence 2011-2013. L'Union européenne affirme que des sociétés privées assigneraient la valeur d'une vente de biens au moment de la commande ou à celui de la livraison correspondante, mais pas aux deux.²⁰⁵

6.89. L'Union européenne affirme qu'étant donné qu'il est "incohérent" et "insensé" de combiner un moyen de mesure centré sur les commandes et un moyen de mesure centré sur les livraisons²⁰⁶, l'Arbitre doit choisir l'un ou l'autre s'il veut utiliser la période de référence 2011-2013 pour déterminer le niveau de la suspension annuelle. Toutefois, à son avis, dans les circonstances de la présente procédure²⁰⁷, l'Arbitre "doit opter pour les allégations d'entrave des États-Unis (c'est-à-dire basées sur les livraisons) et "faire entièrement abstraction de leurs allégations de pertes de ventes".²⁰⁸ Selon l'Union européenne, la raison en est que l'Arbitre devrait évaluer les "effets sur le commerce" de l'AL/FEM qui, dans le cas des commandes, se font sentir uniquement au moment des livraisons des LCA commandés. L'Union européenne dit qu'en raison du décalage temporel entre les commandes et les livraisons de LCA, si Boeing avait remporté les cinq ventes perdues, les livraisons contrefactuelles auraient eu lieu uniquement après 2013. Par conséquent, elle soutient que l'assignation temporelle de la valeur des pertes de ventes aux moments où les commandes ont été passées pendant la période de référence 2011-2013 inclut à tort dans cette période les effets défavorables qui se sont fait sentir après la période de référence. Elle souligne dans ce contexte que bien que l'*existence* des pertes de ventes puisse avoir été constatée par référence aux données relatives aux commandes dans la procédure de mise en conformité, cela ne signifie pas nécessairement que l'Arbitre devrait *quantifier* les effets des pertes de ventes en se référant spécifiquement à ces commandes.²⁰⁹

6.90. L'Union européenne fait valoir que des arbitres antérieurs ont confirmé la primauté du "moyen de mesure fondé sur les effets sur le commerce" pour déterminer les niveaux de contre-mesures et de suspensions de concessions, et que les arbitres utilisent d'autres moyens de mesure seulement si les effets sur le commerce sont difficiles à quantifier ou dans les cas où des effets sur le commerce mesurables ne se sont pas encore produits. Elle affirme en outre que l'utilisation des seules allégations d'entrave pour déterminer le niveau des contre-mesures n'est pas incompatible avec les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité parce que même si des groupes spéciaux et l'Organe d'appel peuvent constater l'existence de pertes de ventes en se référant aux données relatives aux commandes, un arbitre peut et devrait quantifier les effets défavorables dont l'existence a été déterminée en utilisant un moyen de mesure centré sur les livraisons. Elle dit aussi que tant les "pertes de ventes" que l'"entrave" sont centrées sur les "effets sur le volume" et les "parts de marché", ce qui correspond à l'utilisation d'un moyen de mesure centré sur les livraisons.²¹⁰

6.91. Enfin, l'Union européenne fait valoir qu'il est trop hypothétique de fonder la valeur des commandes représentant des pertes de ventes sur de futures livraisons contrefactuelles parce que les livraisons de LCA n'ont pas toujours lieu de la manière prévue dans la commande antérieure pertinente, et peuvent être annulées, converties ou reportées. Par conséquent, selon elle, l'Arbitre

²⁰⁵ Union européenne, communication écrite, sections VIII.C et IX.A.1, et note de bas de page 185; réponses à la première série de questions de l'Arbitre, paragraphes 54 à 57 et note de bas de page 59; et réponses aux questions n° 23 de l'Arbitre, paragraphes 370 à 377, n° 62, paragraphes 191 et 192 et note de bas de page 256, et n° 107, paragraphes 182 à 198 et note de bas de page 208.

²⁰⁶ Union européenne, réponse à la question n° 23 de l'Arbitre, paragraphe 368.

²⁰⁷ Union européenne, réponse à la question n° 23 de l'Arbitre, paragraphes 360 à 367 (identifiant ces circonstances comme étant, "entre autres choses, le décalage temporel important entre une commande et une livraison; la forte probabilité que des commandes soient annulées, reportées ou converties; et le caractère particulièrement imposant et peu fréquent des ventes de LCA").

²⁰⁸ Union européenne, communication écrite, note de bas de page 185. Voir aussi Union européenne, réponses à la première série de questions de l'Arbitre, paragraphes 54 à 57; et réponse à la question n° 107 de l'Arbitre, paragraphe 184.

²⁰⁹ Union européenne, communication écrite, paragraphe 190; et réponses aux questions n° 23 et 26 de l'Arbitre. Selon l'Union européenne, "[l]e mot "commerce" dans l'expression "effets sur le commerce" doit être compris au sens large comme étant une "transaction" ou un "transfert de biens et de services", et non au sens étroit comme étant une "transaction transfrontières" (importations/exportations)". (Union européenne, réponse à la question n° 54 de l'Arbitre, note de bas de page 20)

²¹⁰ Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 23, paragraphes 354 à 358, 364 à 367 et 383 (affirmant que "ces arbitr[es] ... ont fondé leurs constatations sur des exportations directes de biens et de services qui étaient affectées par les mesures incompatibles avec les règles de l'OMC en cause"), n° 24, paragraphe 387, n° 26, n° 54 et n° 62, note de bas de page 260.

"doit utiliser les livraisons effectives effectuées pendant les années pertinentes comme fondement de la quantification des effets sur le commerce résultant des pertes de ventes".²¹¹

6.92. Les États-Unis font valoir qu'il n'y a aucune "surestimation" inadmissible, au sens où l'Union européenne emploie ce terme, si l'Arbitre évalue à la fois les cinq pertes de ventes et les six cas d'entrave survenus pendant la période de référence 2011-2013 et détermine le niveau maximal de la suspension annuelle sur la base de ce montant combiné annualisé. Ils font valoir que cette approche met simplement en œuvre le mandat de l'Arbitre, c'est-à-dire l'évaluation des "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée". Selon eux, les "pertes de ventes" prévues à l'article 6.3 c) de l'Accord SMC (identifiées sur la base des commandes de LCA) et l'"entrave" prévue à l'article 6.3 a) et b) de l'Accord SMC (identifiée sur la base des livraisons de LCA) sont deux types distincts d'effets défavorables. Les États-Unis affirment en outre que l'existence pendant la période de référence 2011-2013 des deux types d'effets défavorables a été constatée, de sorte que la valeur des deux peut être assignée temporellement à cette période. De plus, ils disent qu'aucune commande représentant une "perte de vente" n'a donné lieu à des livraisons qui sous-tendent les constatations d'entrave, de sorte qu'aucun LCA n'est évalué deux fois du fait de l'évaluation à la fois des pertes de ventes et de l'entrave dont l'existence pendant la période de référence a été constatée.²¹²

6.93. Les États-Unis disent en outre que, dans la mesure où l'Union européenne fait valoir que l'Arbitre doit appliquer un "moyen de mesure fondé sur les effets sur le commerce" et que ce moyen de mesure oblige l'Arbitre à faire abstraction des allégations de pertes de ventes, aucun fondement textuel dans le Mémoire d'accord ou l'Accord SMC ne justifie cette approche, et aucun "moyen de mesure fondé sur les effets sur le commerce" rigide n'a été utilisé dans des arbitrages antérieurs.²¹³

6.94. Enfin, les États-Unis rejettent l'argument de l'Union européenne selon lequel l'assignation de la valeur des futures livraisons contrefactuelles qui auraient eu lieu si Boeing avait remporté les cinq ventes en question au moment de la perte de vente (c'est-à-dire la commande) est indûment hypothétique, affirmant que l'Arbitre doit supposer que tous les LCA de Boeing qui auraient été commandés dans le cadre des pertes de ventes auraient aussi été livrés (c'est-à-dire qu'aucun élément ne permet d'envisager la possibilité de faits nouveaux postérieurs aux commandes comme des annulations, des conversions ou des retards de livraison); et que la méthode préconisée par l'Union européenne pour évaluer les pertes de vente comporte les mêmes types d'incertitudes que celle des États-Unis.²¹⁴

6.95. L'Arbitre commence par noter que l'argument général de l'Union européenne dans ce contexte veut qu'il soit inapproprié d'assigner temporellement à *la fois* la valeur de l'entrave et la valeur des pertes de ventes à la période de référence 2011-2013, comme les États-Unis le proposent. L'Union européenne pense principalement qu'il en est ainsi parce qu'il est inapproprié, à son avis, d'assigner temporellement la valeur des pertes de ventes, spécifiquement, à la période de référence 2011-2013. Par conséquent, notre analyse se déroule en trois étapes. Premièrement, nous examinons s'il est raisonnable d'assigner temporellement la valeur des pertes de ventes, spécifiquement et isolément de l'assignation temporelle de la valeur de l'entrave, à la période de référence 2011-2013. Deuxièmement, nous examinons s'il est raisonnable d'assigner temporellement la valeur de l'entrave, spécifiquement et isolément de l'assignation temporelle de la valeur des pertes de ventes, à la période de référence 2011-2013. Si nous répondons aux deux questions par l'affirmative, nous examinons ensuite les autres arguments de l'Union européenne quant à savoir s'il serait inapproprié d'assigner temporellement la valeur à *la fois* de l'entrave et des pertes de ventes, considérées conjointement, à la période de référence 2011-2013.

²¹¹ Union européenne, communication écrite, paragraphes 178, 184 à 187 et 188, et notes de bas de page 179 et 181 à 183 (mentionnant, entre autres rapports, le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1724 (notant ces incertitudes)).

²¹² États-Unis, communication écrite, paragraphes 129, 131, 146 à 149, 156, 157, 160 et 161; et réponse à la question n° 54 de l'Arbitre.

²¹³ États-Unis, communication écrite, paragraphes 133 à 136 et 148; et réponse à la question n° 100 de l'Arbitre, paragraphes 12 et 13 (mentionnant la décision de l'Arbitre *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 6.40).

²¹⁴ États-Unis, communication écrite, paragraphes 149, 158 et 163; réponse à la question n° 58 de l'Arbitre; et réponse à la question n° 1 de l'Union européenne, paragraphe 242.

6.3.3.2.1 Assignment temporelle de la valeur des pertes de ventes à la période de référence 2011-2013

6.96. Dans la procédure de mise en conformité, les cinq pertes de ventes étaient représentées par les commandes de LCA d'Airbus passées pendant la période de référence 2011-2013.²¹⁵ Chaque commande concernait de multiples aéronaves d'Airbus. Nous convenons avec l'Union européenne que si Boeing avait remporté les ventes perdues, les livraisons contrefactuelles correspondantes auraient toutes eu lieu après la fin de la période de référence 2011-2013.²¹⁶ La question principale est donc de savoir si, dans ces circonstances, il est raisonnable d'assigner temporellement la valeur des LCA de Boeing qui auraient été vendus dans le cadre de chaque commande contrefactuelle de LCA de Boeing au moment de cette commande contrefactuelle (c'est-à-dire pendant la période de référence 2011-2013 comme les États-Unis le demandent) au lieu d'assigner la valeur de chacun des différents LCA de Boeing commandés au moment de sa livraison contrefactuelle (c'est-à-dire en dehors de la période de référence 2011-2013, comme l'Union européenne le demande).²¹⁷

6.97. Pour traiter cette question, nous rappelons une fois de plus notre mandat, qui consiste à déterminer si le niveau proposé des contre-mesures est proportionnel "au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée". Nous commençons par examiner la nature des pertes de ventes. Celles-ci sont décrites à l'article 6.3 c), qui dispose ce qui suit:

[L]a subvention se traduit par une sous-cotation notable du prix du produit subventionné par rapport au prix d'un produit similaire d'un autre Membre sur le même marché, ou a pour effet d'empêcher des hausses de prix ou de déprimer les prix ou de faire perdre des ventes sur le même marché dans une mesure notable[.]

6.98. S'agissant de l'expression "lost sales" (pertes de ventes), le terme "sale" (vente) est défini comme étant "[t]he action or an act of giving or agreeing to give something to a person in exchange for money" (action ou acte de donner ou de consentir à donner quelque chose à une personne contre de l'argent).²¹⁸ Cela indique que l'événement qui définit une "perte de vente", dans le contexte d'une vente de biens, peut se produire soit au moment où une entente est conclue concernant l'échange de biens contre de l'argent soit au moment où l'"acte" physique d'échanger des biens contre de l'argent a lieu. Par conséquent, nous estimons qu'il est raisonnable d'affirmer que la valeur économique de cette entente serait la valeur des biens vendus dans le cadre de l'entente. En d'autres termes, la valeur d'une perte de vente, lorsqu'elle est attestée par une entente constituant une commande en vue de la livraison ultérieure des biens achetés et évaluée au moment de cette entente, serait la valeur attendue des biens qui auraient fait l'objet d'échanges commerciaux si le fournisseur qui a perdu la vente avait remporté celle-ci. Compte tenu de cette observation, nous ne voyons aucune raison de penser que cette valeur monétaire ne pourrait pas être assignée temporellement au moment où l'entente a été conclue.²¹⁹

6.99. Nous mettons aussi en contraste le libellé de l'article 6.3 c) avec celui des alinéas a) et b) du même article, qui décrivent, entre autres choses, l'entrave et font partie du contexte de l'article 6.3 c). Le texte de ces dispositions est ainsi libellé:

- a) la subvention a pour effet de détourner les importations d'un produit similaire d'un autre Membre du marché du Membre qui accorde la subvention ou d'entraver ces importations;

²¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphes 5.716 et 5.731.

²¹⁶ Voir plus loin la section 6.3.4.3.5.

²¹⁷ Suivant la méthode des États-Unis, nous rappelons que ces derniers estiment que la valeur d'une perte de vente est la valeur actuelle des LCA de Boeing qui devaient être livrés dans le cadre de cette commande.

²¹⁸ *Shorter Oxford English Dictionary*, 6^{ème} édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 2, page 2652.

²¹⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 5.331 (déclarant que "[d]ans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a expliqué que les "pertes de ventes" concernaient les ventes que les fournisseurs du Membre plaignant "n'[avaient] pas obtenues" et qui, au lieu de cela, avaient été remportées par les fournisseurs du Membre défendeur") (mentionnant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1220). (note de bas de page omise)

- b) la subvention a pour effet de détourner du marché d'un pays tiers les exportations d'un produit similaire d'un autre Membre ou d'entraver ces exportations[.]

6.100. Ces dispositions font référence, respectivement, aux "importations" et aux "exportations", ce qui donne à penser que l'entrave est centrée sur les mouvements physiques des biens et se produit au moment où les "importations" et les "exportations" des biens de la partie plaignante font physiquement l'objet d'une "entrave" sur un marché géographique pertinent.²²⁰ Contrairement à l'article 6.3 a) et b), l'article 6.3 c) ne fait nulle part mention d'"importations" ou d'"exportations". Le contexte immédiat de l'article 6.3 c) nous indique donc que le moment auquel les pertes de ventes peuvent se produire et être évaluées temporellement n'a pas besoin d'être le moment auquel le transfert physique correspondant des biens entre le vendeur et l'acheteur a lieu. En fait, la valeur d'une perte de vente peut être déterminée au moment où une entente concernant le transfert de biens contre de l'argent est conclue. Par conséquent, la valeur économique de cette entente peut raisonnablement être qualifiée comme étant la valeur économique attendue des biens qui auraient fait l'objet d'échanges commerciaux si le fournisseur qui a perdu la vente avait remporté celle-ci.

6.101. Les observations qui précèdent sont compatibles avec la manière dont l'existence des pertes de ventes a été déterminée analytiquement dans les procédures antérieures en l'espèce. Tant dans la procédure initiale que dans la procédure de mise en conformité, l'existence des pertes de ventes a été déterminée uniquement à partir des données relatives aux commandes de LCA, c'est-à-dire les données concernant le moment auquel les ententes régissant le transfert physique ultérieur des LCA ont été conclues.²²¹ En revanche, l'existence de l'entrave a été déterminée uniquement à partir des données relatives aux livraisons de LCA, c'est-à-dire les données concernant le moment du transfert physique des LCA. Le choix d'identifier ces effets défavorables de cette manière reposait dans une large mesure sur la mention à l'article 6.3 a) et b) des importations et des exportations.²²² Il est donc clair qu'il a été constaté que les cinq pertes de ventes dans la présente procédure s'étaient produites pendant la période de référence 2011-2013. Cela nous donne à penser que la valeur économique de ces commandes, c'est-à-dire la valeur attendue des LCA de Boeing qui auraient fait l'objet d'échanges commerciaux si c'était plutôt cette dernière qui avait remporté la vente, pouvait aussi être assignée temporellement à la période de référence 2011-2013.

6.102. Nous notons en outre que les pertes de ventes doivent être aussi "dans une mesure notable" au titre de l'article 6.3 c).²²³ Le Groupe spécial initial a identifié certains facteurs qui faisaient en sorte que des pertes de ventes étaient dans une mesure notable, à savoir l'importance stratégique, les effets relatifs à la courbe d'apprentissage, le fournisseur en place, le nombre de LCA en jeu dans une vente et les "sommes en jeu dans ces ventes".²²⁴ Le Groupe spécial de la mise en conformité a considéré que "cette description concernant le caractère notable de la perte de ventes de LCA au profit d'un producteur de LCA rival ... demeure[ait], dans l'ensemble, une description exacte du caractère notable de la perte de ventes de LCA au profit d'un producteur de LCA rival".²²⁵ S'appuyant sur les mêmes considérations que celles qui sont énumérées par le Groupe spécial initial, le Groupe spécial de la mise en conformité a confirmé que les cinq pertes de ventes en cause dans la présente

²²⁰ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 7.1685 (expliquant que l'entrave "ne peu[t] ... se produire qu'à l'endroit où les livraisons de LCA ont lieu").

²²¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 5.716 et 5.731 (indiquant que les cinq commandes pertinentes de LCA d'Airbus pendant la période de référence 2011-2013 "représent[ai]ent" les pertes de ventes). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.338 (expliquant que l'existence de pertes de ventes peut être identifiée à l'aide des "seules données relatives aux commandes").

²²² Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1217 (notant que les données relatives aux commandes sous-tendent les constatations concernant les pertes de ventes); et rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 7.1747 à 7.1751, 7.1774 et 7.1777.

²²³ L'Organe d'appel a expliqué que l'expression ""dans une mesure notable" signifiait "important, digne d'être noté ou lourd de conséquences" et pouvait, selon les circonstances, avoir des aspects à la fois quantitatifs et qualitatifs". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.332)

²²⁴ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1845.

²²⁵ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1798.

procédure étaient "notables".²²⁶ Nous notons donc qu'il a été déterminé que les cinq pertes de ventes notables en cause dans la présente procédure existaient pendant la période de référence 2011-2013 parce que, entre autres choses, les commandes elles-mêmes faisaient intervenir des montants monétaires importants.²²⁷ Cela nous donne aussi à penser que la valeur des cinq pertes de ventes peut raisonnablement être décrite comme étant la valeur attendue des LCA de Boeing qui auraient fait l'objet d'échanges commerciaux si c'était plutôt cette dernière qui avait remporté les ventes. Par conséquent, il apparaîtrait également raisonnable d'assigner temporellement cette valeur au moment de la perte de vente, c'est-à-dire la période de référence 2011-2013.

6.103. Cette interprétation est également étayée par les descriptions du Groupe spécial initial concernant la relation entre les commandes de LCA et les livraisons de LCA correspondantes, dont la validité n'a pas été modifiée pendant les étapes ultérieures du présent différend. Dans ces descriptions, le Groupe spécial initial a souligné ce qui suit: "Au moment où une commande est passée, les conditions et modalités de la livraison de l'aéronef conformément à cette commande seront en grande partie fixées. Les spécifications de l'aéronef, le prix net, les remises, les concessions ne portant pas sur les prix et les arrangements financiers seront déterminés au moment de la passation de la commande", y compris les calendriers de livraison.²²⁸ Par conséquent, le Groupe spécial initial a observé que "les commandes [étaient] dans une certaine mesure un indicateur supplétif des livraisons futures", c'est-à-dire un indicateur supplétif des courants d'échanges de LCA attendus en résultant.²²⁹ Par ailleurs, il a indiqué que des acteurs économiques rationnels tiendraient compte de ces attentes découlant des commandes dans la prise de décisions en matière d'évaluation: "... il ne fait pas de doute que Boeing et Airbus font des projets futurs en tenant compte de leur carnet de commandes actuel, et ... les acteurs du marché tiendront compte des mouvements futurs découlant de ces commandes pour évaluer chaque société".²³⁰

6.104. Il ressort de l'exposé qui précède que, dans le contexte particulier de la procédure dont nous sommes saisis, la valeur des LCA devant faire l'objet d'échanges commerciaux dans le cadre d'une commande de LCA pourrait raisonnablement être assignée au moment de la commande.²³¹ Comme il a été indiqué plus haut, les pertes de ventes dans le présent différend ont été identifiées strictement sur la base des données relatives aux commandes de LCA, et toute valeur finalement tirée des livraisons de LCA est directement imputable et attribuable à la commande connexe de ces LCA et aux modalités qui y étaient énoncées. Les commandes de LCA précisent en outre le montant d'argent qui doit être échangé contre les LCA commandés, et une valeur peut donc être donnée aux commandes.²³² En d'autres termes, un contrat de commande de LCA est raisonnablement qualifié

²²⁶ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1798.

²²⁷ Nous notons que cette constatation a été formulée étant entendu que relativement [[***]] était effectivement transféré au constructeur de LCA au moment de la commande et qu'en fait, "[c'était] au moment de la livraison qu'un fabricant [recevait] la plupart des produits de la vente d'un aéronef". (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1749)

²²⁸ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1750. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 5.335 et 5.336 (formulant des observations analogues); et le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1719 (même).

²²⁹ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1750.

²³⁰ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1749.

²³¹ Nous notons toutefois que notre évaluation des pertes de ventes implique bien plus de calculs que la simple addition de la valeur des livraisons résultant des pertes de ventes. (Voir plus loin la section 6.4.2.) Nous notons en outre que l'évaluation implique l'actualisation des prix de livraison des LCA de Boeing commandés dans le contrefactuel. Selon l'Union européenne, "le Groupe spécial d'arbitrage *États-Unis – Jeux* a explicitement rejeté la demande du Membre requérant visant à ce que les recettes futures actualisées soient incluses dans la décision". (Union européenne, communication écrite, paragraphe 188 (mentionnant la décision de l'Arbitre *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.144)) Toutefois, l'extrait cité par l'Union européenne dans cette décision arbitrale ne met pas en cause le caractère approprié de l'actualisation en tant qu'outil économique pouvant être utilisé dans une procédure d'arbitrage ni ne suggère une approche différente dans la présente procédure.

²³² Nous reconnaissons évidemment que, dans le présent contexte, nous évaluons effectivement des commandes qui n'existent pas, c'est-à-dire les commandes contrefactuelles de Boeing. Nous notons, toutefois, que les commandes contrefactuelles de Boeing seraient structurées de manière à préciser le montant d'argent à recevoir en contrepartie des LCA devant être livrés dans le cadre de ces commandes. (Voir plus loin la section 6.3.4.3.6.)

comme ayant une valeur économique attendue de sorte que lorsque la commande est perdue, le fournisseur qui aurait remporté la vente dans le contrefactuel pertinent (en l'espèce, Boeing) peut être considéré comme ayant perdu cette valeur attendue au moment de la perte de vente.

6.105. Des faits nouveaux postérieurs aux commandes peuvent influencer sur la valeur finale qu'un constructeur de LCA tire d'une commande de LCA.²³³ Ces faits nouveaux comprennent les annulations, les retards de livraison, voire même la renégociation des modalités de la vente.²³⁴ Ces facteurs peuvent entrer en ligne de compte au moment d'évaluer la valeur finale que Boeing aurait obtenue si elle avait remporté les ventes perdues. Comme il est indiqué plus en détail plus loin dans la section 6.3.4.3.2, la manière dont les cinq ventes d'Airbus pertinentes ont évolué en réalité après 2013 peut entrer en ligne de compte dans l'évaluation de la façon dont les ventes contrefactuelles de Boeing auraient probablement évolué si c'était plutôt cette dernière qui avait remporté les ventes perdues. Il serait en outre possible d'ajuster la valeur des pertes de ventes à la lumière de la probabilité que certaines autres modifications importantes surviennent, comme le risque que de futures livraisons contrefactuelles soient annulées.²³⁵ Nous faisons brièvement observer dans ce contexte que, en particulier compte tenu de la possibilité de bénéficier de ces ajustements, nous ne voyons aucune raison de penser que la méthode des États-Unis implique des conjectures inacceptables.²³⁶

6.106. Par ailleurs, nous ne considérons pas que la pratique antérieure en matière de règlement des différends constitue une raison convaincante d'assigner temporellement la valeur de pertes de ventes aux moments des livraisons correspondantes plutôt qu'au moment de la commande. L'Union européenne souligne que la plupart des arbitres antérieurs ont utilisé un "moyen de mesure fondé sur les effets sur le commerce" pour déterminer les niveaux de contre-mesures ou de suspension, et elle fait valoir que nous devrions adopter ce moyen de mesure en l'espèce du fait qu'il privilégie l'assignation temporelle de la valeur des pertes de ventes au moment des livraisons contrefactuelles plutôt qu'au moment de la commande contrefactuelle.²³⁷ L'expression "effets sur le commerce"²³⁸ n'apparaît pas dans l'Accord SMC ni dans le Mémoire d'accord.

6.107. Pour préciser la pertinence d'un moyen de mesure fondé sur les effets sur le commerce, nous formulons donc deux observations concernant les décisions arbitrales dans lesquelles, d'après l'Union européenne, ce moyen de mesure a été utilisé et qui appuient son argument. Premièrement,

²³³ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1724 (expliquant qu'il y a "[de] nombreux facteurs qui peuvent intervenir entre la commande et la livraison effective" qui affectent la valeur finale tirée d'une commande).

²³⁴ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.2178.

²³⁵ Voir plus loin la section 6.3.4.3.4.2.

²³⁶ De fait, nous notons que, selon l'approche des États-Unis ou de l'Union européenne, il faudrait que nous estimions le caractère probable et le calendrier de livraisons contrefactuelles de Boeing pour l'essentiel identiques.

²³⁷ L'Union européenne fait valoir que les arbitres qui ont examiné les différends suivants ont utilisé le moyen de mesure fondé sur les "effets sur le commerce": décisions des Arbitres *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – États-Unis); *États-Unis – EPO* (article 22:6 – États-Unis); *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I); *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II); *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis); *États-Unis – Loi sur la compensation* (Amendement Byrd) (*Brésil*) (article 22:6 – États-Unis); *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE); *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – CE); *CE – Hormones (Canada)* (article 22:6 – CE); et *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – CE). (Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 23, paragraphe 364, et n° 26, paragraphe 406) Nous notons que dans la récente décision qu'il a rendue dans l'affaire *États-Unis – Lave-linge*, l'Arbitre a également adopté une approche fondée sur les "effets sur le commerce", c'est-à-dire qu'il a mesuré les niveaux de l'annulation ou de la réduction des avantages en ce qui concerne les importations contrefactuelles de produits coréens aux États-Unis. (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Lave-linge* (article 22:6 – États-Unis), paragraphes 3.7, 3.112 à 3.118, 4.57, 4.117 et 5.1 à 5.3)

²³⁸ L'Union européenne cite certaines décisions arbitrales et certains rapports de groupes spéciaux dans lesquels sont employés, entre autres, les membres de phrase "effets sur le commerce", "effet de distorsion des échanges" et "les volumes et les prix ainsi que les courants d'échanges en question" dans le cadre de l'analyse des effets des subventions et/ou de la nature des effets défavorables. (Union européenne, communication écrite, paragraphes 63 et 157; réponse à la question n° 26 de l'Arbitre, paragraphes 399 à 402 et note de bas de page 433) Toutefois, aucun passage cité ne définit spécifiquement la teneur précise de ces membres de phrase tels qu'ils sont employés, et aucun ne traite le type de question concernant l'assignation temporelle des courants d'échange contrefactuels que nous examinons en l'espèce. Par conséquent, nous estimons que ces membres de phrase et les passages dans lesquels ils figurent fournissent peu d'indications additionnelles pour notre examen en l'espèce.

ces décisions arbitrales déterminaient généralement les niveaux de contre-mesures ou de suspension de concessions sur la base de l'augmentation de la valeur des échanges commerciaux contrefactuels que la partie plaignante aurait obtenue pour un bien ou un service pertinent si la partie défenderesse s'était mise en conformité. Nous notons que la méthode d'évaluation des pertes de ventes exposée plus haut est compatible avec cela étant donné qu'elle débouche sur une évaluation économique des LCA de Boeing additionnels qui auraient fait l'objet d'échanges commerciaux si cette dernière avait remporté les ventes perdues. En ce sens, nous considérons qu'en assignant temporellement la valeur des livraisons contrefactuelles de LCA de Boeing au moment de la perte de vente, nous utiliserions un moyen de mesure fondé sur les effets sur le commerce.²³⁹ Deuxièmement, il apparaissait que des arbitres antérieurs avaient assigné temporellement l'augmentation de la valeur des échanges commerciaux contrefactuels à la période pendant laquelle ces échanges commerciaux contrefactuels auraient été effectués (c'est-à-dire le moment où les importations ou exportations des biens ou services pertinents ont eu lieu). Nous notons donc que, suivant l'approche des États-Unis – du moins en ce qui concerne l'évaluation des pertes de ventes –, nous assignerions temporellement, un peu différemment, la valeur de l'augmentation des échanges commerciaux contrefactuels de LCA des États-Unis au moment de la commande contrefactuelle qui aurait donné lieu aux échanges commerciaux contrefactuels physiques (c'est-à-dire les livraisons ultérieures) et précisé la valeur de ces échanges.

6.108. S'agissant de cette différence limitée entre l'approche préconisée par les États-Unis et l'approche des arbitres que l'Union européenne cite, nous formulons toutefois les observations connexes suivantes.

6.109. Tout d'abord, l'Union européenne ne cite aucune décision arbitrale antérieure indiquant qu'il serait inapproprié d'assigner temporellement la valeur de la vente de biens à un autre moment que celui du transfert physique des biens et, à notre connaissance, il n'y en a aucune.

6.110. De plus, il apparaît que l'approche des États-Unis est compatible avec ce que nous considérons comme étant le but fondamental des arbitrages effectués au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord. Nous notons que l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*²⁴⁰ a dit ce qui suit: "[A]ux fins de la présente procédure d'arbitrage, les avantages pertinents [perdus devant être évalués] sont ceux qui sont *de nature économique*. Cela est compatible avec les décisions rendues antérieurement par les arbitres intervenant au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord."²⁴¹ Un arbitre ultérieur intervenant au titre de l'article 22:6 a cité ce passage dans son exposé des méthodes d'évaluation utilisées par des arbitres antérieurs, notant que ces derniers n'avaient pas utilisé exclusivement une approche fondée sur les effets sur le commerce pour évaluer l'incidence économique pertinente des mesures en question.²⁴² Nous

²³⁹ Nous notons toutefois que l'expression "effets sur le commerce" ne devrait pas être comprise comme désignant les échanges commerciaux internationaux. Une interprétation aussi étroite ne serait ni appropriée d'un point de vue juridique ni pratique dans la présente procédure dans laquelle nous devons quantifier certains "effets défavorables" identifiés au sens de l'article 5 de l'Accord SMC. En effet, une constatation de "perte de vente" en cause dans la présente procédure concernait United Airlines, une compagnie aérienne cliente des États-Unis. Par conséquent, dans le contrefactuel, un fournisseur des États-Unis (Boeing) aurait fourni des LCA à une compagnie aérienne cliente des États-Unis (United Airlines). Cela aurait constitué des échanges commerciaux intérieurs et non des échanges commerciaux internationaux. (Voir aussi la note de bas de page 35 de l'Accord SMC (prévoyant l'application de contre-mesures mises en œuvre au titre de la Partie III de l'Accord SMC en ce qui concerne "les effets d'une subvention particulière sur le marché intérieur du Membre [mettant en œuvre]").)

²⁴⁰ Bien que cet arbitrage n'ait pas été effectué au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, l'Arbitre a estimé que sa tâche consistait essentiellement à quantifier le niveau de "l'annulation ou de la réduction des avantages" résultant de la mesure en question. (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, paragraphe 2.7)

²⁴¹ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, paragraphe 3.18 (mentionnant les décisions des Arbitres *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*; *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*; *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*; et *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*). (pas d'italique dans l'original) L'Arbitre a dit dans son raisonnement qu'il en était ainsi en raison de "l'objet de la présente procédure, qui [était] de quantifier le *tort économique* subi par les Communautés européennes à la suite du maintien en application de [la mesure en cause]". (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, note de bas de page 38) (pas d'italique dans l'original)

²⁴² Décision de l'Arbitre *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Brésil) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphes 3.38 à 3.40. Cet arbitre a souligné que du fait que "l'annulation ou la réduction des avantages [n'était pas] limitée dans tous les cas à la perte directe en termes de commerce résultant de la violation", "l'approche fondée sur l'effet sur le commerce" ... régulièrement appliquée dans d'autres arbitrages

souscrivons aussi à ces observations générales, c'est-à-dire que, fondamentalement, les arbitres intervenant au titre de l'article 22:6 évaluent les effets économiques de mesures. De fait, à l'exception de certains arbitrages effectués au titre de l'article 4.11 de l'Accord SMC²⁴³, les arbitres intervenant au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord et de l'article 7.10 de l'Accord SMC ont évalué l'incidence économique des mesures en cause. Il en est ainsi que les arbitres aient utilisé un moyen de mesure fondé sur les "effets sur le commerce", au sens où l'Union européenne emploie cette expression, ou évalué l'incidence économique pertinente des mesures en cause par d'autres moyens.²⁴⁴ Nous considérons donc que, conformément à notre mandat, notre tâche consiste à donner une valeur économique "aux effets défavorables dont l'existence [pendant la période de référence] aura été déterminée", c'est-à-dire les cinq pertes de ventes et les six cas d'entrave subis par les États-Unis.

6.111. Enfin, nous notons que la présente procédure concerne des circonstances juridiques et factuelles nouvelles. Aucun arbitre antérieur n'a évalué les "pertes de ventes" au sens de l'article 6.3 c), et encore moins les pertes de ventes concernant des biens dont les ventes se caractérisent par des décalages de plusieurs années entre la commande et la livraison comme c'est le cas des ventes de LCA. Nous rappelons en outre que l'Accord SMC nous donne pour instruction d'évaluer les pertes de vente dont l'existence a été déterminée en évaluant les faits au moment de la vente pertinente et non au moment des livraisons quelles qu'elles soient. Ainsi, il nous semble tout à fait naturel qu'il puisse y avoir certaines différences entre notre méthode d'évaluation et celles d'arbitres antérieurs.

6.112. En résumé, nous n'estimons donc pas que l'assignation temporelle de la valeur des pertes de ventes au moment des commandes pertinentes est incompatible avec la teneur convaincante des décisions arbitrales antérieures.

6.113. Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que la question qui se pose à nous est de savoir si l'approche des États-Unis rend raisonnablement compte de l'incidence économique que les AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB ont causée aux intérêts des États-Unis pendant la période de référence 2011-2013. Dans le cas des pertes de ventes, notre tâche sur le plan juridique et analytique consiste à donner une valeur économique aux cinq pertes de ventes. Nous devons donc déterminer d'une manière économiquement appropriée la valeur des commandes connexes perdues pendant la période de référence. Comme il a été expliqué plus haut, et d'une manière compatible avec les déclarations faites par des organes juridictionnels de l'OMC antérieurs dans le présent différend, il est, à notre avis, économiquement raisonnable d'affirmer que la valeur économique des cinq pertes de ventes, qui se sont produites pendant la période de référence 2011-2013, est la valeur attendue des LCA de Boeing additionnels qui auraient ultérieurement fait l'objet d'échanges commerciaux si cette dernière avait remporté ces ventes perdues. Par conséquent, nous constatons qu'il est approprié d'assigner temporellement cette valeur à la période de référence 2011-2013.

6.114. Pour toutes les raisons qui précèdent, nous considérons que, dans les circonstances de la présente procédure, nous devrions donner une valeur aux commandes qui correspondent aux pertes de ventes, c'est-à-dire la valeur des LCA devant être livrés dans le cadre de ces commandes, et assigner cette valeur au moment de la commande, c'est-à-dire la période de référence 2011-2013. Cette façon de faire est compatible avec notre mandat juridique et l'évaluation économique appropriée des pertes de ventes de LCA et découle de ce mandat et de cette évaluation. Les décisions arbitrales antérieures ne fournissent aucune raison valable d'adopter une approche différente. Toute différence qui existe entre notre méthode d'évaluation et les méthodes adoptées dans des décisions antérieures est fonction des circonstances de la présente procédure, y compris en ce qui concerne

au titre de l'article 22:6 ... sembl[ait] généralement admise par les Membres comme constituant *une* [mais pas la seule] application correcte de l'article 22 du Mémoire d'accord". (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Brésil)* (article 22:6 – États-Unis), paragraphes 3.69 et 3.71) (italique dans l'original)

²⁴³ Les Arbitres *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (article 22:6 – Canada), *États-Unis – FSC* (article 22:6 – États-Unis) et *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – Brésil) ont utilisé la valeur de la subvention à l'exportation pour calculer leurs contre-mesures.

²⁴⁴ L'Arbitre *États-Unis – Loi de 1916* (article 22:6 – États-Unis) a fondé les niveaux maximaux de suspension sur la somme des montants prévus par de futurs jugements définitifs au titre de la Loi de 1916 prononcés à l'encontre de sociétés communautaires et par de futurs règlements à l'amiable conclus par des sociétés communautaires au titre de la Loi de 1916. (Voir aussi la décision de l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (article 25) (recettes provenant de redevances perdues par les détenteurs de droits des CE).)

ce que les dispositions juridiques fondamentales exigent que nous évaluions dans le contexte des faits du présent différend.

6.3.3.2.2 Assignment temporelle de la valeur de l'entrave à la période de référence 2011-2013

6.115. Passant à la question de savoir s'il est raisonnable d'assigner temporellement la valeur de l'entrave à la période de référence 2011-2013, nous notons pour commencer qu'aucune des parties ne fait valoir qu'il est inapproprié d'assigner temporellement la valeur des six cas d'entrave à la période de référence 2011-2013 (si l'entrave est prise en considération en elle-même et séparément de l'attribution temporelle des cinq pertes de ventes). L'existence pendant la période de référence 2011-2013 des six cas d'entrave a été constatée sur la base des livraisons de LCA qui ont eu lieu pendant ce laps de temps. Cette méthode d'identification de l'entrave cadre avec la nature de l'entrave telle qu'elle est exposée à l'article 6.3 a) et b). Comme il a déjà été indiqué plus haut, ces dispositions font référence à des importations et à des exportations, ce qui indique qu'elles sont axées sur le moment auquel les transferts physiques de biens se produisent.

6.116. Toutes les livraisons d'A380 sur lesquelles les constatations d'entrave étaient fondées²⁴⁵ sont la conséquence de commandes que les compagnies aériennes concernées ont passées à une date antérieure, qui précède la période de référence 2011-2013.²⁴⁶ Toutefois, il n'a pas été déterminé que ces commandes constituaient des pertes de ventes au sens de l'article 6.3 c) dans la procédure de mise en conformité antérieure. Il n'y a donc aucun fondement juridique sur la base duquel nous pourrions déterminer correctement la valeur de ces commandes dans la présente procédure. Nous devons plutôt évaluer les six cas d'entrave qui se sont produits pendant la période de référence 2011-2013. Ces six cas d'entrave ont causé un tort économique identifiable aux États-Unis entre 2011 et 2013. En ce qui concerne la quantification de ce préjudice, il correspond à notre avis à la valeur des LCA de Boeing additionnels qui auraient été livrés sur les six marchés géographiques en question pendant la période de référence 2011-2013 s'il n'y avait pas eu d'entrave.

6.117. Pour ces raisons, nous partageons l'avis des parties et assignons temporellement la valeur économique des six cas d'entrave, et plus concrètement la valeur des livraisons contrefactuelles correspondantes de LCA de Boeing sur les marchés géographiques pertinents, à la période de référence 2011-2013, durant laquelle les livraisons auraient été effectuées.

6.3.3.2.3 Assignment temporelle de la valeur à la fois des pertes de ventes et de l'entrave à la période de référence 2011-2013

6.118. Nous rappelons que l'argument général de l'Union européenne est que l'Arbitre ne peut pas assigner temporellement à *la fois* la valeur des pertes de ventes et la valeur de l'entrave à la période de référence 2011-2013. Ayant déterminé plus haut qu'il était raisonnable d'assigner temporellement la valeur des cinq pertes de ventes et des six cas d'entrave à la période de référence 2011-2013 lorsque ceux-ci sont considérés séparément l'un de l'autre, nous examinons maintenant s'il est admissible d'assigner la valeur à la fois des pertes de ventes et de l'entrave à la période de référence 2011-2013 lorsque celles-ci sont considérées conjointement.

6.119. Pour commencer, nous notons que les articles 5 et 6 de l'Accord SMC décrivent de multiples types d'effets défavorables. L'article 7.10 prévoit donc clairement qu'un arbitre peut évaluer de multiples types d'effets défavorables différents, dont le "degré et ... la nature" peuvent différer. Bien que l'Organe d'appel ait noté qu'il y avait une possibilité de chevauchement entre les concepts de pertes de ventes et d'entrave, "en ce sens que les deux phénomènes étaient liés aux ventes d'une entreprise", il a "souligné les caractéristiques distinctes des allégations de détournement et d'entrave, par rapport à celle de pertes de ventes notables, en rejetant la notion de "lien de dépendance entre" ces allégations".²⁴⁷

²⁴⁵ Ces livraisons figurent plus loin dans le tableau 12.

²⁴⁶ Ces renseignements concernant les dates des commandes correspondant aux livraisons sur lesquelles les constatations d'entrave étaient fondées proviennent des pièces EU-79, EU-125 (RCES) à EU-132 (RCES).

²⁴⁷ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1808 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 1240). (note de bas de page omise) Voir aussi les rapports du Groupe

6.120. Nous notons en outre qu'il n'y a pas de chevauchement effectif entre les cinq pertes de ventes et les six cas d'entrave dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée. En d'autres termes, l'Arbitre ne compte pas la valeur d'un LCA contrefactuel de Boeing deux fois pour déterminer le niveau maximal de la suspension annuelle. La raison en est qu'aucune des livraisons de LCA d'Airbus effectuées du fait des cinq pertes de ventes ne correspond à l'un quelconque des six cas d'entrave. Par ailleurs, nous notons que, découlant de cela, aucune des livraisons contrefactuelles de LCA de Boeing qui auraient été effectuées du fait des cinq pertes de ventes (si Boeing avait remporté ces ventes) n'est évaluée en tant que livraison contrefactuelle de LCA de Boeing ayant fait l'objet d'une entrave sur les six marchés géographiques pertinents.

6.121. Nous estimons aussi que l'analogie faite par l'Union européenne avec les pratiques comptables dans le secteur privé est hors de propos. Il peut arriver, comme l'Union européenne l'affirme, que des sociétés du secteur privé assignent la valeur des biens qu'elles vendent au moment de la commande ou à celui des livraisons correspondantes, mais pas aux deux. Toutefois, nous fonctionnons dans un cadre juridique qui est différent de celui qui s'applique à ces sociétés. Notre mandat consiste à évaluer les effets défavorables dont l'existence a été déterminée, lesquels englobent à la fois les pertes de ventes et l'entrave dans la présente procédure.

6.122. Nous ne voyons donc aucune raison de constater que l'assignation temporelle de la valeur sur la base du moment de la commande dans le cas des pertes de ventes et sur la base du moment de la livraison dans le cas de l'entrave est "incompatible", ainsi que l'Union européenne le fait valoir. Dans la mesure où l'assignation temporelle de la valeur de ces deux types d'effets défavorables diffère, cela reflète leur nature différente. En conséquence, les constatations sous-jacentes qui constituent le fondement de la demande des États-Unis au titre de l'article 22:2 et de la présente procédure d'arbitrage nous amènent à évaluer les cinq pertes de ventes par rapport au moment de la commande et les six cas d'entrave par rapport au moment des livraisons. Sur cette base, nous constatons qu'il est approprié d'assigner à la fois la valeur des pertes de ventes (sur la base des commandes contrefactuelles de Boeing) et la valeur de l'entrave (sur la base des livraisons contrefactuelles de Boeing) à la période de référence 2011-2013.

6.3.3.3 Inclusion à la fois des pertes de ventes et de l'entrave pour la détermination du niveau maximal de la suspension annuelle: "double comptage"

6.123. L'Union européenne fait valoir que si l'Arbitre détermine un niveau de suspension annuelle fondé sur la valeur à la fois des pertes de ventes et de l'entrave dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée, cela donnera lieu à un "double comptage" inadmissible. Selon elle, cette expression désigne "le risque de compter la même transaction relative à des pertes de ventes deux fois – une fois en tant que perte de vente (sous la forme de commandes) et une fois en tant que cas d'entrave (sous la forme de livraisons)".²⁴⁸ Elle affirme que ce risque existe parce que "telle ou telle commande passée au cours d'une année deviendra une livraison quelques années plus tard".²⁴⁹ Ainsi, elle affirme qu'une suspension annuelle fondée à la fois sur des pertes de ventes et une entrave prendrait en compte la valeur d'une "perte de vente" sous la forme de commandes de LCA pendant l'année où la commande a été passée, et prendrait ensuite en compte la valeur de la même transaction à nouveau lorsque les livraisons résultant de la commande perdue auraient lieu en tant que cas d'entrave pendant les années où les livraisons ont lieu (normalement quelques années après la passation de la commande). Toutefois, l'Union européenne convient avec les États-Unis qu'il n'y a aucun double comptage dans la période de référence 2011-2013, c'est-à-dire qu'aucune des cinq pertes de ventes n'a entraîné l'une quelconque des livraisons qui ont eu lieu

spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.1807 à 6.1809 (rejetant l'argument de l'Union européenne selon lequel l'entrave et le détournement doivent reposer sur des constatations de pertes de ventes et citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 1241 à l'appui de son raisonnement); et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1751 (rejetant l'argument de l'Union européenne selon lequel l'existence d'un détournement et d'une entrave doit être démontrée "pour chaque vente").

²⁴⁸ Union européenne, réponse à la question n° 56 de l'Arbitre, note de bas de page 38.

²⁴⁹ Union européenne, communication écrite, paragraphes 191 à 195. Voir aussi les réponses de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre n° 13, paragraphes 299 et 300, et n° 62, paragraphe 188 (affirmant que la demande de suspension annuelle des États-Unis repose sur l'idée que les pertes de ventes et l'entrave causées par les subventions se sont poursuivies après 2013).

pendant la période de référence 2011-2013 sur laquelle les constatations d'entrave étaient fondées.²⁵⁰

6.124. Les États-Unis font valoir qu'aucun double comptage inadmissible, au sens où l'Union européenne emploie cette expression, ne se produit si l'Arbitre évalue à la fois les cinq pertes de ventes et les six cas d'entrave pendant la période de référence 2011-2013 et détermine un niveau de suspension annuelle fondé sur ce montant. À leur avis, il en est ainsi pour les raisons suivantes: a) aucune des commandes associées aux pertes de ventes pendant la période de référence 2011-2013 n'a donné lieu à l'une quelconque des livraisons attestant une entrave pendant la période de référence 2011-2013, b) les pertes de ventes et l'entrave sont des formes distinctes d'effets défavorables au titre de l'article 6 de l'Accord SMC, et c) rien dans le libellé de l'Accord SMC ne permet de compenser une forme d'effets défavorables par une autre de la manière préconisée par l'Union européenne. Les États-Unis notent en outre que leur méthode ne fait aucune supposition au sujet des marchés géographiques sur lesquels les pertes de ventes et l'entrave auraient lieu après 2013 et, par conséquent, rien ne permet de constater qu'un double comptage surviendra même si l'Arbitre devait tenir compte des effets défavorables postérieurs à 2013 pour déterminer le niveau maximal de contre-mesures.²⁵¹

6.125. L'Arbitre note que le double comptage, au sens où l'Union européenne emploie cette expression, pourrait se produire uniquement si la détermination par l'Arbitre du niveau maximal de la suspension annuelle devait inclure à la fois la valeur d'une commande de LCA en cause qui représente une perte de vente et la valeur d'une livraison de LCA qui représente une entrave et découle de la même perte de vente antérieure.²⁵² Il n'y a aucune situation de ce genre dans la présente procédure.

6.126. Comme il a été expliqué plus haut dans la section 6.3.1, nous déterminons le niveau maximal de la suspension annuelle en nous référant uniquement aux cinq pertes de ventes et aux six cas d'entrave dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée. De plus, aucune des commandes associées aux cinq pertes de ventes pendant la période de référence 2011-2013 n'a entraîné l'une quelconque des livraisons attestant les six cas d'entrave pendant ladite période.²⁵³ Par conséquent, nous ne déterminons pas le niveau maximal de la suspension annuelle en ce qui concerne de quelconques commandes et livraisons de LCA à l'égard desquelles un double comptage peut survenir. Nous rejetons donc l'argument de l'Union européenne concernant le risque de double comptage.

6.3.3.4 Fixation d'une date de fin pour les contre-mesures sur la base des livraisons contrefactuelles de Boeing résultant des effets défavorables dont l'existence a été déterminée

6.127. L'Union européenne fait valoir que les contre-mesures doivent avoir une date de fin prédéterminée qui correspond à la date de la livraison contrefactuelle finale des LCA de Boeing se rapportant aux effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée. Spécifiquement, elle note que la "livraison finale d'un aéronef se rapportant aux effets défavorables spécifiques dont l'existence a été déterminée est prévue pour 2026. Selon elle,

²⁵⁰ Union européenne, réponses à la première série de questions de l'Arbitre, paragraphe 53 et note de bas de page 58; et réponses aux questions de l'Arbitre n° 13, n° 23, paragraphe 380, n° 24, paragraphes 385 et 389, n° 57, paragraphes 123 à 132, et n° 107, paragraphes 190 à 192.

²⁵¹ États-Unis, communication écrite, paragraphes 129 à 131 et 159 à 162; réponse à la question n° 19 de l'Arbitre, paragraphe 29; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 107 de l'Arbitre, paragraphes 168 à 174.

²⁵² Nous notons que le "double comptage" est donc distinct de la "surestimation". Dans le contexte de la présente affaire, le premier cas de figure survient uniquement si l'Arbitre accorde des contre-mesures sous la forme d'une *suspension annuelle* sur la base de la valeur à la fois des pertes de ventes et de l'entrave pendant la période de référence 2011-2013. Le second cas de figure survient dans le cadre de *toute structure de contre-mesures* qui est accordée sur la base de la valeur à la fois des pertes de ventes et de l'entrave pendant la période de référence 2011-2013.

²⁵³ États-Unis, communication écrite, paragraphe 162; et Union européenne, réponse à la question n° 24 de l'Arbitre, paragraphe 385. Notre analyse des données figurant dans le dossier ne fournit aucune base permettant de mettre en doute la position commune des parties dans ce contexte.

cela signifie que toute autorisation d'imposer des contre-mesures doit aussi prendre fin au plus tard en 2026".²⁵⁴

6.128. Les États-Unis font valoir que l'argument de l'Union européenne ne peut pas être retenu parce qu'il "repose sur l'hypothèse erronée que les contre-mesures à l'heure actuelle et dans les années à venir sont censées prendre en compte les livraisons pendant ces années des avions commandés pendant les campagnes de vente spécifiques 2012 et 2013 qui ont constitué le fondement des constatations de pertes notables de ventes".²⁵⁵

6.129. L'Arbitre note que l'argument de l'Union européenne voudrait que nous fixions une date de fin ferme pour les contre-mesures, fondée sur les dates prévues des livraisons contrefactuelles finales. Cet argument s'appuie sur la validité d'autres arguments de l'Union européenne qui concernent le caractère approprié de l'octroi de contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle et que nous avons rejetés plus haut dans les sections précédentes. Nous rappelons aussi que, dans la présente procédure, nous n'évaluons pas en définitive la valeur des livraisons contrefactuelles d'avions qui ont pour origine les pertes de ventes dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été constatée au moment de leur livraison. La date de la dernière livraison contrefactuelle d'un LCA de Boeing pertinent attendue par l'Union européenne ne constitue pas, selon notre méthode d'évaluation, une date de fin pertinente. Comme il a été expliqué, la date de fin précise de toute contre-mesure imposée par les États-Unis sous la forme d'une suspension annuelle sera déterminée par d'éventuels faits nouveaux comme de nouvelles constatations adoptées par l'ORD confirmant que l'Union européenne s'est mise en conformité ou une solution mutuellement convenue à laquelle les parties sont parvenues. Nous rejetons donc l'argument de l'Union européenne.

6.3.3.5 Exclusion de la valeur des composants de LCA de Boeing produits en dehors des États-Unis

6.130. Comme il a été indiqué dans la section 6.1, les États-Unis demandent des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle, dont le niveau est basé sur la valeur des LCA de Boeing additionnels qui auraient été a) vendus si Boeing avait remporté les ventes perdues et b) livrés si Boeing n'avait pas subi une entrave.

6.131. L'Union européenne fait valoir que l'Arbitre ne peut pas prendre en considération la valeur totale de ces LCA de Boeing dans la détermination du niveau maximal de contre-mesures. En fait, selon elle, l'Arbitre devrait exclure de la valeur de tout LCA de Boeing qu'il inclut dans son calcul du niveau de contre-mesures la valeur des composants incorporés dans les LCA de Boeing fournis par des "fournisseurs d'autres Membres".²⁵⁶ À l'appui de cette position, l'Union européenne note que le libellé de l'article 5 c) de l'Accord SMC indique que les effets défavorables sous la forme d'un "préjudice grave" sont par définition liés à la manière dont ils "affectent [spécifiquement] les intérêts d'un autre Membre", et non ... ceux de tous les Membres".²⁵⁷ Par conséquent, compte tenu de ce libellé, l'Union européenne affirme que l'Arbitre devrait exclure du niveau de contre-mesures la valeur des effets défavorables pour les intérêts de Membres autres que les États-Unis, c'est-à-dire la valeur des composants incorporés dans les LCA de Boeing ajoutés par des "fournisseurs d'autres Membres". Selon l'Union européenne, il en est ainsi même si les constatations relatives aux effets défavorables formulées dans la procédure de mise en conformité antérieure se rapportent aux LCA, et non aux composants de LCA, parce que des Membres autres que les États-Unis ont subi un tort économique du fait des pertes de ventes ou de l'entrave visant des avions de Boeing.²⁵⁸

²⁵⁴ Union européenne, communication écrite, paragraphe 148. (note de bas de page omise) Voir aussi Union européenne, communication écrite, paragraphes 143 à 148 et 370 à 372.

²⁵⁵ États-Unis, communication écrite, paragraphe 139.

²⁵⁶ L'Union européenne laisse entendre qu'il s'agit de fournisseurs dont le "lieu d'activité productive et de création de valeur effective" est situé en dehors des États-Unis. (Union européenne, réponse à la question n° 95 de l'Arbitre, paragraphe 18) De plus, elle fait valoir que ni la structure de propriété de l'entreprise produisant l'intrant ni l'"origine" de l'intrant telle qu'elle est déterminée par un Membre sur la base de ses propres règles d'origine ne peuvent être utilisées comme moyens de mesure pour déterminer si les intrants sont des intrants non états-uniens. (Union européenne, réponse à la question n° 95 de l'Arbitre, paragraphes 16 à 18)

²⁵⁷ Union européenne, communication écrite, paragraphe 356 (mentionnant la décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.75). (italique dans l'original)

²⁵⁸ Union européenne, réponse à la question n° 49 de l'Arbitre, paragraphe 487.

6.132. L'Union européenne allègue que la décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*) appuie sa position. Elle affirme que, dans ce différend, le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel ont déterminé que "les subventions en cause [avaient eu] pour effet d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC, sur le marché mondial du coton upland, causant un préjudice grave "actuel" aux intérêts du Brésil au sens de l'article 5 c) de l'Accord SMC". Selon elle, pour déterminer le niveau des contre-mesures accordées au Brésil, l'Arbitre "a limité le niveau des contre-mesures de manière à refléter uniquement la mesure dans laquelle le Brésil était effectivement affecté ... [et] il a déterminé qu'il ne prendrait pas en considération les effets défavorables subis par les producteurs mondiaux de coton du fait des [subventions des États-Unis en cause]".²⁵⁹ L'Union européenne affirme que l'Arbitre en l'espèce devrait appliquer le même critère, c'est-à-dire limiter le niveau des contre-mesures aux effets défavorables subis par les États-Unis et exclure de son calcul les effets défavorables subis par d'autres Membres de l'OMC.²⁶⁰

6.133. De plus, l'Union européenne fait valoir que si le niveau des contre-mesures que les États-Unis seront autorisés à prendre ne se limite pas aux effets défavorables qu'ils ont subis, cela pourrait donner lieu à l'imposition de doubles mesures correctives à l'Union européenne. L'Union européenne affirme, par exemple, que le Japon – un important fournisseur de composants de fuselage et d'ailerons pour les LCA de Boeing – pourrait engager une procédure de règlement des différends contre l'Union européenne au motif qu'il a subi des effets défavorables du fait des pertes de ventes et de l'entrave visant les aéronefs de Boeing, lesquels auraient incorporé ces composants japonais. Elle dit que si le Japon faisait admettre cette allégation, il pourrait peut-être obtenir l'autorisation de prendre des contre-mesures contre l'Union européenne en ce qui concerne la valeur de ces composants japonais, même si les États-Unis avaient déjà obtenu l'autorisation de prendre des contre-mesures dont le montant incluait la valeur de ces mêmes composants incorporés dans les LCA de Boeing du fait de la présente procédure.²⁶¹

6.134. Les États-Unis rejettent la demande de l'Union européenne visant à exclure la valeur des intrants non états-uniens de la valeur des LCA de Boeing aux fins du calcul du niveau des contre-mesures. Ils avancent trois arguments principaux à l'appui de leur position. Premièrement, ils font valoir que les constatations adoptées dans le présent différend se rapportent aux LCA et non aux composants de LCA. Ils estiment donc que l'approche de l'Union européenne ne cadre pas avec les constatations adoptées par l'ORD.²⁶²

6.135. Deuxièmement, les États-Unis font valoir que l'hypothèse sur laquelle repose l'argument des États-Unis concernant les doubles mesures correctives, au sens où l'Union européenne emploie cette expression, a été rejetée par l'Arbitre *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*). Ils disent que cet Arbitre a expliqué que "la question théorique du double comptage soulevée par l'Union européenne ne se pos[ait] pas car les Membres ne [pouvaient] pas se voir conférer de droits leur permettant d'imposer des contre-mesures pour ces types d'effets "indirects" en amont".²⁶³

6.136. Enfin, les États-Unis notent que lorsqu'ils appliqueront des contre-mesures aux importations de biens provenant de l'Union européenne, ils fonderont leur application des droits de douane sur la valeur totale des biens importés, sans égard à la mesure dans laquelle ces biens incorporent des intrants non originaires de l'Union européenne. Ils affirment donc que pour effectuer une "comparaison entre des éléments identiques", le niveau des contre-mesures doit être indiqué comme étant la valeur des effets défavorables s'agissant de la valeur totale du LCA de Boeing pertinent en tant que produit. Selon eux, cela devrait être fait sans égard au point de savoir si ces LCA de Boeing incorporent des intrants non états-uniens.²⁶⁴

²⁵⁹ Union européenne, communication écrite, paragraphe 358.

²⁶⁰ Union européenne, communication écrite, paragraphes 358 et 361. L'Union européenne a, à titre subsidiaire, qualifié l'effet ressenti par d'autres Membres que les États-Unis du fait des pertes de ventes et de l'entrave causés aux aéronefs de Boeing d'"effets défavorables", de "tort économique", d'"effets sur le commerce" et de "pertes de recettes".

²⁶¹ Union européenne, réponse à la question n° 95 de l'Arbitre, paragraphes 2 à 4.

²⁶² États-Unis, communication écrite, paragraphe 262.

²⁶³ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 95, paragraphe 5 (mentionnant la décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*), paragraphes 6.6 à 6.18).

²⁶⁴ États-Unis, communication écrite, paragraphes 264 et 265.

6.137. S'agissant de ce dernier argument des États-Unis, l'Union européenne répond qu'aucune considération ayant trait à la façon dont les États-Unis comptent mettre en œuvre des contre-mesures ne relève du mandat du présent Arbitre parce que cela se rapporte à "la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre", que l'article 22:7 du Mémorandum d'accord interdit à l'Arbitre d'examiner.²⁶⁵

6.138. L'Arbitre note que la question soulevée dans le présent contexte est de savoir si la valeur des composants produits par des "fournisseurs [de] Membres [autres que les États-Unis]" et incorporés dans les LCA de Boeing devrait être exclue de la valeur des LCA de Boeing pour déterminer le niveau des contre-mesures que l'ORD peut autoriser les États-Unis à prendre.

6.139. Notre mandat consiste à déterminer le niveau de "contre-mesures ... proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée". Dans le présent différend, le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel ont constaté que l'Union européenne et certains de ses États membres ne s'étaient pas conformés aux recommandations et décisions de l'ORD et, en particulier, à l'obligation énoncée à l'article 7.8 de l'Accord SMC de "prendr[e] des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables ou [de] retirer[] la subvention en continuant de violer les articles 5 c) et 6.3 a) à c) de l'Accord SMC".²⁶⁶ Le type spécifique d'effet défavorable dont l'existence a été déterminée était un "préjudice grave" au sens de l'article 5 c) sous la forme de pertes de ventes et d'entrave au sens de l'article 6.3 a) à c).

6.140. L'article 5 c) dispose qu'"[a]ucun Membre ne devrait causer, en recourant à l'une quelconque des subventions ... d'effets défavorables pour les intérêts d'autres Membres", y compris "un préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre". Les constatations adoptées dans le présent différend indiquent que l'Union européenne "[a] caus[é]" un "préjudice grave" aux "intérêts" des États-Unis. Ces constatations ne mentionnent les intérêts d'aucun autre Membre à cet égard.²⁶⁷ Par conséquent, compte tenu du fait que les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité constituent le fondement de la présente procédure d'arbitrage, nous nous concentrons sur les intérêts des États-Unis dans la présente procédure.

6.141. Nous notons en outre que l'article 6.3 a) à c) dispose que les types spécifiques de préjudice grave qui y sont énoncés apparaissent en ce qui concerne un "produit similaire d'un autre Membre".²⁶⁸ Les constatations adoptées concernant les types spécifiques de préjudice grave dans le présent différend, c'est-à-dire des pertes de ventes et une entrave, se rapportent aux LCA – qui sont le produit en cause dans le présent différend.²⁶⁹ Nous notons en outre que pendant la période de référence 2011-2013, les LCA étaient produits uniquement par deux Membres, c'est-à-dire l'Union européenne (Airbus) et les États-Unis (Boeing).²⁷⁰ Par conséquent, les effets défavorables dont l'existence a été déterminée dans la présente procédure se rapportent à un produit spécifique, c'est-à-dire les LCA de Boeing.

²⁶⁵ Union européenne, réponse à la question n° 49 de l'Arbitre, paragraphe 493 (mentionnant la décision de l'Arbitre *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 19).

²⁶⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.43; et rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 7.2.

²⁶⁷ Le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel ont constaté que les subventions d'AL/FEM en cause étaient une cause réelle et substantielle de pertes de ventes et d'entrave notables "constitu[ant] un préjudice grave causé aux intérêts des États-Unis au sens de l'article 5 c) de l'Accord SMC". (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 5.716, 5.731, 5.742, 6.31, 6.37, 6.42 et 6.43; et rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 7.1.d.xiv, 7.1.d.xv et 7.1.d.xvi)

²⁶⁸ Voir l'article 6.3 de l'Accord SMC.

²⁶⁹ Rapports des Groupes spéciaux *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 1.32; et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 2.1. Nous notons que dans la procédure de mise en conformité, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont constaté l'existence de trois marchés de produits LCA pertinents, à savoir les monocouloirs, les bicouloirs et les VLA. Toutefois, cela ne change rien au fait que le produit général en cause est celui des LCA.

²⁷⁰ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1215 (notant que "comme c'était le cas pendant la procédure initiale, la branche de production des LCA continue d'être caractérisée par ce qui est effectivement un duopole Airbus-Boeing"). Nous notons que ce duopole Airbus-Boeing constituerait également la situation dans le contrefactuel pertinent. (Voir plus haut le paragraphe 6.79.)

6.142. En résumé, les effets défavorables dont l'existence aura été déterminée dans la présente procédure sont ceux qui ont été subis par un Membre, c'est-à-dire les États-Unis, et s'agissant d'un produit, à savoir les LCA de Boeing. Nous rejetons donc la position de l'Union européenne selon laquelle les effets défavorables dans la présente procédure peuvent être considérés comme ayant été subis par les États-Unis et des Membres additionnels, ou s'agissant de tout produit autre que les LCA de Boeing. Selon nous, il n'y a aucun fondement juridique qui permet de prendre en considération de quelconques effets défavorables peut-être subis par d'autres Membres ou de déterminer le niveau maximal des contre-mesures s'agissant de ces effets.²⁷¹

6.143. Contrairement à ce que l'Union européenne laisse entendre, nous estimons que le résultat atteint dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)* est compatible avec l'interprétation que nous donnons de notre mandat. Dans ce différend, les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité correspondante étaient fondées sur la détermination selon laquelle les subventions en cause avaient eu pour effet d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC, sur le marché mondial du coton upland, causant un préjudice grave aux intérêts du Brésil au sens de l'article 5 c) de l'Accord SMC.²⁷² Par conséquent, les effets défavorables dont l'existence aura été déterminée dans cette procédure étaient ceux subis par un Membre, le Brésil, et s'agissant d'un produit, le coton upland, qui était le produit similaire au sens de l'article 6.3 c).²⁷³ Pour cette raison, l'Arbitre a déterminé le niveau des contre-mesures en ce qui concerne l'incidence économique de l'empêchement de hausses de prix sur le coton upland en provenance du Brésil²⁷⁴, et il a exclu du niveau des contre-mesures l'incidence économique de l'empêchement de hausses de prix pour le coton upland sur d'autres Membres que le Brésil. L'Arbitre n'a pas examiné la valeur de quelconques intrants relatifs au coton non brésiliens (par exemple les engrais étrangers utilisés pour cultiver du coton upland brésilien) et n'a pas exclu la valeur de ces intrants du niveau des contre-mesures.

6.144. Par ailleurs, nous n'avons pas connaissance qu'un arbitre antérieur a exclu la valeur d'intrants non produits sur le territoire de la partie plaignante de la valeur du ou des produits en cause pour déterminer le niveau des contre-mesures ou le niveau de suspension de concessions ou d'autres obligations. De fait, un arbitre a laissé entendre qu'il serait incorrect de le faire. Dans l'affaire *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*²⁷⁵, les États-Unis ont dit que l'Arbitre devrait tenir compte de la valeur des intrants des États-Unis utilisés dans la production de bananes en Amérique latine (par exemple les engrais, pesticides et machines des États-Unis expédiés en Amérique latine et les capitaux ou services de gestion des États-Unis utilisés pour la culture des bananes là-bas) pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les États-Unis. L'Arbitre s'est toutefois abstenu d'attribuer la valeur des intrants intermédiaires au Membre (les États-Unis) qui produisait ou exportait ces intrants dans son calcul du niveau de suspension, fondant son raisonnement sur des considérations relatives aux règles d'origine.²⁷⁶ Il a dit dans son raisonnement qu'il ressortait à l'évidence des règles d'origine applicables que le lieu d'origine du produit final, c'est-à-dire les bananes, était le pays où les bananes étaient cultivées.²⁷⁷

²⁷¹ Nous notons également qu'il ne relève pas de notre mandat de déterminer si les pertes de ventes ou l'entrave visant les LCA de Boeing ont causé un "tort économique" à d'autres Membres que les États-Unis.

²⁷² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 448 c); et rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 10.256.

²⁷³ Rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 10.42; et *États-Unis – Coton upland*, note de bas de page 258.

²⁷⁴ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphes 4.88 et 4.89 (notant que les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité concernent "le "préjudice grave" causé aux intérêts du Brésil en particulier").

²⁷⁵ Nous notons qu'il s'agissait d'un arbitrage mené exclusivement au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord. Toutefois, comme il a été indiqué plus haut au paragraphe 3.4, dans la mesure où la procédure dont nous sommes saisis est régie par l'article 22:6 également, nous jugeons la décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)* pertinente pour notre détermination.

²⁷⁶ Décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphes 6.12 et 6.13.

²⁷⁷ Décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 6.13. Il convient de citer en entier le raisonnement de l'Arbitre:

Les Membres de l'OMC déterminent généralement l'origine des produits agricoles d'après le lieu de production. En principe, chaque banane a pour origine le pays où elle a été cultivée. Aux fins des règles de l'OMC, peu importe que les produits ou les services (par exemple les engrais, machines, pesticides, capitaux et services de gestion) utilisés comme intrants intermédiaires dans la culture des bananes et pour leur livraison jusqu'au stade f.a.b. soient originaires des États-Unis, même si la teneur en éléments des États-Unis devait représenter une partie importante de la valeur du produit final. En vertu des règles d'origine des États-Unis également,

Fait plus pertinent pour les circonstances de cette procédure, l'Arbitre a noté que le droit de demander réparation en vertu du Mémorandum d'accord pour l'annulation ou la réduction d'avantages causée en ce qui concerne le produit final en cause appartenait aux Membres qui étaient les pays d'origine de ce produit final, et non à un quelconque autre Membre fournissant certains intrants pour ces produits. Par conséquent, il a constaté qu'"en vertu du Mémorandum d'accord, un Membre de l'OMC n'[avait] pas le droit ni n'[avait] besoin de réclamer une compensation ou de demander l'autorisation de suspendre des concessions pour l'annulation ou la réduction d'avantages subie par un autre Membre de l'OMC en ce qui concerne des marchandises originaires de ce Membre ou des fournisseurs de services détenus ou contrôlés par lui".²⁷⁸ En résumé, après qu'il a été déterminé que le produit final était "originaire" d'un Membre donné, toute la valeur de ce produit était assignée à ce Membre aux fins du calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. Nous notons donc qu'un arbitre antérieur, face à une position analogue à celle exposée dans l'argument de l'Union européenne en l'espèce, a rejeté cette position.

6.145. Fondamentalement, l'argument de l'Union européenne repose sur l'idée qu'il est incorrect d'inclure dans l'évaluation du niveau maximal des contre-mesures la valeur d'un LCA de Boeing qui n'est pas attribuable aux intrants des États-Unis. En poussant la logique de cet argument jusqu'au bout, les États-Unis feraient remonter la valeur des LCA de Boeing dans la chaîne d'approvisionnement jusqu'au niveau des matières premières et vérifieraient l'origine de chacun des centaines de composants, étant donné que nous pourrions allouer des contre-mesures aux États-Unis uniquement dans la mesure où ils constitueraient la source de ces intrants.²⁷⁹ Cela aurait pour effet de rendre l'exercice consistant à calculer le niveau des contre-mesures "chronophage et très compliqué", comme l'Union européenne elle-même le note.²⁸⁰ Nous pouvons difficilement concilier cet argument avec le caractère expéditif d'une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6, en particulier compte tenu du fait que la production de LCA n'est pas la seule à s'appuyer sur des chaînes d'approvisionnement internationales complexes et optimisées de façon dynamique.

6.146. De plus, nous observons que si nous devons exclure la valeur des composants de LCA ne provenant pas des États-Unis du niveau maximal des contre-mesures, nous affaiblirions l'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC et diminuerions la fonction d'incitation à la mise en conformité des contre-mesures. De fait, plus la production d'un produit d'exportation est internationalisée, plus il serait difficile, dans la pratique, pour le Membre qui exporte le produit final d'inciter à la mise en conformité au moyen de contre-mesures.²⁸¹ À notre avis, cela compromettrait la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral.

6.147. En dernier lieu, nous prenons note de la préoccupation de l'Union européenne concernant les doubles mesures correctives, qui découle du fait que d'autres Membres dont les producteurs fournissent à Boeing des intrants destinés à être incorporés dans les LCA de Boeing formulent des allégations à son encontre. Dans le présent différend, aucun autre Membre ne s'est manifesté pour contester les subventions en cause depuis le dépôt par les États-Unis de leur demande de

des bananes cultivées à Porto Rico ou à Hawaï sont des produits des États-Unis, quel que soit le pourcentage d'intrants étrangers qui y sont incorporés ou qui sont utilisés pour leur culture.

²⁷⁸ Décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 6.14.

²⁷⁹ Nous notons que dans la présente procédure, nous aurions besoin, au moins dans certains cas, de fonder notre détermination sur des renseignements concernant les intrants utilisés pour construire les LCA de Boeing et leur provenance hors des États-Unis il y a plusieurs années de cela, c'est-à-dire pendant la période de référence 2011-2013 ou même avant.

²⁸⁰ Union européenne, réponse à la question n° 95 de l'Arbitre, paragraphe 23. Entrevoquant cette difficulté, l'Union européenne dit que l'Arbitre devrait donc se limiter au lieu d'activité productive des "fournisseurs de premier rang" des LCA de Boeing, c'est-à-dire les fabricants de composants dont les biens et services sont directement utilisés par Boeing dans l'assemblage final de ses LCA pour déterminer la nationalité des intrants. (Union européenne, réponse à la question n° 95 de l'Arbitre, paragraphe 22) (soulignement omis) Toutefois, nous jugeons arbitraire cette démarcation au niveau des fournisseurs de premier rang. Les intrants intermédiaires d'un LCA de Boeing qui sont fabriqués par un autre Membre que les États-Unis pourraient être transformés à partir de matières premières fournies par les États-Unis. Dans ce scénario, suivant l'approche de l'Union européenne, toute la valeur ajoutée serait considérée comme provenant d'intrants non états-uniens bien que ceux-ci contiennent des matières premières provenant des États-Unis.

²⁸¹ Suivant l'approche proposée par l'Union européenne, seules des procédures de règlement des différends dans le cadre de l'OMC bien coordonnées engagées par divers Membres fournisseurs d'intrants de concert avec les États-Unis en tant que producteur du produit final pourraient donner lieu à des contre-mesures au niveau demandé par les États-Unis dans la présente procédure (c'est-à-dire un niveau fondé sur la valeur totale des LCA de Boeing additionnels qui auraient été vendus ou livrés).

consultations en 2004. Qui plus est, le risque que des Membres producteurs d'intrants engagent leurs propres procédures de règlement des différends à l'encontre de la même partie défenderesse (c'est-à-dire la partie qui maintient une mesure incompatible avec les règles de l'OMC à l'égard du produit final qui incorpore les intrants) existait dans d'autres différends dans lesquels des arbitrages au titre de l'article 22:6 ont été menés, et nous n'avons connaissance d'aucun ajustement spécifique apporté par ces arbitres compte tenu de ce risque. En dernier lieu, nous rappelons qu'un arbitre antérieur a expliqué que les producteurs d'intrants intermédiaires ne pouvaient pas "réclamer une compensation ou ... demander l'autorisation de suspendre des concessions pour l'annulation ou la réduction d'avantages subie par un autre Membre de l'OMC en ce qui concerne des marchandises originaires de ce Membre ou des fournisseurs de services détenus ou contrôlés par lui".²⁸²

6.148. Compte tenu des considérations qui précèdent, nous nous abstenons d'exclure la valeur des composants de LCA produits par des fournisseurs hors des États-Unis et incorporés dans les LCA de Boeing de la valeur totale des LCA de Boeing pour déterminer le niveau des contre-mesures que l'ORD peut autoriser les États-Unis à prendre.

6.3.4 Arguments techniques formulés par l'Union européenne visant la méthode des États-Unis

6.149. La section 6.3.4 examine des arguments plus techniques que l'Union européenne a formulés concernant la méthode des États-Unis. Elle comprend quatre parties. Premièrement, elle résume l'approche technique adoptée par les États-Unis pour évaluer les effets défavorables dont l'existence a été déterminée. Deuxièmement, elle expose certaines considérations préliminaires avant d'aborder, en troisième et dernier lieu, l'évaluation par les États-Unis des pertes de ventes et de l'entrave.

6.3.4.1 Résumé de l'approche technique adoptée par les États-Unis pour évaluer les effets défavorables dont l'existence a été déterminée

6.150. À titre de contexte, la section 6.3.4.1 décrit l'approche technique adoptée par les États-Unis pour évaluer les effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée. L'Arbitre examine dans une section ultérieure le caractère raisonnable de l'évaluation technique des États-Unis.

6.151. L'approche technique des États-Unis comporte trois étapes.²⁸³ Les première et deuxième étapes calculent, respectivement, la valeur des deux formes d'effets défavorables dont l'existence a été déterminée dans la procédure de mise en conformité, à savoir les pertes de ventes et l'entrave.²⁸⁴ La dernière étape consiste à annualiser la somme des valeurs des pertes de ventes et de l'entrave exprimées en dollars EU d'une année donnée de la période de référence, à savoir 2013.²⁸⁵

6.152. On peut résumer comme suit le niveau annuel moyen des effets défavorables dont l'existence a été déterminée (*AEDTE*) pour une période de référence donnée, exprimé en dollars EU d'une année donnée T , qui est proposé par les États-Unis²⁸⁶:

²⁸² Décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 6.14. Cet arbitre a en outre noté que ces allégations se recoupant soulèveraient la question du double comptage et ne devraient donc pas être retenues.

²⁸³ Sauf indication contraire, la présente section décrit la principale méthode proposée par les États-Unis pour calculer les pertes de ventes et l'entrave. Les autres approches proposées par les États-Unis en réponse aux arguments de l'Union européenne sont examinées plus loin dans les sections 6.3.4.3 et 6.3.4.4.

²⁸⁴ États-Unis, note méthodologique, paragraphes 32 à 53 et 82 à 89.

²⁸⁵ États-Unis, note méthodologique, paragraphes 90 à 100.

²⁸⁶ Le symbole Σ dans l'équation 1) correspond à l'opérateur somme pour chaque mois/année t de la période de référence: $\Sigma_{t=2012}^{2013} x_t = x_{2012} + x_{2013}$.

$$AEDTE_{moyen}^{période\ de\ référence\ en\ USD\ de\ l'année\ T} = \left(\sum_{\substack{\text{année de} \\ \text{commande } t}} Pertes\ des\ ventes_{\substack{\text{année de commande } t \\ \text{en USD de l'année de commande } t}} \times \frac{IPP_{\text{année } T}}{IPP_{\text{année de commande } t}} \right. \\ \left. + \sum_{\substack{\text{année de} \\ \text{livraison } s}} Entrave_{\substack{\text{année de livraison } s \\ \text{en USD de l'année de livraison } s}} \times \frac{IPP_{\text{année } T}}{IPP_{\text{année de livraison } s}} \right) \times \frac{12}{\text{Mois dans la période de référence}} \quad 1)$$

où *AEDTE*: niveau annuel moyen des effets défavorables dont l'existence a été déterminée

T: année de base/référence

t: mois/année de commande de la période de référence (à savoir décembre 2011, année 2012 ou année 2013)

*Pertes des ventes*_{année de commande *t* en USD de l'année de commande *t*}: valeur des pertes de ventes pour l'année de commande *t*, exprimée en dollars EU du mois/de l'année de commande *t*

*Entrave*_{année de livraison *s* en USD de l'année de livraison *s*}: valeur de l'entrave pour le mois/l'année de livraison *s*, exprimée en dollars EU du mois/de l'année de livraison *s*

IPP_t: IPP du secteur de la construction des aéronefs civils pour le mois/l'année de commande *t*

Mois dans la période de référence: nombre de mois dans la période de référence (soit 25 mois).

6.153. Comme il est montré dans l'équation 1), les États-Unis proposent de calculer d'abord la valeur des pertes de ventes et ensuite la valeur de l'entrave pour la période de référence 2011-2013.²⁸⁷ En d'autres termes, ils proposent de calculer la valeur des pertes de ventes et de l'entrave séparément pour décembre 2011 (en dollars EU de décembre 2011), pour l'année 2012 (en dollars EU de 2012) et pour l'année 2013 (en dollars EU de 2013). Chacune de ces trois valeurs des pertes de ventes et de l'entrave représente, respectivement, la valeur des LCA additionnels que Boeing aurait vendus (dans le cas des pertes de ventes) ou livrés (dans le cas de l'entrave) dans le contrefactuel en décembre 2011, pendant l'année 2012 ou l'année 2013:

$$Pertes\ des\ ventes_{\substack{\text{année de commande } t \\ \text{en USD de l'année de commande } t}} = \sum_i Perte\ de\ la\ vente_{\substack{\text{compagnie aérienne } i, \text{ année de commande } t \\ \text{en USD de l'année de commande } t}} \quad 2)$$

$$Entrave_{\substack{\text{année de livraison } s \\ \text{en USD de l'année de livraison } s}} = \sum_k Entrave_{\substack{\text{marché } k, \text{ année de livraison } s \\ \text{en USD de l'année de livraison } s}} \quad 3)$$

où *i*: compagnie aérienne *i* dont la commande a été perdue au profit d'Airbus pendant le mois/l'année *t*

k: marché géographique *k* sur lequel des aéronefs d'Airbus ont été livrés pendant le mois/l'année *s*.

6.154. Les États-Unis proposent d'appliquer des contre-mesures sur une base annualisée, et pour cette raison calculent le niveau annuel moyen des effets défavorables dont l'existence a été déterminée. Cependant, avant de calculer cette moyenne annuelle, ils expriment la somme des valeurs des pertes de ventes et de l'entrave en dollars EU de la même année en appliquant le ratio de l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils pour l'année de base commune *T* et de l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils pour le mois/l'année de commande *t* ou pour le mois/l'année de livraison *s*. Les États-Unis expriment le niveau des effets défavorables dont l'existence a été déterminée en dollars EU de la dernière année de la période de référence, soit 2013 (*T*=2013).

6.155. L'Union européenne formule plusieurs critiques pour chaque étape de l'approche des États-Unis. Ces critiques sont examinées plus loin dans les sections 6.3.4.2, 6.3.4.3 et 6.3.4.4.

²⁸⁷ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 30.

6.3.4.1.1 Évaluation des pertes de ventes par les États-Unis

6.156. Selon les États-Unis, le champ de l'évaluation des pertes de ventes dans la présente procédure est déterminé par les constatations concernant les pertes de ventes formulées dans la procédure de mise en conformité. Cinq pertes de ventes ont été identifiées dans la procédure de mise en conformité, pour trois modèles de LCA d'Airbus au sein des "familles" de modèles A350XWB et A380, à savoir l'A350XWB-900 (perte de la vente à Singapore Airways), l'A350XWB-1000 (pertes des ventes à Cathay Pacific Airways et à United Airlines) et l'A380 (pertes des ventes à Emirates et à Transaero Airlines).²⁸⁸

6.157. Pour évaluer les pertes de ventes dans le contrefactuel, les États-Unis identifient d'abord les modèles de Boeing qui sont le plus étroitement en concurrence avec les trois modèles de LCA d'Airbus impliqués dans les pertes de ventes. Ils identifient les modèles de Boeing concurrents les plus proches dans le contexte des pertes de ventes, comme il est indiqué dans le tableau 1²⁸⁹:

Tableau 1: Modèles d'Airbus et modèles de Boeing concurrents les plus proches selon les États-Unis²⁹⁰

Modèle d'Airbus	Modèle de Boeing concurrent le plus proche
A350XWB-900	787-10
A350XWB-1000	777-300ER
A380	747-8I

6.158. Les États-Unis précisent ensuite le nombre de commandes que Boeing aurait obtenues pour ses modèles concurrents les plus proches dans le contrefactuel. Dans le contexte des pertes de ventes, ils supposent que, en l'absence des subventions AL/FEM en cause, Boeing aurait vendu et livré le même nombre de LCA que le nombre de LCA effectivement vendus par Airbus. Le tableau 2 reproduit les commandes contrefactuelles de LCA de Boeing sur lesquelles les États-Unis fondent leur évaluation. Selon eux, les nombres de commandes qu'ils proposent sont compatibles avec les constatations concernant les pertes de ventes formulées par l'Organe d'appel dans la procédure de mise en conformité.²⁹¹

Tableau 2: Commandes contrefactuelles de bicouloirs et de VLA de Boeing proposées par les États-Unis

Marché de produits	Campagnes de ventes perdues	Modèle d'Airbus	Modèle de Boeing le plus proche	Année de commande	Nombre d'aéronefs commandés dans le contrefactuel
Bicouloirs	Cathay Pacific Airways	A350XWB-1000	777-300ER	2012	10
Aéronefs très gros porteurs	Transaero Airlines	A380	747-8I	2012	4
Bicouloirs	Singapore Airways	A350XWB-900	787-10	2013	30
Bicouloirs	United Airlines	A350XWB-1000	777-300ER	2013	10
Aéronefs très gros porteurs	Emirates	A380	747-8I	2013	50

6.159. Les États-Unis proposent d'évaluer chaque vente perdue dans l'année où la commande correspondante a été perdue, en n'utilisant que les renseignements dont Boeing aurait disposé au moment où elle aurait obtenu la commande. Ils définissent la valeur de chaque vente perdue comme

²⁸⁸ États-Unis, note méthodologique, paragraphes 26 et 27.

²⁸⁹ États-Unis, note méthodologique, paragraphes 32 et 33.

²⁹⁰ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 33 (mentionnant le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.1308, 6.1359, 6.1360, 6.1370, 6.1792 et 6.1410; et Airbus Presentation by John Leahy, COO Customers, Commercial update – Global Investor Forum, (pièce USA-2)).

²⁹¹ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 32.

étant la valeur actualisée, au moment où la commande a été perdue, du prix de livraison net escompté de l'aéronef contrefactuel de Boeing à une date de livraison future prévue.²⁹²

6.160. Pour déterminer les modalités contrefactuelles de fixation des prix pour chaque perte de vente en cause, les États-Unis utilisent les modalités contractuelles de fixation des prix figurant dans une commande ferme du modèle de Boeing concurrent le plus proche effectivement passée par la même compagnie aérienne, [[***]], un à deux ans après la vente perdue au profit d'Airbus. Selon eux, ces commandes de Boeing servant de comparateur, [[***]], fournissent la meilleure indication disponible des prix de livraison nets que les clients ayant participé aux ventes perdues auraient payé pour le modèle de Boeing concurrent le plus proche dans le contrefactuel. Chacune de ces commandes servant de comparateur, [[***]], spécifie le prix brut de l'aéronef, ainsi que les concessions sur les prix et la formule de révision. Le prix brut est exprimé en dollars EU de l'année de base. Toutefois, l'année de base ne peut pas être une année postérieure à l'année de commande. Le prix net de l'aéronef, également exprimé en dollars EU de l'année de base, est la différence entre le prix brut et les concessions sur les prix (exprimée en dollars EU de l'année de base).²⁹³

6.161. Étant donné qu'il peut s'écouler de nombreuses années entre le moment de la commande et celui des livraisons, les contrats d'achat d'aéronefs contiennent une formule de révision [[***]]. Cette formule détermine le facteur de révision mensuel qui permet d'ajuster, pour une date de livraison donnée (future), les prix de l'année de base pour tenir compte des augmentations des coûts de la main-d'œuvre et des pièces résultant de l'inflation et d'autres évolutions économiques censées se produire d'ici la date de livraison en question. La formule de révision [[***]] convenue entre Boeing et la compagnie aérienne correspondante est fondée sur [[***]]. Pour chaque campagne de vente perdue en cause, les États-Unis appliquent les facteurs de révision pour convertir les prix de livraison nets (exprimés en dollars EU de l'année de base) en prix de livraison nets exprimés en dollars EU de l'année de livraison. Ils proposent d'utiliser les facteurs de révision [[***]] [[***]] indiqués dans la commande servant de comparateur [[***]] et le calendrier de livraison contractuel figurant dans le contrat correspondant d'Airbus.²⁹⁴

6.162. Selon les États-Unis, les prix de livraison nets en dollars EU de l'année de livraison reflètent la valeur escomptée de l'aéronef que Boeing aurait vendu, mais ne reflète pas la valeur de l'aéronef livré au moment où la vente a été perdue. Observant que "l'activité économique de demain n'a pas la même valeur que celle d'aujourd'hui", les États-Unis proposent d'appliquer un taux d'actualisation pour déterminer quelle aurait été la valeur actualisée des LCA de Boeing au moment de la perte de la vente pertinente si Boeing avait obtenu les commandes. Ils proposent le taux d'intérêt des bons du Trésor des États-Unis à dix ans comme étant le taux d'actualisation approprié parce qu'il représente le taux d'intérêt sur la dette souveraine des États-Unis et révèle donc le "prix que les États-Unis ont eu à payer pour transposer dans le présent une activité économique future". En divisant les prix de livraison nets projetés des aéronefs (exprimés en dollars EU de l'année de livraison) par le facteur d'actualisation, on obtient la valeur actualisée (parfois appelée "valeur actuelle") des livraisons d'aéronefs futures prévues, exprimée en dollars EU de l'année de commande correspondante.²⁹⁵

6.3.4.1.2 Évaluation de l'entrave par les États-Unis

6.163. Passant à l'évaluation de l'entrave, les États-Unis soutiennent que, dans la présente procédure, le champ de leur évaluation concernant l'entrave est déterminé par les constatations d'entrave formulées dans la procédure de mise en conformité, qui se rapportent aux livraisons d'A380 d'Airbus sur six marchés géographiques (Australie, Chine, Corée, Émirats arabes unis, Singapour et Union européenne).²⁹⁶

²⁹² États-Unis, note méthodologique, paragraphes 52 et 53.

²⁹³ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 46; et Boeing Declaration, (pièce USA-5 (RCC)).

²⁹⁴ États-Unis, note méthodologique, paragraphes 42 et 43; réponse à la question n° 135 de l'Arbitre, paragraphe 158; Boeing Declaration, (pièce USA-5 (RCC)); Cathay Pacific 777-300ER Order Information, (pièce USA-12 (RCES)); Transaero 747-8I Order Information, (pièce USA-13 (RCES)); Singapore Airlines 787-10 Order Information, (pièce USA-14 (RCES)); United 777-300ER Order Information, (pièce USA-15 (RCES)); et Emirates [[***]] Information, (pièce USA-16 (RCES)).

²⁹⁵ Le facteur d'actualisation pour une combinaison donnée année de commande-année de livraison est égal au terme $(1 + \text{Taux d'actualisation})$ élevé à la puissance du nombre d'années écoulées entre le moment de la commande et le moment de la livraison. (États-Unis, note méthodologique, paragraphes 49 et 51)

²⁹⁶ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 28.

6.164. Ayant identifié le modèle 747-8I de Boeing comme étant le modèle le plus étroitement en concurrence avec le modèle de l'A380 d'Airbus, les États-Unis spécifient le nombre d'aéronefs 747-8I additionnels qui auraient été livrés sur les six marchés géographiques dans le contrefactuel, pendant la période de référence 2011-2013. Ils supposent que, en l'absence des subventions AL/FEM en cause, Boeing aurait livré, sur la période de référence 2011-2013, un nombre d'aéronefs 747-8I additionnels sur les six marchés géographiques égal à celui des aéronefs A380 effectivement livrés par Airbus sur les six marchés géographiques pendant la même période. Ils supposent en outre que ces livraisons contrefactuelles additionnelles auraient eu lieu le même mois ou la même année que chacune de ces livraisons d'aéronefs A380. Le tableau 3 reproduit les livraisons contrefactuelles additionnelles de VLA de Boeing sur lesquelles les États-Unis fondent leur évaluation. Selon les États-Unis, les nombres de livraisons contrefactuelles qu'ils proposent sont compatibles avec les constatations concernant l'entrave formulées par l'Organe d'appel dans la procédure de mise en conformité.²⁹⁷

Tableau 3: Livraisons contrefactuelles additionnelles de 747-8I de Boeing proposées par les États-Unis

Marché géographique avec entrave (compagnies aériennes concernées)	Date de livraison	Nombre de livraisons contrefactuelles additionnelles de 747-8I de Boeing
Australie (Qantas Airways)	Décembre 2011	1
Chine (China Southern Airlines)	Décembre 2011	1
	2012	2
	2013	1
Union européenne (Air France; British Airways; Lufthansa)	2012	4
	2013	4
Corée (Korean Air)	2012	1
	2013	2
Singapour (Singapore Airlines)	2012	5
Émirats arabes unis (Emirates)	Décembre 2011	2
	2012	11
	2013	13

6.165. Les États-Unis calculent la valeur de l'entrave sur un marché géographique donné pour un mois/une année donné(e) de la période de référence en multipliant le prix de livraison net unitaire moyen mondial (au niveau international) de l'aéronef 747-8I pour le mois/l'année pertinent(e) par le nombre de livraisons contrefactuelles de l'aéronef 747-8I dans le mois/l'année correspondant(e). Selon eux, ces prix de livraison nets moyens mondiaux par aéronef fournissent la meilleure indication disponible des prix de livraison nets qui auraient été payés par les clients qui auraient reçu un aéronef 747-8I additionnel dans le contrefactuel.²⁹⁸

6.166. Les États-Unis calculent le prix de livraison net unitaire moyen mondial de l'aéronef 747-8I pour 2012 et 2013 en divisant la somme de tous les prix de livraison nets des livraisons effectives d'aéronefs 747-8I au niveau international ayant eu lieu durant l'année en question par le nombre d'aéronefs 747-8I livrés au niveau international dans l'année en question. Ils utilisent les renseignements pertinents concernant ces prix de livraison nets de l'aéronef 747-8I figurant dans [[***]]. En réponse à un argument de l'Union européenne selon lequel le prix de livraison net moyen mondial par aéronef pour 2012 qu'ils avaient calculé était artificiellement gonflé du fait de l'inclusion de [[***]], les États-Unis ont exclu les prix des 747-8I livrés à [[***]] qu'ils avaient inclus dans leur calcul initial.²⁹⁹

6.167. En ce qui concerne le prix de livraison de 2011, il convient de noter qu'en fait aucun aéronef 747-8I n'a été livré en 2011 et qu'il n'existait donc pas de prix de livraison unitaire réel de l'aéronef 747-8I pour 2011. Les États-Unis proposent donc d'extrapoler le prix de livraison unitaire de l'aéronef 747-8I pour 2011 en multipliant le ratio moyen pour 2012-2013 entre le prix de livraison

²⁹⁷ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 82.

²⁹⁸ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 46.

²⁹⁹ États-Unis, communication écrite, paragraphes 244 à 254; réponse à la question n° 61 de l'Arbitre, paragraphe 42; Boeing Declaration, (pièce USA-5 (RCC)); et Second Revised 747-8I Global Delivery Prices for 2012 and 2013 (révision de la pièce USA-26 (RCES)), (pièce USA-103 (RCES)).

unitaire moyen mondial de l'aéronef 747-8I et son prix de commande unitaire moyen mondial, par le prix de *commande* unitaire moyen mondial de l'aéronef 747-8I pour 2011.³⁰⁰

6.3.4.1.3 Annualisation des valeurs moyennes des pertes de ventes et de l'entrave

6.168. Les États-Unis proposent d'annualiser la somme des valeurs totales des pertes de ventes et de l'entrave calculée sur la période de référence de 25 mois comprise entre 2011 et 2013. Ayant calculé séparément les valeurs des pertes de ventes et de l'entrave pour décembre 2011 (en dollars EU de décembre 2011), pour l'année 2012 (en dollars EU de 2012) et pour l'année 2013 (en dollars EU de 2013), ils proposent d'exprimer en dollars EU de 2013 les valeurs des pertes de ventes et de l'entrave qui ont eu lieu en décembre 2011 et pendant l'année 2012. Ils formulent cette proposition pour pouvoir exprimer les valeurs des effets défavorables constatés pendant la période de référence de 25 mois comprise entre 2011 et 2013 sur une base monétaire commune. Ils proposent en outre d'appliquer l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils aux valeurs des pertes de ventes et de l'entrave pour 2011 et 2012 afin d'ajuster ces valeurs et d'obtenir les valeurs ajustées des pertes de ventes et de l'entrave pour 2013. Ils considèrent que cet indice IPP est un indice approprié pour procéder à cet ajustement parce que l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils mesure l'évolution globale des prix au niveau du constructeur d'aéronefs (à savoir Boeing). Plus spécifiquement, ils procèdent à cet ajustement en multipliant, respectivement, les niveaux des effets défavorables dont l'existence a été déterminée de décembre 2011 et de 2012 par le ratio entre l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils de 2013 et l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils de décembre 2011 ou par le ratio entre l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils de 2013 et l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils de 2012, comme le résume le tableau 4 ci-après.³⁰¹

Tableau 4: Aperçu de l'annualisation des pertes de ventes et de l'entrave effectuée par les États-Unis

Période de référence	Effets défavorables dont l'existence a été déterminée (\$EU de l'année de commande/livraison)	Ratio relatif à l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils	Effets défavorables dont l'existence a été déterminée (AEDTE) (\$EU de 2013)	Annualisation	Niveau annuel moyen des effets défavorables dont l'existence a été déterminée (AEDTE) (\$EU de 2013)
Décembre 2011	(Pertes des ventes + Entrave)	$\times \frac{IPP_{2013}}{IPP_{déc 2011}}$	$= AEDTE_{en déc 2011}$		
2012	(Pertes des ventes + Entrave)	$\times \frac{IPP_{2013}}{IPP_{2012}}$	$= AEDTE_{en 2012}$		
2013	(Pertes des ventes + Entrave)	$\times 1$	$= AEDTE_{en 2013}$		
Total			<i>AEDTE total</i>	$\times \frac{12}{25}$	$= AEDTE_{moyen}$

6.169. Lorsque toutes les valeurs estimées des pertes de ventes et de l'entrave sont exprimées sur une base commune, en dollars EU de 2013, elles peuvent ensuite être directement agrégées et annualisées afin d'obtenir un niveau annuel moyen des effets défavorables pour la période de référence 2011-2013, exprimé en dollars EU de 2013 sans qu'il y ait besoin de protection des RCC ou des RCES.³⁰²

³⁰⁰ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 88.

³⁰¹ États-Unis, note méthodologique, paragraphes 90 et 94 à 96.

³⁰² L'annualisation est calculée en divisant la somme des pertes de ventes et de l'entrave par le nombre total de mois dans la période de référence (soit 25 mois) et en multipliant ce résultat par le nombre total de mois dans une année (soit 12 mois).

6.170. Enfin, l'Arbitre note que, les États-Unis calculent, au moyen de leur approche en trois étapes, une valeur totale annualisée des effets défavorables dont l'existence a été déterminée qui s'élève à environ 10 130 millions d'USD, en dollars EU de 2013.³⁰³

6.3.4.2 Considérations préliminaires

6.171. La section 6.3.4.2 traite de certaines questions préliminaires applicables à l'évaluation que nous effectuerons ensuite à la fois des pertes de ventes et de l'entrave. Premièrement, elle traite de certaines questions générales en matière de preuve. Deuxièmement, elle examine les "modèles de Boeing concurrents les plus proches" que les États-Unis identifient dans leurs communications. Troisièmement, elle examine une demande de l'Union européenne visant à ce que l'Arbitre détermine des contre-mesures par marché de produits. Enfin, elle évalue la demande de l'Union européenne visant à ce que les valeurs de certains services soient déduites des prix des LCA de Boeing pertinents.

6.3.4.2.1 Questions générales en matière de preuve

6.172. Dans les parties suivantes de la présente décision, et d'une manière compatible avec son mandat, l'Arbitre détermine la valeur des commandes de LCA que Boeing aurait obtenues dans le contrefactuel si elle avait remporté les ventes perdues et la valeur des livraisons de LCA que la société aurait effectuées dans le contrefactuel si elle n'avait pas subi d'entrave. Comme il est indiqué plus en détail dans les sections suivantes, ces évaluations font intervenir un certain nombre de déterminations différentes concernant les valeurs des LCA de Boeing qui auraient été commandés et livrés dans les cas de pertes de ventes et d'entrave, respectivement. Comme ces commandes et livraisons contrefactuelles n'ont, bien sûr, effectivement pas eu lieu, nous devons estimer les valeurs de ces commandes et livraisons contrefactuelles sur la base d'une méthode appropriée et des renseignements que les parties nous ont communiqués. Par conséquent, à ce stade, nous exposons brièvement les principes généraux qui guident la façon dont nous abordons les méthodes proposées par les parties et les renseignements qu'elles nous ont communiqués.

6.173. S'agissant du critère juridique qui régit notre évaluation des hypothèses qui sous-tendent les méthodes proposées par les parties, nous nous référons aux observations formulées par l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, auxquelles nous souscrivons, selon lesquelles ces "[hypothèses] devraient être raisonnables, compte tenu des circonstances de l'affaire". [II] juge[ait] également pertinente la constatation formulée dans plusieurs procédures d'arbitrage selon laquelle les hypothèses devraient être fondées sur des "renseignements crédibles, factuels et vérifiables".³⁰⁴ De plus, conformément à notre rôle en tant qu'organe juridictionnel, nous évaluerons les arguments des parties et les éléments de preuve versés au dossier d'une manière objective.

³⁰³ Au cours de la présente procédure, les États-Unis ont révisé à deux reprises la valeur totale annualisée qu'ils proposaient en ce qui concerne les effets défavorables dont l'existence avait été déterminée. Ils avaient initialement calculé une valeur annualisée des effets défavorables d'environ 10 560 millions d'USD, en dollars EU de 2013, qui reflétait l'utilisation des estimations des calendriers de livraison d'Airbus faites par Boeing et l'inclusion de [***] dans le calcul du prix moyen mondial de l'entrave pour 2012. (États-Unis, note méthodologique, paragraphe 97; et Aggregation of Adverse Effects Determined to Exist by Year, (pièce USA-22 (RCES))) Pour minimiser les points de désaccord avec l'Union européenne, les États-Unis ont ensuite recalculé la valeur de l'entrave en excluant [***] de leur calcul du prix moyen mondial de l'entrave pour 2012. La valeur annualisée correspondante des effets défavorables dont l'existence a été déterminée s'élève à environ 10 180 millions d'USD, en dollars EU de 2013. (Revised Aggregation of Adverse Effects Determined to Exist by Year (révision de la pièce USA-22 (RCES)), (pièce USA-28 (RCES))) Enfin, ils ont recalculé la valeur des pertes de ventes en remplaçant les estimations des calendriers de livraison d'Airbus par les véritables calendriers de livraison contractuels présentés par l'Union européenne. La valeur annualisée correspondante des effets défavorables dont l'existence a été déterminée s'élève à environ 10 130 millions d'USD, ce qui correspond au chiffre que nous avons indiqué plus haut. (Second Revised Aggregation of Adverse Effects Determined to Exist by Year (révision de la pièce USA-28 (RCES)), (pièce USA-99 (RCES)))

³⁰⁴ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 5.16 (notes de bas de page omises) (citant les décisions des Arbitres *États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 4.5; *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.3; et *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 5.54). Voir aussi la décision de l'Arbitre *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.127 (indiquant qu'"il est nécessaire de se fonder seulement sur des renseignements crédibles, vérifiables et non sur des spéculations" pour calculer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages") (citant la décision de l'Arbitre *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 5.63).

6.174. Nous notons également que, en général, les négociations concernant la vente de LCA sont mues par une interaction complexe de facteurs, y compris des facteurs propres aux clients et certains facteurs non quantifiables.³⁰⁵ Dans le contexte de la présente procédure, nous ne traitons donc pas simplement des interactions économiques complexes entre les compagnies aériennes clientes et les constructeurs de LCA. Notre tâche est encore compliquée par le fait que nous devons estimer la valeur des ventes et livraisons contrefactuelles de Boeing, y compris les modalités de vente connexes (nombre d'aéronefs, prix, calendrier de livraison) qui auraient été propres à chaque contrat négocié. En l'absence d'éléments de preuve directs et concrets, une telle démarche, en raison de sa nature même, comporte une part d'incertitude et entraînera donc une certaine approximation.³⁰⁶

6.175. Compte tenu de ce qui précède, nous devons nous efforcer de faire en sorte que non seulement notre approche méthodologique, mais aussi notre estimation quantitative concrète, soit étayée, dans tous les cas où cela sera possible, par des renseignements crédibles et vérifiables. À cette fin, nous avons déployé tous les efforts possibles dans la mesure du raisonnable pour demander des renseignements additionnels aux parties afin de compléter le dossier. Dans les cas où nous n'avons néanmoins pas, en fin de compte, eu accès à certains renseignements souhaités (par exemple, parce qu'ils n'étaient pas facilement accessibles), nous avons fait des inférences appropriées à partir des meilleurs renseignements disponibles figurant dans le dossier, dans la mesure où les meilleurs renseignements dont nous disposions étaient eux-mêmes crédibles et vérifiables.³⁰⁷

6.176. En relation avec la question des renseignements disponibles, nous notons que l'Union européenne a exprimé certaines préoccupations concernant la régularité de la procédure. Dans ses observations sur la réponse des États-Unis à une question posée par l'Arbitre après la réunion avec les parties, l'Union européenne a affirmé que le fait que les États-Unis n'avaient pas présenté d'éléments de preuve de source primaire démontrant la fiabilité de certains renseignements utilisés dans leur méthode d'évaluation portait atteinte à ses droits en matière de régularité de la procédure.³⁰⁸ Dans la série suivante de questions aux parties exigeant des réponses écrites, l'Arbitre et l'Union européenne ont tous deux demandé aux États-Unis de produire, entre autres choses, ces documents de source primaire. Ces derniers ont fourni les documents demandés dans leurs réponses à la troisième série de questions aux parties, présentées le 15 mars 2019. À la date de ce dépôt, donc, l'Union européenne avait en sa possession de ces documents de source primaire.³⁰⁹

³⁰⁵ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.1185 à 6.1189, 6.1216 à 6.1223 et 6.1412; Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 60, paragraphe 134, et n° 61, paragraphes 150 à 157 et 187; États-Unis, communication écrite, paragraphes 195 et 196; réponses aux questions de l'Arbitre n° 60, paragraphe 23, et n° 61, paragraphe 32; et Boeing e-mail from [***] (13 Dec. 2018) (pièce USA-35 (RCC)).

³⁰⁶ Le Groupe spécial *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)* a adopté un point de vue semblable lorsqu'il a dû appliquer l'article 14 b) de l'Accord SMC, et en particulier le principe directeur selon lequel l'autorité chargée de l'enquête qui calcule l'avantage conféré à une entreprise par une subvention alléguée devrait prendre en compte "[le montant que l'entreprise] paierait sur un prêt commercial comparable qu'elle pourrait effectivement obtenir sur le marché". Il convient d'énoncer en entier la déclaration pertinente du Groupe spécial:

Nous prenons note, premièrement, du membre de phrase "[le montant que l'entreprise] paierait sur un prêt commercial comparable qu'elle pourrait effectivement obtenir sur le marché". À notre avis, l'emploi du conditionnel dans ce membre de phrase, conjointement avec la référence à la situation individuelle de l'emprunteur, indique que lorsqu'il s'agit de prêts, la nature très individualisée de l'emprunt, comme il est indiqué plus haut, limitera souvent la capacité de l'autorité chargée de l'enquête d'identifier un prêt commercial existant tout à fait comparable détenu par l'emprunteur visé par l'enquête à utiliser comme point de référence pour le prêt des pouvoirs publics visé par l'enquête, ce qui veut dire qu'une certaine approximation sera inévitable.

(Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 10.177)

³⁰⁷ Voir aussi la décision de l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, paragraphe 4.28 (déclarant qu'"en l'absence de chiffres reposant sur des faits, les arbitres ont essayé d'utiliser des estimations qui ... semblaient raisonnables sur la base des renseignements disponibles"); et les décisions de l'Arbitre *États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 5.101 (déclarant que "si un Membre a communiqué les meilleurs renseignements disponibles, il pourrait être approprié qu'un arbitre décide d'accepter ces renseignements dans cette procédure particulière").

³⁰⁸ Union européenne, réponse à la question n° 96 de l'Arbitre, paragraphe 37.

³⁰⁹ L'Union européenne continue de faire valoir que les renseignements des États-Unis sont "incomplets, incompatibles et non vérifiables" s'agissant d'aspects importants. Toutefois, elle ne soulève aucune exception en matière de régularité de la procédure en formulant ces arguments spécifiques. (Union européenne,

6.177. Le 8 avril 2019, l'Union européenne a présenté des observations sur la communication du 15 mars 2019 des États-Unis. Dans ces observations, elle a soulevé une nouvelle exception en matière de régularité de la procédure, à savoir que "le droit de l'Union européenne, au titre de la régularité de la procédure, d'avoir une véritable possibilité de répondre à l'argumentation qui lui était présentée par les États-Unis" a été affaibli par le dépôt du 15 mars 2019 des États-Unis.³¹⁰ L'Union européenne avance les points suivants à l'appui de cet argument: a) les éléments de preuve présentés étaient extrêmement nombreux et complexes, b) les États-Unis avaient "retenu" des éléments de preuve qu'ils auraient pu et dû présenter plus tôt dans la procédure, ce qui aurait ménagé à l'Union européenne de "multiples possibilités" d'y répondre plutôt qu'une seule, c) la présentation tardive d'éléments de preuve par les États-Unis et les possibilités limitées ménagées à l'Union européenne d'examiner ceux-ci amoindrirent la valeur du débat entre les parties et, dans le même ordre d'idées, font que l'Arbitre est dans l'impossibilité de procéder à un "examen objectif" de la question qui lui est soumise, et d) l'incidence de cette présentation tardive par les États-Unis était aggravée par le fait que l'Union européenne a dû établir ses communications concernant la quatrième série de questions de l'Arbitre alors même qu'elle établissait ses observations sur les éléments de preuve en question présentés par les États-Unis.³¹¹

6.178. L'Organe d'appel a expliqué qu'"[e]n règle générale, la régularité de la procédure exige[ait] que soit ménagée à chaque partie une possibilité véritable de formuler des observations sur les arguments et les éléments de preuve présentés par l'autre partie".³¹² Cette possibilité devait être "réelle, s'agissant de la capacité de cette partie de se défendre d'une manière adéquate".³¹³ De ce fait, le point de savoir si la régularité de la procédure a été respectée dans un cas particulier dépend d'un examen de facteurs généraux et propres à l'affaire, qui peuvent comprendre le comportement des parties, la question à laquelle les éléments de preuve pertinents se rapportent et les circonstances entourant la présentation de ces éléments de preuve ainsi que le pouvoir discrétionnaire de l'Arbitre.³¹⁴

6.179. Pour évaluer l'exception en matière de régularité de la procédure de l'Union européenne, il est important d'identifier les éléments de preuve dont la présentation a, d'après les allégations de cette dernière, porté atteinte à ses droits en matière de régularité de la procédure. L'Union européenne exprime ses préoccupations en matière de régularité de la procédure dans le contexte de ses observations sur les réponses des États-Unis à quatre questions distinctes, à savoir les questions n° 93, 115, 135 et 136.³¹⁵ Nous limitons donc notre analyse à la teneur des réponses des

observations sur les réponses des États-Unis à la question n° 135 de l'Arbitre, section B, paragraphes 356 à 367) (Voir plus loin les paragraphes 6.312 à 6.318.) (examinant ces insuffisances alléguées).

³¹⁰ L'Union européenne a soulevé ces exceptions dans ses observations sur les réponses des États-Unis à quatre questions différentes de l'Arbitre. (Union européenne, observations sur les réponses des États-Unis aux questions de l'Arbitre n° 93, 115, 135 et 136)

³¹¹ L'Arbitre a envoyé la quatrième série de questions aux parties le 28 février 2019, celles-ci devant faire parvenir des réponses le 22 mars 2019 et des observations sur les réponses de l'autre partie le 12 avril 2019. (Communication aux parties du 1^{er} mars 2019)

³¹² Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 150.

³¹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 270. Selon l'Organe d'appel, la régularité de la procédure est aussi intrinsèquement liée aux notions d'équité, d'impartialité et aux droits des parties de se faire entendre et de se voir ménager des possibilités adéquates de présenter leurs allégations, de prouver la validité de leurs moyens de défense et d'établir les faits dans le contexte de procédures menées d'une manière équilibrée et harmonieuse, conformément aux règles établies. (Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 147)

³¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 155.

³¹⁵ Dans un cas, il apparaît que la portée de l'exception de l'Union européenne se limite à la teneur de la réponse des États-Unis à cette question. (Union européenne, observations sur les réponses des États-Unis à la question n° 136 de l'Arbitre, paragraphes 403 à 406) Dans les trois autres cas, bien qu'il apparaisse initialement que les exceptions se rapportent à la teneur des réponses des États-Unis à ces questions, elles contiennent aussi un libellé qui fait référence à la teneur de la communication des États-Unis dans son ensemble ou alors elles font un renvoi à ce libellé. (Union européenne, observations sur les réponses des États-Unis à la question n° 93 de l'Arbitre, paragraphes 2 et 3 ("Plus généralement, *toute l'approche* des États-Unis concernant la présentation des éléments de preuve a porté atteinte, d'une manière inacceptable, au droit de l'Union européenne à une procédure régulière") (pas d'italique dans l'original), et note de bas de page 3 (faisant référence à Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 135 de l'Arbitre, section A), à la question n° 115, note de bas de page 257 (faisant référence à Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 135 de l'Arbitre, section A), et à la question n° 135, section A (référéncant l'intégralité des éléments de preuve présentés par les États-Unis le 15 mars 2019)).

Nous considérons, toutefois, qu'il ressort d'une lecture attentive de ce dernier libellé qu'il s'agit simplement d'un contexte permettant de comprendre les exceptions plus ciblées formulées par l'Union

États-Unis aux questions n° 93, 115, 135 et 136. Par souci de commodité, nous désignons cette teneur (aussi bien celle de la communication que celle des pièces y relatives) comme étant les renseignements contestés.

6.180. Nous examinons ensuite le comportement des parties. Les États-Unis ont fourni les renseignements contestés en réponse aux questions directes posées par l'Arbitre et l'Union européenne. La présentation effectuée le 15 mars 2019 par les États-Unis était donc compatible avec les procédures de travail, et l'Union européenne n'allègue pas le contraire.³¹⁶ Par ailleurs, nous ne considérons pas que les États-Unis devaient nécessairement présenter les renseignements contestés plus tôt dans la procédure d'arbitrage. La raison en est que l'objectif des quatre questions ayant donné lieu à la présentation des renseignements contestés était le suivant: a) présenter un taux d'annulation subsidiaire qui pourrait être utilisé pour estimer la probabilité que certaines commandes passées dans le cadre des "pertes de ventes" soient annulées³¹⁷, b) obtenir des documents de source primaire concernant [[***]] à un client que l'Union européenne, mais pas les États-Unis, avait recommandé d'utiliser en tant que commande servant de comparateur dans le contexte des pertes de ventes³¹⁸, c) obtenir des documents de source primaire pour confirmer l'exactitude des renseignements de source non primaire présentés précédemment par les États-Unis concernant d'éventuelles commandes servant de comparateur dans les contextes des pertes de ventes et de l'entrave, d) obtenir des documents de source primaire additionnels concernant les éventuelles commandes servant de comparateur mentionnées ci-dessus au point c) que l'Union européenne et/ou l'Arbitre avaient demandés, mais que les États-Unis n'avaient pas utilisés précédemment dans leur méthode³¹⁹, et e) obtenir des exemples de la façon dont les facteurs de révision étaient calculés en utilisant les formules de révision dans certaines commandes éventuelles

européenne concernant la teneur spécifique de la réponse des États-Unis à ces quatre questions. (Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 135 de l'Arbitre, section A, paragraphes 351 à 355 (précisant que l'exception en matière de régularité de la procédure formulée par l'Union européenne concerne l'"essentiel" des éléments de preuve présentés par les États-Unis, c'est-à-dire les "données relatives aux commandes et aux [[***]]", dont il apparaîtrait qu'elles englobent toutes les pièces présentées conformément aux questions n° 93, 115, 135 et 136 de l'Arbitre, sauf Survival Rate Calculation, (pièce USA-65 (RCES)); et Boeing E-mail regarding Questions 136, 139-142 (pièce USA-101 (RCES)), que nous incluons aussi dans notre analyse))

³¹⁶ Les procédures de travail prévoient que "les éléments de preuve nécessaires aux fins de la réfutation ou les éléments de preuve nécessaires pour les réponses aux questions ou les observations concernant les réponses données par l'autre partie" peuvent être présentés après la réunion de fond, qui a eu lieu en février 2019. (Procédures de travail de l'Arbitre, annexe A-1, paragraphe 5.1) Nous notons que les États-Unis ont déposé leur appendice version RCES et leurs pièces RCES associés à la communication du 15 mars 2019 le 18 mars 2019, trois jours après la date limite de dépôt. Cela est autorisé par les procédures RCC/RCES, et l'Union européenne ne s'y est pas opposée. Nous notons également que "les procédures de règlement des différends de l'OMC n'impliquent aucune chronologie particulière pour les preuves. Les deux parties présentent des éléments de preuve pour étayer leurs propres arguments ou pour réfuter les arguments de l'autre partie à divers stades d'un différend, parfois simultanément, tout au long de la procédure". (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.50) Nous sommes conscients que le respect des procédures de travail n'est pas nécessairement déterminant pour le point de savoir si la régularité de la procédure a été respectée. (Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 155)

³¹⁷ États-Unis, réponse à la question n° 115 de l'Arbitre. L'Union européenne fait valoir que les États-Unis auraient dû présenter cette autre solution dans leur réponse à la question n° 73 de l'Arbitre, qui figurait dans la deuxième série de questions envoyée aux parties. (Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 115 de l'Arbitre, paragraphe 187) Nous notons, toutefois, que dans cette question il n'était pas demandé aux États-Unis de présenter une méthode de rechange dans ce contexte, mais de répondre à l'affirmation de base de l'Union européenne selon laquelle un taux d'actualisation devrait inclure un élément reflétant le risque d'annulation. C'est ce que les États-Unis ont fait, faisant valoir que ce taux d'annulation ne devrait pas du tout être utilisé, mais ils ont ajouté que la méthode proposée par l'Union européenne dans ce contexte comportait certaines lacunes. (États-Unis, réponse à la question n° 73 de l'Arbitre)

³¹⁸ Union européenne, communication écrite, paragraphes 209 à 218; réponses aux questions de l'Arbitre n° 28, paragraphe 418, et n° 67, paragraphe 233; et États-Unis, réponse à la question n° 93 de l'Arbitre.

³¹⁹ États-Unis, réponse à la question n° 135 de l'Arbitre; et réponses aux questions n° 2 à 6 de l'Union européenne.

servant de comparateur que les États-Unis avaient fournies précédemment dans les contextes des pertes de ventes et de l'entrave.³²⁰

6.181. Nous notons également que toutes les données chiffrées que les États-Unis ont utilisées dans leur méthode avaient, avant la réception des renseignements contestés, été corroborées dans leur note méthodologique par certains éléments de preuve ayant été présentés, et que les États-Unis ne s'étaient pas fondés sur les renseignements contestés pour soulever de nouvelles questions techniques de fond devant l'Arbitre.

6.182. Nous notons en outre que l'Union européenne a disposé de 24 jours pour formuler des observations sur les renseignements contestés. L'Union européenne a présenté 93 pages d'observations écrites accompagnées d'une pièce RCES. Dans ces observations, elle répond à chacune des réponses des États-Unis aux questions n° 93, 115, 135 et 136. Elle a examiné les renseignements contestés et, ce faisant, a aussi proposé des "corrections" en matière d'évaluation. Elle n'a pas demandé de prolongation du délai accordé pour formuler des observations sur les renseignements contestés.³²¹ Nous notons en outre que l'Union européenne elle-même a demandé la plupart des renseignements contestés prenant la forme de documents de source primaire³²², et il est selon nous raisonnable de penser qu'elle était au courant du type de renseignement qu'elle recevait.³²³

6.183. Nous examinons ensuite les éléments de preuve en cause et les circonstances entourant leur présentation. Les renseignements contestés sont constitués des réponses des États-Unis aux questions n° 93, 115, 135 et 136 qui, dans l'ensemble, analysaient des renseignements figurant dans les 27 pièces accompagnant ces réponses.³²⁴ Les pièces sont constituées, pour l'essentiel, de renseignements de source primaire concernant les [[***]], commandes, [[***]] ou [[***]] de Boeing qui avaient été examinées en tant que possibles commandes servant de comparateur dans le contexte des pertes de ventes et de l'entrave. Le volume des 27 pièces était considérable, celles-ci totalisant 1 875 pages, toutes RCES.³²⁵ Comme il a déjà été indiqué, les documents de source primaire concernant les [[***]], commandes, [[***]] ou [[***]] ont été présentés pour corroborer des renseignements communiqués précédemment, ou encore en réponse à la demande de l'Union européenne et/ou de l'Arbitre.³²⁶

6.184. Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent, nous ne sommes pas en mesure d'accepter l'allégation de l'Union européenne selon laquelle elle a été privée d'une possibilité véritable de répondre aux renseignements contestés, ou à tout renseignement figurant dans la communication du 15 mars 2019 des États-Unis, du reste. En particulier, nous rappelons que les

³²⁰ États-Unis, réponse à la question n° 136 de l'Arbitre. Nous notons que ces renseignements spécifiques ont été demandés pour clarifier le mode de construction d'un facteur de révision particulier que les États-Unis avaient utilisé pour calculer un prix pour des LCA en jeu dans une perte de vente particulière.

³²¹ L'Arbitre a prolongé d'autres délais pour la présentation de questions et d'observations en réponse aux demandes des parties. (Voir États-Unis, communication (28 février 2019) (demandant la prolongation du délai fixé pour les réponses aux questions de l'Arbitre); Union européenne, communication (28 février 2019) (demandant la prolongation des délais fixés pour les réponses aux questions de l'Arbitre et pour les observations sur les réponses); et Arbitre, communication aux parties concernant leur demande de prolongation de délai, (1^{er} mars 2019) (prolongeant les délais fixés pour les réponses aux questions de l'Arbitre et pour les observations sur les réponses).)

³²² Union européenne, questions n° 1 à 7 aux États-Unis.

³²³ Nous notons que l'Union européenne elle-même a présenté des documents de source primaire concernant les commandes d'Airbus dont la complexité s'apparente à celle des documents de source primaire concernant les commandes de Boeing qui constituent l'essentiel des renseignements contestés.

³²⁴ Question n° 93: pièce USA-59 (RCES). Question n° 115: pièce USA-65 (RCES). Question n° 135: pièces USA-68 (RCES) à USA-71 (RCES), pièces USA-73 (RCES) à USA-81 (RCES), pièce USA-87 (RCES) et pièces USA-89 (RCES) à USA-97 (RCES). Question n° 136: pièce USA-85 (RCES) et pièce USA-101 (RCES).

³²⁵ Cela représentait la majeure partie du volume total de pièces que les États-Unis ont présentées avec leur communication du 15 mars 2019, à savoir 46 pièces totalisant plus de 2 000 pages, la plupart étant RCES.

³²⁶ Union européenne, réponse à la question n° 96 de l'Arbitre, paragraphes 37 à 40; déclaration liminaire à la réunion de l'Arbitre, paragraphes 102 à 111; États-Unis, réponses aux questions de l'Arbitre n° 93, 115, 135 et 136; et réponses aux questions n° 1 à 7 de l'Union européenne. Nous notons qu'il y avait un chevauchement important entre les renseignements de source primaire demandés par l'Arbitre et ceux que l'Union européenne souhaitait obtenir. D'ailleurs, comme cela a déjà été indiqué, l'une des raisons principales pour lesquelles l'Arbitre a demandé ces renseignements tenait aux plaintes antérieures formulées par l'Union européenne selon lesquelles ces documents de source primaire devraient figurer dans le dossier. (Comparer Arbitre, troisième série de questions aux parties, section 4 ("Demandes d'éléments de preuve") (19 février 2019) et Union européenne, questions n° 1 à 7 aux États-Unis)

renseignements contestés ont été présentés conformément aux procédures de travail; qu'ils ont été présentés en réponse aux demandes de l'Arbitre et/ou de l'Union européenne sous la forme de questions écrites; que l'Union européenne a eu plus de trois semaines pour répondre aux renseignements contestés; et qu'elle n'a pas demandé de prolongation du délai fixé pour répondre à ces renseignements contestés.

6.3.4.2.2 Modèles concurrents les plus proches

6.185. Comme il est indiqué plus haut, les États-Unis quantifient la valeur des "effets défavorables dont l'existence [a] été déterminée" en calculant la valeur des LCA que Boeing aurait vendus si elle avait remporté les ventes perdues et n'avait pas subi d'entrave.³²⁷ Pour effectuer ce calcul, ils identifient les modèles de LCA de Boeing qui, à leur avis, sont en concurrence la plus étroite avec les modèles de LCA d'Airbus qui étaient en cause dans les constatations en matière de mise en conformité qui concernaient les pertes de ventes (à savoir les modèles A350XWB-900 et 1000) et l'entrave (à savoir le modèle A380). Le tableau 5 ci-après indique les modèles concurrents de Boeing les plus proches identifiés par les États-Unis.

Tableau 5: Concurrents les plus proches des modèles d'Airbus identifiés par les États-Unis³²⁸

Modèle d'Airbus	Modèle concurrent de Boeing le plus proche
A350XWB-900	787-10
A350XWB-1000	777-300ER
A380	747-8I

6.186. L'Union européenne ne conteste pas ces paires avancées par les États-Unis.

6.187. L'Arbitre note que les États-Unis ont communiqué une présentation de John Leahy, directeur d'exploitation d'Airbus chargé des clients, qui comparait les modèles A350XWB-900 et A350XWB-1000 d'Airbus avec les modèles 787-10 et 777-300ER de Boeing, respectivement, pour mettre en évidence les avantages opérationnels et techniques que ces modèles d'Airbus avaient sur leurs équivalents chez Boeing.³²⁹ En outre, les États-Unis font référence à des articles de presse qui juxtaposent les capacités du modèle A350XWB-900 d'Airbus avec celles du modèle 787-10 de Boeing.³³⁰ Nous notons également que le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel ont constaté que, de manière générale, la famille d'aéronefs A350XWB d'Airbus (aéronefs bicouloirs) et les familles d'aéronefs 787 et 777 de Boeing (aéronefs bicouloirs) étaient en concurrence sur le même marché de produits des bicouloirs, et que les modèles A380 d'Airbus et 747-8I de Boeing étaient en concurrence sur le marché de produits des VLA.³³¹ Au vu de ces éléments de preuve et constatations, et en l'absence de désaccord entre les parties à cet égard, nous ne voyons pas de raison de ne pas souscrire à l'identification susmentionnée par les États-Unis des modèles concurrents de Boeing les plus proches et nous l'adoptons aux fins de notre propre calcul.³³²

³²⁷ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 31.

³²⁸ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 33.

³²⁹ Airbus presentation by John Leahy, COO Customers, Commercial update – Global Investor Forum (12 Dec. 2013) (diapositives 43 et 44) (intitulé: "A350-900 capability versus 787-10"), (pièce USA-2).

³³⁰ Emirates to choose between A350-900 and 787-10 next year, Murdo Morrison, FlightGlobal (Oct. 1, 2015) (pièce USA-3); Wide Body Battle: Boeing 787-10 Or Airbus A350-900? Dhierin Bechai, Seeking Alpha (Dec. 19, 2014), (pièce USA-4).

³³¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.513 (mentionnant le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1370); et rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.1308, 6.1359, 6.1360, 6.1370 (marché de produits des bicouloirs) et 6.1410 (marché de produits des VLA).

³³² Nous reconnaissons que les paires identifiées ci-dessus sont censées identifier les modèles concurrents *les plus proches*, mais pas les *seuls* modèles concurrents. Dans ce contexte, nous rappelons tout d'abord qu'un modèle de LCA donné non seulement sera en concurrence avec tous les autres aéronefs sur son marché de produits dans une certaine mesure (par exemple le modèle 777-300ER de Boeing pourrait parfois être en concurrence avec le modèle A330 d'Airbus) mais parfois sera en concurrence avec des LCA sur d'autres marchés de produits. (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1416 (expliquant que "des rapports de concurrence importants [pouvaient] aussi exister entre des paires ou combinaisons d'aéronefs à cheval sur deux, voire les trois, marchés de produits") (italique dans l'original))

6.3.4.2.3 Contre-mesures par marché de produits

6.188. L'Union européenne affirme que l'Arbitre "doit adapter et quantifier un niveau de contre-mesures proportionnelles aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée *sur chaque marché de produits en cause*".³³³ Selon elle, le texte de l'article 7.10 de l'Accord SMC étaye sa position parce que cette disposition exige que les contre-mesures soient "proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée". L'Union européenne rappelle à cet égard que le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel ont constaté que des effets défavorables avaient eu lieu sur deux marchés de produits distincts, à savoir les marchés de produits des LCA bicouloirs et des VLA, et que, par conséquent, pour que les contre-mesures soient "proportionnelles au degré et à la nature" de ces effets défavorables, l'Arbitre, selon elle, "devrait formuler des constatations distinctes pour chaque marché de produits".³³⁴ Elle fait aussi valoir que cette manière de faire serait conforme à l'approche adoptée dans des décisions arbitrales antérieures, et en particulier la décision de l'Arbitre concernant l'affaire *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*. Enfin, selon l'Union européenne, le fait qu'elle "a pris des mesures différentes pour assurer la mise en conformité sur chaque marché de produits"³³⁵ étaye sa demande dans ce contexte parce que, si le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité constate qu'elle a réalisé la mise en conformité sur l'un des deux marchés de produits pertinents, le montant des contre-mesures "devra être réduit en conséquence pour "maint[enir] [une correspondance]" et faire en sorte que les contre-mesures soient "temporaire[s]".³³⁶

6.189. Les États-Unis font valoir que l'Arbitre "n'est pas tenu de déterminer, séparément pour chaque marché de produits, un niveau de contre-mesures correspondant aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée".³³⁷ Ils affirment qu'il n'y a rien dans le texte ou le contexte des parties pertinentes de l'Accord SMC qui contienne une telle prescription, et qu'aucun arbitre antérieur n'a constaté qu'une telle prescription y figurait. Cependant, ils relèvent qu'en tout état de cause, la "méthode des États-Unis permet de discerner facilement quelle portion des contre-mesures correspond aux effets défavorables sur chacun des marchés de produits respectifs".³³⁸

6.190. L'Arbitre note que ni l'Accord SMC ni le Mémoire d'accord ne contiennent une prescription expresse imposant de déterminer des contre-mesures ou une suspension de concessions en ce qui concerne des marchés de produits individuels de la façon que l'Union européenne préconise. Notre mandat dans la présente procédure consiste à déterminer un niveau de contre-mesures qui est "proportionnel[]" au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée". Par conséquent, à notre avis, établir un unique niveau maximal de suspension annuelle fondé sur le "degré et ... la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" est compatible avec notre mandat. Le fait que le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel ont constaté l'existence d'effets défavorables en ce qui concerne deux marchés de produits différents n'impose pas une conclusion différente. En effet, nous ne voyons pas très bien pourquoi, suivant l'approche de l'Union européenne, un arbitre devrait nécessairement déterminer des niveaux de contre-mesures individuels pour des marchés de produits en cause

³³³ Union européenne, déclaration liminaire à la réunion de l'Arbitre, paragraphe 80. (italique dans l'original) Nous notons qu'il apparaît que l'Union européenne, dans d'autres parties de ses communications, indique que l'Arbitre *n'a pas besoin* d'établir des montants de contre-mesures séparés en ce qui concerne chaque marché de produits, mais *peut, à sa discrétion*, le faire. (Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 102 de l'Arbitre, paragraphe 74 (faisant valoir que "[le] principal désaccord entre les parties porte sur la question de savoir si, dans les circonstances de la présente affaire, le Groupe spécial d'arbitrage devrait *exercer son pouvoir discrétionnaire* et accorder des montants séparés pour chacun des marchés de produits")) (pas d'italique dans l'original)

³³⁴ Union européenne, déclaration liminaire à la réunion de l'Arbitre, paragraphe 82.

³³⁵ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 102 de l'Arbitre, paragraphe 81.

³³⁶ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 102 de l'Arbitre, paragraphe 82 (citant la décision de l'Arbitre *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.5). (modification dans l'original) Voir aussi Union européenne, déclaration liminaire à la réunion de l'Arbitre, section IV; observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 102 de l'Arbitre (mentionnant les décisions des Arbitres *États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphes 6.78 et 6.79; *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.121; et *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphes 65 et 78).

³³⁷ États-Unis, réponse à la question n° 102 de l'Arbitre, paragraphe 23.

³³⁸ États-Unis, réponse à la question n° 102 de l'Arbitre, paragraphe 25. Voir aussi États-Unis, réponse à la question n° 102 de l'Arbitre, paragraphe 24.

différents au lieu de déterminer des niveaux de contre-mesures individuels en ce qui concerne, par exemple, des "pertes de ventes" individuelles.

6.191. Nous prenons note de l'argument de l'Union européenne selon lequel la pratique antérieure en matière de règlement des différends étaye sa demande dans ce contexte. Deux des quatre décisions arbitrales que l'Union européenne mentionne déterminaient le niveau de la suspension annuelle sous la forme d'un montant unique, au lieu d'établir différents niveaux de suspension annuelle pour différents marchés de produits.³³⁹ Une autre décision arbitrale énonçait une formule qui servirait à contrôler de manière prospective le niveau maximal de la suspension de concessions. Elle non plus ne faisait pas de distinction entre les différents marchés de produits.³⁴⁰ Dans la dernière décision arbitrale, concernant l'affaire *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, l'Arbitre a déterminé des montants de suspension séparés en ce qui concernait des mesures en cause différentes, pas spécifiquement en ce qui concernait des marchés de produits différents.³⁴¹ En outre, nous ne trouvons pas dans d'autres décisions arbitrales d'élément convaincant qui étaye la position de l'Union européenne. Nous estimons donc que la pratique antérieure en matière de règlement des différends n'étaye pas concrètement la position de l'Union européenne.

6.192. Enfin, nous examinons l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle l'Arbitre devrait déterminer des niveaux de contre-mesures pour les différents marchés de produits parce que le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité pourrait constater qu'elle a réalisé la mise en conformité sur au moins un des deux marchés de produits pertinents. Selon l'Union européenne, dans un tel cas de figure, le montant des contre-mesures "devra être réduit en conséquence pour "maint[enir] [une correspondance]" et faire en sorte que les contre-mesures soient "temporaire[s]"". ³⁴² À notre avis, il suffit de signaler à cet égard que nos descriptions de la manière dont nous avons calculé le niveau maximal de la suspension annuelle devraient fournir aux parties des indications suffisantes quant à la manière dont ce niveau a été déterminé en ce qui concerne, entre autres choses, les marchés de produits visés.

6.193. Par conséquent, même s'il relève en général de notre pouvoir discrétionnaire de déterminer des niveaux de contre-mesures pour les différents marchés de produits, nous n'estimons pas approprié de le faire dans les circonstances de la présente procédure d'arbitrage.

6.194. En conclusion, dans la présente décision, nous établirons un unique niveau maximal de suspension annuelle au lieu de déterminer un niveau maximal de suspension annuelle séparé pour chacun des deux marchés de produits en cause.

³³⁹ Décisions des Arbitres *États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis)*, pages 91 et 92; *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 83.

³⁴⁰ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, section V.

³⁴¹ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.5. Dans le cadre de cette décision, l'Arbitre a établi sa "décision générale" en trois parties: a) un montant en rapport avec une mesure antidumping visant les gros lave-linge à usage domestique (GLD) en provenance de Corée; b) un autre montant en rapport avec une mesure compensatoire visant les GLD en provenance de Corée; et c) des mesures antidumping des États-Unis alors non connues susceptibles d'être imposées sur des importations coréennes (autres que les GLD) dans le futur. (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, section 5) Le dernier élément était régi par une formule unique qui s'appliquait à toutes les importations coréennes pertinentes, indépendamment des distinctions entre les marchés de produits. En effet, la décision de l'Arbitre ne mentionne jamais l'expression "marché de produits". En ce qui concerne l'articulation des contre-mesures autour de mesures individuelles en cause, nous observons que cela serait irréalisable dans la présente procédure pour deux raisons. Premièrement, on ne sait pas très bien quelle proportion de la valeur des effets défavorables dont l'existence a été déterminée sur le marché de produits des LCA bicouloirs est imputable aux "effets indirects" de l'AL/FEM pour l'A380 plutôt qu'aux "effets directs" de l'AL/FEM pour l'A350XWB. Deuxièmement, il y avait plusieurs mesures d'AL/FEM pour l'A380, et plusieurs mesures d'AL/FEM pour l'A350XWB, dont on ne connaît pas très bien les incidences individuelles sur l'un et l'autre des marchés pertinents vu que, lors de la procédure de mise en conformité, le lien de causalité a été déterminé sur la base des effets agrégés de ces mesures.

³⁴² Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 102 de l'Arbitre, paragraphe 82 (citant la décision de l'Arbitre *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.5). (modification dans l'original)

6.3.4.2.4 Évaluation des services

6.195. L'Union européenne fait valoir que les éléments liés aux services des prix des LCA, comme les prix qui sont payés par les acheteurs de LCA pour des services postérieurs à la livraison, devraient être exclus du calcul de la valeur des LCA que Boeing aurait vendus ou livrés dans le contrefactuel. Selon elle, cela tient au fait que les constatations relatives aux effets défavorables formulées dans la présente procédure concernaient uniquement la vente et la livraison de LCA, c'est-à-dire des biens, et non de quelconques recettes que Boeing aurait tirées de la fourniture de services. L'Union européenne affirme donc que les prix pour ces services postérieurs à la livraison, dans la mesure où ils seraient inclus dans la valeur des LCA vendus ou livrés contrefactuellement par Boeing, devraient être exclus de l'évaluation effectuée par l'Arbitre.³⁴³

6.196. Les États-Unis font valoir qu'il ne serait pas approprié de réduire de quelconques prix contrefactuels pertinents des LCA de Boeing pour tenir compte des prix payés par les acheteurs de LCA pour des services postérieurs à la livraison. Premièrement, ils affirment que les services postérieurs à la livraison de Boeing [[***]]. Deuxièmement, ils disent que, dans la mesure limitée où Boeing a des obligations au titre [[***]].³⁴⁴

6.197. L'Arbitre note que le dossier indique que la fourniture de services postérieurs à la livraison [[***]]. Très peu de contrats de vente que les parties ont présentés pour nous aider à évaluer les pertes de ventes et l'entrave [[***]].³⁴⁵ Nous notons en outre que lorsque ces services [[***]].³⁴⁶ De fait, l'Union européenne ne nous oriente vers aucun exemple de quelconques contrats de vente figurant dans le dossier dans lesquels les prix pour ces services sont explicitement indiqués d'une manière satisfaisante et, dans le même ordre d'idées, elle n'a présenté aucune méthode décrivant la façon dont la valeur de quelconques services postérieurs à la livraison pourrait être déduite des prix des aéronefs pertinents. Compte tenu de cela, nous ne voyons aucune raison conceptuelle convaincante de traiter ces services séparément de la vente des LCA.

6.198. Pour toutes ces raisons, nous ne considérons pas qu'il est approprié de déduire la valeur de quelconques services de la valeur des LCA de Boeing commandés et livrés contrefactuellement.

6.3.4.3 Questions entourant l'évaluation des pertes de ventes

6.199. Dans la section 6.3.4.3, nous évaluons l'approche proposée par les États-Unis pour déterminer la valeur des effets défavorables sous la forme de pertes de ventes. Nous examinons également les critiques techniques formulées par l'Union européenne concernant des étapes spécifiques contenues dans l'approche des États-Unis en ce qui concerne la quantification des pertes de ventes, et toutes solutions autres que ces étapes spécifiques proposées par l'Union européenne. Nous rappelons que dans la procédure de mise en conformité, l'Organe d'appel a confirmé les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les commandes obtenues par Airbus dans cinq campagnes de vente spécifiques sur les marchés des bicouloirs et des VLA qui avaient eu lieu pendant la période postérieure à la mise en œuvre (indiquées dans le tableau 19 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité) "représent[ai]ent des "pertes de ventes notables" pour la branche de production de LCA des États-Unis ... au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC".³⁴⁷ Nous

³⁴³ Union européenne, réponse à la question n° 41 de l'Arbitre, paragraphe 456.

³⁴⁴ États-Unis, réponses aux questions de l'Arbitre n° 41, paragraphe 93, et n° 120, paragraphe 80 (mentionnant États-Unis, réponse à la question n° 135 de l'Arbitre, qui contient des extraits des renseignements sur les prix figurant dans les commandes servant de comparateur pour montrer que les obligations de Boeing liées aux services, dans les cas où Boeing avait [[***]]).

³⁴⁵ Voir [[***]], (pièce USA-38 (RCC)); [[***]] (pièce USA-39 (RCC)); [[***]] (pièce USA-40 (RCC)); (pièce USA-41 (RCC)); Cathay Pacific March 2011 777-300ER Order Documentation, (pièce USA-69 (RCES)); Singapore Airlines 2013 787-10 Order Documentation, (pièce USA-73 (RCES)); United 2015 777-300ER Order Documentation, (pièce USA-74 (RCES)); Lufthansa 2006 747-8I Order Documentation, (pièce USA-79 (RCES)); et Lufthansa Escalation Documentation, (pièce USA-87 (RCES)).

³⁴⁶ Cathay Pacific 2013 777-300ER Order Documentation, (pièce USA-68 (RCES)), pages 70 et 73.

³⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.31 a) (notant que "les commandes sur le marché des LCA bicouloirs indiquées dans le tableau 19 du[] rapport [du Groupe spécial] représentent des "pertes de ventes notables" pour la branche de production de LCA des États-Unis") et 6.37 a) (notant que "les commandes sur le marché des VLA indiquées dans le tableau 19 du[] rapport [du Groupe spécial] représentent des "pertes de ventes notables" pour la branche de production de LCA des États-Unis").

reproduisons le tableau 19 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité ci-après en tant que tableau 6:

Tableau 6: Allégations des États-Unis concernant les "pertes de ventes" pendant la période postérieure à la mise en œuvre³⁴⁸

Marché de produits/Client	Modèle de LCA	Nombre de commandes 2012	Nombre de commandes 2013
<i>LCA bicouloir</i>			
Cathay Pacific Airways	A350XWB-1000	10	
Singapore Airways	A350XWB-900		30
United Airlines	A350XWB-1000		10
<i>Aéronefs très gros porteurs</i>			
Emirates	A380		50
Transaero Airlines	A380	4	

6.200. Pour déterminer la valeur des pertes de ventes, les États-Unis calculent la valeur contrefactuelle des pertes de ventes indiquées dans le tableau 19 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, c'est-à-dire la valeur des commandes que Boeing aurait remportées dans le contrefactuel. Comme il a été indiqué plus haut, les États-Unis définissent la valeur de chaque perte de vente en cause comme étant la valeur actualisée des livraisons attendues du modèle de Boeing concurrent le plus proche dans le contrefactuel. En particulier, ils calculent, pour chaque perte de vente i , la valeur actualisée, au moment où la commande a été perdue (c'est-à-dire l'année de commande t), du prix de livraison net de chaque aéronef de Boeing livré contrefactuellement à une compagnie aérienne i à une date postérieure à la commande prévue s .³⁴⁹

$$\text{Perte de vente}_{\text{compagnie aérienne } i, \text{année de commande } t}^{\text{en USD de l'année de commande } t} = \sum_{\text{Année de livraison } s} \frac{\text{Prix net de Boeing}_{\text{compagnie aérienne } i, \text{année de livraison } s}^{\text{en USD de l'année de livraison } s}}{(1 + \text{Taux d'actualisation}_{\text{année de commande } t})^{\text{année de livraison } s - \text{année de commande } t}} \times \text{Nombre d'aéronefs}_{\text{compagnie aérienne } i, \text{année de livraison } s} \quad 4)$$

où s : date(s) de livraison prévue(s) de la commande de la compagnie aérienne i pour le modèle de Boeing concurrent le plus proche³⁵⁰

$\text{Prix net de Boeing}_{\text{compagnie aérienne } i, \text{année de livraison } s}^{\text{en USD de l'année de livraison } s}$: prix de livraison net de la commande de la compagnie aérienne i pour le modèle de concurrent le plus proche livré pendant l'année s et exprimé en dollars EU de l'année de livraison s

$\text{Nombre d'aéronefs}_{\text{compagnie aérienne } i, \text{année de livraison } s}$: nombre d'aéronefs contrefactuels de Boeing devant être livrés à la compagnie aérienne i pendant l'année s .

6.201. Comme il est montré dans l'équation 4), le calcul des pertes de ventes proposé par les États-Unis exige d'identifier le modèle de Boeing concurrent le plus proche (aspect que nous avons déjà examiné plus haut dans la section 6.3.4.2.2); de déterminer les calendriers de livraison contrefactuels de Boeing; de choisir les commandes servant de comparateur pertinentes pour

³⁴⁸ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, tableau 19. Nous notons que, dans ce tableau, il est fait référence à "Singapore Airways". Les parties ont utilisé les noms "Singapore Airlines" et "Singapore Airways" pour désigner la même compagnie aérienne cliente dans la présente procédure. Nous utilisons les noms "Singapore Airlines" et "Singapore Airways" d'une manière interchangeable dans la présente décision.

³⁴⁹ D'un point de vue plus technique, les États-Unis calculent, pour chaque perte de vente i , la somme des prix de livraison nets des aéronefs de Boeing livrés contrefactuellement à la compagnie aérienne i aux dates postérieures à la commande prévues (exprimés en dollars EU de leur année de livraison respective) divisée par le terme un plus le taux d'actualisation pour l'année de commande t porté à la puissance du nombre d'années entre l'année de commande t et leur année de livraison respective s .

³⁵⁰ Par souci de simplicité, les États-Unis présument que si Boeing avait remporté les ventes perdues, les commandes contrefactuelles de cette dernière auraient toutes été passées au mois de juillet d'une année donnée pendant la période de référence (c'est-à-dire 2012 ou 2013). De même, ils présument que toute livraison contrefactuelle aurait eu lieu, ou aurait lieu, au mois de juillet des années de livraison prévues (par exemple juillet 2020).

obtenir des renseignements sur les prix de livraison contrefactuels de Boeing; et de choisir un taux d'actualisation. Les États-Unis proposent d'appliquer un taux d'actualisation pour exprimer la valeur des aéronefs de Boeing, initialement exprimée en dollars EU de l'année de livraison, en termes de dollars EU du mois/de l'année de commande t pendant la période de référence.

6.202. Les parties contestent six points principaux dans ce contexte: a) la question de savoir si l'Arbitre devrait utiliser des faits postérieurs aux pertes de ventes pour évaluer les pertes de ventes, b) la question de savoir s'il y a lieu d'évaluer les pertes de ventes du point de vue des États-Unis ou du point de vue de Boeing, c) le nombre additionnel de modèles de LCA de Boeing qui auraient en définitive été vendus et livrés dans le contrefactuel si Boeing avait remporté les ventes perdues, et d) les dates des livraisons contrefactuelles de Boeing, e) les prix des ventes additionnelles de LCA de Boeing, et f) la question de savoir s'il convient d'effectuer une opération d'actualisation et, dans l'affirmative, comment s'y prendre. La présente section traite successivement de chacun de ces points, après un examen rapide au sujet de la représentativité de la période de référence 2011-2013 aux fins de l'évaluation des pertes de ventes.

6.3.4.3.1 Représentativité de la période de référence 2011-2013

6.203. L'Arbitre note que des arbitres antérieurs ont indiqué que, pour fournir une base appropriée permettant de calculer un niveau maximal de contre-mesures ou de suspension de concessions ou d'autres obligations, une période de référence devrait être "représentative".³⁵¹ De la même façon, nous considérons qu'il est approprié de procéder à un examen de la représentativité de la période de référence 2011-2013 dans le contexte de notre tâche consistant à donner des valeurs aux pertes de vente et à l'entrave qui sont "proportionnelles aux effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" et qui ne sont pas de nature punitive. Nous faisons tout d'abord observer que la question de la représentativité dont nous sommes saisis ici consiste à savoir si la période de référence 2011-2013 peut être considérée comme étant représentative des effets défavorables à court terme (sous la forme d'une entrave et de pertes de vente) résultant du fait que l'Union européenne ne s'est pas mise en conformité avant la fin de la période de mise en œuvre.³⁵²

6.204. S'agissant de la longueur de notre période de référence, nous notons qu'elle est de 25 mois. La plupart des arbitres ont utilisé des périodes de référence plus courtes.³⁵³ Toutefois, dans d'autres contextes, par exemple dans le domaine de l'administration des contingents au titre de l'article XIII:2 d) du GATT de 1994, une "période représentative antérieure" plus longue a été appliquée.³⁵⁴ Le Mémorandum d'accord ne prescrit aucune période fixe que des arbitres agissant au titre de l'article 22:6 doivent utiliser, et nous n'avons pas non plus connaissance d'une quelconque période qui sera nécessairement appropriée en toutes circonstances. La principale raison pour laquelle nous utilisons la période 2011-2013 comme période de référence est qu'elle a été utilisée au cours des procédures du Groupe spécial de la mise en conformité et d'examen en appel et que, dans notre évaluation, nous nous appuyons sur les effets défavorables dont ces organes juridictionnels antérieurs ont déterminé l'existence pendant la période de référence 2011-2013. Par conséquent, par souci de cohérence, nous ne nous écartons pas inutilement de l'approche adoptée au stade de la procédure de mise en conformité dans le présent différend. En règle générale,

³⁵¹ Voir les décisions des Arbitres *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphes 4.18 et 4.19; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), paragraphes 4.115 à 4.119; et *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (Brésil) (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 3.150.

³⁵² Pour plus de clarté, nous notons que cet examen est différent du type d'examen que l'Union européenne nous a suggéré d'effectuer. Pour rappel, l'argument de l'Union européenne est que les effets défavorables dont l'existence au cours de la période de référence 2011-2013 a été déterminée devraient être "représentatifs" des effets défavorables se produisant actuellement et qui se produiront à l'avenir. Comme il a été expliqué plus haut dans la section 6.3.1, nous ne sommes pas en mesure d'accepter cet argument.

³⁵³ Voir plus haut la note de bas de page 161.

³⁵⁴ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *CE – Bananes III* (article 21:5 – *Équateur*), paragraphe 6.39 (faisant référence au rapport du Groupe spécial du GATT *CEE – Pommes – (Chili I)*, L/5047, paragraphe 4.8, qui a noté que "[c]onformément à la pratique normale du GATT, le Groupe spécial a jugé approprié de prendre pour "période de référence" une période de trois ans antérieure à 1979, année où les mesures communautaires étaient en vigueur"). Voir aussi la décision de l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5*, *Loi sur le droit d'auteur* (article 25), paragraphe 4.45.

cependant, nous considérons que nous pourrions en principe choisir d'utiliser une sous-période de la période 2011-2013 pour des motifs de représentativité, si nous jugions approprié de le faire.³⁵⁵

6.205. Ayant à l'esprit ces observations liminaires, nous examinons maintenant la représentativité de la période de référence 2011-2013 pour notre quantification des effets défavorables sous la forme de pertes de ventes. Nous notons à cet égard que la commande de 50 aéronefs A380 passée par Emirates en 2013 était, d'un point de vue historique, singulièrement importante pour une commande d'A380. Toutefois, comme il est expliqué plus loin dans la section 6.3.4.3.4.1, nous décidons de réduire de [[***]] le nombre de commandes pour prendre en compte les annulations.³⁵⁶ En conséquence, le reste de la commande passée par Emirates en 2013 s'élève à [[***]] aéronefs A380. À notre avis, ce chiffre ne s'éloigne pas sensiblement du nombre de commandes d'aéronefs A380 passées au cours d'autres années.³⁵⁷ De même, nous notons que la commande de 30 aéronefs A350XWB-900 passée par Singapore Airlines en 2013 était substantielle. Toutefois, les données figurant dans le dossier indiquent que des commandes d'A350XWB-900 de cette ampleur ne sont pas exceptionnelles.³⁵⁸ Nous rappelons aussi qu'une variation substantielle du volume des commandes au fil du temps n'est pas rare dans la branche de production de LCA.³⁵⁹ Nous ne voyons donc rien dans les commandes qui représentent les pertes de ventes, ni dans de quelconques données versées au dossier concernant ces commandes et les conditions du marché pendant la période de référence 2011-2013, qui pourrait être considéré objectivement comme étant si anormal que cela rendrait cette période de référence non représentative des effets défavorables à court terme (sous la forme de pertes de ventes) résultant de la non-mise en conformité de l'Union européenne avant la fin de la période de mise en œuvre.

6.206. Nous ne voyons donc pas de fondement permettant de conclure que la période de référence 2011-2013 n'est pas représentative dans le contexte de l'évaluation des pertes de ventes et que nous devrions donc utiliser uniquement un sous-ensemble temporel de la période de référence 2011-2013 au lieu de toute la période de référence de 25 mois.

6.3.4.3.2 Utilisation de faits postérieurs aux pertes de ventes

6.207. L'Union européenne fait valoir que, pour évaluer les cinq pertes de ventes en question, il est juridiquement admissible et approprié que l'Arbitre tienne compte de faits survenus après que les commandes représentant les pertes de ventes ont été passées, y compris des faits survenus après la période de référence 2011-2013, dans la mesure où ces faits ont une incidence sur la valeur monétaire que Boeing aurait en définitive tirée des pertes de ventes si elle avait remporté ces ventes dans le contrefactuel. À son avis, cela comprend des faits concernant les annulations, conversions ou reports de livraison des LCA d'Airbus commandés dans le cadre des cinq pertes de ventes, et l'utilisation de taux de révision [[***]] par opposition à des taux de révision [[***]] pour convertir les prix de l'année de base en prix de l'année de livraison.³⁶⁰

³⁵⁵ Les États-Unis ont indiqué, dans le même ordre d'idées, que certains types de données pourraient être ajustées dans une période de référence s'il était constaté qu'elles étaient particulièrement erronées. (Voir États-Unis, réponses aux questions n° 103 et 119 de l'Arbitre.)

³⁵⁶ Voir plus loin les paragraphes 6.227 et 6.229.

³⁵⁷ Updated Ascend Database (pièce EU-79) (indiquant, par exemple, des commandes d'aéronefs A380 de l'ordre de 78 en 2001, de 34 en 2003 et de 32 aussi bien en 2007 qu'en 2010).

³⁵⁸ Updated Ascend Database (pièce EU-79) (indiquant, par exemple, des commandes d'aéronefs A350XWB-900 de l'ordre de 139 en 2007, de 80 en 2008, de 85 en 2010 et de 57 en 2014). L'examen des éléments de preuve versés au dossier que nous avons effectué montre en outre qu'il n'y avait rien d'exceptionnel dans les commandes passées en 2012 et 2013 par Cathay Pacific et United Airlines, respectivement, soit dix aéronefs A350XWB-1000 chacune. Bien que, pendant certaines années situées temporellement de part et d'autre de la période de référence 2011-2013, aucune commande d'A350XWB-1000 n'ait été passée, au cours des années où il y a eu des commandes (entre 2007 et 2018), leur nombre était généralement supérieur à dix aéronefs par an.

³⁵⁹ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1719 (expliquant que "les commandes [de LCA] ont tendance à être très importantes et sporadiques").

³⁶⁰ Union européenne, communication écrite, paragraphes 163, 164, 182 à 195, 227 et 255 à 260; réponses aux questions de l'Arbitre n° 16, paragraphe 323, n° 28, paragraphe 421, n° 40, paragraphe 450, n° 60 c), paragraphes 146 à 148, n° 80, paragraphe 285, n° 109, paragraphes 206 à 211, n° 110, paragraphes 212 à 224, n° 147, paragraphes 304 à 308, et n° 167, paragraphes 1 à 25; observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 135 de l'Arbitre, paragraphes 380 à 383; et déclaration liminaire à la réunion de l'Arbitre, paragraphes 86 à 91. Pour des explications plus détaillées sur les raisons pour lesquelles

6.208. Les États-Unis font valoir que l'Arbitre, dans son évaluation des cinq pertes de ventes en question, peut uniquement tenir compte des faits qui étaient connus des parties (c'est-à-dire Boeing et les acheteurs de LCA concernés) au moment des commandes qui auraient été passées si Boeing avait remporté les ventes perdues dans le contrefactuel. Selon eux, la raison en est que les pertes de ventes ont été identifiées sur la base des commandes passées pendant la période de référence 2011-2013, et tous faits survenus après que les commandes pertinentes auraient été passées ne figuraient pas dans le dossier dont disposait le Groupe spécial de la mise en conformité ou l'Organe d'appel dans la procédure de mise en conformité et ne faisaient pas partie des constatations relatives aux pertes de ventes. De l'avis des États-Unis, si l'Arbitre devait examiner ces faits, il modifierait indûment la nature "des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée".³⁶¹

6.209. L'Arbitre commence son analyse par l'affirmation générale des États-Unis selon laquelle il serait inapproprié d'évaluer les pertes de ventes en utilisant des faits qui ne figuraient pas dans le dossier de la procédure de mise en conformité. Selon nous, rien, en droit, n'empêche catégoriquement d'examiner des faits qui ne figuraient pas dans le dossier dans une procédure menée antérieurement dans le présent différend. L'Accord SMC et le Mémoire d'accord sont muets à cet égard. Par ailleurs, nous notons que du fait que les arbitrages comportent généralement des opérations d'évaluation qui ne constituaient pas l'enjeu de procédures initiales ou de mise en conformité antérieures, les renseignements factuels dont disposent les arbitres diffèrent souvent considérablement des renseignements factuels qui font partie des dossiers des procédures initiales ou de mise en conformité antérieures.

6.210. Il apparaît toutefois que le sens général de l'argument des États-Unis est plus étroit. En d'autres termes, de l'avis des États-Unis, si nous utilisions certains faits (dont on suppose qu'ils seraient survenus dans le contrefactuel) qui ne seraient survenus que dans le contrefactuel après que les commandes représentant les pertes de ventes auraient été passées (lesquelles, dans une large mesure, ont été passées après la fin de la période de référence 2011-2013), nous réviserions les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité et de l'Organe d'appel. En d'autres termes, les États-Unis estiment que la *valeur* des commandes représentant les pertes de ventes a été établie, aux fins de la présente procédure, au moment où l'existence des pertes de ventes a été déterminée dans la procédure de mise en conformité. Nous admettons que nous devons donner une valeur "[aux] effets défavorables dont l'existence [pendant la période de référence 2011-2013] aura été déterminée", et non modifier la nature "des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée".³⁶² Nous examinons donc brièvement la façon dont il a été déterminé que les cinq pertes de ventes pertinentes dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 avait été constatée ont eu pour effet de "faire perdre des ventes ... dans une mesure notable" au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC pour faire en sorte que notre approche, quelle qu'elle soit, n'invalide pas ces constatations.

6.211. Comme il a déjà été indiqué plus haut dans la section 6.3.3.2.1, et conformément au libellé pertinent de l'article 6.3 c), il a été déterminé que les cinq pertes de ventes pertinentes étaient effectivement des ventes sur la base des données relatives aux commandes de LCA et que ces ventes avaient été "perdues" parce qu'en l'absence des subventions AL/FEM pertinentes, la branche de production de LCA des États-Unis aurait remporté les commandes.³⁶³ Ces pertes de ventes ont été jugées "notables" en raison d'une combinaison de facteurs, à savoir: a) l'importance stratégique; b) les effets relatifs à la courbe d'apprentissage (c'est-à-dire les effets d'apprentissage bénéfiques qui découleraient de la production des LCA commandés); c) le fournisseur en place (c'est-à-dire le fait d'attirer ou de fidéliser un client particulier); et d) le nombre d'aéronefs et les montants monétaires en jeu dans les ventes.³⁶⁴

6.212. Les constatations adoptées selon lesquelles les cinq pertes de ventes étaient "notables" ont été formulées sur la base des faits figurant dans le dossier dont disposait le Groupe spécial de la

ces faits peuvent être pris en considération et la façon dont ils peuvent l'être, voir plus loin les sections 6.3.4.3.4.1, 6.3.4.3.4.2, 6.3.4.3.4.4, 6.3.4.3.5.2 et 6.3.4.3.6.2.

³⁶¹ États-Unis, communication écrite, paragraphes 138 à 149, 158, 185 et 189; et réponses aux questions de l'Arbitre n° 40, paragraphe 85, n° 43, paragraphes 95 à 100, et n° 58, paragraphes 14 à 16.

³⁶² Il convient de rappeler que, plus haut dans la présente décision, nous avons décidé d'utiliser une approche centrée sur les commandes pour évaluer les pertes de ventes. (Voir plus haut la section 6.3.3.2.1.)

³⁶³ Voir plus haut le paragraphe 6.100.

³⁶⁴ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1798 (mentionnant le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1845).

mise en conformité, c'est-à-dire sur la base des conditions qui existaient pendant la période de référence 2011-2013. Toutefois, il apparaît qu'au moins les trois derniers de ces facteurs, indiqués au paragraphe précédent³⁶⁵, sur lesquels les constatations relatives au "caractère notable" étaient fondées sont tributaires, du moins en grande partie, des *attentes* concernant les avantages *futurs* censés revenir au producteur de LCA ayant remporté les commandes. En effet, les effets d'apprentissage pertinents se produiront principalement pendant la production des LCA, activité se déroulant généralement des années après qu'une commande correspondante a été passée.³⁶⁶ Il apparaîtrait que les avantages de fournisseur en place sont pertinents uniquement si le client lui-même demeure solvable et présent sur le marché après que la commande a été passée (par exemple, le client ne fait pas faillite ou ne cesse pas ses activités). De plus, s'agissant des montants monétaires, comme seul un [[***]] versement est effectué par un client au moment de la commande sous la forme d'un acompte, [[***]] étant effectué au moment de la livraison³⁶⁷, [[***]] du montant tiré d'une commande de LCA dépendra du fait que la commande donnera lieu à une livraison (c'est-à-dire que la commande n'est pas annulée). Nous notons en outre que le Groupe spécial initial a exposé la façon dont la survenue de faits nouveaux postérieurs à la commande pouvait facilement influencer l'ampleur des avantages – monétaires ou autres – qu'un producteur de LCA tirerait en définitive d'une commande donnée.³⁶⁸ Ainsi, nous considérons que les constatations selon lesquelles les cinq pertes de ventes étaient "notables" reposaient, dans une large mesure, sur des attentes concernant les avantages dont Boeing aurait bénéficié si elle avait remporté les ventes dans le contrefactuel, et non sur l'idée que ces avantages découleraient immédiatement de la commande.

6.213. Compte tenu de ces éléments, nous adoptons une approche qui est conforme aux constatations du Groupe spécial de la mise en conformité selon lesquelles a) Boeing aurait remporté les commandes représentant les pertes de ventes dans le contrefactuel, et b) au moment de ces commandes contrefactuelles, il en aurait résulté des avantages "notables" pour Boeing immédiatement après la commande et/ou Boeing se serait raisonnablement attendue à ce que des avantages "notables" découlent de ces commandes à l'avenir. Notre évaluation prend donc soigneusement en compte ces points.

6.214. Nous rappelons en outre que notre mandat au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC consiste à déterminer des contre-mesures qui sont "proportionnelles aux effets défavorables dont l'existence aura été déterminée", c'est-à-dire la valeur des pertes de ventes et des cas d'entrave identifiés. Dans le contexte de l'évaluation de la valeur des pertes de ventes en particulier, la valeur finalement tirée des commandes contrefactuelles dépendrait dans une large mesure de la façon dont les modalités des commandes auraient évolué après que ces dernières auraient été passées (par exemple, en raison d'une annulation, d'une conversion, de retards de livraison et/ou de la façon dont les [[***]] évoluent en fait au fil du temps). Par conséquent, si, dans le contexte de la présente procédure, le dossier contient maintenant des éléments de preuve indiquant qu'une commande particulière que Boeing aurait obtenue dans le contrefactuel aurait été annulée après la période de référence 2011-2013 dans le contrefactuel, alors que ces éléments de preuve n'étaient pas encore disponibles pendant la période de référence 2011-2013, nous estimons qu'il est approprié d'en tenir compte et d'ajuster la valeur de la commande à la baisse. À notre avis, cela n'invaliderait pas les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité concernant les points a) et b) exposés haut dans le paragraphe précédent. De fait, si nous ne le faisons pas, nous accorderions

³⁶⁵ Selon ce que nous croyons comprendre, le point concernant l'"importance stratégique" se rapporte principalement aux cas dans lesquels un gros client de LCA commande ses LCA à un constructeur particulier et/ou dans lesquels un acheteur de LCA passe d'un producteur à l'autre. (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1781; rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1212; rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1845; et Union européenne, réponse à la question n° 61 de l'Arbitre)

³⁶⁶ Rapports des Groupes spéciaux *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.1214 (expliquant que "[l]es effets d'apprentissage ... résultent essentiellement d'une main-d'œuvre plus expérimentée et impliquent que les coûts de production unitaires diminuent à mesure que la production s'accumule au fil du temps") et 6.1806 (expliquant que "les livraisons de nouveaux LCA ont généralement lieu *au moins* trois ans après la date où ils ont été commandés, ce nombre d'années étant habituellement beaucoup plus grand lorsqu'il s'agit d'un aéronef *nouvellement lancé*" (italique dans l'original); et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 7.1717, 7.1726 et 7.1727 (décrivant les effets d'apprentissage ainsi que les "économies d'échelle" résultant de l'obtention de commandes de LCA).

³⁶⁷ Voir plus haut le paragraphe 6.236.

³⁶⁸ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 7.1724 et 7.2178.

aux États-Unis des contre-mesures incluant une valeur monétaire que Boeing n'aurait pas obtenue dans le contrefactuel. À notre avis, une approche qui aurait pour effet d'accorder aux États-Unis des contre-mesures en réponse à des effets défavorables (une certaine quantité de ceux-ci) dont l'existence aurait été déterminée et qu'ils n'auraient pas subis dans le contrefactuel ne serait pas conforme à l'article 7.10.³⁶⁹ De plus, comme nous l'avons observé plus haut³⁷⁰, bien que les États-Unis puissent être autorisés à prendre des contre-mesures "proportionnelles aux effets défavorables dont l'existence aura été déterminée", le critère juridique de la "proportionnalité" n'autorise pas l'imposition de contre-mesures qui sont punitives.

6.215. Enfin, nous soulignons que, dans la mesure où nous tenons compte dans notre évaluation de tout élément de preuve particulier qui n'était pas disponible pendant la période de référence 2011-2013, nous le faisons pour donner une valeur aussi exacte qu'il est raisonnablement possible aux commandes qui représentent les pertes de ventes survenues pendant cette période, et non pour modifier des effets défavorables dont l'existence a déjà été établie dans la procédure de mise en conformité ni pour établir l'existence de quelconques effets défavorables additionnels. En fait, dans notre évaluation, nous tenons compte des éléments de preuve, y compris les éléments de preuve postérieurs à la période de référence, uniquement dans la mesure où ils éclairent la façon dont nous devrions quantifier les effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée.

6.3.4.3.3 Point de vue des États-Unis par opposition au point de vue de Boeing

6.216. Les États-Unis font valoir que l'opération d'actualisation qu'ils effectuent dans leur évaluation des pertes de ventes repose sur la valeur temporelle de l'argent pour eux, c'est-à-dire la valeur que représentent pour eux les pertes de ventes si cette valeur leur était revenue pendant l'année de commande et non pendant l'année de livraison. Ils font valoir qu'il s'agit de la façon appropriée de conceptualiser l'opération d'actualisation (c'est-à-dire du point de vue des pouvoirs publics des États-Unis) parce que l'article 5 de l'Accord SMC parle de la survenue d'effets défavorables par rapport aux "intérêts d'un autre Membre", et non par rapport à une société privée comme Boeing. Par conséquent, pour évaluer le niveau de contre-mesures que les États-Unis peuvent être autorisés à prendre, il faut que l'opération d'actualisation soit effectuée du point de vue des États-Unis.³⁷¹

6.217. L'Union européenne fait valoir que l'opération d'actualisation repose sur la valeur temporelle de l'argent pour Boeing, c'est-à-dire la valeur des pertes de ventes pour la société si cette valeur lui était revenue pendant l'année de commande et non l'année de livraison. À son avis, la raison en est que la valeur de ces contrats de vente privés de LCA constitue la question qui est en cause. Selon l'Union européenne, ces contrats ont été conclus par Boeing, et cette dernière effectue des investissements et prend des risques dans le cadre de ces contrats. L'Union européenne dit que l'objectif d'un taux d'actualisation est de prendre en compte les risques supportés par la partie contractante qui réalise l'investissement, et non ceux d'une tierce partie qui n'est pas partie à ce contrat ni n'investit ou ne prend de risques par rapport aux transactions de vente pertinentes.³⁷²

6.218. L'Arbitre note pour commencer que bien que le désaccord entre les parties s'inscrive plus spécifiquement dans le contexte de l'opération d'actualisation qui constitue simplement une étape de la méthode d'évaluation des pertes de ventes des États-Unis, il apparaît que ce désaccord dans ce contexte a des répercussions potentiellement plus larges quant à la façon dont nous évaluons les pertes de ventes, et nous examinons donc cette question ici.

6.219. Les États-Unis fondent leur argument dans ce contexte sur le fait que, selon le libellé du texte introductif de l'article 5 de l'Accord SMC, "[l'Union européenne] [a] caus[é] ... [des] effets défavorables pour les intérêts [des États-Unis]" et non pour ceux de Boeing. C'est vrai. Toutefois, Boeing est un constructeur de LCA des États-Unis. Ainsi, si l'on considère la situation sous l'angle

³⁶⁹ Voir la décision de l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, paragraphe 3.34 (indiquant qu'"[i]l serait tout à fait inapproprié que les arbitres reconnaissent aux Communautés européennes des avantages dont celles-ci ne subissent *pas effectivement la perte* en raison [de la non-mise en conformité] persistante" des États-Unis). (pas d'italique dans l'original)

³⁷⁰ Voir plus haut la section 5 (notant que les contre-mesures ne devraient pas être "punitives").

³⁷¹ États-Unis, note méthodologique, paragraphes 49 à 51; communication écrite, paragraphes 229 et 230; et réponses aux questions de l'Arbitre n° 37, n° 69, paragraphe 46, n° 73, et n° 175, paragraphe 16.

³⁷² Union européenne, communication écrite, paragraphes 265, 269 et 275; réponses aux questions de l'Arbitre n° 78 c), paragraphes 266 à 270, et n° 111, paragraphe 231; et observations sur les réponses des États-Unis aux questions de l'Arbitre n° 111, paragraphes 141 à 146, et n° 175, paragraphe 26.

des règles de l'OMC, il est clair selon nous que lorsque Boeing subit un préjudice, il en va de même pour les États-Unis.³⁷³ Tout avantage que les États-Unis en tant que Membre de l'OMC auraient obtenu en l'absence d'effets défavorables causés par l'Union européenne leur serait revenu au moyen de l'accroissement des ventes que Boeing aurait réalisées.³⁷⁴ Par conséquent, nous ne sommes pas convaincus par l'argument des États-Unis au titre de l'article 5 selon lequel "[le] degré et ... la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" devraient être déterminés du point de vue des pouvoirs publics des États-Unis, et non du point de vue de Boeing.

6.220. Par conséquent, nous considérons que l'Union européenne dans le présent différend a causé des effets défavorables pour les intérêts des États-Unis par le biais de l'incidence économique des subventions AL/FEM pertinentes sur les commandes et livraisons de LCA de Boeing. Dans la présente procédure, à des fins d'actualisation et à d'autres fins de quantification, nous évaluons donc les effets défavorables dont l'existence a été déterminée du point de vue de Boeing. Comme il a été expliqué, en procédant de cette manière, nous évaluons de manière fiable les effets défavorables subis par les États-Unis.

6.3.4.3.4 Nombre et modèles d'aéronefs vendus et livrés dans le contrefactuel

6.221. Comme nous l'avons vu dans la section 6.3.4.1.1, les États-Unis supposent que, en l'absence d'AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB, et dans le cas de chacune des cinq pertes de ventes en cause, chacun des cinq clients pertinents aurait commandé à Boeing un nombre de son aéronef concurrent le plus proche égal au nombre de LCA d'Airbus que chaque compagnie aérienne a effectivement commandés.³⁷⁵ Selon les États-Unis, cette hypothèse est compatible avec les constatations adoptées dans la procédure de mise en conformité. L'Union européenne n'a pas spécifiquement examiné cette hypothèse des États-Unis.³⁷⁶ Nous souscrivons à cette hypothèse, car le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel ont tous deux constaté que les pertes de commandes elles-mêmes (c'est-à-dire le nombre de LCA qu'Airbus a vendus dans le cas de chacune des cinq pertes de ventes) "représentaient" des pertes de ventes pour la branche de production de LCA des États-Unis.³⁷⁷

6.222. Les États-Unis supposent aussi que, dans le contrefactuel, Boeing aurait livré tous les LCA que les cinq clients pertinents auraient commandés. L'Union européenne conteste certains aspects de cette hypothèse, à savoir ceux qui concernent a) les annulations effectives de certaines ventes perdues, b) le risque d'annulations futures de commandes d'aéronefs passées dans le contrefactuel, et c) les conversions effectives de certaines ventes perdues vers un modèle d'Airbus différent. Nous passons chacun de ces éléments en revue ci-après.

³⁷³ Voir la décision de l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, paragraphe 3.19 (notant qu'"il est indéniable que les avantages qui sont refusés aux Communautés européennes comprennent les avantages qui sont refusés aux détenteurs de droits des CE").

³⁷⁴ Voir la décision de l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, paragraphe 3.48 (notant que "les avantages que les Communautés européennes pourraient escompter réaliser sont les versements que les CMO des États-Unis feraient aux détenteurs de droits des CE"). (pas d'italique dans l'original)

³⁷⁵ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 32.

³⁷⁶ Toutefois, l'Union européenne conteste certains aspects du contrefactuel qui se seraient présentés après la passation des commandes initiales.

³⁷⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.31 a) (notant que "les commandes sur le marché des LCA bicouloirs indiquées dans le tableau 19 du[] rapport [du Groupe spécial] représentent des "pertes de ventes notables" pour la branche de production de LCA des États-Unis") et 6.37 a) (notant que "les commandes sur le marché des VLA indiquées dans le tableau 19 du[] rapport [du Groupe spécial] représentent des "pertes de ventes notables" pour la branche de production de LCA des États-Unis"); et rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1798 (notant que toutes les commandes indiquées dans le tableau 19 de ce rapport représentent des "pertes de ventes" "notables" pour la branche de production de LCA des États-Unis et, par conséquent, que les subventions AL/FEM contestées continuent d'être une cause "réelle et substantielle" de préjudice grave pour les États-Unis au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC). Nous notons que la partie pertinente du tableau 19 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité est reproduite plus haut en tant que tableau 6 (contenant les colonnes "Nombre de commandes"). De plus, sachant la substituabilité des modèles d'Airbus et de Boeing concurrents les plus proches et la demande avérée des clients pour le nombre spécifié d'aéronefs concernés dans les pertes de ventes, nous ne voyons aucun argument ni élément de preuve dans le dossier qui indique que le nombre de LCA de Boeing qui auraient été commandés dans le contrefactuel aurait été différent du nombre de commandes concernées en réalité dans les pertes de ventes.

6.3.4.3.4.1 Fait de ne pas prendre en compte les annulations effectives

6.223. L'Union européenne fait valoir que l'Arbitre ne devrait pas inclure dans le calcul du niveau maximal des contre-mesures la valeur totale des commandes de LCA de Boeing que cette société aurait obtenues si elle avait remporté les ventes perdues parce que, selon l'Union européenne, certaines de ces commandes auraient été ultérieurement annulées dans le contrefactuel. De l'avis de l'Union européenne, la raison en est que Transaero a annulé l'ensemble des quatre commandes d'aéronefs A380 qu'elle avait passées dans le cadre de la vente perdue de 2012, et Emirates a annulé les commandes de [[***]] aéronefs A380 qu'elle avait passées dans le cadre de la vente perdue de 2013. Pour l'Union européenne, si Boeing avait remporté ces ventes perdues, les clients auraient annulé ces commandes dans le contrefactuel également. Par conséquent, selon l'Union européenne, pour déterminer le niveau des contre-mesures, l'Arbitre peut prendre en compte, tout au plus, la valeur des acomptes et des versements antérieurs à la livraison que Boeing aurait reçus en rapport avec ces livraisons annulées.³⁷⁸

6.224. Comme il a déjà été indiqué dans la section 6.3.4.3.2, les États-Unis soutiennent que l'Arbitre ne peut pas prendre en compte des faits, y compris les annulations de commandes de LCA d'Airbus qui représentaient des pertes de ventes pour Boeing, qui se sont produits après que les commandes représentant les pertes de ventes ont été passées, car cette prise en compte serait incompatible avec les constatations formulées par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans la procédure de mise en conformité. Ainsi, de l'avis des États-Unis, l'Arbitre devrait supposer que toutes les commandes que Boeing aurait obtenues si elle avait remporté les ventes perdues auraient été livrées dans le contrefactuel.³⁷⁹

6.225. L'Arbitre considère que, dans le contrefactuel, la pertinence des annulations effectives de commandes d'Airbus dépend du point de savoir si l'annulation effective d'une commande d'Airbus résultait uniquement de la décision de la compagnie aérienne et était indépendante de la volonté d'Airbus et des caractéristiques de son aéronef (de sorte que toute annulation de commandes d'Airbus aurait aussi conduit la compagnie aérienne en question à annuler des commandes de LCA de Boeing dans le contrefactuel). Si tel est le cas, ces annulations sont, à notre avis, des événements exogènes à tout constructeur d'aéronefs qui auraient eu lieu dans n'importe quel contrefactuel, y compris celui que proposaient les États-Unis. Ces derniers n'ont pas donné d'explication valable quant à la raison pour laquelle Boeing aurait tout de même procédé à certaines livraisons contrefactuelles dans les cas où aucune livraison effective n'a en réalité eu lieu en raison des décisions et actions de compagnies aériennes spécifiques. Nous notons que, par définition, des renseignements sur de telles annulations effectives ne deviennent disponibles qu'après que la compagnie aérienne a passé sa commande.

6.226. Par conséquent, étant donné notre décision de prendre en compte des renseignements à jour dans la mesure où ils éclairent la manière dont nous devrions quantifier les effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée, nous supprimons les livraisons à Transaero Airlines de tout calendrier de livraison contrefactuel utilisé pour quantifier les effets défavorables. Les éléments de preuve versés au dossier indiquent que Transaero Airlines a fait faillite en 2015. Il s'agit d'un événement propre à une compagnie aérienne qui n'est pas imputable à Airbus et qui aurait également eu lieu, de même que l'annulation des commandes, avec Boeing dans le contrefactuel.

6.227. De même, les éléments de preuve versés au dossier donnent à penser que la décision prise par Emirates en 2019 d'annuler les commandes en attente de [[***]] aéronefs A380 découlait de sa stratégie commerciale concernant le marché des VLA en général et n'était pas propre aux VLA d'Airbus. Plus spécifiquement, nous notons qu'Emirates a été confrontée à des pressions extérieures, telles qu'une augmentation des prix du carburant; la saisonnalité de la demande de transport aérien; et des pressions macroéconomiques persistantes, y compris les tensions géopolitiques mondiales et la volatilité des marchés monétaires. Combinées, ces pressions réduiraient la rentabilité d'un VLA quadrimoteur, ainsi que l'intérêt commercial de posséder un VLA quadrimoteur, relativement moins

³⁷⁸ Union européenne, communication écrite, paragraphes 163 et 226 à 228; réponses aux questions de l'Arbitre n° 43, n° 54, paragraphe 17, et n° 147, paragraphes 287 et 306; et déclaration liminaire à la réunion de l'Arbitre, paragraphes 67 et 86 à 91.

³⁷⁹ États-Unis, communication écrite, paragraphe 138; réponse à la question n° 1 de l'Union européenne, paragraphes 241 et 242; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 147 de l'Arbitre, paragraphe 245.

économique en carburant et moins polyvalent qu'un LCA bicouloir bimoteur.³⁸⁰ En outre, le rapport annuel 2018/19 du groupe Emirates fait référence à la haute qualité du programme relatif à l'A380, ce qui nous donne à penser que la décision prise par Emirates d'annuler une partie des commandes d'A380 découlait non pas de son insatisfaction vis-à-vis de l'aéronef A380, mais des pressions extérieures mises en évidence ci-dessus.³⁸¹

6.228. Les éléments de preuve versés au dossier montrent en outre que Boeing a actuellement [[***]] commandes en attente auprès de compagnies aériennes ou de sociétés de location clientes [[***]] commandes en attente auprès de [[***]].³⁸² Les États-Unis n'expliquent pas pourquoi, compte tenu en particulier de la faiblesse de la demande générale d'aéronefs 747-8I, Emirates aurait pris une décision différente dans le contrefactuel en ce qui concerne l'annulation partielle de sa commande de VLA si elle avait commandé des VLA de Boeing. Les États-Unis n'abordent pas non plus la question de savoir comment Boeing aurait empêché une telle annulation.

6.229. Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis que la décision d'Emirates d'annuler une partie de ses commandes d'aéronefs A380 s'inscrivait dans une tendance plus générale des stratégies commerciales de certaines compagnies aériennes impliquant de délaisser les VLA au profit des LCA bicouloirs, démontrée par la faiblesse de la demande observée de VLA (à l'exception des avions-cargos) parmi les compagnies aériennes, qui a donné lieu à un nombre très limité de commandes d'aéronefs A380 et 747-8I.³⁸³ Nous constatons donc que la décision prise par Emirates d'annuler partiellement sa commande de VLA était indépendante de la volonté d'Airbus et n'était pas propre aux VLA d'Airbus. Nous supprimons donc les [[***]] livraisons d'aéronefs A380 restant à effectuer à Emirates qui ont été annulées de tout calendrier de livraison contrefactuel que nous utilisons pour évaluer la perte de vente pertinente.

6.3.4.3.4.2 Fait de ne pas prendre en compte les annulations futures potentielles

6.230. L'Union européenne fait valoir que le risque qu'une commande spécifique de LCA puisse finalement ne pas aboutir à une livraison effective en raison d'une annulation de la commande devrait aussi être pris en compte dans le calcul de la valeur des pertes de ventes. Elle soutient que, dès qu'une commande de LCA est conclue, Boeing est confrontée à un risque positif de défaillance contractuelle future de son client (comme en témoigne l'épisode de la faillite de Transaero Airlines) et voudra être dédommée de ces pertes de recettes potentielles dans l'avenir. Selon l'Union européenne, et comme nous l'avons vu dans la section 6.3.4.3.6.4, ce risque inhérent de défaillance en ce qui concerne les livraisons futures de LCA est l'un des trois éléments dont il faut tenir compte dans le taux d'actualisation. En l'absence de renseignements sur les risques de défaillance par commande servant de comparateur ou par client pour Boeing, l'Union européenne propose d'utiliser comme indicateur supplétif du risque d'annulation pour Boeing le taux d'annulation moyen pour Boeing fondé sur les taux d'annulation antérieurs (mesurés par la différence entre les commandes brutes et les commandes nettes, divisée par les commandes brutes) pour toutes les ventes de LCA faites par Boeing pendant la période allant de 2008 à 2017.³⁸⁴

6.231. En réponse, les États-Unis soutiennent qu'ajuster la valeur des pertes de ventes à la baisse pour tenir compte de tout risque d'annulation potentielle des commandes que Boeing aurait obtenues si elle avait remporté les ventes perdues serait contraire aux constatations du Groupe spécial et de

³⁸⁰ The Emirates Group Annual Report, 2018-19 (pièce EU-145); et Andreas Spaeth, "Emirates to buy Rolls Royce Powered A380S Says Sir Tim Clark", Airline Ratings, 2 November 2018 (pièce EU-146). L'Union européenne affirme que ces caractéristiques (efficacité énergétique relativement moindre et polyvalence moindre) du VLA d'Airbus, qui font qu'il est moins intéressant du point de vue commercial pour Emirates de posséder et d'exploiter des VLA en étant confrontée à ces pressions extérieures, s'appliquent tout autant aux VLA de Boeing. En d'autres termes, l'Union européenne fait valoir que l'aéronef 747-8I est de même relativement moins économique en carburant qu'un LCA bicouloir et aussi inadapté au transport aérien court courrier et point à point régional que l'aéronef A380. (Union européenne, réponse à la question n° 167 de l'Arbitre, paragraphe 22) Les États-Unis n'ont pas réfuté cet argument, et aucun élément de preuve versé au dossier ne montre que les caractéristiques des VLA d'Airbus qui les rendent désormais inintéressants pour Emirates sont propres aux VLA d'Airbus et ne sont pas partagées par les VLA de Boeing.

³⁸¹ 2019 Emirates Annual Report (pièce EU-145), page 19; Arabian Travel Market interview (pièce EU-152).

³⁸² États-Unis, réponse à la question n° 171 de l'Arbitre, paragraphe 5.

³⁸³ Updated Ascend Database (pièce EU-79).

³⁸⁴ Union européenne, communication écrite, paragraphe 277; et réponse à la question n° 29 de l'Arbitre, paragraphes 429 à 432.

l'Organe d'appel dans la procédure de mise en conformité. Selon les États-Unis, la raison en est que la possibilité que de telles commandes soient annulées dans le contrefactuel n'a joué aucun rôle dans les constatations sur les pertes de ventes formulées dans la procédure de mise en conformité.³⁸⁵

6.232. Les États-Unis font néanmoins valoir que si l'Arbitre devait tenir compte de la probabilité qu'une commande soit annulée avant sa livraison prévue dans le contrefactuel, il devrait, pour chaque livraison contrefactuelle d'aéronefs, multiplier sa valeur de livraison actuelle nette actualisée par un "taux de survie" annuel, afin d'obtenir une sorte de "valeur attendue"³⁸⁶:

$$\begin{aligned} \text{Perte de vente ajustée}_{\text{compagnie aérienne } l, \text{année de commande } t}^{\text{en USD de l'année de commande } t} = & \sum_{\text{Année de livraison } s} \frac{\text{Prix net de Boeing}_{\text{compagnie aérienne } l, \text{année de livraison } s}^{\text{en USD de l'année de livraison } s}}{(1 + \text{Taux d'actualisation}_{\text{année de commande } t})^{\text{année de livraison } s - \text{année de commande } t}} \\ & \times \text{Nombre d'aéronefs}_{\text{compagnie aérienne } l, \text{année de livraison } s} \\ & \times \text{Taux de survie}_{\text{année de commande } t, \text{année de livraison } s} \end{aligned} \quad 5)$$

6.233. Selon les États-Unis, le taux de survie correspond à l'inverse de la probabilité qu'une livraison attendue d'après le carnet de commandes de Boeing soit annulée une année donnée. Les États-Unis définissent l'inverse de la probabilité qu'une commande d'un aéronef passée une année donnée soit annulée l'année suivante comme un moins le taux d'annulation annuel de cette année suivante. Pour chaque combinaison d'année de commande et d'année de livraison, les États-Unis calculent le taux de survie pour un aéronef commandé au cours de l'année t et qui doit être livré au cours de l'année s comme étant le produit de chaque probabilité annuelle que la commande d'un aéronef n'a pas été annulée entre l'année de commande t et l'année précédant l'année de livraison s (c'est-à-dire $s - 1$)³⁸⁷:

$$\text{Taux de survie}_{\text{année de commande } t, \text{année de livraison } s} = \prod_{r=\text{Année de commande } t}^{\text{Année de livraison } s-1} \text{Probabilité d'absence d'annulation}_r \quad 6)$$

6.234. Les États-Unis proposent d'utiliser le taux d'annulation annuel antérieur enregistré par Boeing pour toutes ses ventes de LCA, qu'ils définissent comme étant le rapport entre le nombre d'annulations pendant une année donnée et la somme des commandes en attente au début de l'année et des commandes brutes pendant cette année moins les conversions et les livraisons. Pour toutes livraisons contrefactuelles prévues après 2018, les États-Unis proposent de calculer le taux d'annulation annuel correspondant à Boeing pour 2018 et les années suivantes comme étant le taux d'annulation annuel moyen enregistré par Boeing pour toutes ses ventes de LCA entre 2008 et 2017.

6.235. Selon l'Union européenne, nonobstant certains désaccords concernant spécifiquement la méthode de calcul présentée par les États-Unis, l'approche des États-Unis pour calculer les taux d'annulation peut facilement être conciliée avec celle de l'Union européenne. De l'avis de l'Union européenne, l'Arbitre peut soit considérer les taux de risque de défaillance contractuelle comme faisant partie du taux d'actualisation, soit ajuster à la baisse la valeur de la livraison actuelle nette actualisée en appliquant le taux de survie pour tenir compte du risque d'annulation de la commande pertinente.³⁸⁸

6.236. L'Arbitre rappelle que, généralement, Boeing reçoit seulement [[***]] versement immédiatement, au moment de la commande. À l'approche de la livraison, le client doit généralement commencer à effectuer des versements [[***]], appelés versements antérieurs à la livraison. Au moment de la livraison, il doit ensuite verser le solde restant du prix de livraison. Étant donné que la plus grande partie des montants est versée au moment de la livraison, si des annulations ont lieu, Boeing peut en fin de compte conserver uniquement tous acomptes et/ou

³⁸⁵ États-Unis, réponse à la question n° 126 de l'Arbitre, paragraphes 118 à 120.

³⁸⁶ États-Unis, réponse à la question n° 115 de l'Arbitre, paragraphes 49 et 50; et Survival Rate Calculation, (pièce USA-65 (RCES)). Les États-Unis notent que cette approche "ne tiendrait pas compte des versements antérieurs à la livraison acquittés avant l'annulation". (États-Unis, réponse à la question n° 115 de l'Arbitre, paragraphe 50) Toutefois, comme il est indiqué dans la section 6.3.4.3.4.3, [[***]] compte tenu des éléments de preuve versés au dossier.

³⁸⁷ Le symbole Π dans l'équation 6) correspond à l'opérateur de produit pour chaque année entre l'année de commande t et l'année précédant l'année de livraison s : $\prod_{t=2012}^{2015} x_t = x_{2012} \times x_{2013} \times x_{2014} \times x_{2015}$.

³⁸⁸ Union européenne, réponse à la question n° 79 de l'Arbitre, paragraphe 277; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 115 de l'Arbitre, paragraphe 191.

versements antérieurs à la livraison précédemment reçus en rapport avec les commandes de LCA annulées.³⁸⁹

6.237. Dans ce contexte, nous notons que la méthode proposée par les États-Unis pour quantifier les pertes de ventes est établie sur la base d'un environnement sans risque dans lequel le risque d'annulation est supposé nul. Nous notons pourtant que, comme les deux parties le reconnaissent, le risque d'annulation existe bel et bien, comme le montrent les taux d'annulation antérieurs enregistrés par Boeing.

6.238. Nous rappelons en outre que nous avons précédemment rejeté l'argument conceptuel des États-Unis selon lequel les annulations effectives ne devraient pas être prises en compte parce que, sinon, cela serait incompatible avec les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité (voir la section 6.3.4.3.4.1). C'est le seul argument avancé par les États-Unis quant à la raison pour laquelle l'Arbitre ne devrait pas non plus prendre en considération le risque d'annulation pour déterminer la valeur des pertes de ventes dans le contrefactuel. Nous convenons donc avec l'Union européenne que le risque que des livraisons spécifiques de LCA de Boeing ne se concrétisent pas ultérieurement en raison de l'annulation des commandes devrait être pris en compte dans l'évaluation des pertes de ventes.

6.239. En ce qui concerne le calcul de ce risque d'annulation, nous notons que l'Union européenne a initialement proposé une définition du taux d'annulation qui était différente de celle que les États-Unis ont proposée. Toutefois, l'Union européenne a par la suite utilisé les taux d'annulation pour Boeing calculés selon la définition des États-Unis. Nous adoptons donc l'approche suivie par les deux parties et définissons le taux d'annulation annuel comme étant le rapport entre le nombre d'annulations pendant une année donnée et la somme des commandes en attente au début de cette année et des commandes brutes moins les conversions et livraisons qui ont eu lieu cette année-là.

6.240. Nous rappelons que, bien que les deux parties utilisent le même taux d'annulation moyen pour Boeing fondé sur les annulations antérieures enregistrées par la société pour la période 2008-2017, elles proposent de l'appliquer différemment. L'approche proposée par l'Union européenne consiste à inclure le taux d'annulation moyen pour Boeing dans le taux d'actualisation de Boeing, tandis que l'approche des États-Unis suppose d'ajuster la valeur de livraison actuelle nette actualisée en appliquant le taux de survie, qui est fondé sur la probabilité annuelle pour Boeing que la commande d'un aéronef ne soit pas annulée, laquelle est elle-même fondée sur les taux d'annulation correspondant à Boeing. Toutefois, l'Union européenne est d'avis que l'Arbitre peut retenir soit l'approche qu'elle propose, qui repose sur le taux d'actualisation, soit l'approche préconisée par les États-Unis, qui fait appel au taux de survie. Compte tenu de l'accord entre les parties sur cette question particulière, nous choisissons de prendre en compte le risque d'annulations futures en appliquant le taux de survie proposé par les États-Unis.

6.241. Bien que nous souscrivions à l'approche générale proposée par les États-Unis pour calculer le taux d'annulation moyen pour Boeing, nous émettons des doutes sur la validité du calcul qu'ils proposent, lequel est fondé sur des données relatives aux annulations pour la période 2008-2017. La raison en est que cela suppose implicitement que les commandes et livraisons contrefactuelles additionnelles d'aéronefs de Boeing, y compris l'annulation par Transaero³⁹⁰, n'auraient eu aucune incidence sur le taux d'annulation correspondant à Boeing. Or nous notons que ni les États-Unis ni l'Union européenne n'ont expliqué pourquoi cette hypothèse se vérifierait dans le contrefactuel. Les États-Unis n'expliquent pas non plus pourquoi ils ont inclus les taux d'annulation antérieurs à 2012 alors même qu'ils allèguent que ces taux ne reflètent pas la probabilité que la commande d'un aéronef passée en 2012 ou 2013 soit annulée avant la date de livraison. Nous choisissons donc de calculer le taux d'annulation moyen correspondant à Boeing pour la période 2008-2011 parce que les taux d'annulation pour cette période ne sont pas affectés par les commandes contrefactuelles additionnelles passées pendant la période de référence ni par les livraisons effectuées entre 2012 et 2017.³⁹¹ Nous rejetons par ailleurs la suggestion des États-Unis tendant à ce que nous appliquions

³⁸⁹ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 42.

³⁹⁰ D'après le calendrier de livraison contrefactuel (c'est-à-dire le calendrier de livraison d'Airbus convenu contractuellement), les quatre aéronefs 747-8I auraient été livrés à Transaero en [[***]].

³⁹¹ Nous notons que la période 2008-2011 inclut la crise financière de 2008 et les années qui l'ont suivie. Les États-Unis n'ont pas expliqué comment la crise financière avait affecté le taux d'annulation pour Boeing. En tout état de cause, la crise financière est, par définition, un événement exogène qui aurait

le taux de survie au prix de livraison pour toute livraison survenue après 2013. À notre avis, le taux de survie devrait uniquement être appliqué à toute livraison survenue après 2018.³⁹² La raison en est que, à l'exception des commandes annulées de Transaero et de la commande partiellement annulée d'Emirates, nous ne voyons aucun élément de preuve versé au dossier indiquant que l'une quelconque des livraisons contrefactuelles pertinentes de Boeing faisant suite aux ventes perdues et prévues avant aujourd'hui aurait été annulée par la compagnie aérienne concernée. Nous supposons donc que ces livraisons ont été effectuées et présentaient un risque d'annulation nul.

6.3.4.3.4.3 Évaluation des acomptes et des versements antérieurs à la livraison pour les commandes annulées dans le contrefactuel

6.242. À ce stade, l'Arbitre note que, dans la section 6.3.4.3.4.1 plus haut, nous avons déterminé que, dans le contrefactuel, la vente perdue à Transaero de 2012 (c'est-à-dire l'ensemble des 4 commandes contrefactuelles d'aéronefs 747-8I) et une partie de la vente perdue à Emirates de 2013 (c'est-à-dire [[***]] des 50 commandes contrefactuelles d'aéronefs 747-8I) auraient été annulées. Ainsi, ces LCA de Boeing n'auraient jamais été livrés et Boeing n'aurait pas reçu leur prix de livraison total. Nous rappelons toutefois que, au moment de la commande d'un LCA, le client paiera généralement [[***]] acompte au constructeur et, à mesure que la date de livraison approchera, il effectuera des versements antérieurs à la livraison additionnels au constructeur avant de régler le solde non versé au moment de la livraison.³⁹³ Il se pose donc la question de savoir si, dans le contrefactuel, Boeing aurait reçu des acomptes et/ou des versements antérieurs à la livraison en rapport avec les commandes annulées de Transaero et/ou d'Emirates et, dans l'affirmative, s'il serait approprié que nous les incluions dans l'évaluation des effets défavorables.

6.243. Les États-Unis font valoir que les versements antérieurs à la livraison que Boeing aurait reçus en rapport avec les commandes annulées devraient être inclus dans l'évaluation de ces commandes annulées.³⁹⁴ En ce qui concerne la vente perdue à Transaero, les États-Unis ont présenté des éléments de preuve RCES indiquant que [[RCES]].³⁹⁵ D'une manière plus générale, les États-Unis expliquent que le point de savoir si Boeing [[***]], dépend des circonstances de l'annulation. Toutefois, ils n'indiquent pas spécifiquement quelle aurait été l'issue spécifique dans les circonstances entourant les commandes de Transaero et d'Emirates dans le contrefactuel, si ces commandes (ou certaines de ces commandes) avaient été annulées.³⁹⁶

6.244. L'Union européenne fait valoir que, dans une situation où une commande faisant partie des pertes de ventes aurait été annulée dans le contrefactuel, l'Arbitre pourrait prendre en compte les acomptes et versements antérieurs à la livraison que Boeing aurait reçus même en l'absence de toute livraison de LCA pour déterminer la valeur de ces pertes de ventes. Selon elle, ces acomptes et versements antérieurs à la livraison servent habituellement à couvrir certains des coûts de production directs des LCA qui ont été commandés. Toutefois, l'Union européenne n'a présenté aucun argument sur la manière dont ces acomptes et versements antérieurs à la livraison devraient

également eu lieu dans le contrefactuel. Nous notons en outre que le taux d'annulation annuel [[***]]. (Survival Rate Calculation (pièce USA-65 (RCES)))

³⁹² Nous notons que l'Union européenne suit la même approche en fixant, pour toute livraison contrefactuelle antérieure à 2019, le risque d'annulation à zéro dans sa formule du taux d'actualisation.

³⁹³ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 42; réponse à la question n° 33 de l'Arbitre, paragraphes 51 à 53; Boeing Declaration (pièce USA-5 (RCC)); et Union européenne, réponse à la question n° 42 de l'Arbitre, paragraphe 459.

³⁹⁴ Nous notons que la position des États-Unis est principalement que les pertes des ventes à Transaero et à Emirates devraient être évaluées de la même manière que toute autre perte de vente, étant donné que le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel ont constaté que ces ventes étaient des cas de pertes de ventes notables au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC. Ne pas les évaluer constituerait, de l'avis des États-Unis, une attaque collatérale des constatations adoptées par l'ORD, et les éléments factuels postérieurs à la période de référence ne devraient pas affecter l'évaluation des effets défavorables. Nous avons déjà examiné cet argument dans les sections 6.3.4.3.2 et 6.3.4.3.4.1.

³⁹⁵ Boeing e-mail from [[***]] (Dec. 13, 2018) (pièce USA-30 (RCES)) (avant-dernier mot de la phrase de la deuxième ligne après [[***]] sur la première page). De même, pour la commande de quatre aéronefs A380 de Transaero qui faisait partie des constatations de pertes de ventes, l'Union européenne a présenté des éléments de preuve pour montrer que Transaero Airlines avait versé des acomptes et effectué des versements antérieurs à la livraison à Airbus pour [[***]]. (Union européenne, réponse à la question n° 30 de l'Arbitre; et Transaero Airlines Deposits and Pre-delivery Payments (pièce EU-83 (RCES)))

³⁹⁶ États-Unis, réponses aux questions de l'Arbitre n° 94, paragraphes 2 à 5, et n° 32, paragraphe 50; Boeing E-mail regarding First Set of Arbitrator Questions (pièce USA-30 (RCES)); et Boeing E-mail from [[***]] (Feb. 10, 2019) (pièce USA-60 (RCC)).

être traités si le constructeur de LCA était tenu de restituer le montant reçu à titre d'acomptes et de versements antérieurs à la livraison du fait de l'annulation des commandes.³⁹⁷

6.245. De l'avis de l'Arbitre, il apparaîtrait raisonnable d'inclure les acomptes et versements antérieurs à la livraison dans le calcul du niveau maximal de contre-mesures uniquement dans le cas où Boeing aurait à la fois reçu et conservé ces montants monétaires dans le contrefactuel dans une situation d'annulation partielle ou totale d'une commande. Nous examinons donc si Boeing aurait reçu et conservé ces versements en ce qui concerne les commandes annulées de Transaero et d'Emirates dans le contrefactuel.

6.246. En ce qui concerne la commande d'aéronefs A380 passée en 2012 par Transaero, nous notons que Transaero a également commandé [[***]] aéronefs 747-8I en [[***]].³⁹⁸ Lorsque Transaero a déclaré faillite, [[***]] ces commandes ont été annulées de même que les commandes d'aéronefs A380 d'Airbus qui faisaient l'objet de la vente perdue de 2012.³⁹⁹ Les États-Unis ont expliqué que Boeing **[[RCES]]**.⁴⁰⁰ Ces éléments de preuve RCES indiquent que Boeing [[***]]. Compte tenu de cela, il ne serait pas approprié, à notre avis, de qualifier [[***]] pour les commandes de LCA annulées de Transaero. Nous considérons que ces éléments de preuve RCES sont les meilleurs éléments dont nous disposons indiquant ce que Boeing aurait fait avec les acomptes et versements antérieurs à la livraison additionnels qu'elle aurait reçus pour les quatre autres aéronefs 747-8I qu'elle aurait vendus à Transaero si elle avait remporté la vente perdue de 2012. En l'absence d'éléments de preuve contraires, nous supposons donc que Boeing aurait [[***]] avec ces montants additionnels. Par conséquent, tout bien considéré, nous estimons déraisonnable d'inclure dans notre évaluation tous acomptes et/ou versements antérieurs à la livraison que Boeing aurait reçus dans le contrefactuel en rapport avec la vente perdue à Transaero.

6.247. En ce qui concerne la vente perdue à Emirates de 2013, nous reconnaissons qu'il apparaîtrait raisonnable de supposer que, dans le contrefactuel, Boeing aurait reçu certains acomptes et/ou versements antérieurs à la livraison en rapport avec les [[***]] commandes d'aéronefs 747-8I annulées. Toutefois, même en pareil cas, nous estimerions toujours déraisonnable d'inclure n'importe lequel de ces montants dans notre évaluation. Les États-Unis ont expliqué qu'il [[***]] dans des situations impliquant une annulation. De fait, selon les États-Unis, dans des situations telles que l'annulation d'Emirates, il apparaîtrait que la question aurait été réglée [[***]].⁴⁰¹ Les États-Unis ne nous ont rien signalé dans le dossier qui indique les [[***]] la commande d'Emirates dans le contrefactuel en cas d'annulation et étayerait le point de vue selon lequel Boeing aurait [[***]] tous acomptes et/ou versements antérieurs à la livraison contrefactuels pertinents reçus d'Emirates, [[***]] de tous acomptes ou versements antérieurs à la livraison pertinents.⁴⁰² Nous ne disposons pas non plus d'éléments de preuve concernant les [[***]] sur ce point dans ces circonstances en cas de [[***]]. Par conséquent, [[***]] de tous acomptes et/ou versements antérieurs à la livraison reçus dans le contrefactuel est [[***]]. Compte tenu de ce qui précède, nous estimons déraisonnable d'inclure dans notre évaluation tous acomptes et/ou versements antérieurs à la livraison que Boeing aurait reçus dans le contrefactuel en rapport avec la vente perdue à Emirates.

³⁹⁷ Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 25, note de bas de page 420, n° 28, note de bas de page 455, n° 43, paragraphes 465 et 466, n° 54, paragraphe 17, et n° 166, note de bas de page 56; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 94 de l'Arbitre, paragraphe 20.

³⁹⁸ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 62; et Transaero 747-8I Order Information (pièce USA-13 (RCES)).

³⁹⁹ États-Unis, réponse à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphe 92; et Boeing Contracted Delivery Schedules and Actual Delivery Information for "Comparator" Orders (pièce USA-29 (RCES)).

⁴⁰⁰ Boeing E-mail regarding First Set of Arbitrator Questions (pièce USA-30 (RCES)) (avant-dernier mot de la phrase de la deuxième ligne à partir de [[***]] sur la page 1).

⁴⁰¹ États-Unis, réponse à la question n° 94 de l'Arbitre, paragraphe 5.

⁴⁰² Nous considérons que [[***]] (que nous choisissons comme commande servant de comparateur pour la vente perdue à Emirates) étayent notre conclusion dans ce contexte. (Voir Lufthansa 2006 747-8I Order Documentation (pièce USA-79 (RCES)), page 18; et plus loin, le paragraphe 6.309.)

6.3.4.3.4.4 Fait de ne pas prendre en compte les conversions

6.248. L'Union européenne fait valoir que, dans la mesure où les commandes qu'Airbus a obtenues dans le cadre des ventes perdues ont été converties⁴⁰³ par les clients pour des raisons qui les auraient également amenés à convertir des commandes de LCA de Boeing (si Boeing avait remporté les ventes perdues à sa place), l'Arbitre devrait procéder à des ajustements appropriés de la valeur des pertes de ventes. Selon l'Union européenne, deux des cinq ventes perdues (United Airlines et Cathay Pacific Airways) ont impliqué des conversions de certains LCA d'Airbus au mois de mai 2019. L'Union européenne affirme que les circonstances entourant ces conversions indiquent que, si Boeing avait remporté ces ventes perdues dans le contrefactuel, des conversions semblables auraient eu lieu vis-à-vis des commandes de Boeing.⁴⁰⁴

6.249. Les États-Unis estiment que les arguments de l'Union européenne liés à la conversion sont viciés tant sur le plan conceptuel que sur le plan factuel. À leur avis, si l'Arbitre devait tenir compte dans le contrefactuel d'une conversion du modèle dont il a été constaté qu'il était associé à des pertes de ventes particulières en un modèle différent, il modifierait les constatations adoptées sur la base d'un nouveau dossier factuel. En outre, l'Union européenne présume à tort que, comme certaines commandes d'Airbus ont effectivement été converties, la commande contrefactuelle de Boeing aurait également fait l'objet d'une conversion semblable.⁴⁰⁵

6.250. L'Arbitre note que la valeur qu'Airbus ou que Boeing s'attendrait à obtenir en fin de compte pour une commande donnée dépend en partie du modèle de LCA qui est finalement livré au client conformément à cette commande. Par conséquent, nous considérons que les conversions contrefactuelles des LCA de Boeing qui auraient été commandés si Boeing avait remporté les ventes perdues sont, en principe, une considération pertinente. Toutefois, nous devons d'abord nous assurer qu'il est raisonnable de conclure que de telles conversions contrefactuelles auraient eu lieu. Nous rappelons que le principal point de désaccord entre les parties dans ce contexte est le point de savoir si le fait que certaines commandes pertinentes de LCA d'Airbus ont été converties signifie que les commandes contrefactuelles correspondantes de LCA de Boeing auraient aussi été converties. Nous passons donc à l'examen des éléments de preuve versés au dossier que les parties ont fournis.

6.251. En ce qui concerne la conversion d'United Airlines, l'Union européenne a fourni des éléments de preuve sous la forme d'articles de presse spécialisés donnant à penser que la raison pour laquelle United Airlines a converti toutes ses commandes d'aéronefs A350XWB-1000 en commandes d'aéronefs A350XWB-900 en septembre 2017⁴⁰⁶ tient à la stratégie à long terme d'United Airlines concernant sa flotte et, donc, à l'évolution de ses besoins concernant sa flotte.⁴⁰⁷ Nous notons que ces éléments de preuve donnent à penser que la faiblesse des prix du carburant et la livraison imminente d'aéronefs 777-300ER de Boeing commandés à des prix de fin de série en 2015 ont permis à United Airlines de retirer du service ses aéronefs 747-400 plus tôt que prévu et que, compte tenu de cette modification de la composition de sa flotte, United Airlines a réévalué son achat antérieur d'aéronefs A350XWB-1000, qui avaient été commandés en 2013 pour remplacer les

⁴⁰³ Par conversion, nous entendons le processus consistant à remplacer une commande d'un modèle de LCA (par exemple un aéronef A350XWB-1000) par une commande d'un modèle de LCA différent (par exemple un aéronef A350XWB-900).

⁴⁰⁴ Union européenne, réponse à la question n° 110 de l'Arbitre, paragraphe 214. Comme nous l'avons vu dans la section 6.3.4.3.6.1 concernant les prix de livraison, l'Union européenne fait valoir que l'Arbitre devrait prendre en considération les conversions d'United Airlines et de Cathay Pacific Airways en choisissant une autre commande servant de comparateur, ou en ajustant à la baisse les prix figurant dans une commande existante servant de comparateur qui est considérée comme la commande disponible la plus représentative, la plus fiable et la plus solide (Union européenne, réponse à la question n° 110 de l'Arbitre, paragraphe 218).

⁴⁰⁵ États-Unis, communication écrite, paragraphes 185 à 194; réponses aux questions de l'Arbitre n° 117, paragraphe 61, et n° 110, paragraphe 35; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre n° 98, paragraphes 76 à 79, et n° 161, paragraphe 18.

⁴⁰⁶ L'Union européenne explique qu'en 2013, en vue de remplacer sa flotte vieillissante d'aéronefs 777 de Boeing, United Airlines avait converti une commande de 25 aéronefs A350XWB-900 en une commande de la variante supérieure A350XWB-1000 et, dans le même temps, avait commandé 10 aéronefs A350XWB-1000 supplémentaires (ceux qui constituent la "vente perdue" en cause). (Union européenne, réponse à la question n° 98 de l'Arbitre, paragraphe 66).

⁴⁰⁷ Voir Chicago Business Journal, "United Airlines postponing delivery of much-anticipated Airbus-350", 6 September 2017 (pièce EU-59); Airways Magazine, "United Converts A350-1000 Order to A350-900", 6 September 2017 (pièce EU-60); Airbus, "New agreement with United Airlines increases A350 XWB order to 45", 6 September 2017 (pièce EU-139); et Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 98, paragraphe 67, et n° 162, paragraphe 26.

aéronefs 747-400. L'Union européenne a en outre présenté à l'Arbitre une lettre à l'intention d'Airbus datée de janvier 2017, dans laquelle [[***]] reconnaissait que la conversion de la commande d'A350XWB-1000 avait eu lieu uniquement à la demande d'United Airlines.⁴⁰⁸

6.252. Les États-Unis souscrivent pour l'essentiel à ce qui semble être le principal aspect factuel des éléments de preuve de l'Union européenne dans ce contexte, c'est-à-dire que la réception imminente d'aéronefs 777-300ER par United Airlines en 2017 a essentiellement conduit à la conversion de la commande auprès d'Airbus. Toutefois, ils soutiennent que l'Union européenne fait abstraction du fait qu'United Airlines a commandé ces aéronefs 777-300ER en 2015 et que, dans le contrefactuel, cette compagnie aurait commandé des aéronefs 777-300ER en 2013 (c'est-à-dire au moment de la vente perdue, et avant les commandes initiales de 777-300ER de la compagnie aérienne en 2015).⁴⁰⁹ Les États-Unis infèrent donc que, dans le cas où la "livraison imminente" d'aéronefs 777-300ER aurait amené United Airlines à envisager des conversions de commandes, il s'agirait de la livraison imminente d'aéronefs 777-300ER contrefactuels commandés au moment de la vente perdue de 2013. En conséquence, les États-Unis estiment qu'il n'y a aucune raison de supposer qu'une commande contrefactuelle de 777-300ER en 2013 aurait été convertie en une commande d'un modèle de Boeing plus petit en 2017.⁴¹⁰

6.253. Sur la base des éléments de preuve dont nous disposons, nous acceptons l'argument de l'Union européenne selon lequel la conversion d'aéronefs Airbus A350XWB par United Airlines en 2017 a été déclenchée par United Airlines, compte tenu principalement de l'évolution de la composition de sa flotte et, en particulier, de l'arrivée imminente d'aéronefs 777-300ER commandés auparavant en 2015. Toutefois, dans le contrefactuel, United Airlines aurait déjà commandé des aéronefs 777-300ER en 2013 puisque Boeing aurait remporté la vente perdue à United Airlines. Ces aéronefs 777-300ER auraient vraisemblablement été commandés et/ou conservés pour remplacer les aéronefs 747-400. Faute d'aéronefs A350XWB-1000, United Airlines aurait eu besoin des aéronefs 777-300ER commandés en 2013 pour remplacer les aéronefs 747-400. Elle n'aurait eu aucune raison de les convertir et d'acquérir des aéronefs plus petits. En effet, comme l'indiquent les éléments de preuve fournis par l'Union européenne, United Airlines a continué de commander des aéronefs 777-300ER entre 2015 et 2018.⁴¹¹ En résumé, l'événement qui semblait être le principal motif de la conversion d'Airbus, c'est-à-dire l'arrivée d'aéronefs 777-300ER, aurait eu lieu bien plus tôt dans le contrefactuel qu'il n'a eu lieu en réalité et il n'y aurait pas eu d'événement correspondant conduisant à la conversion de la commande de ces aéronefs 777-300ER de Boeing particuliers dans le contrefactuel. Cela nous amène à douter fortement qu'il soit raisonnable de supposer que les décisions de conversion d'United Airlines auraient été les mêmes dans le contrefactuel que dans la réalité et, par voie de conséquence, nous ne jugeons pas raisonnable de supposer que, dans le contrefactuel, cette conversion aurait également eu lieu en ce qui concerne la commande d'aéronefs 777-300ER passée auprès de Boeing en 2013.

6.254. En ce qui concerne la conversion de Cathay Pacific Airways, l'Union européenne a présenté des éléments de preuve donnant à penser que les décisions de septembre 2017 de Cathay Pacific Airways visant à convertir deux aéronefs A350XWB-1000 en aéronefs A350XWB-900 et à reporter la commande de cinq aéronefs A350XWB-1000 de 2020 à 2021 ont été prises à la demande de Cathay Pacific Airways dans le contexte de [[***]], et s'inscrivaient dans une démarche de conversion et de report plus générale en faveur de LCA A350XWB-900, plus petits.⁴¹² L'Union européenne a également présenté un courriel de [[***]], expliquant que la décision prise par Cathay Pacific Airways de demander la conversion était motivée par le sentiment que le modèle A350XWB-900 était mieux adapté aux nouvelles routes et fréquences prévues par le plan

⁴⁰⁸ Voir Letter [[***]] (pièce EU-140 (RCES)); et Union européenne, réponse à la question n° 162 de l'Arbitre, paragraphe 28.

⁴⁰⁹ Voir plus haut le tableau 1 (indiquant que le modèle de Boeing concurrent le plus proche de l'aéronef A350XWB-1000 d'Airbus est l'aéronef 777-300ER).

⁴¹⁰ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 161 de l'Arbitre, paragraphes 19 à 23.

⁴¹¹ Voir Airways Magazine, "United Converts A350-1000 Order to A350-900", 6 September 2017 (pièce EU-60).

⁴¹² Voir Flight Global, "Cathay swaps batch of A350-1000s to smaller -900", 13 September 2017 (pièce EU-58). Plus spécifiquement, dans le contexte de l'évaluation par Cathay Pacific Airways de sa demande de proposition pour l'aéronef A321neo, Cathay Pacific Airways a demandé la conversion vers le bas, en aéronefs A350XWB-900, de six A350XWB-1000 au total, et le report de la commande de huit LCA au total. (Voir E-mail [[***]] (pièce EU-142 (RCES)); et Cathay Pacific Campaign A350-1000, 2013 (pièce EU-133 (RCES)).)

d'expansion de Cathay Pacific Airways et permettrait à la compagnie de réduire les coûts et d'augmenter ses recettes.⁴¹³ Dans ce courriel, [[***]]. L'Union européenne soutient donc que la décision de Cathay Pacific Airways de convertir une partie de sa commande aurait également été prise dans le contrefactuel.⁴¹⁴

6.255. Les États-Unis font valoir que rien ne permet de supposer que, dans le contrefactuel, Cathay Pacific Airways aurait anticipé de pareilles économies de coûts procédant de la conversion des commandes d'aéronefs 777-300ER en commandes d'aéronefs 787-10, plus petits, en particulier étant donné que la compagnie aérienne aurait déjà disposé d'une grande flotte installée de 777-300ER, ce qui lui aurait permis assez facilement d'incorporer des aéronefs 777-300ER additionnels dans sa flotte. Les États-Unis sont d'avis qu'une "conversion vers le bas", en 787-10 par exemple, aurait exigé que Cathay Pacific Airways introduise un modèle de Boeing entièrement nouveau dans sa flotte. En outre, étant donné que la conversion effective s'est produite, d'après les allégations, dans le contexte de [[***]], rien ne permet de supposer qu'une circonstance semblable se serait présentée dans le contrefactuel.⁴¹⁵

6.256. Les États-Unis répondent en outre à la suggestion de l'Union européenne que, si certaines dispositions contractuelles de Boeing prévoient des conversions, la "conversion vers le bas" appropriée pourrait être entre l'aéronef 777-300ER et l'aéronef 777-8⁴¹⁶, une variante long courrier du programme relatif au 777X lancé en 2013. Ils notent que l'aéronef 777-8 a une capacité en sièges type en 2 classes de 350 à 375 et une autonomie en distance de 8 690 milles marins.⁴¹⁷ D'après le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, l'aéronef 777-300ER a une capacité en sièges type de 360 ou 386 (selon Airbus et Boeing, respectivement) et une autonomie en distance de 7 650 ou 7 825 milles marins.⁴¹⁸ Les États-Unis font valoir que l'on voit difficilement comment le passage de l'aéronef 777-300ER à l'aéronef 777-8, une variante plus long courrier ayant une capacité en sièges comparable, constituerait une "conversion vers le bas", et que l'on voit encore plus difficilement comment un tel changement serait compatible avec les raisons pour lesquelles Cathay Pacific Airlines a converti deux commandes d'aéronefs A350XWB-1000 en commandes d'aéronefs A350XWB-900.⁴¹⁹

6.257. Sur la base des éléments de preuve dont nous disposons, nous acceptons l'argument de l'Union européenne selon lequel Cathay Pacific Airways a converti deux commandes d'aéronefs A350XWB-1000 en commandes d'aéronefs A350XWB-900 afin de réaliser des économies de coûts. Nous notons que la compagnie a pris cette décision dans le contexte de [[***]]. Sur la base des éléments de preuve dont nous disposons, nous acceptons également l'argument des États-Unis selon lequel une "conversion vers le bas" dans le contrefactuel aurait exigé que Cathay Pacific Airways introduise un modèle de Boeing entièrement nouveau dans sa flotte. Cela nous donne à penser que les économies de coûts résultant d'une conversion vers le bas dans le contrefactuel auraient peut-être été sensiblement inférieures aux économies attendues de la conversion de deux aéronefs A350XWB-1000 en aéronefs A350XWB-900. L'Union européenne n'a pas expliqué pourquoi cette conversion aurait quand même eu lieu dans le contrefactuel dans des circonstances qui auraient probablement été sensiblement différentes de celles de la conversion d'Airbus. Nous considérons donc qu'il n'est pas raisonnable de supposer que, dans le contrefactuel, cette conversion aurait eu lieu en ce qui concerne des commandes de Boeing.

6.3.4.3.5 Dates des livraisons contrefactuelles de Boeing

6.258. Les parties sont aussi en désaccord sur les dates des livraisons contrefactuelles de Boeing. Ces dates sont pertinentes pour la méthode des États-Unis car, comme il est indiqué dans la section 6.3.4.1.1, les États-Unis établissent la valeur d'une perte de vente en additionnant les valeurs actualisées de toutes les livraisons postérieures aux commandes du modèle de Boeing

⁴¹³ Voir E-mail [[***]] (pièce EU-142 (RCES)); et Cathay Pacific Campaign A350-1000, 2013 (pièce EU-133 (RCES)).

⁴¹⁴ Voir Union européenne, réponse à la question n° 162 de l'Arbitre, paragraphes 29 et 30.

⁴¹⁵ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 161 de l'Arbitre, paragraphes 19 à 23.

⁴¹⁶ Union européenne, réponse à la question n° 161 de l'Arbitre, paragraphe 22.

⁴¹⁷ Technical specs of 777X, Boeing website (pièce USA-114).

⁴¹⁸ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1295 et tableau 17.

⁴¹⁹ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 161 de l'Arbitre, paragraphe 24.

concurrent le plus proche. Pour déterminer la date à partir de laquelle ce prix de livraison devrait être actualisé, les États-Unis proposent d'utiliser les calendriers de livraison d'Airbus convenus contractuellement pour les pertes de ventes en cause comme calendriers de livraison contrefactuels de Boeing.⁴²⁰ La présente section examine a) si cette proposition des États-Unis est raisonnable, et b) s'il convient d'ajuster ces calendriers pour tenir compte des reports de livraison postérieurs aux commandes. Nous examinons ces points l'un après l'autre.

6.3.4.3.5.1 Fait de ne pas utiliser les calendriers de livraison de Boeing

6.259. L'Union européenne fait valoir qu'il est inapproprié d'utiliser les calendriers de livraison convenus entre Airbus et les clients en ce qui concerne les ventes perdues pour estimer les dates contrefactuelles des livraisons de Boeing correspondantes, comme le proposent les États-Unis. Pour elle, cela tient au fait que, comme les États-Unis le notent eux-mêmes, le calendrier convenu par contrat entre Airbus et le client "reflète des circonstances spécifiques aux aéronefs, aux opérations et aux relations d'Airbus".⁴²¹ L'Union européenne estime que l'utilisation des calendriers de livraison d'Airbus ne rend pas compte des contraintes du côté de l'offre subies par Boeing dans le scénario contrefactuel, telles que les goulets d'étranglement au niveau de la production, les retards dans le développement d'un aéronef ou les problèmes liés aux fournisseurs, qui peuvent toutes affecter le calendrier des livraisons contrefactuelles de Boeing, et dont aucune n'est prise en compte par l'examen des calendriers de livraison d'Airbus.⁴²²

6.260. L'Union européenne propose plutôt d'utiliser les dernières mises à jour des calendriers de livraison figurant dans certaines commandes servant de comparateur, à savoir les commandes de LCA que Boeing a réellement conclues avec des clients et qui se rapportent au modèle de LCA de Boeing qui aurait été commandé si Boeing avait remporté la vente perdue en question. L'Union européenne considère que ces commandes servant de comparateur contiennent des modalités contractuelles, y compris les calendriers de livraison, qui sont raisonnablement semblables à celles dont Boeing et la compagnie aérienne pertinente seraient convenues dans le contrefactuel si Boeing avait remporté les ventes perdues.⁴²³ Elle note en outre que les calendriers de livraison contrefactuels que Boeing aurait acceptés auraient également été influencés par d'autres engagements de livraison de LCA pris par Boeing envers d'autres clients pendant les périodes pertinentes, parce que Boeing a seulement la capacité de livrer tant de LCA sur une période donnée.⁴²⁴

6.261. Les États-Unis répondent que le calendrier de livraison contrefactuel qui aurait été convenu contractuellement entre Boeing et chacun des clients ayant participé aux ventes perdues aurait complété, et non reproduit, tout calendrier de livraison figurant dans toute autre commande de Boeing conclue avec tout autre client dans le contrefactuel. Ils rejettent donc la proposition de l'Union européenne visant à ce que l'Arbitre s'appuie sur les calendriers de livraison des commandes de Boeing servant de comparateur.⁴²⁵

6.262. L'Arbitre note que le calendrier de livraison pour toute commande de LCA est le résultat d'une négociation entre le vendeur et le client.⁴²⁶ Les clients chercheront à obtenir des créneaux de

⁴²⁰ États-Unis, réponses aux questions de l'Arbitre n° 40, paragraphe 83, et n° 135, paragraphes 157, 164, 178 et 185.

⁴²¹ Union européenne, communication écrite, paragraphes 223 à 225; réponse à la question n° 80 de l'Arbitre, paragraphes 284 à 287; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 135 de l'Arbitre, paragraphes 372 et 373.

⁴²² Union européenne, observations sur les réponses des États-Unis aux questions de l'Arbitre n° 114, paragraphe 184, n° 130, paragraphes 298 à 305, et n° 135, paragraphe 372.

⁴²³ La question du choix de la commande servant de comparateur ou [[***]] est examinée à la section 6.3.4.3.6.1.

⁴²⁴ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 135 de l'Arbitre, paragraphe 389; Boeing Contracted Delivery Schedules and Actual Delivery Information for "Comparator" Orders, (pièce USA-29 (RCES)); et Boeing Contracted Delivery Schedules, Delivery Schedule Changes, and Actual Delivery Information for "Comparator" Orders (pièce USA-44 (RCES)).

⁴²⁵ États-Unis, réponse à la question n° 135 de l'Arbitre, paragraphe 158. Les États-Unis font en outre valoir que le calendrier de livraison de [[***]] la perte de la vente à Cathay Pacific Airways constituerait une estimation qu'il serait raisonnable d'utiliser faute de meilleures données disponibles, même si le calendrier de livraison [[***]] est moins fiable parce qu'il reflète [[***]], et non [[***]]. (États-Unis, réponse à la question n° 40 de l'Arbitre, paragraphe 87).

⁴²⁶ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1750.

livraison adaptés à leurs stratégies et plans, alors que les producteurs de LCA tenteront d'accéder aux demandes des clients sous réserve des contraintes auxquelles ils sont confrontés du côté de l'offre. On peut noter à cet égard que les constructeurs de LCA ne produisent pas à des fins de stocks mais à la demande.⁴²⁷

6.263. Cela étant dit, en l'absence d'éléments de preuve directs concernant les résultats contrefactuels des négociations, nous jugeons moins problématique d'utiliser les calendriers de livraison contractuels d'Airbus convenus pour les ventes perdues que d'utiliser les calendriers de livraison de Boeing figurant dans les commandes servant de comparateur. Bien que ces calendriers de livraison d'Airbus reflètent des circonstances et des contraintes du côté de l'offre qui sont spécifiques à Airbus, nous estimons raisonnable de supposer qu'ils reflètent les pressions qui s'exercent effectivement du côté de la demande parce qu'ils ont été acceptés par les clients ayant participé aux ventes perdues en cause. En outre, nous ne considérons pas que l'utilisation d'un calendrier de livraison figurant dans une commande de Boeing servant de comparateur refléterait raisonnablement les contraintes du côté de l'offre de Boeing dans des négociations avec les clients pertinents ayant participé aux ventes perdues. De fait, nous estimons peu probable que Boeing, qui dispose d'une capacité de production limitée sur une période donnée, conclue des contrats contenant des calendriers de livraison identiques avec plusieurs clients, au lieu d'essayer d'échelonner ses livraisons globales plus régulièrement dans le temps. En outre, même si les calendriers de livraison d'Airbus convenus contractuellement ne reflètent peut-être pas exactement ce que les clients auraient demandé à Boeing, ou ce qu'ils auraient été en mesure de négocier avec Boeing, dans le contrefactuel, ils représentent au moins un compromis qui était acceptable par les parties négociantes au moment de la commande. Nous ne voyons en outre, pour élaborer les calendriers de livraison contrefactuels pertinents de Boeing, aucune autre possibilité qui permettrait, à notre avis, d'obtenir un résultat plus fiable qu'avec l'utilisation des calendriers de livraison d'Airbus convenus contractuellement.

6.264. Compte tenu de ce qui précède, nous jugeons raisonnable d'utiliser, comme calendriers de livraison contrefactuels de Boeing, les calendriers de livraison figurant dans les contrats conclus par Airbus et les clients pertinents en rapport avec les ventes perdues.

6.3.4.3.5.2 Fait de ne pas tenir compte des reports de livraisons

6.265. L'Union européenne note que certaines livraisons de LCA, qui découlaient de commandes obtenues par Airbus en rapport avec les pertes de ventes, ont été reportées⁴²⁸ par les clients. Selon elle, dans les cas où ces reports ont eu lieu pour des raisons qui auraient amené ces mêmes clients à reporter également les livraisons de LCA de Boeing (si Boeing avait remporté les ventes perdues à la place), l'Arbitre devrait supposer qu'il y aurait eu des reports semblables pour les LCA commandés à Boeing et apporter les ajustements appropriés à la valeur des pertes de ventes. En particulier, l'Union européenne soulève la question des reports dans le contexte des pertes de ventes concernant des commandes de United Airlines (report de livraison allant jusqu'à trois ans, de 2022-2024 à 2025-2026) et de Cathay Pacific (report de livraison d'un an, de 2020 à 2021, pour certains aéronefs).⁴²⁹

6.266. Les États-Unis soutiennent que les arguments de l'Union européenne relatifs aux reports sont viciés tant sur le plan factuel que conceptuel. Ils font valoir que l'Union européenne exagère la fréquence des reports. Selon eux, [[***]] des commandes fermes des modèles 747-8I, 777-300ER et 787-10 ont eu lieu comme prévu initialement. En outre, les retards de livraison, y compris en réponse aux demandes des clients, étaient généralement des retards de [[***]], en moyenne.⁴³⁰ Plus généralement, les États-Unis sont d'avis qu'il existe de nombreuses raisons pouvant expliquer les reports, dont certaines pourraient être spécifiques à un aéronef d'Airbus dans le monde réel et ne se seraient pas appliquées au modèle de Boeing concurrent le plus proche commandé dans le

⁴²⁷ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, note de bas de page 5196.

⁴²⁸ Par report, nous entendons le cas où des livraisons de LCA sont retardées au-delà de la date fixée de manière contractuelle.

⁴²⁹ Union européenne, réponse à la question n° 98 de l'Arbitre, paragraphes 73 à 77.

⁴³⁰ États-Unis, réponse à la question n° 124 de l'Arbitre, paragraphe 110 (indiquant que "pour le 747-8, plus de [[***]]% des livraisons ont eu lieu comme prévu initialement, et un peu moins de [[***]]% ont été retardées, en moyenne, [[***]]. Pour le 777-300ER, environ [[***]]% des livraisons ont eu lieu à la date prévue, et environ [[***]]% des livraisons ont été retardées, en moyenne, [[***]]. Enfin, pour le 787-10, il y a eu [[***]]"; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 98 de l'Arbitre.

contrefactuel. De plus, ils affirment qu'il pourrait y avoir des différences entre les contrats d'Airbus dans le cadre desquels il y avait des reports et ceux que Boeing auraient conclus avec les clients pertinents, différences qui auraient pu modifier la fréquence et/ou la durée des reports pertinents dans le contrefactuel.⁴³¹

6.267. L'Arbitre note que la valeur qu'Airbus ou que Boeing s'attendrait à obtenir en fin de compte d'une commande de LCA donnée dépend en partie du moment où les LCA commandés sont livrés. Cela tient au fait que le prix de livraison net à une date donnée est déterminé par le facteur de révision associé à cette date de livraison. Par conséquent, nous considérons que les reports contrefactuels concernant les LCA de Boeing sont, en principe, des considérations pertinentes aux fins de notre évaluation des pertes de ventes. Toutefois, nous devons d'abord nous assurer que ces reports contrefactuels auraient eu lieu.

6.268. Nous notons que certaines livraisons de LCA d'Airbus associées aux pertes de ventes ont été reportées après la commande initiale.⁴³² Toutefois, l'Union européenne ne propose pas de tenir compte de l'ensemble des reports liés aux livraisons effectives et futures d'Airbus découlant des pertes de ventes en cause, mais seulement des reports demandés par les compagnies aériennes. En fait, les parties n'ont véritablement examiné que deux cas de report, à savoir les reports associés aux pertes des ventes à United Airlines et à Cathay Pacific Airways qui, selon l'Union européenne, ont été demandés par les deux compagnies aériennes dans le contexte d'une conversion.⁴³³ Comme il est expliqué dans la section 6.3.4.3.4.4, nous ne tenons pas compte de ces conversions dans l'évaluation des pertes de ventes. Nous notons en outre qu'il n'y a pas d'éléments de preuve versés au dossier qui permettraient de penser que les deux compagnies aériennes ont demandé ces reports indépendamment des conversions. Compte tenu de ce qui précède, nous considérons qu'il n'est pas raisonnable de supposer que ces reports auraient été demandés si Boeing avait remporté les ventes perdues concernant United Airlines et Cathay Pacific Airways.

6.269. En ce qui concerne les reports associés à la perte de la vente à United Airlines, l'Union européenne soutient en outre que l'assertion des États-Unis selon laquelle, dans le contrefactuel, Boeing aurait livré ses LCA suivant le calendrier de livraison prévu figurant dans le contrat de la commande passée en 2013 par United Airlines à Airbus, n'est pas légitime. Selon elle, la raison en est que le report effectif, ayant abouti à des créneaux de livraison plus lointains ([***]), était entièrement motivé par des considérations commerciales de United Airlines et n'avait rien à voir avec une quelconque action entreprise par Airbus.⁴³⁴

6.270. Les États-Unis répliquent que, comme le montrent les propres éléments de preuve de l'Union européenne, en septembre 2017, United Airlines continuait de prendre livraison des aéronefs 777-300ER de Boeing (conformément aux commandes passées en 2015, après la vente perdue en 2013) et ne prévoyait pas de reporter la mise en service des aéronefs 787-10 qu'elle avait commandés, alors même qu'elle avait reporté sensiblement ses commandes d'aéronefs A350XWB.⁴³⁵ Selon les États-Unis, il serait donc inutile et indûment spéculatif d'établir un contrefactuel dans lequel United Airlines aurait initialement commandé l'aéronef 777-300ER en 2013, converti ces commandes en commandes de 787-10 en 2017, puis reporté les commandes de 787-10 de plusieurs années.⁴³⁶

⁴³¹ États-Unis, communication écrite, paragraphes 185 à 194; réponses aux questions de l'Arbitre n° 117, paragraphe 61, et n° 110, paragraphe 35; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre n° 98, paragraphes 76 à 79, et n° 161, paragraphe 18.

⁴³² La durée de ces reports (par comparaison aux calendriers de livraison convenus contractuellement) varie, par exemple, de [***] mois à [***] ans (dans le cas d'Emirates) pour des "dates de livraison reprogrammées plus tôt que les dates de livraison initiales", tandis que d'autres livraisons ont été retardées de [***] mois à [***] ans (dans le cas d'United Airlines). Cependant, nous notons que [***] les livraisons d'Airbus en lien avec les pertes de ventes en cause ont été en moyenne retardées [RCES]. (Analyse fondée sur la pièce EU-86 (RCES), la pièce EU-87 (RCES), la pièce EU-88 (RCES), la pièce EU-89 (RCES), la pièce EU-90 (RCES), la pièce EU-91(RCES), la pièce EU-92 (RCES), la pièce EU-106 (RCES) et la pièce EU-123 (RCES)).

⁴³³ Union européenne, réponse à la question n° 110 de l'Arbitre, paragraphes 213 et 214.

⁴³⁴ Union européenne, réponse à la question n° 98 de l'Arbitre, paragraphe 75.

⁴³⁵ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 98 de l'Arbitre, paragraphe 78 et note de bas de page 91 (mentionnant Chicago Business Journal, "United Airlines postponing delivery of much-anticipated Airbus-350", 6 September, 2017 (pièce EU-59 (RCES))).

⁴³⁶ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 98 de l'Arbitre, paragraphes 78 et 79.

6.271. Nous partageons l'avis des États-Unis. Selon nous, il n'est pas plausible que United Airlines convertisse sa commande d'aéronefs 777-300ER passée en 2013 en des commandes d'aéronefs 787-10 en 2017, puis reporte ses commandes d'aéronefs 787-10 de plusieurs années, étant donné qu'elle avait également passé une commande d'aéronefs 777-300ER en 2015 qui n'avait pas été reportée.

6.272. De même, dans le cas de Cathay Pacific Airways, nous ne sommes pas convaincus par l'explication donnée par l'Union européenne selon laquelle, dans le contrefactuel, Cathay Pacific Airways aurait converti sa commande d'aéronefs 777-300ER en une commande d'aéronefs 787-10 qui aurait été reportée par la suite.

6.273. Compte tenu de ce qui précède, nous ne pouvons pas admettre la proposition de l'Union européenne visant à ce que les calendriers de livraison contrefactuels de Boeing soient ajustés pour tenir compte de reports de livraison contrefactuels.

6.3.4.3.6 Prix de livraison pour les livraisons contrefactuelles de Boeing

6.274. Comme il est expliqué dans la section 6.3.4.1.1, pour déterminer la valeur des livraisons contrefactuelles de Boeing, les États-Unis calculent d'abord, pour chaque perte de vente, le prix de livraison net, exprimé en dollars EU de l'année de livraison, du modèle de Boeing concurrent le plus proche qui aurait été commandé et ensuite livré dans le contrefactuel. Pour chaque commande en cause, l'évaluation proposée par les États-Unis commence par le choix d'une commande servant de comparateur $[[***]]$ de Boeing qui contient les prix contractuels du modèle de Boeing concurrent le plus proche qui auraient été convenus entre Boeing et la compagnie aérienne dans le contrefactuel, selon l'hypothèse des États-Unis.⁴³⁷ Les renseignements sur les prix inclus dans la commande servant de comparateur $[[***]]$ choisie peuvent ensuite être utilisés pour calculer le prix de livraison net du modèle de Boeing concurrent le plus proche livré pendant l'année s et exprimé en dollars EU de l'année de livraison s de la manière suivante⁴³⁸:

$$\text{Prix net de Boeing}_{\text{compagnie aérienne } i, \text{ date de livraison } s}^{\text{en USD de l'année de livraison } s} = (\text{Prix brut de Boeing}_{\text{compagnie aérienne } i, \text{ année de commande } t}^{\text{en USD de l'année de base}} - \text{Concessions}_{\text{compagnie aérienne } i}^{\text{en USD de l'année de base}}) \times \text{Facteur de révision}_{\text{compagnie aérienne } i}^{\text{année de livraison } s} - \text{Autres concessions}_{\text{compagnie aérienne } i}^{\text{en USD de l'année de base}} \quad 7)$$

où

- $\text{Prix brut de Boeing}_{\text{compagnie aérienne } i, \text{ année de commande } t}^{\text{en USD de l'année de base}}$: prix de commande brut du modèle de Boeing concurrent le plus proche commandé par la compagnie aérienne i pendant l'année t et exprimé en dollars EU de l'année de base⁴³⁹
- $\text{Concessions}_{\text{compagnie aérienne } i, \text{ année de commande } t}^{\text{en USD de l'année de base}}$: concessions sur les prix contenues dans le contrat de la commande passée par la compagnie aérienne i pour le modèle de Boeing concurrent le plus proche, exprimées en dollars EU de l'année de base et $[[***]]$
- $\text{Autres concessions}_{\text{compagnie aérienne } i, \text{ année de commande } t}^{\text{en USD de l'année de base}}$: concessions sur les prix contenues dans le contrat de la commande passée par la compagnie aérienne i pour le modèle de Boeing concurrent le plus proche, exprimées en dollars EU de l'année de base mais $[[***]]$
- $\text{Facteur de révision}_{\text{compagnie aérienne } i}^{\text{année de livraison } s}$: facteur de révision pour la date de livraison s calculé à partir de la formule de révision contenue dans le contrat de la commande passée par la compagnie aérienne i pour le modèle de Boeing concurrent le plus proche.⁴⁴⁰

6.275. Comme il est montré dans l'équation 7), le prix de livraison net exprimé en dollars EU de l'année de livraison correspond à la différence entre le prix de livraison brut et les concessions sur les prix, tous deux exprimés en dollars EU de l'année de base, multipliée par le facteur de révision

⁴³⁷ États-Unis, note méthodologique, paragraphes 56, 61, 67, 72 et 78.

⁴³⁸ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 45.

⁴³⁹ L'année de base ne correspond pas nécessairement à $[[***]]$.

⁴⁴⁰ Comme il est expliqué plus haut, les facteurs de révision sont spécifiés pour le mois pertinent dans les années de livraison prévues à l'aide de la formule de révision figurant dans la commande servant de comparateur. Cependant, par souci de simplicité, les États-Unis supposent que toute livraison aurait lieu au mois de juillet des années de livraison prévues.

associé à la date de livraison moins les concessions sur les prix additionnelles [[***]] et également exprimées en dollars EU de l'année de base. Le facteur de révision est déterminé par une formule de révision qui est [[***]]. En particulier, la formule de révision détermine le facteur de révision pour chaque mois de chaque année comprise entre l'année de base et l'année de livraison prévue. Selon les États-Unis, l'utilisation d'une formule de révision est "une pratique acceptée dans la branche de production pour compenser l'augmentation des coûts de la main-d'œuvre et du matériel dans le temps qui résulte de l'inflation et d'autres évolutions économiques".⁴⁴¹

6.276. Les données pertinentes concernant le prix brut, les concessions sur les prix et les facteurs de révision, qui sont nécessaires au calcul du prix de livraison net, peuvent être obtenues dans les contrats relatifs aux commandes servant de comparateur [[***]] de Boeing ainsi que dans ses dossiers internes, y compris en particulier dans son système électronique de gestion des recettes. Comme il est résumé dans le tableau 7, pour quatre des cinq ventes perdues en cause, les États-Unis proposent d'utiliser, comme commandes servant de comparateur, les commandes fermes du modèle de Boeing concurrent le plus proche passées par le même client un ou deux ans après les commandes d'Airbus représentant les pertes de ventes. Selon les États-Unis, les modalités de fixation des prix contenues dans ces commandes de Boeing servant de comparateur constituent la meilleure indication disponible des prix que ces mêmes clients auraient payés pour le modèle de Boeing concurrent le plus proche dans le contrefactuel.⁴⁴²

Tableau 7: Commandes servant de comparateur et [[*]] selon la proposition des États-Unis⁴⁴³**

Pertes des ventes pendant la période de référence				Comparateurs proposés par les États-Unis			
Année	Compagnie aérienne	Modèle	Volume de la commande	Année	Compagnie aérienne	Modèle	Volume de la commande
2012	Cathay Pacific Airways	A350XWB-1000	10	2013	Commande de Cathay Pacific Airways	777-300ER	[[***]] ⁴⁴⁴
2012	Transaero Airlines	A380	4	2012	Commande de Transaero Airlines	747-8I	4
2013	Singapore Airlines	A350XWB-900	30	2013	Commande de Singapore Airlines	787-10	30
2013	United Airlines	A350XWB-1000	10	2015	Commande de United Airlines	777-300ER	10
2013	Emirates	A380	50	[[***]]	Emirates [[***]]	747-8I	[[RCES]]

6.277. Les États-Unis expliquent que, en ce qui concerne la perte de la vente à Emirates, il n'y a pas eu de vente concomitante d'aéronefs 747-8I de Boeing à Emirates qu'ils pourraient utiliser comme commande servant de comparateur. Ils proposent donc d'utiliser [[***]] d'un nombre qui est un RCES (c'est-à-dire un nombre qui figure dans le dossier mais qui est protégé par nos procédures RCES) [[***]]. À titre subsidiaire, les États-Unis affirment que l'Arbitre pourrait utiliser la commande de cinq aéronefs 747-8I de Boeing passée en 2013 par Korean Air comme commande servant de comparateur.⁴⁴⁵

6.278. L'Union européenne soulève un certain nombre de préoccupations concernant les prix de livraison qui se rapportent a) au choix des commandes servant de comparateur, b) au choix du moment à partir duquel nous commençons à utiliser les facteurs de révision [[***]] (à savoir le moment de la commande ou le jour d'aujourd'hui) et c) à l'application des ajustements de prix aux prix de livraison figurant dans les commandes servant de comparateur. Nous examinons ces préoccupations l'une après l'autre.

⁴⁴¹ États-Unis, note méthodologique, paragraphes 42 à 45.

⁴⁴² États-Unis, note méthodologique, paragraphes 46, 47, 56, 61, 67 et 72; et réponse à la question n° 135 de l'Arbitre, paragraphes 158, 165, 172, 179 et 186.

⁴⁴³ Ce tableau montre uniquement les comparateurs proposés par les États-Unis qu'ils considèrent comme étant les "meilleurs".

⁴⁴⁴ Le volume de la commande de [[***]] aéronefs provient de la base de données d'Ascend (Updated Ascend Database, (pièce EU-79)). Nous notons toutefois que le volume de la commande de [[***]].

⁴⁴⁵ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 48; réponse à la question n° 121 de l'Arbitre, paragraphe 94; observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 106 de l'Arbitre, paragraphe 155; et Boeing Declaration, (pièce USA-5 (RCC)), paragraphe 4.

6.3.4.3.6.1 Choix des commandes servant de comparateur

6.279. L'Union européenne fait valoir que les commandes servant de comparateur choisies par les États-Unis ne sont ni représentatives, ni fiables, ni solides. Même si elle est d'avis qu'il incombe aux États-Unis de démontrer que les comparateurs qu'ils ont choisis sont des approximations représentatives, fiables et solides des pertes de ventes contrefactuelles, l'Union européenne identifie un certain nombre de critères destinés à guider l'Arbitre dans son évaluation de représentativité, la fiabilité et la solidité des commandes servant de comparateur potentielles. Selon elle, les équipements livrés par l'acheteur, les équipements du poste de pilotage (à savoir l'avionique et les instruments de communication); les fournisseurs, types et performances des moteurs; et le poids maximum au décollage ont tous des implications importantes pour les prix des LCA, conjointement à d'autres critères, tels que le "type de LCA servant de comparateur", le volume de la commande, le calendrier de livraison, l'année de commande et la compétitivité de la campagne.⁴⁴⁶

6.280. L'Union européenne rejette également les prix de livraison figurant dans les commandes servant de comparateur choisies par les États-Unis car, selon elle, ils sont exagérés et ne donnent pas une approximation correcte des prix de livraison contrefactuels, ce qui a pour effet de gonfler artificiellement les estimations des effets défavorables résultant des pertes de ventes. De plus, l'Union européenne rejette certaines des commandes servant de comparateur proposées par les États-Unis en raison de leur manque de représentativité et de fiabilité. Les commandes servant de comparateur proposées par l'Union européenne sont résumées dans le tableau 8.⁴⁴⁷

Tableau 8: Comparateurs proposés par l'Union européenne⁴⁴⁸

Pertes des ventes pendant la période de référence				Comparateurs proposés par l'Union européenne			
Année	Compagnie aérienne	Modèle	Volume de la commande	Année	Compagnie aérienne	Modèle	Volume de la commande
2012	Cathay Pacific Airways	A350XWB-1000	10	[[***]]	Cathay Pacific Airways [[***]]	777-300ER	[[RCES]]
2012	Transaero Airlines	A380	4	-	-	-	-
2013	Singapore Airlines	A350XWB-900	30	2013	Commande de Singapore Airlines*	787-10	30
2013	United Airlines	A350XWB-1000	10	2015	Commande de United Airlines*	777-300ER	10
2013	Emirates	A380	50	2006	Commande de Lufthansa	747-8I	20

Note: * Commande servant de comparateur identique à celle qui est proposée par les États-Unis.

6.281. En particulier, l'Union européenne rejette la commande d'aéronefs 777-300ER de Boeing passée en 2013 par Cathay Pacific Airways que les États-Unis proposent comme comparateur pour la perte de la vente à Cathay Pacific Airways en 2012 au motif qu'il ne s'agissait pas d'une campagne compétitive parce qu'Airbus n'avait présenté aucune offre dans cette campagne.⁴⁴⁹ Elle estime en outre que le volume de la commande de [[***]] aéronefs 777-300ER passée en 2013 par Cathay Pacific Airways n'était pas le même que celui de la perte de la vente de dix aéronefs à Cathay Pacific

⁴⁴⁶ Union européenne, réponse à la question n° 106 de l'Arbitre, paragraphes 152 à 154.

⁴⁴⁷ Union européenne, communication écrite, paragraphe 230.

⁴⁴⁸ Ce tableau montre uniquement les commandes servant de comparateur que l'Union européenne considère comme étant les "meilleures" (Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 28, paragraphes 421 et 424, n° 68, paragraphe 236, n° 96, paragraphe 35, et n° 106, paragraphe 163; Correcting US lost sales valuation, (pièce EU-143 (RCES))). Il ne montre pas les commandes servant de comparateur que l'Union européenne propose pour tenir compte de la conversion des pertes des ventes à Cathay Pacific Airways et à United Airlines.

⁴⁴⁹ Comme il est expliqué dans la section 6.3.4.3.4.4, l'Union européenne rejette également la commande servant de comparateur pour la perte de la vente à Cathay Pacific Airways proposée par les États-Unis au motif que cette commande proposée ne tient pas compte de la conversion de deux aéronefs A350XWB-1000 en une variante plus petite de l'A350XWB-900. Elle présente un argument semblable pour la conversion de la commande d'aéronefs A350XWB-1000 passée par United Airlines en une commande d'aéronefs A350XWB-900. Nous rappelons que nous avons décidé de ne pas supposer que, si Boeing avait remporté les ventes perdues, ses commandes auraient été converties d'une manière semblable à celle dont les commandes effectives d'Airbus ont été converties à la suite des passations des commandes. Nous n'examinons donc pas plus avant les arguments de l'Union européenne concernant les conversions.

Airways. Comme autre commande servant de comparateur pour la perte de la vente à Cathay Pacific Airways, l'Union européenne propose [[***]] de [[***]] à Cathay Pacific Airways, ou à titre subsidiaire la commande de dix aéronefs 777-300ER passée en 2011 par Cathay Pacific Airways. Selon l'Union européenne, [[***]] de [[***]] à Cathay Pacific Airways supprimerait la nécessité d'identifier une commande servant de comparateur, tandis que la commande de dix aéronefs 777-300ER passée en 2011 par Cathay Pacific Airways a un volume identique à celui de la perte de la vente initiale à Cathay Pacific Airways de 2012 concernant dix aéronefs A350XWB-1000.⁴⁵⁰

6.282. Les États-Unis font valoir que l'Union européenne a la charge de la preuve pour ce qui est de ses arguments selon lesquels les commandes servant de comparateur qu'ils proposent sont déraisonnables. Selon eux, l'accent mis par les critères de l'Union européenne sur les caractéristiques physiques ou de performance d'un aéronef de Boeing vendu dans le cadre d'une commande servant de comparateur est malvenu d'un point de vue conceptuel parce que ces caractéristiques ne devraient pas affecter le choix des commandes servant de comparateur. Les États-Unis font valoir qu'il en est ainsi parce que l'Union européenne n'a jamais établi que, dans le contrefactuel, le client aurait configuré le modèle de Boeing de façon à ce qu'il se rapproche, aussi étroitement que possible, des caractéristiques de l'aéronef d'Airbus qu'il avait effectivement commandé, d'une manière générale, ou en ce qui concerne les équipements livrés par l'acheteur, les équipements du poste de pilotage, le poids maximum au décollage ou les fournisseurs/types/performances des moteurs en particulier.⁴⁵¹ Ils estiment en outre que l'accent mis par l'Union européenne sur les équipements livrés par l'acheteur est dénué de pertinence car Boeing [[***]]. Les États-Unis notent également que l'Union européenne n'a pas inclus [[***]] dans sa liste de critères, bien qu'elle ait fréquemment reconnu l'importance de ce facteur pour assurer un choix approprié des commandes servant de comparateur. Globalement, les États-Unis font valoir que la tâche incombant à l'Arbitre est d'évaluer chaque perte de vente par référence au LCA de Boeing que le client aurait commandé dans le contrefactuel, sachant que les caractéristiques particulières de ce LCA de Boeing auraient présenté certaines différences avec celles du modèle d'Airbus.⁴⁵²

6.283. En ce qui concerne la commande servant de comparateur qu'ils retiennent pour la perte de la vente à Cathay Pacific Airways, les États-Unis estiment qu'une situation dans laquelle Airbus n'a pas présenté d'offre pour un modèle concurrent dans une campagne de vente ayant abouti à une commande de Boeing servant de comparateur reproduit effectivement plus étroitement le contrefactuel pertinent, dans lequel l'aéronef d'Airbus pertinent (à savoir l'aéronef A380 ou le modèle A350XWB pertinent) n'aurait pas été représenté dans la campagne. La raison en est que ces LCA d'Airbus n'auraient pas été disponibles à la commande dans le contrefactuel, à un quelconque moment pertinent. Selon les États-Unis, insister sur des prix fixés lors de "campagnes concurrentielles" reflétant une concurrence vive d'Airbus comporterait un risque important, celui de sous-estimer artificiellement le niveau réel des effets défavorables. Les États-Unis préfèrent également une commande servant de comparateur par client à une "offre finale et contraignante" par client, parce que les commandes servant de comparateur contiennent des renseignements sur les prix des aéronefs qui ont, par définition, été acceptés par le client. Ils allèguent en outre que malgré l'assertion de l'Union européenne de [[***]].⁴⁵³

6.284. L'Arbitre passe à présent à une autre commande servant de comparateur rejetée par l'Union européenne – la commande servant de comparateur pour la perte de la vente à Emirates qui a été choisie par les États-Unis. Selon l'Union européenne, [[***]] à Emirates ne constitue pas [[***]]

⁴⁵⁰ Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 96, note de bas de page 23, n° 105, paragraphe 147, et n° 161, paragraphe 17. Selon la base de données d'Ascend, Cathay Pacific Airways a commandé dix aéronefs 777-300ER en mars 2011 et quatre autres aéronefs 777-300ER en août de la même année (Updated Ascend Database (pièce EU-79)). L'Union européenne ne considère toutefois pas que cette [[***]] soit une commande servant de comparateur représentative.

⁴⁵¹ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 106 de l'Arbitre.

⁴⁵² États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 106 de l'Arbitre, paragraphes 148 à 161, et note de bas de page 204.

⁴⁵³ États-Unis, observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre n° 96, paragraphe 21, n° 97, paragraphe 63, et n° 105, paragraphes 140 et 143; [[***]] (pièce [[***]]); et [[***]] (pièce [[***]]).

d'aéronefs 747-8I raisonnable et réaliste à Emirates parce que [[***]]. L'Union européenne soutient en outre que [[***]] à Emirates [[***]].⁴⁵⁴

6.285. Comme autre commande servant de comparateur pour la perte de la vente à Emirates en 2013, l'Union européenne propose la commande de 20 aéronefs 747-8I passée en 2006 par Lufthansa. Selon l'Union européenne, la commande de Lufthansa est la seule commande qui, s'agissant du nombre d'aéronefs vendus, est d'une ampleur semblable, quoique moindre, à la commande contrefactuelle d'Emirates qui aurait concerné 50 aéronefs 747-8I.⁴⁵⁵ L'Union européenne fait en outre valoir que la commande de Lufthansa est la commande servant de comparateur la plus exacte parce que Lufthansa est, comme Emirates, l'une des plus grandes compagnies aériennes au monde et qu'elle affiche un réseau aussi solide et des préoccupations similaires concernant le confort des voyageurs.⁴⁵⁶

6.286. En outre, pour obtenir un prix pertinent par aéronef de la commande servant de comparateur passée en 2006 par Lufthansa, l'Union européenne propose d'utiliser le prix de livraison net réel moyen par aéronef en 2013 des livraisons d'aéronefs 747-8I découlant de la commande passée en 2006 par Lufthansa, exprimé en dollars EU de l'année 2013 et indiqué dans le système de gestion des recettes de Boeing, comme prix net de l'année de base auquel l'Arbitre appliquerait ensuite la formule de révision figurant dans [[***]] à Emirates.⁴⁵⁷

6.287. Les États-Unis font valoir que les critiques de l'Union européenne à l'égard de [[***]] à Emirates sont dénuées de fondement. Ils font observer qu'ils ont fourni des éléments de preuve sur les circonstances entourant l'élaboration de [[***]] et des prix du 747-8I pour [[***]], y compris [[***]]. Ils font valoir qu'Emirates est un client que Boeing connaît très bien depuis qu'elle lui a vendu des aéronefs 777 et que les prix du 747-8I pour [[***]].⁴⁵⁸

6.288. En outre, les États-Unis rejettent la commande de 20 aéronefs 747-8I passée en 2006 par Lufthansa que l'Union européenne a proposée comme autre commande servant de comparateur pour la perte de la vente à Emirates en 2013 car, selon eux, l'Union européenne ne tient pas compte de l'importance de [[***]] et du moment de la détermination des prix des aéronefs. Plus spécifiquement, selon eux, les prix de livraison des 747-8I à Lufthansa sont [[***]], et ont été fixés en 2006, juste après le lancement du programme du 747-8I, et plus de six ans avant la perte de la vente à Emirates. Les États-Unis font en outre valoir que [[***]].⁴⁵⁹

6.289. Les États-Unis proposent que, dans le cas où l'Arbitre n'utiliserait toutefois pas [[***]] à Emirates, il pourrait utiliser la commande de cinq aéronefs 747-8I de Boeing passée en 2013 par Korean Air comme autre commande servant de comparateur pour la perte de la vente à Emirates. Selon eux, la commande passée en 2013 par Korean Air est préférable à la commande passée en 2006 par Lufthansa, parce que Korean Air est une grande compagnie aérienne en Asie qui a commandé et pris livraison à la fois d'aéronefs A380 et d'aéronefs 747-8I, et que sa commande d'aéronefs 747-8I passée en 2013 a eu lieu la même année que la perte de la vente d'A380 à Emirates.⁴⁶⁰

⁴⁵⁴ Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 52, paragraphe 3, et n° 97, paragraphe 52; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 121 de l'Arbitre, paragraphes 235 à 249.

⁴⁵⁵ Le 747-8I est le modèle de Boeing concurrent le plus proche de l'A380, c'est-à-dire le modèle d'Airbus qui a effectivement été vendu lors de la perte de la vente à Emirates.

⁴⁵⁶ Union européenne, réponse à la question n° 68 de l'Arbitre, paragraphe 236.

⁴⁵⁷ L'Union européenne propose d'utiliser cette approche au lieu d'utiliser le prix net par aéronef, exprimé en dollars EU de l'année de base, figurant dans la commande passée en 2006 par Lufthansa auquel a été appliquée la formule de révision associée. (Union européenne, communication écrite, paragraphe 246; réponse aux questions de l'Arbitre n° 28, n° 52, n° 97, paragraphe 53; et Correcting US lost sales valuation, (pièce EU-143 (RCES))).

⁴⁵⁸ États-Unis, réponses aux questions de l'Arbitre n° 121, paragraphes 87 à 90, et n° 122, paragraphes 95 à 100; Boeing Declaration, (pièce USA-5 (RCES)); Boeing E-mail regarding Questions 116, 118, 121, 124 c), 125, 128, 129, 132, (pièce USA-66 (RCES)); Emirates [[***]] Information, (pièce USA-16 (RCES)); et [[***]], (pièce USA-71 (RCES)).

⁴⁵⁹ États-Unis, réponse aux questions de l'Arbitre n° 61, paragraphe 31, et n° 122, paragraphe 99; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 106 de l'Arbitre, paragraphe 155.

⁴⁶⁰ États-Unis, réponse aux questions de l'Arbitre n° 121, paragraphe 94, et n° 122, paragraphe 100; et Korean Air 2013 747-8I Order Documentation, (pièce USA-76 (RCES)), pages 17, et 22 à 25.

6.290. L'Union européenne répond que la commande passée en 2013 par Korean Air n'est pas une commande servant de comparateur représentative, fiable et solide pour la perte de la vente à Emirates en 2012. Selon elle, le fait qu'Emirates et que Korean Air sont toutes deux basées en Asie est dénué de pertinence parce que la fixation des prix pour les aéronefs long-courriers dépend des caractéristiques des compagnies aériennes, et non de l'endroit où se situe leur plate-forme.⁴⁶¹

6.291. L'Union européenne fait en outre valoir que les États-Unis ne tiennent pas compte de l'importance du volume de la commande en choisissant comme autre commande servant de comparateur une commande de 5 aéronefs passée par Korean Air représentant un dixième du volume de la commande correspondant à la perte de la vente de 50 aéronefs à Emirates. Elle soutient que la commande de Korean Air servant de comparateur ne tient pas compte de l'effet d'annonce que Boeing aurait pu espérer tirer d'une commande importante de 50 aéronefs 747-8I passée par Emirates et des concessions sur les prix et/ou remises en fonction du volume qu'Emirates aurait donc probablement obtenues. De même, selon l'Union européenne, il apparaît que les États-Unis ont fait abstraction du fait que, contrairement à ce qui se passe pour Lufthansa, les recettes, le nombre de passagers transportés, les heures de vol, le nombre de passagers-kilomètres parcourus, le nombre de sièges offerts et le nombre de salariés de Korean Air diffèrent systématiquement de ceux d'Emirates. Selon l'Union européenne, la similitude des caractéristiques propres à la compagnie aérienne entre Emirates et Lufthansa donne à penser que le type et l'importance des concessions sur les prix qu'Emirates aurait obtenues de Boeing sont plus fidèlement reflétés par la commande passée en 2006 par Lufthansa que par la commande passée en 2013 par Korean Air. L'Union européenne soutient en outre que le fait que la commande de 2006 de Lufthansa a été passée sept ans avant la perte de la vente à Emirates n'a pas grande importance étant donné que les prix de livraison sont révisés d'une année sur l'autre.⁴⁶²

6.292. L'Arbitre note que les deux parties proposent des commandes servant de comparateur qui donnent une approximation raisonnable de ce qu'auraient été les prix de livraison des modèles de Boeing vendus dans le contrefactuel. Par conséquent, nous examinons ces commandes servant de comparateur pour déterminer si elles peuvent être utilisées pour estimer les prix des commandes contrefactuelles de Boeing.

6.293. L'Union européenne a énuméré un certain nombre de critères destinés à guider l'Arbitre dans son évaluation de la représentativité, de la fiabilité et de la solidité des commandes servant de comparateur (effectivement obtenues par Boeing). Cette liste inclut des critères qui se rapportent aux modalités de fixation des prix dans les contrats pertinents, telles que le type de LCA servant de comparateur, le volume de la commande, le calendrier de livraison, l'année de commande et la compétitivité de la campagne de vente. D'autres critères énumérés par l'Union européenne concernent les caractéristiques physiques et de performance des aéronefs, telles que les équipements livrés par l'acheteur, les équipements du poste de pilotage, les fournisseurs, types et performances des moteurs, ainsi que le poids maximum au décollage. Nous reconnaissons que tous ces éléments peuvent avoir une incidence sur le prix d'un aéronef dans un contrat de vente donné.⁴⁶³

6.294. Dans le même temps, nous considérons qu'il peut être malvenu, d'un point de vue conceptuel, de mettre l'accent sur certains de ces éléments, en particulier ceux qui ont trait aux caractéristiques des aéronefs, parce que les offres de Boeing et d'Airbus présentent souvent des caractéristiques physiques ou de performance différentes. Dans le cas où un client ayant participé à une vente perdue donnée a commandé un certain modèle d'Airbus avec des caractéristiques particulières, il semble probable que, dans le contrefactuel, il aurait commandé le modèle de Boeing concurrent le plus proche avec des caractéristiques présentant inévitablement certaines différences. Nous refusons donc de laisser ces caractéristiques physiques (autres que l'utilisation du modèle de Boeing concurrent le plus proche) guider largement notre décision en ce qui concerne les commandes servant de comparateur qu'il est approprié d'utiliser dans ce contexte.

6.295. L'un des arguments généraux de l'Union européenne concernant les comparateurs choisis par les États-Unis est que [[***]] au profit d'Airbus devraient être préférées aux commandes fermes servant de comparateur. Nous ne partageons pas cet avis. Nous considérons au contraire que les

⁴⁶¹ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 121 de l'Arbitre, paragraphes 254 à 265.

⁴⁶² Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 121 de l'Arbitre, paragraphes 254 à 265.

⁴⁶³ Union européenne, réponse à la question n° 106 de l'Arbitre, paragraphes 153 et 154.

commandes fermes servant de comparateur sont préférables parce qu'elles représentent ce qui a effectivement été accepté par le même client (ou un client semblable) (à savoir une compagnie aérienne), après la tenue de négociations, et non quelque chose d'hypothétique (à savoir [[***]] de Boeing).

6.296. Un autre point de désaccord entre les parties concerne l'utilisation de [[***]] comme comparateurs. Nous pensons comme l'Union européenne que les prix figurant dans [[***]] qui ont [[***]] n'ont pas été acceptés par le client. Il est probable que les clients chercheraient à améliorer les conditions de prix dans [[***]] de négociations. En ce qui concerne spécifiquement [[***]] à Emirates, nous considérons en outre que les renseignements y figurant sont moins fiables que les renseignements figurant dans la commande, parce qu'ils [[***]] au client. En l'absence de preuve de [[***]].

6.297. En résumé, nous avons décidé de rejeter l'utilisation des [[***]] ainsi que l'utilisation des [[***]]. Cela signifie que nous devons choisir des comparateurs parmi les commandes fermes servant de comparateur qui ont été proposées pour le modèle de Boeing le plus proche.

6.298. D'une manière générale, notre choix concernant les commandes fermes pertinentes servant de comparateur est fondé sur un critère principal, à savoir l'identité du client, c'est-à-dire la compagnie aérienne, puisque l'application de ce critère nous permettrait probablement de disposer des modalités de fixation des prix que la compagnie aérienne aurait acceptées, toutes choses égales par ailleurs, si Boeing avait remporté la vente perdue. Faute de proposition concernant une commande servant de comparateur passée par la même compagnie aérienne, nous optons pour une commande servant de comparateur impliquant une compagnie aérienne différente, dont les caractéristiques sont relativement semblables à celles de la compagnie aérienne qui aurait passé la commande. Enfin, lorsque nous disposons de différentes propositions concernant des commandes servant de comparateur passées par la même compagnie aérienne, mais pour des volumes différents, nous choisissons le comparateur pour lequel le volume de la commande est le plus proche de celui de la vente perdue.

6.299. Compte tenu de ce qui précède, nous examinons les comparateurs proposés par les parties pour les cinq ventes perdues en cause. Nous commençons par la perte de la vente à Cathay Pacific Airways en 2012.

6.300. Le tableau 9 résume les principales caractéristiques des commandes servant de comparateur que les parties proposent comme étant la meilleure option, ou celle qui vient en second, pour la perte de la vente à Cathay Pacific Airways en 2012⁴⁶⁴:

Tableau 9: Comparateurs proposés par les parties pour la perte de la vente à Cathay Pacific Airways

Perte de la vente à Cathay Pacific Airways			Comparateurs proposés par les parties				
Année	Modèle	Volume de la commande	Année	Compagnie aérienne	Type de comparateur	Modèle	Volume de la commande
2012	A350XWB-1000	10	2012	Cathay Pacific Airways	Commande ferme	777-300ER	[[***]]
			[[***]]	Cathay Pacific Airways	[[***]]	777-300ER	[[RCES]]
			2011	Cathay Pacific Airways	Commande ferme	777-300ER	10

6.301. Nous considérons que le meilleur comparateur pour la perte de la vente à Cathay Pacific Airways en 2012 est la commande de dix aéronefs 777-300ER passée en 2011 par Cathay Pacific Airways. Il s'agit en effet d'une commande ferme qui a été passée par la même compagnie aérienne pour le modèle de Boeing concurrent le plus proche et qui concerne le même nombre d'aéronefs. Nous considérons donc que cette commande servant de comparateur fournit une estimation

⁴⁶⁴ Ce tableau ne montre pas l'autre commande servant de comparateur que l'Union européenne propose pour tenir compte de la conversion partielle des pertes des ventes à Cathay Pacific Airways car, comme nous l'avons expliqué dans la section 6.3.4.3.4.4, la prise en compte des conversions aurait, selon nous, un caractère spéculatif.

raisonnable des prix des LCA que Boeing aurait vendus à Cathay Pacific Airways dans le contrefactuel.

6.302. Deuxièmement, en ce qui concerne la perte de la vente à Transaero Airlines en 2012, comme nous l'avons expliqué dans la section 6.3.4.3.4.1, nous avons conclu qu'il n'y aurait eu aucune livraison contrefactuelle de 747-8I à Transaero Airlines en raison de la faillite ultérieure de cette compagnie dont il faudrait, selon nous, supposer qu'elle se serait également produite dans le contrefactuel. Nous n'avons donc pas besoin de choisir une quelconque commande servant de comparateur pour la perte de la vente à Transaero Airlines.

6.303. Troisièmement, en ce qui concerne la perte de la vente à Singapore Airlines en 2013, nous notons que les 2 parties proposent d'utiliser la même commande servant de comparateur, à savoir la commande de 30 aéronefs 777-300ER de Boeing passée en 2013 par Singapore Airlines. Nous partageons l'avis des parties et considérons qu'il s'agit du meilleur comparateur pour la perte de la vente à Singapore Airlines parce que la commande ferme a été passée par la même compagnie aérienne pour le modèle de Boeing concurrent le plus proche et pour le même volume. Nous considérons donc que ce comparateur fournit une estimation raisonnable des prix des LCA que Boeing aurait vendus à Singapore Airlines dans le contrefactuel.

6.304. Quatrièmement, en ce qui concerne la perte de la vente à United Airlines en 2013, nous rappelons tout d'abord que nous avons décidé de ne pas tenir compte des conversions. Nous notons en outre que les deux parties proposent la même commande servant de comparateur, à savoir la commande de dix 777-300ER passée en 2015 par United Airlines.⁴⁶⁵ Nous pensons également qu'il s'agit du meilleur comparateur pour la perte de la vente à United Airlines, parce que la commande ferme a été passée par la même compagnie aérienne, pour le modèle de Boeing concurrent le plus proche, et concernait le même nombre d'aéronefs. Nous considérons donc que ce comparateur fournit une estimation raisonnable des prix des LCA que Boeing aurait vendus à United Airlines dans le contrefactuel.

6.305. Cinquièmement, en ce qui concerne la perte de la vente à Emirates en 2013, le tableau 10 résume les principales caractéristiques des comparateurs proposés par les parties. La perte de la vente à Emirates est la seule perte de vente en cause pour laquelle il n'y a eu aucune commande ferme du modèle de Boeing concurrent le plus proche passée par la compagnie aérienne associée à la perte de la vente (en l'occurrence, Emirates). Comme nous l'avons expliqué plus haut, nous rejetons néanmoins l'utilisation de [[***]], qui [[***]] Emirates et qui a la préférence des États-Unis. Nous procédons ainsi car, à notre avis, les renseignements sur les prix figurant dans [[***]] sont probablement moins fiables que ceux qui figurent dans une commande ferme.

Tableau 10: Comparateurs proposés par les parties pour la perte de la vente à Emirates

Perte de la vente à Emirates			Comparateurs proposés par les parties				
Année	Modèle	Volume de la commande	Année	Compagnie aérienne	Type de comparateur	Modèle	Volume de la commande
2013	A380	50	[[***]]	Emirates	[[***]]	747-8I	[[***]]
			2013	Korean Air	Commande ferme	747-8I	5
			2006	Lufthansa	Commande ferme	747-8I	20

6.306. Pour ce qui est du choix entre la commande ferme passée en 2006 par Lufthansa et la commande ferme passée en 2013 par Korean Air, nous présentons les considérations suivantes. Premièrement, il ressort du dossier que, en tant qu'acheteur de LCA, Lufthansa partage davantage de caractéristiques pertinentes (telles que les recettes, le nombre de passagers transportés, les heures de vol, les passagers-kilomètres parcourus, le nombre de sièges offerts et le nombre de salariés) avec Emirates que Korean Air.⁴⁶⁶ Ces similitudes des caractéristiques des acheteurs de LCA entre Lufthansa et Emirates nous donnent à penser que les modalités de fixation des prix, y compris le type et l'importance des concessions sur les prix, qu'Emirates aurait pu négocier avec Boeing seraient plus fidèlement reflétées par la commande passée en 2006 par Lufthansa que par la

⁴⁶⁵ Comme il est expliqué plus haut, nous notons que l'Union européenne avait initialement proposé la commande de dix aéronefs 777-300ER de Boeing passée en 2015 par United Airlines, mais qu'elle a ensuite proposé la commande de dix aéronefs 787-10 passée en 2013 par United Airlines pour tenir compte de la conversion de la perte de la vente à United Airlines.

⁴⁶⁶ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 121 c) de l'Arbitre, tableau 2.

commande passée en 2013 par Korean Air. Il est également plausible que, lors de la négociation des modalités de fixation des prix avec Emirates, Boeing ait tenu compte de facteurs autres que les prix, comme l'annonce à sa clientèle potentielle que le 747-8I avait la confiance d'un acheteur de LCA d'importance stratégique comme Emirates. Sur la base des similitudes susmentionnées entre Emirates et Lufthansa, il nous apparaît que Boeing aurait probablement également tenu compte des effets d'annonce lors de la négociation des modalités de fixation des prix avec Lufthansa. [[***]] la fixation des prix des LCA.⁴⁶⁷

6.307. Notre deuxième considération a trait au volume de la commande. Le volume de la commande passée en 2013 par Korean Air (cinq avions 747-8I) est dix fois moins important que celui de la perte de la vente à Emirates. En revanche, le volume de la commande passée en 2006 par Lufthansa (20 avions 747-8I) est bien plus proche de celui de la perte de la vente à Emirates. [[***]].⁴⁶⁸

6.308. Nous reconnaissons qu'il y a un écart de sept ans entre l'année de commande correspondant à la commande de Lufthansa servant de comparateur et celle de la perte de la vente à Emirates. Cependant, d'après les contrats de vente des LCA, la valeur de l'avion livré dans le contrefactuel est déterminée en appliquant la formule de révision contenue dans la commande de Lufthansa servant de comparateur. Celle-ci tient compte des modifications des coûts de la main-d'œuvre et du matériel dans la production du modèle 747-8I, pour le prix brut et les concessions sur les prix exprimés en dollars EU de 2013. Nous considérons qu'en appliquant la formule de révision, nous pouvons minimiser toute incidence que l'écart entre l'année de commande de la vente à Lufthansa et celle de la vente à Emirates aurait sur notre détermination des prix contrefactuels de Boeing.⁴⁶⁹

6.309. Sur la base des considérations qui précèdent, nous constatons donc que la commande de 20 avions 747-8I passée en 2006 par Lufthansa constitue une meilleure commande servant de comparateur pour la perte de la vente à Emirates en 2013 que la commande de 5 avions 747-8I passée en 2013 par Korean Air.

6.310. Pour ce qui est des modalités de fixation des prix que nous tirons de la commande passée en 2006 par Lufthansa, nous rejetons la proposition de l'Union européenne d'utiliser le prix de livraison net réel moyen par avion pour Lufthansa en 2013 et d'appliquer la formule de révision figurant dans [[***]] à Emirates. L'Union européenne n'a fourni aucune raison économique qui justifiait de combiner le prix brut et les concessions sur les prix figurant dans un contrat avec la formule de révision figurant dans un autre contrat. Nous préférons donc adopter la même approche que pour les autres commandes servant de comparateur. Autrement dit, nous utilisons le prix brut par avion et les concessions sur les prix, exprimés en dollars EU de l'année de base, et la formule de révision associée figurant dans le contrat de commande, ce qui nous permet d'exprimer le prix de livraison net en dollars EU de l'année de livraison. Nous tenons également compte de [[***]].

6.311. Pour résumer nos décisions susmentionnées, le tableau 11 rassemble les commandes pertinentes servant de comparateur que nous avons choisies pour évaluer les cinq pertes de ventes.

⁴⁶⁷ États-Unis, réponse à la question n° 61 de l'Arbitre (notant que "[d]es clients d'importance stratégique [[***]]. L'importance stratégique des clients est variable pour Boeing. Certains clients sont des leaders reconnus sur le marché, et on peut s'attendre à ce que les ventes à ces clients renforcent l'attrait du modèle pour d'autres clients"); et Union européenne, réponse à la question n° 61 de l'Arbitre (notant que "les vues d'un constructeur sur l'importance stratégique d'une campagne de vente [[***]]. Un constructeur peut considérer qu'une campagne revêt une importance stratégique particulière pour de nombreuses raisons, y compris ... le statut de la compagnie aérienne lorsqu'elle est perçue comme un leader du marché par les autres compagnies aériennes").

⁴⁶⁸ États-Unis, réponses aux questions de l'Arbitre n° 61, paragraphe 36 (notant que "[[***]]"), et n° 125, paragraphe 117 (notant que "[[***]]"); et Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 125 de l'Arbitre.

⁴⁶⁹ Nous notons que les États-Unis ont fait valoir que, dans la mesure où l'Arbitre n'utilisait pas [[***]], il devrait utiliser la commande passée en 2013 par Korean Air en tant que commande servant de comparateur appropriée pour la perte de la vente à Emirates en 2013 parce que la "commande des 747-8I [passée par Korean Air] avait eu lieu la même année que la perte de la vente d'A380 à Emirates" (États-Unis, réponse à la question n° 121 f) de l'Arbitre, paragraphe 94). Cependant, les États-Unis n'ont présenté aucune raison pour justifier leur assertion selon laquelle la commande servant de comparateur devait nécessairement être concomitante de la perte de vente, considérant, comme nous l'avons noté plus haut, que la valeur de l'avion était déterminée en appliquant la formule de révision (qui tenait compte des modifications des coûts de la main-d'œuvre et du matériel dans la production) au prix brut et aux concessions sur les prix.

Tableau 11: Commandes servant de comparateur choisies par l'Arbitre

Ventes perdues pendant la période de référence				Commande servant de comparateur choisie			
Année	Compagnie aérienne	Modèle	Volume de la commande	Année	Compagnie aérienne	Modèle	Volume de la commande
2012	Cathay Pacific Airways	A350XWB-1000	10	2011	Commande de Cathay Pacific Airways	777-300ER	10
2012	Transaero Airlines	A380	4	2012	-	-	-
2013	Singapore Airlines	A350XWB-900	30	2013	Commande de Singapore Airlines	787-10	30
2013	United Airlines	A350XWB-1000	10	2015	Commande de United Airlines	777-300ER	30
2013	Emirates	A380	50	2006	Commande de Lufthansa	747-8I	20

6.312. Comme nous l'avons noté plus haut, l'Union européenne affirme que les renseignements contestés présentés par les États-Unis dans leurs réponses à la troisième série de questions sont incomplets, incompatibles et non vérifiables s'agissant d'aspects importants.⁴⁷⁰ Nous rappelons que les renseignements contestés se rapportent principalement aux éléments de preuve que l'Union européenne avait demandés à l'Arbitre d'obtenir auprès des États-Unis au motif que les éléments de preuve que ceux-ci avaient présentés précédemment ne démontraient pas suffisamment la fiabilité de certains renseignements utilisés dans leur méthode d'évaluation. L'objection de l'Union européenne concernant le caractère incomplet, l'incompatibilité et le caractère non vérifiable se rapporte aux nouveaux éléments de preuve présentés par les États-Unis.

6.313. L'Union européenne fait valoir que, à la suite de la demande d'éléments de preuve présentée par l'Arbitre, les États-Unis ont modifié leur méthode de quantification de la valeur des pertes de ventes en s'appuyant sur les modalités de fixation des prix, telles que le prix brut et les concessions sur les prix au moment de la commande qui figuraient dans les accords d'achat ou [[***]] et en excluant toute évolution de ces modalités postérieure à la commande, [[***]]. Selon l'Union européenne, cette approche modifiée est incompatible avec la méthode adoptée initialement par les États-Unis pour quantifier la valeur des pertes de ventes au moyen des modalités de fixation des prix provenant de [[***]] d'aéronefs ayant déjà été livrés.⁴⁷¹

6.314. En outre, l'Union européenne soutient que les documents concernant la commande des 787-10 passée en 2013 par Singapore Airlines fournis par les États-Unis contiennent uniquement des renseignements sur [[***]] entre Boeing et Singapore Airlines [[***]]. Selon elle, il n'y a donc aucune base objective pour admettre l'exactitude des renseignements sur les prix communiqués dans les [[***]].⁴⁷²

6.315. L'Arbitre note que les éléments de preuve versés au dossier indiquent qu'un accord d'achat est un contrat de vente de LCA qui spécifie, entre autres choses, le prix brut, les concessions sur les prix, la formule de révision, le volume de la commande, le calendrier de livraison, le montant des versements antérieurs à la livraison et le moment auquel ils ont eu lieu, les pénalités pour livraison tardive ainsi que les garanties d'exécution, options, droits d'achat et droits de conversion au moment de la commande. Les éléments de preuve indiquent en outre [[***]]. Cependant, le prix final de livraison [[***]].⁴⁷³

6.316. Nous notons en outre que l'évaluation initiale des pertes de ventes faite par les États-Unis reposait sur les renseignements sur les prix figurant dans les [[***]], à l'exception de l'évaluation de [[***]], qui était fondée sur les renseignements sur les prix figurant dans [[***]].⁴⁷⁴ Ces [[***]] reflètent toute évolution postérieure aux commandes ayant affecté le prix contractuel à payer pour

⁴⁷⁰ Voir plus haut la note de bas de page 309.

⁴⁷¹ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 135 de l'Arbitre, paragraphes 360 à 366.

⁴⁷² Union européenne, réponse à la question n° 135 de l'Arbitre, paragraphe 363; et Singapore Airlines 2013 787-10 Order Documentation, (pièce USA-73 (RCES)).

⁴⁷³ États-Unis, réponse à la question n° 135 de l'Arbitre, paragraphe 156. Sur la base de notre examen du dossier, nous ne voyons aucune raison de douter de l'explication des États-Unis dans ce contexte.

⁴⁷⁴ Cathay Pacific 777-300ER Order Information, (pièce USA-12 (RCES)); Transaero 747-8I Order Information, (pièce USA-13 (RCES)); Singapore Airlines 787-10 Order Information, (pièce USA-14 (RCES)); et United 777-300ER Order Information, (pièce USA-15 (RCES)).

le LCA en question, y compris [[***]].⁴⁷⁵ Nous notons toutefois qu'à la suite de notre demande visant à ce qu'ils fournissent, entre autres choses, des parties des contrats de vente pertinents (y compris les modifications), [[***]], les États-Unis ont remplacé les données qu'ils avaient fournies précédemment concernant le prix brut et les concessions sur les prix par les renseignements sur les prix figurant dans les accords d'achat ou [[***]] pour évaluer les pertes de ventes, à l'exception de [[***]].⁴⁷⁶ À la différence [[***]], les renseignements sur les prix figurant dans les accords d'achat [[***]] reflètent les modalités de fixation des prix [[***]]. Comme il est expliqué dans la section 6.3.4.3.2, étant donné notre décision de prendre en compte des renseignements à jour qui éclairaient la manière dont nous devrions quantifier les effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée, nous évaluons les pertes de ventes en utilisant le prix brut et les concessions sur les prix figurant dans les accords d'achat ou [[***]], mais ajoutons toute évolution pertinente postérieure aux commandes ayant une incidence sur les modalités de fixation des prix [[***]].⁴⁷⁷

6.317. En ce qui concerne spécifiquement la commande passée en 2013 par Singapore Airlines servant de comparateur, nous notons que [[***]] fait plusieurs renvois à [[***]] entre Boeing et Singapore Airlines. Nous rejetons toutefois l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle en l'absence de [[***]], il n'y a aucune base objective pour admettre l'exactitude des prix de livraison communiqués dans [[***]]. L'Union européenne n'a pas expliqué pourquoi [[***]]. En résumé, nous ne voyons aucune raison de penser que les renseignements pertinents sur les prix contenus dans [[***]] seraient, sauf indication contraire, en conflit avec les renseignements pertinents figurant dans l'accord d'achat initial de sorte que les renseignements figurant dans [[***]] seraient inexacts. Par conséquent, nous jugeons dénué de fondement l'avis de l'Union européenne selon lequel l'Arbitre ne devrait pas admettre l'exactitude des renseignements sur les prix figurant dans [[***]] pour la commande passée en 2013 par Singapore Airlines servant de comparateur.

6.318. Compte tenu de ce qui précède, nous n'acceptons pas les arguments de l'Union européenne selon lesquels les renseignements contestés sont incomplets, incompatibles et non vérifiables s'agissant d'un quelconque aspect important de sorte que l'Arbitre ne pourrait pas raisonnablement les utiliser dans ses analyses concernant l'évaluation, le cas échéant.

6.3.4.3.6.2 Fait de ne pas utiliser les facteurs de révision [[*]]**

6.319. L'Union européenne rejette l'utilisation par les États-Unis des facteurs de révision⁴⁷⁸ [[***]] [[***]], telle que les États-Unis l'ont proposée, au motif que les facteurs de révision [[***]] gonflent artificiellement le prix de livraison contrefactuel.⁴⁷⁹ Elle propose d'appliquer les facteurs de révision [[***]] au lieu des facteurs [[***]] pour les livraisons contrefactuelles ayant lieu avant [[***]] et les facteurs de révision [[***]] uniquement [[***]] pour les livraisons contrefactuelles ayant lieu après [[***]].⁴⁸⁰

6.320. Les États-Unis font valoir que l'utilisation des facteurs de révision qui étaient [[***]] au moment où Boeing aurait réalisé la vente contrefactuelle pertinente est appropriée et compatible avec leur approche globale en matière d'évaluation, qui ne tient pas compte des éléments factuels contrefactuels postérieurs aux commandes.⁴⁸¹ Ils soutiennent en outre que l'utilisation des facteurs de révision [[***]] est inutilement compliquée parce que la différence entre les [[***]] et les

⁴⁷⁵ Cette interprétation est fondée sur des comparaisons des contrats initiaux et des factures de livraisons versés au dossier.

⁴⁷⁶ Cathay Pacific 2013 777-300ER Order Documentation, (pièce USA-68 (RCES)); Singapore Airlines 2013 787-10 Order Documentation, (pièce USA-73 (RCES)); et Transaero 2013 747-81 Order Documentation, (pièce USA-75 (RCES)).

⁴⁷⁷ Nous notons que l'Union européenne, en faisant valoir que les renseignements contestés sont "incompatibles" avec les renseignements communiqués précédemment, ne formule aucune allégation selon laquelle cette incompatibilité a une quelconque incidence préjudiciable sur ses droits en matière de régularité de la procédure en l'espèce. En fait, il apparaît que cet argument est une critique de la cohérence générale des éléments de preuve présentés par les États-Unis et de leur méthode d'évaluation. Cependant, comme il est expliqué plus haut, nous pensons finalement comme l'Union européenne que nous devrions tenir compte des faits nouveaux postérieurs aux commandes pertinentes pour évaluer les pertes de ventes.

⁴⁷⁸ Comme il est expliqué plus haut, le facteur de révision est déterminé par une formule de révision qui [[***]] reflétant l'évolution des coûts de la main-d'œuvre et du matériel dans la production des LCA et est utilisé pour calculer les prix de livraison nets en dollars EU de l'année de livraison.

⁴⁷⁹ Union européenne, communication écrite, paragraphe 255.

⁴⁸⁰ Correcting US lost sales valuation, (pièce EU-143 (RCES)).

⁴⁸¹ Voir plus haut les sections 6.3.4.1.1 et 6.3.4.3.2.

facteurs de révision [[***]] est probablement faible et que les facteurs de révision [[***]] ne s'appliqueraient qu'à certaines livraisons contrefactuelles étant donné que [[***]] des livraisons contrefactuelles pertinentes sont programmées pour 2018 ou les années ultérieures.⁴⁸²

6.321. L'Arbitre note que le prix de livraison payé par la compagnie aérienne est fondé sur les facteurs de révision [[***]] [[***]]. Nous notons en outre que la différence entre les facteurs de révision [[***]] et les facteurs de révision [[***]] est due aux [[***]] associée à [[***]] le facteur de révision [[***]].⁴⁸³ Les États-Unis n'ont donné aucune raison économique pour expliquer pourquoi ces [[***]] pouvaient ne pas être pris en compte.

6.322. Pour minimiser [[***]], nous suivons l'approche proposée par l'Union européenne. Ainsi, nous appliquons les facteurs de révision [[***]] pour toutes livraisons contrefactuelles programmées avant [[***]] et les facteurs de révision [[***]] [[***]] pour les livraisons contrefactuelles programmées après [[***]].

6.3.4.3.6.3 Fait de ne pas procéder aux ajustements de prix nécessaires

6.323. L'Union européenne fait valoir que, si les États-Unis ne démontrent pas la comparabilité entre les ventes perdues qui seraient remportées par Boeing dans le contrefactuel et les commandes servant de comparateur que Boeing a effectivement obtenues, l'Arbitre devrait soit choisir d'autres commandes servant de comparateur soit, tout au moins, apporter des ajustements de prix aux commandes servant de comparateur pour tenir compte des différences entre la commande contrefactuelle de Boeing et la commande servant de comparateur, y compris en ce qui concerne le volume de la commande, le calendrier de livraison et la configuration des aéronefs.⁴⁸⁴ Par exemple, l'Union européenne estime que, contrairement à ce que les États-Unis affirment, les éléments de preuve versés au dossier démontrent que Boeing accorde généralement des remises en fonction du volume dont l'Arbitre devrait tenir compte.⁴⁸⁵ Bien qu'elle soutienne qu'il est difficile de proposer des méthodes pour procéder à ces ajustements de prix sur la base de la qualité et de la fiabilité des renseignements fournis par les États-Unis, l'Union européenne suggère différentes manières d'appliquer ces ajustements de prix.⁴⁸⁶

⁴⁸² États-Unis, communication écrite, paragraphe 223; et réponse à la question n° 58 de l'Arbitre, paragraphes 18 et 19.

⁴⁸³ Nous notons à cet égard que les facteurs de révision [[***]] sont, en moyenne, [[***]] supérieurs aux facteurs de révision [[***]]. Pour la plupart des commandes servant de comparateur, la différence entre les facteurs de révision [[***]] et [[***]] a tendance à augmenter dans le temps, alors que pour d'autres, la différence augmente dans un premier temps mais décroît ensuite. De même, les facteurs de révision [[***]] [[***]] sont plus élevés que les facteurs de révision [[***]] [[***]]. Globalement, nous observons que l'utilisation des facteurs de révision [[***]] [[***]] entraîne des prix de livraison plus élevés que celle des facteurs de révision [[***]].

⁴⁸⁴ Union européenne, réponse à la question de l'Arbitre n° 106, paragraphe 166, et n° 166, paragraphe 53.

⁴⁸⁵ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 125 de l'Arbitre, paragraphes 276 à 278.

⁴⁸⁶ L'Union européenne propose également différentes méthodes pour déterminer le degré d'ajustement des prix qu'elle estime nécessaire pour tenir compte de critères tels que les différences entre les types de LCA servant de comparateur, la compétitivité des compagnies, les équipements livrés par l'acheteur, les équipements du poste de pilotage, les moteurs d'avion, les fournisseurs, types et performances des moteurs, et le poids maximum au décollage. (Union européenne, réponse à la question n° 106 de l'Arbitre, paragraphes 168 à 172).

Les États-Unis font valoir que, bien que certains des critères de représentativité retenus par l'Union européenne étaient l'utilisation des comparateurs qu'ils proposent, il serait inapproprié d'utiliser les critères restants susmentionnés. (États-Unis, observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre n° 96, paragraphes 19 à 30, n° 105, 106 et 165)

Comme nous l'avons expliqué dans la section 6.3.4.3.4, nous considérons que, dans le contrefactuel, le client associé à une perte de vente donnée aurait commandé le modèle de Boeing concurrent le plus proche dont les caractéristiques physiques ou de performance auraient probablement présenté certaines différences avec celles du modèle d'Airbus effectivement commandé. À notre avis, il ne serait pas approprié de procéder à des ajustements pour tenir compte des caractéristiques physiques ou de performance. En outre, même si, en principe, il était approprié de tenir compte de ces caractéristiques, procéder à cet ajustement sur la base des renseignements qui nous ont été présentés donnerait lieu à des spéculations de notre part. De fait, nous notons que l'une des méthodes proposées par l'Union européenne aurait nécessité des renseignements indiqués dans les contrats relatifs aux prix détaillés pour certaines spécifications des aéronefs, [[***]], qui ne figurent pas dans les contrats relatifs aux commandes auxquels nous avons eu accès. De même, une autre

6.324. Spécifiquement, l'Union européenne propose de tirer des inférences raisonnables de la comparaison détaillée des renseignements sur les prix figurant dans a) [[***]] de Boeing dans la campagne de vente perdue à [[***]] et b) la commande servant de comparateur [[***]], proposée par les États-Unis. Selon l'Union européenne, les différences pertinentes entre [[***]], y compris le volume de la commande et les calendriers de livraison, devraient être reflétées dans les différentes modalités de fixation des prix. Elle se réfère à ces différences dans les modalités de fixation des prix pour ajuster les prix des commandes servant de comparateur [[***]], et de la commande passée en 2006 par Lufthansa servant de comparateur pour la perte de la vente à Emirates afin de tenir compte de leurs différences en termes de volume et de calendrier de livraison par rapport aux commandes des Airbus originaux correspondantes.⁴⁸⁷ Elle explique également en quoi, si les renseignements concernant [[***]] étaient jugés non fiables, une comparaison structurée entre a) [[***]] aéronefs [[***]], et b) [[***]] aéronefs [[***]] permettrait à l'Arbitre d'ajuster à la baisse les prix figurant dans les commandes servant de comparateur [[***]] pour avoir une meilleure approximation des valeurs des pertes de ventes si les commandes avaient été remportées par Boeing dans le contrefactuel.⁴⁸⁸

6.325. De même, l'Union européenne propose de quantifier les remises en fonction du volume en comparant les renseignements sur les prix et sur la commande figurant dans la commande passée en 2006 par Lufthansa et ceux qui figurent dans la commande passée en 2009 par Korean Air si la comparaison structurée entre [[***]] et [[***]] n'est "pas possible".⁴⁸⁹

6.326. Les États-Unis font valoir que les ajustements à la baisse des prix par aéronef proposés par l'Union européenne sont trompeurs parce que les éléments de preuve versés au dossier n'étaient pas l'hypothèse selon laquelle les commandes concernant un nombre d'aéronefs plus élevé et des créneaux de livraison plus éloignés affichent, logiquement ou de façon prévisible, des prix par avion qui sont moins élevés que ceux des commandes portant sur un nombre moins important d'aéronefs.⁴⁹⁰ Plus généralement, les États-Unis signalent que Boeing [[***]].⁴⁹¹ En outre, ils soutiennent qu'il n'y a aucune base pour procéder aux ajustements de prix proposés par l'Union européenne parce qu'il n'y a aucune différence pertinente entre les commandes servant de comparateur [[***]] passées en [[***]] par Cathay Pacific Airways, en 2013 par United Airlines et en 2015 par Singapore Airlines et les pertes de ventes correspondantes.⁴⁹²

6.327. L'Arbitre considère que, en principe, il peut être souhaitable de procéder à certains ajustements de prix pour tenir compte des différences structurelles potentielles entre les commandes servant de comparateur et les pertes de ventes contrefactuelles. Par exemple, nous notons que la part des [[***]].⁴⁹³ Nous notons également que, pour ces exceptions, dans les cas où la commande servant de comparateur présente [[***]]. Nous reconnaissons également que d'autres facteurs, tels que la configuration des aéronefs et le moment de la livraison, peuvent avoir une incidence sur l'importance des concessions sur les prix convenues en définitive par les parties.

6.328. Nous sommes néanmoins d'avis que les méthodes proposées par l'Union européenne pour tenir compte des différences dans les volumes des commandes et les calendriers de livraison donneraient lieu à des spéculations de notre part. Plus spécifiquement, nous notons qu'une comparaison entre [[***]] aéronefs [[***]] et [[***]] ne nous permettrait pas de façon raisonnable de déterminer dans quelle mesure des différences quelconques dans le volume des commandes et les calendriers de livraison entraîneraient des différences de prix quelconques entre les contrats pertinents. Surtout, l'Union européenne n'explique pas concrètement comment le résultat de la comparaison des comparateurs [[***]] pourrait être appliqué aux commandes servant de

méthode proposée par l'Union européenne aurait nécessité [[***]]. Nous notons toutefois que l'Union européenne n'a pas expliqué concrètement comment ces méthodes pouvaient s'appliquer aux commandes servant de comparateur pour les diverses pertes de ventes.

⁴⁸⁷ Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 28, paragraphes 422 à 424, n° 68, paragraphes 238 à 242, n° 97, paragraphe 63, n° 106, paragraphe 168, et n° 164, paragraphe 37.

⁴⁸⁸ Union européenne, réponse à la question n° 164 de l'Arbitre, paragraphes 36 et 37.

⁴⁸⁹ Union européenne, réponse à la question n° 97 de l'Arbitre, paragraphe 63.

⁴⁹⁰ États-Unis, réponse à la question n° 125 de l'Arbitre, paragraphes 114 et 116.

⁴⁹¹ États-Unis, réponse à la question n° 125 de l'Arbitre, paragraphe 117.

⁴⁹² États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 164 de l'Arbitre, paragraphe 32.

⁴⁹³ Analysis based on comparator orders reported in Calculation of Delivery Prices for Comparator Orders, (pièce USA-61 (RCES)); et Net Price Calculations for Questions 153 and 154(d) Alternative Impedance Valuations, (pièce USA-106 (RCES)).

comparateur pour les autres pertes de ventes, et nous ne voyons aucun moyen simple de le faire. L'Union européenne n'a pas non plus expliqué pourquoi d'éventuelles différences révélées par la comparaison des comparateurs [***] seraient pertinentes pour les autres pertes de ventes ne concernant pas [***] et dans certains cas concernant différents modèles d'aéronefs de Boeing, à savoir le modèle [***] dans le cas de [***] et le modèle [***] dans le cas de [***].

6.329. Nous notons en outre que l'Union européenne n'a donné qu'un exemple concret concernant les remises en fonction du volume. Elle infère un taux de remise en fonction du volume en comparant la part des concessions sur les prix (pour les prix bruts) indiquée dans la commande passée en 2006 par Lufthansa et celle qui est indiquée dans la commande passée en 2009 par Korean Air. Bien que cette approche soit facile à mettre en œuvre, elle présente, selon nous, une lacune car elle suppose qu'il existe une relation linéaire simple entre le volume de la commande et la remise en fonction du volume. De fait, la méthode proposée par l'Union européenne pourrait aboutir à la situation peu plausible dans laquelle le prix net deviendrait négatif parce que la remise en fonction du volume dépasserait 100% pour une commande suffisamment importante. Cette méthode proposée présente une autre lacune – semblable à une faiblesse relevée dans l'approche comparative proposée par l'Union européenne qui est examinée plus haut –, à savoir qu'elle ne nous permettrait pas de façon raisonnable de déterminer dans quelle mesure des différences quelconques dans le volume des commandes et les calendriers de livraison entraînaient des différences quelconques dans les prix indiqués dans les contrats pertinents. Pour ces raisons, nous rejetons la méthode proposée par l'Union européenne pour inférer une remise en fonction du volume.

6.3.4.3.6.4 Actualisation des prix de livraison contrefactuels de Boeing

6.330. Comme il a été indiqué plus haut dans la section 6.3.4.1.1 et montré plus haut dans l'équation 4), l'étape finale de l'évaluation des pertes de ventes proposée par les États-Unis implique le calcul de la valeur des prix nets de l'année de livraison (c'est-à-dire en dollars EU de l'année de livraison) des livraisons prévues exprimés en dollars EU de l'année où la commande a été perdue (c'est-à-dire en dollars EU de l'année de commande) en actualisant la valeur des prix en dollars EU de l'année de livraison au moyen d'un taux d'actualisation.

6.331. De façon générale, les États-Unis font valoir que l'opération d'actualisation devrait être effectuée du point de vue des pouvoirs publics des États-Unis et que le taux d'actualisation est donc "le taux que les pouvoirs publics des États-Unis sont disposés à payer pour faire passer l'activité économique pertinente, qui se reflète dans les échanges commerciaux, de l'année de livraison à l'année de commande". Selon eux, ce taux correspond au taux d'intérêt sur la dette souveraine des États-Unis. Les États-Unis proposent donc d'utiliser comme taux d'actualisation devant être appliqué le taux des bons du Trésor des États-Unis à dix ans.⁴⁹⁴

6.332. L'Union européenne formule deux arguments principaux concernant l'opération d'actualisation proposée par les États-Unis: a) l'Arbitre n'a pas besoin de trouver les valeurs pour l'année de commande des pertes de ventes et il peut en fait simplement trouver la valeur actuelle (c'est-à-dire de 2019) des pertes de ventes; et b) le taux d'actualisation suggéré par les États-Unis est artificiellement bas, ce qui donne des valeurs actuelles (c'est-à-dire des valeurs pour l'année de commande) des pertes de ventes artificiellement gonflées. La présente section traite de chaque question l'une après l'autre.

Caractère approprié de la détermination de la valeur actuelle des pertes de ventes sans la détermination des valeurs pour l'année de commande

6.333. L'Union européenne soutient que même si l'Arbitre devait effectuer une opération d'actualisation, compte tenu de l'objectif final apparent des États-Unis qui vise à exprimer la valeur des effets défavorables dont l'existence a été déterminée en valeur actuelle, il ne devrait le faire que pour certains versements contrefactuels. Plus spécifiquement, elle fait valoir que l'Arbitre devrait actualiser les versements contrefactuels *futurs*, s'agissant des LCA de Boeing vendus contrefactuellement, qui sont censés être effectués après 2019. Elle propose d'appliquer une formule de révision appropriée pour "ramener" le montant de ces versements à aujourd'hui au moyen d'un ajustement à la baisse tenant compte du risque d'annulation de la commande pertinente. Pour ce qui est de tous versements contrefactuels pertinents qui auraient déjà été effectués avant aujourd'hui (c'est-à-dire avant 2019), l'Union européenne affirme qu'il serait plus indiqué d'appliquer

⁴⁹⁴ États-Unis, note méthodologique, paragraphes 49 à 51.

une formule de révision appropriée à ces versements afin de ramener directement leurs valeurs à celles d'aujourd'hui depuis la date à laquelle un versement donné aurait été effectué dans le contrefactuel. Selon elle, cette approche évite de devoir continuellement, de manière inutile et excessive, augmenter le prix de livraison net de l'aéronef en fonction de l'inflation (pour se placer à une date ultérieure) et de le déflater (pour remonter dans le temps).⁴⁹⁵

6.334. Les États-Unis font valoir qu'une approche centrée sur les commandes s'agissant des pertes de ventes fait partie intégrante des constatations concernant les pertes de ventes figurant dans les rapports du Groupe spécial initial, du Groupe spécial de la mise en conformité et de l'Organe d'appel dans la procédure initiale et la procédure de mise en conformité. Ils affirment que cette approche centrée sur les commandes encourage l'actualisation des prix de l'année de livraison pour les ramener à ceux de l'année de commande, ne serait-ce qu'à titre d'étape intermédiaire d'une détermination finale de la valeur actuelle des pertes de ventes.⁴⁹⁶ Ils soutiennent en outre que, contrairement à ce qu'il apparaît que l'Union européenne suppose en préconisant comment déterminer une valeur actuelle des pertes de ventes, a) la révision d'un prix de l'année de base pour obtenir un prix de l'année de livraison, b) l'actualisation du prix de l'année de livraison pour le ramener à l'année de commande et déterminer la valeur de l'année de commande du prix de l'année de livraison et, enfin, c) l'ajustement de la valeur de l'année de commande pour tenir compte de l'inflation en une valeur actuelle en dollars EU constituent des étapes distinctes qui ont des objectifs différents. En particulier, les États-Unis font valoir que l'application du facteur de révision vise à évaluer le prix de l'aéronef pendant l'année de livraison prévue, que l'opération d'actualisation vise à tenir compte du fait que l'"activité économique aujourd'hui a une plus grande valeur que l'activité économique de demain", et que l'ajustement pour tenir compte de l'inflation est conçu pour faire en sorte que les contre-mesures restent proportionnelles aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée lorsqu'elles sont appliquées au cours des années suivantes.⁴⁹⁷

6.335. L'Arbitre rappelle que, dans la présente procédure, il doit déterminer la valeur économique des effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence 2011-2013 a été déterminée.⁴⁹⁸ Pour évaluer les pertes de ventes, nous avons utilisé une approche fondée sur les commandes dans le cadre de laquelle nous assignons temporellement la valeur des pertes de ventes à la période de référence 2011-2013.⁴⁹⁹ D'une manière compatible avec ces constatations antérieures, nous considérons qu'il est approprié de déterminer la valeur des pertes de ventes au moment où elles ont eu lieu pendant la période de référence 2011-2013 et nous cherchons donc à déterminer les valeurs de l'année de commande des pertes de ventes.⁵⁰⁰ Par conséquent, nous rejetons la proposition de l'Union européenne visant la détermination de la *valeur actuelle* des pertes de ventes parce qu'elle ne peut pas être utilisée pour déterminer les *valeurs de l'année de commande* des pertes de ventes. Nous passons donc à l'examen du caractère raisonnable du taux d'actualisation

⁴⁹⁵ Union européenne, communication écrite, paragraphes 336 à 344; et réponse à la question n° 79 de l'Arbitre, paragraphes 274 à 278. L'Union européenne dit également que l'approche des États-Unis concernant la détermination de la valeur pour l'année de commande des prix des LCA pour l'année de livraison (les livraisons de LCA ont généralement lieu des années après que les commandes ont été passées) au moyen d'un taux d'actualisation n'a pas lieu d'être parce que si l'Arbitre devait suivre la méthode globale proposée par l'Union européenne et mesurer les effets sur le commerce au moment où ils se font sentir (c'est-à-dire au moment de la livraison), l'étape d'actualisation de la méthode des États-Unis ne présenterait plus d'intérêt. (Union européenne, communication écrite, paragraphes 261 et 262) Nous rappelons que nous avons rejeté cette méthode globale proposée par l'Union européenne plus haut dans notre décision. (Voir plus haut la section 6.3.3.1.) Nous n'examinons donc pas plus avant cette proposition dans le présent contexte.

⁴⁹⁶ Comme il a été indiqué plus haut dans la section 6.3.4.1.3, les États-Unis demandent à l'Arbitre de déterminer la valeur actuelle des effets défavorables dont l'existence a été déterminée en appliquant un indice d'inflation à la valeur des effets défavorables exprimés en valeurs en dollars de la période de référence.

⁴⁹⁷ États-Unis, communication écrite, paragraphes 228 (mentionnant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.31 et 6.37; le rapport du Groupe spécial *CE et certains États-membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.1780, 6.1781 et 6.1798; le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1217, 1220, 1414 l), o) et p); et le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 7.1750, 7.1828, 7.1845 et 8.2 d)) et 256 à 259.

⁴⁹⁸ Voir plus haut la section 6.3.1.

⁴⁹⁹ Voir plus haut la section 6.3.3.2.1.

⁵⁰⁰ Il en va ainsi, que notre objectif final soit ou non de déterminer une valeur actuelle des effets défavorables dont l'existence a été déterminée.

proposé par les États-Unis que ces derniers utilisent pour déterminer la valeur de l'année de commande des pertes de ventes.

Choix du taux d'actualisation

6.336. L'Union européenne fait valoir que le taux des bons du Trésor à dix ans que les États-Unis ont proposé en tant que taux d'actualisation doit être rejeté parce qu'il s'agit d'un taux d'actualisation centré sur les pouvoirs publics des États-Unis et non sur Boeing (c'est-à-dire qu'il ne prend pas en compte les risques et circonstances pertinents de la société, ce qu'un taux d'actualisation approprié doit faire, selon l'Union européenne). Elle soutient en outre que les pouvoirs publics des États-Unis ne sont partie à aucun des contrats de vente de LCA dont sont dérivées les valeurs des pertes de ventes, ni n'effectuent des investissements et ne prennent des risques concernant ces transactions de vente. Selon l'Union européenne, le taux des bons du Trésor à dix ans sous-estime donc le taux d'actualisation applicable, entre autres choses, parce qu'il ne prend pas en compte les risques de défaillance contractuelle d'un acheteur de LCA, ce qui, comme les États-Unis eux-mêmes le reconnaissent, réduit la valeur actuelle d'un contrat relatif à un LCA, mesurée au moment de la commande. L'Union européenne fait valoir que cela mène à la situation particulièrement illogique où, du fait que les facteurs de révision centrés sur Boeing (utilisés pour déterminer les prix de l'année de livraison) sont plus élevés que le taux d'actualisation centré sur les pouvoirs publics des États-Unis proposé (utilisé pour convertir les prix de l'année de livraison en valeur de l'année de commande), il serait plus rentable pour Boeing d'attendre des recettes de ventes de LCA incertaines dans le futur que de réaliser les mêmes recettes de ventes avec certitude aujourd'hui.⁵⁰¹

6.337. L'Union européenne affirme que le facteur de révision contractuel constitue un indicateur plus approprié de la valeur temporelle de l'argent que le taux d'intérêt des bons du Trésor à dix ans, bien que cette approche surévaluerait toujours la valeur de la perte de ventes au moment de la commande parce que, par exemple, le risque d'annulation future au moment de la commande devrait toujours être pris en compte. Elle propose donc de remplacer le taux des bons du Trésor à dix ans par un taux d'actualisation par commande servant de comparateur qui prend en compte trois éléments: a) le taux d'intérêt réel; b) l'inflation attendue des prix des LCA, qui peut être estimée par le facteur de révision convenu contractuellement; et c) le risque de défaillance intrinsèque de Boeing en relation avec les livraisons futures de LCA. Selon l'Union européenne, en l'absence de renseignements sur les risques de défaillance par commande servant de comparateur ou par client, le risque de défaillance de Boeing concernant les livraisons futures pourrait être estimé en utilisant comme indicateur supplétif les taux d'annulation historiques pour toutes les ventes de LCA effectuées par Boeing pour la période allant de 2006 à 2017.⁵⁰²

6.338. Bien que l'Union européenne fasse valoir que le taux d'actualisation constitué de trois éléments qu'elle propose est celui qui prend le mieux en compte les circonstances économiques entourant les différentes pertes de ventes en cause, elle mentionne aussi la possibilité d'utiliser le coût moyen pondéré du capital (CMPC) de Boeing au moment des pertes de ventes comme approximation raisonnable du taux d'actualisation de Boeing.⁵⁰³

6.339. En réponse à une question de l'Arbitre, l'Union européenne rejette l'utilisation du coût de la dette de Boeing, qui est l'un des éléments du CMPC, en tant que taux d'actualisation de Boeing parce qu'il ne satisfait pas, selon elle, à deux des trois conditions auxquelles un taux d'actualisation approprié devrait satisfaire. Plus spécifiquement, selon elle, le coût de la dette ne reflète pas une inflation des prix et des coûts qui est propre à la production des modèles de LCA de Boeing en cause dans les commandes contrefactuelles ou propre à la branche de production des LCA en général. Elle

⁵⁰¹ Union européenne, communication écrite, paragraphes 263, 265 à 268, 271, 275 et 283 à 290; réponses aux questions de l'Arbitre n° 29, paragraphes 425 à 434, et n° 78, paragraphes 254, 263, 264 et 266 à 270; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 111 de l'Arbitre, paragraphes 143 à 146 (mentionnant États-Unis, réponses aux questions de l'Arbitre n° 73, paragraphe 90, n° 115, paragraphe 55, et n° 126, paragraphe 119).

⁵⁰² Union européenne, communication écrite, paragraphes 267, 268 et 290; et réponse à la question n° 29 de l'Arbitre, paragraphes 425 à 434.

⁵⁰³ Union européenne, réponse à la question n° 29 de l'Arbitre, paragraphes 435 et 436. Le capital d'une société peut être constitué de dettes et de capitaux propres. Le coût moyen pondéré du capital mesure le coût de la dette et des capitaux propres de la société, pondéré par la valeur de la part respective de la dette et des capitaux propres dans le capital total de la société.

ne considère pas non plus que le coût de la dette reflète la probabilité que l'acheteur de LCA correspondant annule la commande.⁵⁰⁴

6.340. Les États-Unis répondent que toutes les critiques de l'Union européenne concernant l'utilisation du taux des bons du Trésor à dix ans en tant que taux d'actualisation sont dénuées de pertinence parce qu'elles ne traitent pas la question pertinente au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC, à savoir que les effets défavorables qui sont causés aux intérêts des pouvoirs publics des États-Unis (en tant que Membre de l'OMC) et non à ceux de Boeing. Ils sont donc d'avis que l'opération d'évaluation est effectuée à bon droit du point de vue des États-Unis et non de Boeing. Ils font en outre valoir que le taux des bons du Trésor à dix ans est prudent car une période de dix ans est plus longue que l'intervalle entre les commandes contrefactuelles et presque toutes les livraisons contrefactuelles estimées qui sont en cause en l'espèce, alors que le taux d'intérêt sur les bons à plus court terme serait inférieur, ce qui donnerait lieu à des valeurs de l'année de commande des prix de l'année de livraison plus élevées.⁵⁰⁵

6.341. Les États-Unis font aussi valoir que si l'Arbitre souhaitait néanmoins déterminer les valeurs de l'année de commande des pertes de ventes du point de vue de Boeing, il pourrait simplement utiliser le prix de l'aéronef exprimé en dollars EU de l'année de commande qui est précisé dans les contrats de vente contrefactuels de la société sans réviser ce prix en fonction du moment de la livraison et actualiser ensuite le prix de livraison pour le ramener à celui de l'année de commande. Toutefois, en réponse à une question de l'Arbitre, ils déclarent aussi que Boeing, au cours d'opérations commerciales normales, évalue ses [****]. Ils observent en outre que la société utilise parfois son CMPC pour actualiser des flux de trésorerie futurs attendus afin de déterminer leur valeur actuelle. Toutefois, ils affirment que cela se rapporte à un contexte différent de celui de l'évaluation du niveau de contre-mesures. Ils n'examinent pas quel taux d'actualisation devrait être utilisé dans une opération d'actualisation effectuée du point de vue de Boeing s'il devait être constaté que le CMPC constitue un taux d'actualisation inapproprié dans le contexte de la présente procédure.⁵⁰⁶

6.342. Enfin, les États-Unis sont également d'avis que l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle un taux d'actualisation doit inclure un risque d'annulation des commandes "est non étayée et introduit inutilement des déficiences techniques".⁵⁰⁷

6.343. L'Arbitre note que les parties sont en désaccord sur le point de savoir si, dans le cas où une actualisation devait être effectuée, le taux d'actualisation devrait refléter le point de vue des pouvoirs publics des États-Unis ou celui de Boeing. Comme il a été expliqué dans la section 6.3.4.3.3, nous considérons que l'évaluation des pertes de ventes doit être faite du point de vue de Boeing. Il s'ensuit que l'opération d'actualisation doit aussi être réalisée du point de vue de Boeing, et que le taux d'actualisation choisi, quel qu'il soit, doit refléter le point de vue de Boeing.

6.344. La question qui se pose maintenant est celle du taux d'actualisation approprié devant être utilisé du point de vue de Boeing. Pour commencer, nous exposons brièvement l'objectif de l'actualisation dans le présent contexte. La conclusion d'un contrat de vente de LCA représente un investissement pour Boeing, c'est-à-dire que la société doit mobiliser des capitaux (importants) et investir ces capitaux dans la production des LCA commandés. En retour de cet investissement, Boeing passe un contrat en vue de l'obtention de recettes futures liées à la livraison future des LCA commandés. Toutefois, la perception de recettes futures comporte des risques. Le point de savoir s'il vaut la peine de prendre ces risques compte tenu du montant d'investissement initial influe, en théorie, sur la décision de Boeing de conclure le contrat initialement. En effet, si une société pouvait, par exemple, prendre un montant d'investissement initial et simplement l'investir dans des bons sans risque et ainsi réaliser avec le temps un meilleur rendement que celui qu'elle pourrait réaliser dans le cadre d'un autre contrat d'investissement relatif à des recettes futures, cela la dissuaderait de conclure le contrat. Par conséquent, on peut s'attendre à ce que la valeur actuelle actualisée de recettes futures provenant d'un investissement constitue un élément clé des décisions en matière d'investissement d'une société. Cela montre aussi pourquoi un taux d'actualisation appliqué à des

⁵⁰⁴ Union européenne, réponse à la question n° 111 de l'Arbitre, paragraphes 225 à 239; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 111 de l'Arbitre, paragraphes 141 à 151.

⁵⁰⁵ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 51; communication écrite, paragraphes 227 à 230; et réponses aux questions de l'Arbitre n° 69, paragraphe 46, et n° 72, paragraphe 66.

⁵⁰⁶ États-Unis, réponses aux questions de l'Arbitre n° 78, paragraphes 98, 99 et 102, n° 111, paragraphes 36 et 37, et n° 175, paragraphe 20; et Boeing WACC Data for 2012, 2013 (pièce USA-120 (RCC)).

⁵⁰⁷ États-Unis, réponse à la question n° 73 de l'Arbitre, paragraphes 88 à 90.

flux de recettes futures prévus devrait prendre en compte les coûts et risques pertinents qu'engendre pour une société l'attente de ces flux afin de comparer cette valeur actuelle actualisée avec la valeur de l'investissement initial. C'est l'essence même d'une analyse de la valeur actuelle nette (VAN). La question fondamentale devient donc celle de savoir comment les coûts et risques associés pour Boeing à la réalisation de flux de recettes futures dans un scénario de contrat de vente de LCA peuvent être pris en compte dans le but de déterminer leur VAN au moment de la commande.

6.345. Nous considérons que les risques et les coûts de Boeing prennent différentes formes. En particulier, l'inflation peut entraîner une érosion de la valeur des flux de recettes futures de Boeing par rapport à la date de commande. Boeing supporte aussi le coût d'opportunité de l'affectation de fonds à la production des LCA commandés plutôt qu'à d'autres utilisations potentielles. Par conséquent, à notre avis, le taux d'actualisation que nous recherchons en l'espèce devrait prendre en compte les risques présentés par l'inflation et le coût d'opportunité de l'attente d'être payé pour la production et la livraison d'un aéronef. Un autre risque auquel Boeing s'expose tient au fait que la commande peut aussi être annulée, de sorte que les flux de recettes futures peuvent ne jamais être réalisés. Nous avons déjà décidé plus haut dans la section 6.3.4.3.4.2 d'apporter les ajustements appropriés pour tenir compte de ce risque en utilisant le taux de survie. Nous considérons donc que nous n'avons pas besoin de prendre en compte ce risque à nouveau dans un taux d'actualisation.

6.346. Les États-Unis affirment que si la valeur des pertes de ventes était considérée du point de vue de Boeing, il n'y aurait aucune raison d'utiliser un taux d'actualisation pour exprimer les prix de l'année de livraison en valeurs de l'année de commande parce que l'Arbitre pourrait simplement utiliser en fait les prix de l'année de commande des aéronefs de Boeing commandés contrefactuellement qui sont précisés dans le contrat de vente contrefactuel pertinent.⁵⁰⁸ À l'appui de cet argument, les États-Unis affirment que "Boeing en temps normal [[***]]".⁵⁰⁹ Même si un examen des états financiers de Boeing indique bien que la société attribue une valeur à ses commandes de LCA en attente, c'est-à-dire ses *recettes futures estimées*, en utilisant des prix révisés⁵¹⁰, cela ne répond pas à la question de savoir comment elle exprimerait ces *recettes futures estimées* pour déterminer leur *valeur de l'année de commande* (c'est-à-dire la valeur actualisée des livraisons prévues d'aéronefs postérieures à la commande en dollars de l'année de commande). Par conséquent, l'utilisation des prix contractuels de l'année de commande est une autre solution appropriée pour la détermination de la valeur de l'année de commande des prix de l'année de livraison (exprimés en dollars EU de l'année de livraison).⁵¹¹

6.347. Pour examiner cet argument, nous rappelons que, dans la présente procédure, la valeur des pertes de ventes dépend essentiellement des recettes que Boeing aurait fort probablement tirées des ventes perdues si elle les avait remportées. Comme il a été indiqué, il n'est pas contesté que, dans le contrefactuel, Boeing aurait réalisé ces recettes, pour la plupart, des années après les dates des commandes contrefactuelles pertinentes. De fait, Boeing a négocié spécifiquement ces flux de recettes postérieures aux commandes, comme le montrent les calendriers de livraison et de paiement figurant dans les contrats de vente contrefactuels. Comme il a été indiqué plus en détail dans les paragraphes ci-dessus, l'attente de recettes futures comporte des risques dont Boeing tiendrait compte au moment de déterminer leur VAN de l'année de commande. Toutefois, il n'y a rien dans le dossier qui nous indique que le prix de l'année de commande d'un quelconque LCA est nécessairement équivalent à la valeur de l'année de commande des prix contrefactuels de l'année de livraison que Boeing recevra des années après la commande. Le prix de l'année de commande est simplement un prix que le client paierait à la date de la commande si la livraison pouvait aussi être effectuée à cette date (ce qui ne sera pas le cas d'après le calendrier de livraison contractuel). Nous rejetons donc la suggestion des États-Unis d'utiliser les prix de l'année de commande.

6.348. Compte tenu des observations qui précèdent, nous pensons donc comme l'Union européenne que si le taux d'actualisation doit refléter le point de vue de Boeing, il serait souhaitable d'utiliser un taux d'actualisation par projet qui prend en compte le coût d'opportunité que représente pour Boeing

⁵⁰⁸ États-Unis, réponse à la question n° 78 de l'Arbitre, paragraphes 98, 99 et 102.

⁵⁰⁹ États-Unis, réponse à la question n° 175 de l'Arbitre, paragraphe 20.

⁵¹⁰ Boeing Annual Report 2017 (excerpt) (pièce USA-34); et Boeing 2013 Annual Report (pièce USA-102).

⁵¹¹ En fait, les États-Unis eux-mêmes reconnaissent que la valeur d'un aéronef livré exprimée en dollars EU de l'année de livraison reflète la valeur attendue de l'aéronef que la branche de production des États-Unis aurait vendu, mais elle ne reflète sans doute pas la valeur au moment de la vente (c'est-à-dire le moment où la vente a été perdue). (États-Unis, note méthodologique, paragraphe 49)

l'attente d'être payé pour la production et la livraison d'un aéronef, ainsi que l'inflation attendue. Toutefois, nous émettons des doutes quant à la validité du taux d'actualisation par commande servant de comparateur que l'Union européenne propose et qui est composé a) du taux d'intérêt réel, b) de l'inflation attendue des prix des LCA, et c) du risque d'annulation des commandes pour Boeing. Nous notons que les deux premiers éléments pris conjointement correspondent à un taux d'intérêt nominal étant donné que, selon l'équation de Fisher, le taux d'intérêt réel est égal au taux d'intérêt nominal moins l'inflation attendue.⁵¹² À notre avis, il serait inhabituel de construire un taux d'actualisation en ajoutant une variable qui mesure l'inflation attendue à un taux d'intérêt réel, au lieu d'actualiser les flux de trésorerie futurs attendus exprimés en termes nominaux en utilisant directement un taux d'intérêt nominal, ou d'actualiser les flux de trésorerie futurs attendus exprimés en termes réels en utilisant un taux d'actualisation réel.⁵¹³ Nous notons également que le taux d'actualisation à trois composantes que propose l'Union européenne est uniquement un taux par projet parce que l'inclusion du facteur de révision est un indicateur supplétif de l'inflation attendue des prix des LCA. Toutefois, selon l'Union européenne, le taux d'actualisation devrait être un taux par projet pour tenir compte du risque de défaillance de la compagnie aérienne, et non parce que différentes *[[***]]* sont utilisées pour différentes *[[***]]*. En d'autres termes, l'Union européenne n'a pas fourni de taux d'actualisation par projet tenant compte du risque de défaillance spécifique de la compagnie aérienne. En l'absence de ces taux d'actualisation par projet, nous considérons qu'un taux d'actualisation propre à Boeing est la meilleure option disponible.

6.349. Nous passons donc maintenant à l'examen du CMPC de Boeing, que l'Union européenne a proposé en tant que solution autre que le taux d'actualisation par commande servant de comparateur. À titre de rappel, les États-Unis ont expliqué que "Boeing utilis[ait] *parfois* [mais pas toujours] son CMPC pour actualiser des flux de trésorerie futurs attendus afin de déterminer leur valeur actuelle", mais ils ont observé qu'"[i]l s'agi[ssait] d'un contexte différent de celui de l'exercice d'évaluation du niveau de contre-mesures en cause en l'espèce".⁵¹⁴ Toutefois, les éléments de preuve versés au dossier ne sont pas suffisants pour nous permettre d'établir en quoi consisterait l'approche habituelle de Boeing – si tant est qu'elle en ait une – concernant l'actualisation de ces flux de recettes futures. Nous observons en outre que le CMPC est un taux construit. Sa valeur diffère en fonction de la façon dont certains des éléments qui le constituent, en particulier le coût des capitaux propres, sont calculés et en fonction des sources de données qui sont utilisées pour effectuer ces calculs. Les deux parties ont présenté des valeurs pour le CMPC de Boeing qui diffèrent considérablement, les différences allant de *[[***]]* à *[[***]]* points de pourcentage. Certaines de ces différences reflètent probablement le fait que les parties ont fourni le CMPC de Boeing correspondant à des moments différents (c'est-à-dire en juillet 2012 et juillet 2013 (États-Unis) et en décembre 2012 et décembre 2013 (Union européenne)). Mais certaines de ces différences pouvaient aussi être le résultat d'approches et de sources de données différentes que les parties ont pu utiliser pour calculer le CMPC. Pour ces diverses raisons, nous ne sommes pas convaincus que le CMPC serait un taux d'actualisation approprié pour l'évaluation des pertes de ventes dans la présente procédure.

6.350. Nous notons également que les deux parties ont mentionné la possibilité d'utiliser les facteurs de révision indiqués dans les contrats de vente contrefactuels de Boeing qui auraient régi les pertes de ventes si Boeing avait remporté ces ventes en tant que taux d'actualisation applicable à chaque perte de vente. Nous notons néanmoins que, selon l'Union européenne, cette approche ne tiendrait pas compte du risque d'annulations. Comme l'Union européenne l'a expliqué, l'application du facteur de révision en tant que taux d'actualisation aux prix nets projetés de l'année de livraison pour déterminer leurs valeurs actualisées au moment de la commande revient à calculer les prix de livraison nets en dollars EU de l'année de commande en utilisant le facteur de révision correspondant (c'est-à-dire les prix de l'année de commande). Nous notons toutefois, et les deux parties le reconnaissent, que la révision est conceptuellement distincte de l'actualisation. La révision sert à déterminer le montant des recettes en dollars EU que Boeing recevrait en définitive lors de la livraison de l'aéronef en relation avec une commande de LCA dans le contrefactuel. En revanche, l'actualisation est un moyen par lequel nous pouvons exprimer la valeur de ces recettes postérieures

⁵¹² Union européenne, communication écrite, note de bas de page 295.

⁵¹³ Par ailleurs, comme il a été expliqué dans la section 6.3.4.3.4.2, nous pensons comme l'Union européenne que le risque d'annulations futures devrait être pris en considération dans l'évaluation des pertes de ventes, mais nous émettons des doutes quant à la validité de l'approche proposée par l'Union européenne, qui consiste à combiner des taux fondés sur des mesures différentes, à savoir le taux d'actualisation nominal ayant trait à la valeur monétaire des préférences temporelles et le taux d'annulation ayant trait à la prise de risques en termes de livraisons d'aéronefs annulées.

⁵¹⁴ États-Unis, réponse à la question n° 175 de l'Arbitre, paragraphe 20. (pas d'italique dans l'original)

à la commande en valeurs de l'année de commande. En fait, nous notons que l'utilisation du facteur de révision en tant que taux d'actualisation supposerait implicitement que Boeing aurait un coût d'opportunité nul pour le temps et accorderait moins de valeur aux avantages immédiats qu'aux avantages futurs, parce que le facteur de révision tient compte uniquement des modifications attendues des coûts de la main-d'œuvre et du matériel (inflation). Nous jugeons cette hypothèse déraisonnable. D'une manière compatible avec notre décision précédente de rejeter l'utilisation des prix de l'année de commande, nous rejetons l'utilisation des facteurs de révision en tant que taux d'actualisation.

6.351. Comme les taux d'actualisation suggérés par les parties nous paraissent inappropriés dans les circonstances de la présente procédure et vu l'absence de communauté de vues entre les parties sur cette question bien précise, nous choisissons un autre taux d'actualisation pour actualiser les flux de trésorerie contrefactuels prévus postérieurs à la commande de Boeing.

6.352. Comme il a été expliqué plus haut, un taux d'actualisation approprié devrait à notre avis a) refléter le coût d'opportunité pour Boeing de l'attente d'être payé pour la production et la livraison d'un aéronef, et b) tenir compte de l'inflation. Ayant ces considérations à l'esprit, nous avons proposé aux parties le coût de la dette comme taux d'actualisation. Le coût de la dette mesure le taux d'intérêt effectif payé par Boeing sur sa dette actuelle. Il est calculé en faisant la somme d'un taux des bons du Trésor et de l'écart de crédit de Boeing.⁵¹⁵ L'écart de crédit, qui est défini comme étant la différence entre le rendement d'un bon du Trésor et de l'obligation de Boeing, est une mesure du risque de défaillance de la société.

6.353. Les États-Unis s'opposent à l'utilisation du coût de la dette en tant que taux d'actualisation, mais ils n'ont pas expliqué directement pourquoi cela ne pouvait pas être fait.⁵¹⁶ Nous notons également l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle le coût de la dette ne prend pas en compte l'inflation des prix et des coûts.⁵¹⁷ Nous ne sommes pas de cet avis, étant donné que l'un des éléments du coût de la dette est le taux des bons du Trésor à dix ans, qui est un taux d'intérêt nominal. Nous notons également que le taux des bons du Trésor à dix ans prend en compte le coût d'opportunité de l'attente dans un environnement sans risque.⁵¹⁸ Comme il a été indiqué plus haut, d'après l'équation de Fisher, un taux d'intérêt nominal prend en compte l'inflation attendue.⁵¹⁹ Nous sommes conscients du fait que l'inflation prise en considération dans le taux des bons du Trésor fait référence à l'indice des prix à la consommation (IPC) des États-Unis, et non à [[***]]. Toutefois, nous notons que la corrélation de 2012-2018 entre [[***]] est très élevée.⁵²⁰

6.354. Compte tenu de tout ce qui précède, nous constatons que le coût de la dette à échéance de dix ans⁵²¹ de Boeing qui figure dans le dossier constitue un taux d'actualisation dont l'utilisation est appropriée dans les circonstances de la présente procédure.⁵²²

⁵¹⁵ Boeing 2013 Annual Report (pièce USA-120 (RCC)).

⁵¹⁶ États-Unis, réponse à la question n° 111 de l'Arbitre.

⁵¹⁷ Comme il a été expliqué plus haut dans la section 6.3.4.3.4.2, nous avons rejeté l'approche de l'Union européenne consistant à inclure le risque moyen d'annulation dans le taux d'actualisation. Au lieu de cela, nous tenons compte du risque d'annulations futures en appliquant le taux de survie.

⁵¹⁸ Comme l'Union européenne l'a signalé, il est souvent présumé que le coût d'opportunité de l'attente est constant pour toutes les personnes et toutes les situations. (Union européenne, réponse à la question n° 78 de l'Arbitre, paragraphe 253)

⁵¹⁹ Union européenne, communication écrite, note de bas de page 295.

⁵²⁰ La corrélation de 2012-2018 entre [[***]] est égale à 0,987, ce qui est très proche de la corrélation de 2012-2018 de 0,969 [[***]] et de la corrélation de 2012-2018 de 0,98 [[***]]. (Voir Boeing e-mail from [[***]] (Dec. 13, 2018) (pièce USA-36 (RCC)); Boeing Escalation Slide (pièce USA-37 (RCC)); [[***]] (pièce USA-40 (RCC)); [[***]] (pièce USA-41 (RCC)); et Transaero (2013) comparator campaign: projected versus actual escalation rates (pièce EU-77 (RCES)).)

⁵²¹ Nous avons choisi une échéance de dix ans parce qu'il y a, en moyenne, un écart de [[***]] entre l'année de commande et l'année de livraison contrefactuelle. Le chiffre de [[***]] a été calculé en tant que moyenne pondérée du nombre d'années comprises entre la commande et la livraison contrefactuelle, où les coefficients de pondération sont la part des aéronefs devant être livrés à une date donnée. Comme il a été indiqué dans la section 6.3.4.3.5.1, les calendriers de livraison contrefactuels sont fondés sur les calendriers de livraison d'Airbus convenus contractuellement.

⁵²² Boeing WACC Data for 2012, 2013 (pièce USA-120 (RCC)).

6.3.4.3.7 Conclusion

6.355. Ainsi s'achève notre évaluation des aspects techniques de la méthode d'évaluation des pertes de ventes des États-Unis. Comme il a été indiqué plus haut dans la section 6.1, nous appliquerons ces constatations plus loin dans la section 6.4.2 lorsque nous calculerons la valeur effective des pertes de ventes.

6.3.4.4 Questions entourant l'évaluation de l'entrave

6.356. Dans la section 6.3.4.4, nous évaluons l'approche proposée par les États-Unis pour déterminer la valeur des effets défavorables sous la forme d'une entrave. Nous examinons aussi les critiques techniques formulées par l'Union européenne concernant des étapes spécifiques contenues dans l'approche des États-Unis en ce qui concerne la quantification de l'entrave, ainsi que toutes solutions autres que ces étapes spécifiques proposées par l'Union européenne.

6.357. L'Organe d'appel a expliqué que "le phénomène de l'entrave "renvo[yait] aux situations dans lesquelles les exportations ou les importations du produit similaire du Membre plaignant se seraient accrues si le produit subventionné ne leur avait pas "fait obstacle" ou ne les avait pas "gênées"". ⁵²³ Dans la procédure de mise en conformité, le Groupe spécial a constaté que les subventions contestées étaient une cause d'entrave sur le marché des produits VLA⁵²⁴ sur six marchés géographiques sur la base des données relatives aux livraisons de LCA reproduites ci-dessous dans le tableau 12. Ce tableau rend compte des livraisons d'aéronefs A380 d'Airbus et d'aéronefs 747-8I de Boeing⁵²⁵ sur ces six marchés géographiques pendant la période de référence 2011-2013. Ces deux modèles d'aéronefs étaient les seuls LCA sur le marché des produits VLA pendant la période de référence 2011-2013.

Tableau 12: Marché des LCA très gros porteurs⁵²⁶

	Union européenne			Australie			Chine		
Données relatives aux livraisons	Déc. 2011	2012	2013	Déc. 2011	2012	2013	Déc. 2011	2012	2013
Volume de Boeing (unités)	0	5	5	0	0	0	0	0	0
Part de marché de Boeing	-	55,6%	55,6%	0,0%	-	-	0,0%	0,0%	0,0%
Volume d'Airbus (unités)	0	4	4	1	0	0	1	2	1
Part de marché d'Airbus	-	44,4%	44,4%	100%	-	-	100%	100%	100%
	Corée			Singapour			Émirats arabes unis		
Données relatives aux livraisons	Déc. 2011	2012	2013	Déc. 2011	2012	2013	Déc. 2011	2012	2013
Volume de Boeing (unités)	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Part de marché de Boeing	-	0,0%	0,0%	-	0,0%	-	0,0%	0,0%	0,0%
Volume d'Airbus (unités)	0	1	2	0	5	0	2	11	13
Part de marché d'Airbus	-	100%	100%	-	100%	-	100%	100%	100%

⁵²³ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.738 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1161).

⁵²⁴ Le Groupe spécial de la mise en conformité avait constaté que les subventions contestées étaient une cause de détournement et/ou d'entrave sur les trois marchés de produits (c'est-à-dire les monocouloirs, les bicouloirs et les VLA), mais ces constatations ont été infirmées en appel en ce qui concerne les marchés des produits monocouloirs et bicouloirs, comme l'ont été les constatations de détournement formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité en ce qui concerne le marché des produits VLA.

⁵²⁵ Il y a deux versions du 747-8 de Boeing: le 747-8F (pour le fret) et le 747-8I (pour les passagers). (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, note de bas de page 2323). Nous notons, toutefois, que les marchés de produits dans la procédure de mise en conformité comprenaient seulement les aéronefs de passagers et que, par conséquent, aucune constatation n'a été demandée ni formulée concernant l'entrave visant les livraisons d'aéronefs 747-8F.

⁵²⁶ Le tableau reprend le tableau 22 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité et le tableau 13 du rapport de l'Organe d'appel.

6.358. L'Organe d'appel a modifié le raisonnement du Groupe spécial de la mise en conformité à cet égard, mais il a constaté en fin de compte que "les "effets sur les produits" des subventions AL/FEM existant pendant la période postérieure à la mise en œuvre [étaient] une cause réelle et substantielle d'entrave des LCA des États-Unis sur les marchés des VLA de l'Union européenne [au titre de l'article 6.3 a) de l'Accord SMC], [et] de l'Australie, de la Chine, de la Corée, de Singapour et des Émirats arabes unis" au titre de l'article 6.3 b) de l'Accord SMC.⁵²⁷ Ainsi, le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel ont tous deux constaté que les livraisons de LCA de la branche de production de LCA des États-Unis sur ces six marchés géographiques auraient été "plus importantes" pendant la période de référence 2011-2013 dans le contrefactuel.⁵²⁸ Il importe de noter, toutefois, que ni le Groupe spécial de la mise en conformité ni l'Organe d'appel n'ont précisé *dans quelle mesure* ces livraisons auraient été *plus importantes* sur tel ou tel marché géographique.⁵²⁹

6.359. Nous notons que, dans leur méthode, les États-Unis sont d'avis que les livraisons effectives d'aéronefs A380 d'Airbus qui ont eu lieu sur les six marchés géographiques pendant la période de référence 2011-2013 (que nous appellerons, pour plus de commodité, les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave) auraient été remplacées, sur la base de un pour un, par des livraisons contrefactuelles d'aéronefs 747-8I de Boeing (c'est-à-dire le modèle de Boeing concurrent le plus proche de l'aéronef A380) pendant la période de référence 2011-2013.⁵³⁰ Les États-Unis calculent donc la valeur de l'entrave sur un marché géographique donné k au cours d'un mois ou d'une année donné s pendant la période de référence comme étant le prix de livraison net moyen des aéronefs 747-8I de Boeing pendant ce mois ou cette année multiplié par le nombre d'aéronefs 747-8I qui auraient été livrés à ce marché géographique k pendant l'année s dans le contrefactuel⁵³¹:

$$\text{Entrave}_{\text{marché } k, \text{ année de livraison } s}^{\text{en USD de l'année de livraison } s} = \frac{\text{prix net moyen de Boeing}_{\text{année de livraison } s}^{\text{en USD de l'année de livraison } s}}{\times \text{nombre d'aéronefs}_{\text{marché } k, \text{ année de livraison } s}}$$

8)

où s : mois/année de livraison pendant la période de référence

$\text{Prix net moyen de Boeing}_{\text{année de livraison } s}^{\text{en USD de l'année de livraison } s}$: prix de livraison net moyen du modèle 747-8I livré pendant l'année s et exprimé en dollars EU de l'année de livraison s

$\text{Nombre d'aéronefs}_{\text{marché } k, \text{ année de livraison } s}$: nombre d'aéronefs 747-8I livrés à une ou des compagnies aériennes sur le marché national k pendant l'année s .

6.360. Les parties contestent deux grands points dans ce contexte: a) dans quelle mesure les livraisons contrefactuelles de Boeing auraient été plus importantes et quels modèles de LCA de Boeing auraient été livrés, et b) les prix des livraisons contrefactuelles additionnelles de Boeing. La présente section traite successivement de chacun de ces points, après un mot rapide au sujet de la représentativité de la période de référence 2011-2013 aux fins de l'évaluation de l'entrave.

⁵²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 6.42 a).

⁵²⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 6.41. Nous notons donc qu'une augmentation en chiffres absolus des livraisons de Boeing sur les six marchés géographiques constitue la façon dont "les exportations ou les importations [pertinentes de Boeing] se seraient accrues".

⁵²⁹ Union européenne, communication écrite, paragraphe 198 (faisant cette observation); et États-Unis, communication écrite, paragraphe 165 (notant que "[l]es États-Unis et l'UE conviennent que l'Organe d'appel a constaté dans son rapport sur la mise en conformité que la branche de production de LCA des États-Unis aurait obtenu un volume de livraisons et une part de marché supérieurs à leur niveau effectif pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Toutefois, les parties sont en désaccord au sujet des incidences de cette constatation"). (note de bas de page et guillemets omis)

⁵³⁰ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 82.

⁵³¹ À l'exception du marché de l'Union européenne, les constatations d'entrave concernant chacun des cinq marchés géographiques restants qui sont en cause concernent une seule compagnie aérienne. Par exemple, les constatations d'entrave concernant les livraisons en 2012 d'aéronefs A380 à Singapour font référence à Singapore Airlines. Inversement, les constatations d'entrave concernant les livraisons en 2013 d'aéronefs A380 à l'Union européenne font référence aux livraisons à Air France et British Airways.

6.3.4.4.1 Représentativité de la période de référence 2011-2013

6.361. L'Arbitre rappelle qu'au paragraphe 6.203, il a indiqué qu'il procèderait à un examen de la représentativité de la période de référence 2011-2013, y compris pour sa quantification des effets défavorables sous la forme d'une entrave. Nous notons à cet égard que les volumes de livraison de VLA notamment pour l'un des six marchés géographiques pertinents étaient élevés aussi bien en 2012 qu'en 2013. Il est peu probable que précisément le même nombre de livraisons de VLA ou les mêmes clients auraient été observés au cours d'années différentes. Toutefois, cette situation n'est pas incompatible avec la nature de la branche de production de LCA.⁵³² Nous ne voyons donc rien dans le nombre de livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave, ou dans de quelconques données versées au dossier concernant les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave et les conditions du marché pendant la période de référence 2011-2013, qui pourrait être considéré objectivement comme étant si anormal que cela rendrait la période de référence 2011-2013 non représentative des effets défavorables (sous la forme d'une entrave) à court terme résultant de la non-mise en conformité de l'Union européenne à la fin de la période de mise en œuvre.

6.362. En conclusion, nous ne voyons pas de fondement permettant de conclure que la période de référence 2011-2013 n'est pas représentative dans le contexte de l'évaluation de l'entrave et que nous devrions donc utiliser uniquement un sous-ensemble temporel de la période de référence 2011-2013 au lieu de toute la période de référence de 25 mois.

6.3.4.4.2 Nombre et modèles des livraisons contrefactuelles accrues de LCA de Boeing

6.363. Comme nous l'avons déjà indiqué, les États-Unis sont d'avis que les livraisons effectives d'aéronefs A380 d'Airbus qui ont eu lieu sur les six marchés géographiques pendant la période de référence 2011-2013 (que nous appellerons, pour plus de commodité, les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave) auraient été remplacées – sur la base de un pour un – par des livraisons contrefactuelles d'aéronefs 747-8I de Boeing (c'est-à-dire le modèle de Boeing concurrent le plus proche de l'aéronef A380) pendant la période de référence 2011-2013.⁵³³

6.364. L'Union européenne conteste cette position⁵³⁴, faisant valoir qu'un modèle économique est nécessaire pour déterminer dans quelle mesure les livraisons contrefactuelles de LCA de Boeing auraient été plus importantes sur les six marchés géographiques pendant la période de référence 2011-2013, compte tenu des facteurs du côté de l'offre et du côté de la demande. Selon elle, ces livraisons contrefactuelles n'auraient pas nécessairement été des aéronefs 747-8I de Boeing mais auraient pu prendre la forme d'autres modèles d'aéronefs tels que d'autres aéronefs bicouloirs de Boeing comme le 777-300ER. L'Union européenne affirme que, étant donné que les États-Unis n'ont fourni aucun modèle économique, ils n'ont pas dûment étayé leurs arguments par des éléments de preuve appropriés.⁵³⁵

6.365. Les États-Unis répondent que les arguments de l'Union européenne sont incompatibles avec les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité et de l'Organe d'appel, équivalent ainsi à une tentative visant à revenir sur la procédure de mise en conformité s'agissant de l'entrave, et ne sont pas étayés par des éléments de preuve appropriés. Ils n'écartent pas cependant la possibilité que Boeing ait pu remplacer certaines des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par des modèles de LCA autres que le modèle 747-8I, comme le modèle 777-300ER de Boeing.⁵³⁶

6.366. L'Arbitre note pour commencer que ni le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité ni celui de l'Organe d'appel dans la procédure de mise en conformité n'ont explicitement précisé

⁵³² Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1719 (expliquant que "les commandes [de LCA] ont tendance à être très importantes et sporadiques", ce qui donne lieu naturellement à des volumes de livraison non uniformes de certains LCA à certains clients avec le temps).

⁵³³ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 82.

⁵³⁴ Nous rappelons que l'Union européenne présente ses arguments dans la présente section à titre subsidiaire par rapport à l'approche qu'elle privilégie, à savoir que l'Arbitre fasse entièrement abstraction de l'entrave pour procéder à son évaluation. Il a été déterminé antérieurement dans la présente décision que l'approche en question était inappropriée. (Voir plus haut les sections 6.3.1 et 6.3.3.)

⁵³⁵ Union européenne, communication écrite, paragraphes 197 à 203.

⁵³⁶ États-Unis, communication écrite, paragraphe 234; réponses aux questions de l'Arbitre n° 46, paragraphe 114, n° 87, paragraphe 122 et n° 88, paragraphe 128; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions n° 113, paragraphe 217 et n° 151, paragraphe 263.

dans quelle mesure les livraisons de LCA de Boeing auraient été "plus importantes" sur chacun des six marchés géographiques pertinents dans le contrefactuel. En principe, par conséquent, nous jugeons approprié d'examiner les arguments de l'Union européenne pour déterminer dans quelle mesure les livraisons effectuées par Boeing auraient été "plus importantes". En même temps, nous sommes bien conscients de la préoccupation exprimée par les États-Unis selon laquelle, compte tenu en particulier du faible nombre de livraisons d'A380 sur certains des six marchés géographiques susmentionnés (par exemple l'Australie, avec une seule livraison d'A380), tout ce qui est moins qu'un remplacement contrefactuel de un pour un des livraisons d'Airbus par des livraisons de Boeing sur ces marchés peut soit invalider au moins certaines des constatations relatives à l'entrave soit apparaître comme contraire aux hypothèses apparentes sous-tendant les analyses pertinentes dans la procédure de mise en conformité. De plus, il ne serait à notre avis ni plausible ni cohérent, en l'absence de constatations ou d'éléments de preuve à l'appui, de supposer que sur les marchés géographiques pertinents où il y a eu de nombreuses livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave, Boeing aurait effectué moins de livraisons contrefactuelles additionnelles de LCA qu'Airbus n'en a effectuées en fait, alors que sur un marché géographique pertinent où il y a eu une seule livraison (par exemple l'Australie), elle aurait livré contrefactuellement le même nombre (ou un plus grand nombre) d'aéronefs que ne l'a fait Airbus.⁵³⁷

6.367. En l'espèce, ce qui est clair pour nous, c'est que quelle que soit l'approche que nous adoptons, nous ne devons pas invalider les constatations de l'Organe d'appel selon lesquelles il y a eu entrave sur le marché de produits VLA sur chacun des six marchés géographiques, considéré individuellement⁵³⁸, pendant la période de référence 2011-2013.⁵³⁹ Nous estimons toutefois qu'un examen des arguments de l'Union européenne dans le cas présent n'est pas incompatible avec cet impératif. Nous examinons donc les arguments de l'Union européenne pour nous forger un avis sur le point de savoir dans quelle mesure les livraisons de LCA de Boeing auraient été "plus importantes" sur chacun des six marchés géographiques en cause pendant la période de référence 2011-2013⁵⁴⁰ et de quels modèles ces livraisons additionnelles de LCA de Boeing auraient été constituées.

6.368. Dans la présente section, nous traitons d'abord l'argument fondamental de l'Union européenne selon lequel un modèle économique est nécessaire pour évaluer la situation contrefactuelle pertinente. Nous examinons ensuite les facteurs du côté de l'offre et du côté de la demande que les parties identifient comme étant importants dans ce contexte.

6.3.4.4.2.1 Absence de modèle économique

6.369. L'Union européenne fait valoir que l'Arbitre doit utiliser un modèle économique pour déterminer dans quelle mesure la part de marché et les livraisons de Boeing auraient été plus importantes sur chacun des six marchés géographiques en cause pendant la période de référence 2011-2013. Elle affirme que, sans ce modèle, l'Arbitre n'a pas de base objective pour vérifier l'hypothèse contrefactuelle des États-Unis selon laquelle Boeing aurait remplacé les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par un nombre égal de livraisons de 747-8I pendant la période de référence 2011-2013. Elle fait valoir que ledit modèle devrait au minimum traiter certains facteurs du côté de l'offre et du côté de la demande. Selon elle, en l'absence dudit modèle, la position des États-Unis selon laquelle les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave auraient été remplacées – sur la base de un pour un – par des livraisons d'aéronefs 747-8I de Boeing dans le contrefactuel reste "une hypothèse extrême et non étayée"⁵⁴¹, non fondée sur une "approche

⁵³⁷ Nous notons dans ce contexte l'observation correcte des États-Unis selon laquelle ni le Groupe spécial de la mise en conformité ni l'Organe d'appel n'ont procédé à un raisonnement par marché géographique dans le contexte de l'entrave. (États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 113 de l'Arbitre, paragraphes 221 et 222)

⁵³⁸ Voir l'article 6.3 a) et b) de l'Accord SMC (faisant référence "[a]u marché du Membre qui accorde la subvention" et "[a]u marché d'un pays tiers", respectivement). (pas d'italique dans l'original)

⁵³⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 5.740 et 5.742 (souscrivant aux constatations du Groupe spécial de la mise en conformité selon lesquelles "le volume des livraisons et les parts de marché que la branche de production de LCA des États-Unis aurait obtenus entre le 1^{er} décembre 2011 et la fin de 2013 auraient été supérieurs" en l'absence d'AL/FEM). (pas d'italique dans l'original)

⁵⁴⁰ Nous pensons comme l'Union européenne que, dans le contexte de l'entrave, nous ne devrions inclure dans la fixation d'un montant maximal de suspension annuelle aucune livraison contrefactuelle de Boeing qui aurait eu lieu en dehors de la période de référence 2011-2013. (Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 144 de l'Arbitre, paragraphes 445 à 451).

⁵⁴¹ Union européenne, réponse à la question n° 3 de l'Arbitre, paragraphe 92.

crédible ni fondée sur des éléments de preuve" pour le calcul de la valeur des livraisons ayant donné lieu à une entrave.⁵⁴² L'Union européenne affirme ainsi que les États-Unis ne démontrent pas que leur exercice de quantification donne un niveau de contre-mesures, s'agissant de l'entrave, qui satisfait au critère "proportionnel" énoncé à l'article 7.9 et 7.10 de l'Accord SMC.⁵⁴³

6.370. Les États-Unis font valoir que leur hypothèse selon laquelle, dans le contrefactuel, Boeing aurait remplacé toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par un nombre égal de livraisons d'aéronefs 747-8I pendant la période de référence 2011-2013 est raisonnable sur la base des constatations adoptées dans le présent différend et des éléments de preuve versés au dossier. Ils rappellent qu'il a été constaté que les modèles A380 et 747-8I étaient suffisamment substituables, qu'il s'agissait des deux seuls VLA qui pouvaient être livrés pendant la période de référence 2011-2013 et que la demande de LCA des clients était inélastique. Sur la base de ces considérations, ils estiment qu'il est très probable que les clients demanderaient des livraisons du même nombre d'aéronefs 747-8I contrefactuels que le nombre d'aéronefs A380 qu'ils ont effectivement demandés. Les États-Unis affirment en outre que l'Union européenne n'a pas présenté d'éléments de preuve démontrant le contraire. Ils font donc valoir que l'utilisation d'un modèle économique dans ce contexte est inutile. En outre, selon eux, l'utilisation d'un tel modèle impliquerait des conjectures concernant un "nombre infini de variables".⁵⁴⁴ De l'avis des États-Unis, "[s]e livrer à ces conjectures ne fournirait qu'une apparence trompeuse d'exactitude. À vrai dire, cela rendrait le calcul tributaire d'entrées extrêmement conjecturales et de leur interaction".⁵⁴⁵ Les États-Unis affirment donc qu'il n'y a aucune raison de penser qu'un modèle donnerait des résultats plus fiables que leur approche. Ils notent en outre que le Groupe spécial de la mise en conformité a rejeté l'idée que des analyses économétriques quantitatives seraient un moyen essentiel de déterminer les marchés de produits et qu'il s'est appuyé au lieu de cela sur des éléments de preuve qualitatifs.⁵⁴⁶

6.371. L'Arbitre note qu'il a pour mandat de quantifier le degré et la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée en vue de déterminer si le niveau proposé de contre-mesures est proportionnel à ces effets défavorables. L'article 7.10 de l'Accord SMC ne dit rien de la méthode que les arbitres devraient utiliser pour s'acquitter de ce mandat, leur laissant ainsi un certain pouvoir discrétionnaire dans le choix d'une méthode appropriée. Pour faire ce choix, le point de départ est la méthode proposée par la partie plaignante, dans le cas présent les États-Unis, dans leur note méthodologique.

6.372. Dans leur note méthodologique, les États-Unis demandent à l'Arbitre de supposer que, dans le contrefactuel, toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave auraient été remplacées par un nombre égal de livraisons de 747-8I effectuées pendant la même période pertinente, c'est-à-dire la période de référence 2011-2013. C'est à l'Union européenne qu'incombe la charge de présenter des arguments et des éléments de preuve suffisants pour établir que cette approche aboutit à un niveau de contre-mesures qui n'est pas proportionnel aux six cas d'entrave dont l'existence a été constatée dans la procédure de mise en conformité et qu'elle est par conséquent incompatible avec l'article 7.10. Pour cela, l'Union européenne doit examiner la méthode présentée par les États-Unis; il "ne suffit pas simplement d'affirmer qu'une autre méthode est plus appropriée".⁵⁴⁷ Bien qu'elle ait examiné la méthode des États-Unis et affirmé qu'un modèle économique serait plus approprié, l'Union européenne n'a présenté aucun modèle de ce type à l'appui de ses arguments.

6.373. Par conséquent, pour nous forger un avis sur le point de savoir si une approche comportant une modélisation économique serait plus appropriée que celle des États-Unis, nous évaluons maintenant le point de savoir si, à la lumière des éléments de preuve versés au dossier, l'hypothèse sous-tendant l'approche des États-Unis, à savoir que Boeing aurait remplacé toutes les livraisons

⁵⁴² Union européenne, communication écrite, paragraphe 202.

⁵⁴³ Voir, par exemple, Union européenne, communication écrite, paragraphes 197 à 203; et réponses aux questions de l'Arbitre n° 3, paragraphes 91 à 95, n° 5, n° 6, n° 46 et n° 84.

⁵⁴⁴ États-Unis, communication écrite, paragraphe 194.

⁵⁴⁵ États-Unis, communication écrite, paragraphe 194. Les États-Unis soulèvent cet argument s'agissant de déterminer le moment auquel auraient eu lieu les livraisons consécutives aux pertes de ventes, mais nous estimons qu'il s'appliquerait aussi s'agissant d'un examen plus complexe portant sur ce que les acheteurs de LCA auraient commandé et le moment auquel les livraisons de ces LCA auraient eu lieu dans le contexte de l'entrave.

⁵⁴⁶ États-Unis, communication écrite, paragraphes 164, 171, 173, 177, 191 à 194, 231 et 236; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 151 de l'Arbitre, paragraphe 265.

⁵⁴⁷ Décisions de l'Arbitre *États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 4.14.

d'A380 ayant donné lieu à une entrave par un nombre égal de livraisons d'aéronefs 747-8I pendant la période de référence 2011-2013, est raisonnable. Si c'est le cas, la modélisation économique ne constituerait pas, à notre avis, une méthode intrinsèquement plus appropriée. Nous jugeons utile et efficace de structurer notre évaluation en fonction des facteurs du côté de l'offre et du côté de la demande identifiés par les parties. Nous examinons ces facteurs ci-après.

6.3.4.4.2.2 Facteurs du côté de l'offre et du côté de la demande

6.374. Dans leurs communications, les parties ont identifié les facteurs du côté de l'offre et du côté de la demande que l'Arbitre doit, selon elles, examiner dans son analyse concernant le point de savoir dans quelle mesure les livraisons contrefactuelles de LCA de Boeing auraient été "plus importantes" sur chacun des six marchés géographiques pendant la période de référence 2011-2013: a) inélasticité de la demande de LCA, b) demande des clients démontrée concernant les livraisons d'A380 pendant la période de référence 2011-2013, c) substituabilité des modèles 747-8I et A380, d) capacité de production de 747-8I de Boeing, e) présence sur le marché de l'aéronef A380, f) concurrence des LCA bicouloirs, des sociétés de location et du marché d'occasion des LCA, g) offres agressives d'Airbus dans certaines campagnes de vente, h) coûts, prix et livraisons d'Airbus et de Boeing, i) abandon des gains d'efficacité découlant de l'apprentissage par la pratique, j) achats différés par les clients, et k) préférences différentes des clients dans le contrefactuel. Nous examinons chacun de ces facteurs tour à tour.

6.375. Ce faisant, nous rappelons que le volume des constatations adoptées dans le présent différend depuis la procédure initiale et la procédure de mise en conformité représente des centaines de pages et que les constatations pertinentes aux fins de la présente procédure d'arbitrage concernent des allégations formulées au titre de la partie III de l'Accord SMC, qui ont exigé l'identification d'effets défavorables au sens des articles 5 et 6. Cela étant, nous notons qu'une partie importante des constatations volumineuses adoptées en l'espèce décrivent spécifiquement les conditions de concurrence dans la branche de production des LCA pendant les périodes pertinentes, le mécanisme de causalité par lequel les AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB ont causé des effets défavorables en général, et les circonstances entourant la survenue des pertes de ventes et de l'entrave en question. Nous sommes liés par ces constatations et nous agissons donc dans ces limites. Pour évaluer la validité des arguments de l'Union européenne dans ce contexte, nous notons par conséquent que nous procédons à cette évaluation non seulement à la lumière des éléments de preuve versés au dossier de la présente procédure d'arbitrage mais aussi à la lumière du volume important des constatations adoptées en l'espèce intéressant les conditions du marché dans lesquelles les cas pertinents d'entrave se sont produits.⁵⁴⁸

Inélasticité de la demande de LCA

6.376. Les parties conviennent que, d'une manière générale, la demande de LCA est inélastique.⁵⁴⁹ Nous estimons que cela étaye le point de vue selon lequel, si les clients auxquels les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave ont été faites n'avaient pas pu avoir livraison d'aéronefs A380 pendant la période de référence 2011-2013 dans le contrefactuel, il est probable qu'ils auraient demandé à la place la livraison d'un quelconque type de LCA dans cette même période, surtout si un modèle de LCA qui était suffisamment substituable à l'aéronef A380 pouvait être livré à ce moment-là.

Demande démontrée des clients concernant des VLA

6.377. Nous notons en outre que, dans la réalité, les clients auxquels les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave ont été faites voulaient que les quantités pertinentes d'aéronefs A380 leur soient livrées pendant la période de référence 2011-2013. En l'absence d'éléments de preuve

⁵⁴⁸ Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*; *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*; les rapports des Groupes spéciaux *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*; et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Nous notons que, dans nombre d'arbitrages effectués au titre d'autres dispositions (par exemple l'article 4 de l'Accord SMC et/ou l'article 22:6 du Mémoire d'accord), il se peut que de telles constatations ne soient pas disponibles car les violations sous-jacentes pertinentes peuvent être liées à des aspects structurels des mesures plutôt qu'à leurs effets sur le marché.

⁵⁴⁹ États-Unis, communication écrite, paragraphes 173, 177 et 186; et Union européenne, réponse à la question n° 5 de l'Arbitre, paragraphe 132.

indiquant que ces clients auraient, pour une raison ou une autre, modifié cette préférence mise en évidence, nous jugeons raisonnable de supposer que, dans le contrefactuel, ces mêmes clients auraient voulu que le même nombre de LCA suffisamment substituables leur soit livré pendant la période de référence 2011-2013.

Substituabilité des modèles 747-8I et A380

6.378. Les États-Unis notent que, dans la procédure de mise en conformité, les modèles A380 et 747-8I étaient les deux seuls LCA sur le marché de produits VLA pendant la période de référence 2011-2013 et les deux seuls VLA qui pouvaient être livrés pendant cette période.⁵⁵⁰ Il a été constaté que les trois marchés de produits (monocouloirs, bicouloirs, VLA) identifiés au cours de la procédure de mise en conformité "représent[ai]ent les trois segments sur lesquels la plupart des interactions concurrentielles entre les aéronefs pertinents [auraient] habituellement lieu".⁵⁵¹ En outre, dans la procédure de mise en conformité, la substituabilité entre les modèles 747-8I et A380 a été un élément essentiel pris en considération dans les constatations d'entrave.⁵⁵² Nous estimons donc que la substituabilité entre les modèles 747-8I et A380 étaye fortement l'idée que si les clients qui avaient reçu les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave n'avaient pas pu obtenir des aéronefs A380 pendant la période de référence 2011-2013 dans le contrefactuel, il est probable qu'ils auraient voulu à la place des aéronefs 747-8I.

Capacité de production de Boeing en ce qui concerne le 747

6.379. L'Union européenne fait valoir que, dans le contrefactuel, Boeing aurait eu une capacité de production insuffisante pour remplacer toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par des livraisons de 747-8I pendant la période de référence 2011-2013. Elle affirme à cet égard que Boeing n'aurait pas livré son premier aéronef 747-8I contrefactuel à un client commercial avant avril 2012 (c'est-à-dire le mois où a eu lieu la première livraison effective d'un aéronef 747-8I à un client commercial – à savoir Lufthansa sur le marché de l'Union européenne) et n'aurait donc pas pu remplacer les livraisons ayant donné lieu à une entrave antérieures à avril 2012 par des livraisons contrefactuelles de 747-8I. Elle fait valoir en outre que les 21 mois restants de la période de référence 2011-2013 n'auraient pas été suffisants pour que Boeing puisse remplacer les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par un nombre égal de livraisons de 747-8I. Selon l'Union européenne, accroître la capacité de production de VLA dans la mesure nécessaire aurait pu engendrer pour Boeing une charge de production ingérable, n'aurait peut-être pas été économiquement intéressant et/ou aurait peut-être exigé qu'elle sacrifie des ressources concernant d'autres activités relatives aux LCA dans une mesure inacceptable. En outre, l'Union européenne affirme que Boeing n'aurait pas pu transférer effectivement sa capacité de production du programme relatif au 747-8F au programme relatif au 747-8I et que sa décision de [[***]] signifiait qu'elle n'aurait pas eu des ressources suffisantes à consacrer au programme 747-8I dans le contrefactuel pour accélérer le développement de ce programme et la production. Elle n'écarte pas cependant la possibilité que Boeing ait pu être en mesure de remplacer quelques livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par des livraisons de ses aéronefs 777. Elle estime d'une manière générale que seul un modèle économique pourrait montrer combien il y aurait eu de livraisons de LCA de Boeing additionnelles pertinentes dans le contrefactuel et quels modèles de LCA de Boeing elles auraient été inclus. Selon elle, tout argument des États-Unis à l'effet contraire est d'ordre conjectural et est fondé sur des éléments de preuve insuffisants.⁵⁵³

6.380. Les États-Unis soulèvent d'abord une exception de procédure à l'égard des arguments avancés par l'Union européenne dans ce contexte. Selon eux, les constatations relatives à l'existence d'une entrave formulées dans la procédure de mise en conformité reposaient sur l'hypothèse que Boeing aurait pu accroître la capacité de production contrefactuelle de 747-8I, et les arguments de

⁵⁵⁰ Voir plus haut le paragraphe 6.370; le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.548; et le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, tableau 18. Nous notons en outre que l'identification de ces marchés de produits était le résultat d'analyses complexes et approfondies.

⁵⁵¹ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1416.

⁵⁵² Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 5.734, 5.740 et 6.41.

⁵⁵³ Union européenne, communication écrite, paragraphes 197 à 200 et 300 à 305; réponses aux questions de l'Arbitre n° 6, paragraphes 147, n° 85 et n° 88; et observations sur réponses des États-Unis aux questions de l'Arbitre n° 116, paragraphes 196 à 198, et n° 130.

l'Union européenne selon lesquels Boeing n'aurait pas pu le faire ont été examinés et rejetés à la fois dans la procédure initiale et dans la procédure de mise en conformité. Ainsi, de l'avis des États-Unis, les arguments de l'Union européenne équivalent à une "attaque collatérale" des constatations adoptées, en ce sens qu'ils cherchent à revenir sur des questions réglées.⁵⁵⁴

6.381. S'agissant de la substance des arguments de l'Union européenne, les États-Unis affirment qu'il est raisonnable de conclure que Boeing aurait pu augmenter et aurait augmenté sa production contrefactuelle de 747-8I de manière à pouvoir remplacer toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par des livraisons de 747-8I pendant la période de référence 2011-2013. Ils font valoir que, si elle avait été confrontée à un nombre beaucoup plus important de commandes contrefactuelles de 747-8I pendant les années précédant la période de référence 2011-2013, Boeing aurait été fortement incitée à allouer davantage de ressources au programme relatif au 747-8I, de sorte qu'elle aurait pu à la fois effectuer ses premières livraisons de 747-8I à des clients commerciaux avant avril 2012 et accroître sa capacité de production globale de 747-8I. Ils indiquent que la capacité de production est généralement déterminée par les niveaux de la demande, et que la capacité de Boeing de livrer des avions 747-8F avant 2012 démontre qu'elle aurait eu la capacité de livrer des avions 747-8I pour décembre 2011. Les États-Unis font valoir en outre que Boeing aurait pu sacrifier des capacités de production allouées au programme relatif au 747-8F au profit du programme relatif au 747-8I. En tout état de cause, selon eux, si Boeing avait fait face à des contraintes de capacité de production qui l'aient empêchée de livrer des avions 747-8I au moment où était effectuée l'une quelconque des premières livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave, elle aurait simplement effectué les livraisons de 747-8I quelques mois plus tard ou aurait, au lieu de cela, livré des avions 777-300ER ou peut-être un autre modèle d'avion 747 aux clients pertinents.⁵⁵⁵

6.382. Les États-Unis font valoir que les éléments de preuve empiriques relatifs aux niveaux de capacité de production antérieurs de Boeing concernant une version antérieure de son modèle 747 – le 747-400 – indiquent nettement que Boeing aurait eu la capacité de produire les quantités nécessaires d'avions 747-8I pour remplacer toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par des livraisons de 747-8I pendant la période de référence 2011-2013. Ils estiment que l'Union européenne n'explique pas de manière adéquate pourquoi l'Arbitre ne devrait pas s'appuyer sur ces données antérieures relatives à la production de 747, et que les autres arguments de l'Union européenne relèvent de spéculations et ne sont pas étayés par des éléments de preuve suffisants.⁵⁵⁶

6.383. Enfin, les États-Unis affirment que l'Arbitre peut constater que la capacité de Boeing d'effectuer des livraisons contrefactuelles de 747-8I pendant la période de référence 2011-2013 est sans importance parce que l'exercice auquel il procédera a pour objectif de calculer les effets défavorables futurs causés par les subventions pertinentes, et que Boeing pourra livrer de nombreux avions 747-8I dans l'avenir.⁵⁵⁷

6.384. En réponse à l'argument des États-Unis selon lequel les arguments de l'Union européenne concernant la capacité de production constituent une "attaque collatérale" des constatations adoptées dans le présent différend, l'Union européenne affirme que ses arguments visent l'examen concernant le *degré* d'entrave et non l'*existence* d'une entrave sur les six marchés géographiques.⁵⁵⁸

6.385. En réponse à la position des États-Unis selon laquelle les taux de production antérieurs du 747-400 de Boeing peuvent attester de la capacité de production de Boeing concernant les avions 747-8I pendant la période de référence 2011-2013, l'Union européenne fait valoir qu'il est

⁵⁵⁴ États-Unis, réponses aux questions de l'Arbitre n° 7 et n° 46, paragraphe 110; et Union européenne, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 98 de l'Arbitre, paragraphe 80.

⁵⁵⁵ États-Unis, communication écrite, paragraphes 178, 193 et 240 à 243; réponses aux questions de l'Arbitre n° 7, paragraphe 10, n° 46, paragraphe 114, n° 71, n° 87, n° 88, n° 127 et n° 130; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre n° 112, paragraphes 212 et 213, n° 113, paragraphe 219, et n° 146.

⁵⁵⁶ États-Unis, communication écrite, paragraphe 242; réponse à la question n° 71 de l'Arbitre; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 146 de l'Arbitre.

⁵⁵⁷ États-Unis, communication écrite, paragraphe 239.

⁵⁵⁸ Voir, par exemple, les observations de l'Union européenne sur la réponse des États-Unis à la question n° 153 de l'Arbitre, note de bas de page 2 (expliquant qu'"il y a toujours désaccord entre les parties sur le *degré* d'entrave – c'est-à-dire la part de marché contrefactuelle dont les VLA de Boeing auraient pu s'emparer en l'absence des subventions FEM en cause", et citant des parties précédentes des communications de l'Union européenne).

inapproprié de comparer les taux de production antérieurs du programme relatif au 747 avec la capacité de production contrefactuelle du modèle 747-8I. La raison en est que le modèle 747-400 a été construit à un moment où les conditions du marché et de la production auxquelles Boeing était confrontée étaient différentes, et parce que les modèles 747-400 et 747-8I sont des aéronefs très différents. Selon l'Union européenne, les taux de production antérieurs des aéronefs 777-300ER et A380 sont plus probants dans ce contexte parce qu'il s'agit de LCA long courrier qui ont été développés à peu près au moment où l'aéronef 747-8I a été développé. L'Union européenne souligne également que, pour qu'ils soient significatifs, l'Arbitre devrait utiliser les taux de production antérieurs d'un programme de LCA pendant sa phase d'accélération initiale et non les taux de production au moment où le programme est "mature".⁵⁵⁹

6.386. Enfin, en réponse à l'argument des États-Unis selon lequel Boeing pourra livrer de nombreux aéronefs 747-8I dans l'avenir, l'Union européenne affirme que cet argument est "totalement étranger" à la quantification des effets défavorables dont l'existence a été déterminée pendant la période de référence 2011-2013.⁵⁶⁰

6.387. L'Arbitre rejette d'emblée l'argument des États-Unis relatif à la capacité *prospective* de production de 747-8I de Boeing. Comme il est expliqué plus haut dans la section 6.3.1, nous évaluons les pertes de ventes et l'entrave dont l'existence a été constatée *pendant la période de référence 2011-2013* afin de déterminer le niveau maximal de la suspension annuelle. Nous devons donc déterminer dans quelle mesure les livraisons de LCA de Boeing auraient été "plus importantes" pendant cette période.

6.388. Nous notons ensuite l'exception de procédure soulevée par les États-Unis à l'égard des arguments de l'Union européenne relatifs à la capacité de production. Nous avons indiqué plus haut au paragraphe 6.366 que les États-Unis formulaient cette exception plus généralement s'agissant des arguments avancés par l'Union européenne dans le contexte de l'entrave. Nous ne voyons aucune raison de nous écarter dans ce contexte spécifique de nos conclusions générales formulées dans ce paragraphe. La procédure initiale n'a pas établi dans quelle mesure les livraisons de Boeing auraient été plus importantes sur tout marché géographique pertinent pendant la période de référence 2011-2013. Dans la procédure de mise en conformité, bien que le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel aient rejeté un argument de l'Union européenne selon lequel les retards de production dans le programme 747-8I *empêchaient* des constatations d'entrave sur le marché de produits VLA, ni l'un ni l'autre n'ont dit que ce facteur ne pouvait pas modifier le *degré* d'entrave sur tout marché géographique pertinent. En particulier, les constatations ne tranchent pas la question de savoir en quoi les retards de production de 747-8I auraient influé sur la mesure dans laquelle Boeing aurait remplacé les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par des livraisons d'aéronefs 747-8I et/ou d'aéronefs 777 – question importante aux fins de notre évaluation car ces aéronefs font apparaître des prix de livraison *[[***]]*.⁵⁶¹

6.389. Nous passons ensuite aux arguments de fond des parties. Dans un premier temps, nous examinons si, dans le contrefactuel, Boeing aurait été en mesure de livrer des aéronefs 747-8I aux clients commerciaux avant avril 2012, c'est-à-dire le mois où Boeing a effectivement livré ses premiers aéronefs 747-8I à un client commercial. Cette question est importante parce que certaines livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave ont eu lieu avant ce mois pendant la période de référence 2011-2013. Par conséquent, si Boeing n'avait pas pu effectuer ces livraisons contrefactuelles antérieures à avril 2012 en livrant des aéronefs 747-8I, cela aurait une incidence sur la vitesse contrefactuelle avec laquelle elle aurait dû accélérer sa production de 747-8I. Cela signifierait qu'elle aurait dû accélérer sa production d'aéronefs 747-8I plus rapidement pour produire le nombre d'aéronef requis pour remplacer toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave pendant la période de référence 2011-2013.

6.390. Nous notons que les premières livraisons de 747-8I étaient initialement prévues pour 2010.⁵⁶² Toutefois, plusieurs facteurs ont entraîné des retards dans le programme, de sorte que les livraisons aux clients commerciaux n'ont pu être effectuées qu'en avril 2012: a) des problèmes

⁵⁵⁹ Union européenne, réponse à la question n° 146 de l'Arbitre; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 116 de l'Arbitre, paragraphe 194.

⁵⁶⁰ Union européenne, réponse à la question n° 85 de l'Arbitre.

⁵⁶¹ Boeing E-mail regarding Questions 116, 118, 121, 124(c), 125, 128-129, 132 (pièce USA-66 (RCES)).

⁵⁶² Boeing E-mail regarding Questions 130-131 (pièce USA-84 (RCC)).

relatifs aux chaînes d'approvisionnement, b) des changements de conception tardifs, c) des problèmes de performance constatés lors des essais, d) une grève de huit semaines de la main-d'œuvre, e) des ressources d'ingénierie limitées, et f) [[***]] seul un nombre limité de commandes de 747-8I se sont concrétisées après le lancement.⁵⁶³

6.391. À notre avis, quatre aspects de ces facteurs méritent d'être relevés. Premièrement, il apparaît d'une manière générale que la *survenue* de ces problèmes n'est pas liée aux effets des AL/FEM, et nous estimons donc qu'il est probable que lesdits problèmes (à l'exception peut-être des ressources d'ingénierie limitées, comme il est expliqué dans le paragraphe suivant) auraient eu lieu dans le contrefactuel.

6.392. Deuxièmement, alors que de tels problèmes auraient pu *survenir* dans le contrefactuel, il nous apparaît comme raisonnable de supposer que Boeing aurait *traité* au moins certains d'entre eux plus rapidement qu'il ne l'a fait dans la réalité. La raison en est que Boeing [[***]] en même temps.⁵⁶⁴ Face au nombre plus important de commandes qui en aurait découlé dans le contrefactuel, nous jugeons raisonnable de supposer que Boeing aurait augmenté ses ressources affectées au programme relatif au 747-8I contrefactuellement [[***]], très probablement en augmentant ses ressources globales.⁵⁶⁵

6.393. Troisièmement, il est apparu que ces problèmes s'étaient posés pendant les phases du développement et de la production initiale du programme relatif au 747-8, ce qui avait entraîné un retard dans la capacité d'assembler et de livrer un aéronef 747-8I final en avril 2012 et non à une date antérieure. Toutefois, nous notons qu'en fait, Boeing a effectivement livré des aéronefs 747-8I additionnels après avril 2012, ce qui indique qu'elle avait essentiellement résolu les problèmes rencontrés pendant les phases du développement et de la production initiale du 747-8I.⁵⁶⁶

6.394. Enfin, sa capacité de livrer des aéronefs 747-8F à partir d'octobre 2011 et des aéronefs 747-8I [[***]] aux clients avant avril 2012⁵⁶⁷ nous donne à penser que Boeing aurait pu en principe réaliser des livraisons de 747-8I antérieures à avril 2012 aux clients commerciaux dans le contrefactuel, en particulier en la présence supposée des ressources additionnelles affectées au programme relatif au 747-8I dans le contrefactuel.⁵⁶⁸

6.395. Compte tenu de ces diverses observations, nous estimons qu'il est probable que, dans le contrefactuel, Boeing aurait été en mesure de livrer ses premiers aéronefs 747-8I aux clients commerciaux avant avril 2012, même si le moment précis auquel cette première livraison aurait eu lieu est incertain. Néanmoins, aux fins de la présente analyse, nous supposons que, dans le contrefactuel, Boeing n'aurait *pas* livré le moindre aéronef 747-8I aux clients commerciaux avant avril 2012. Nous notons toutefois expressément que nous estimons qu'il s'agit d'une hypothèse prudente.

⁵⁶³ États-Unis, réponses aux questions de l'Arbitre n° 88, paragraphe 126, et n° 131; Boeing 2008 Annual Report (pièce EU-116); Boeing e-mail from [[***]] (Dec. 10, 2018) (pièce USA-56 (RCC)); Boeing E-mail regarding Questions 130-131 (pièce USA-84 (RCC)); et Machinists Back Contract With Boeing; 8-Week Strike Ends, New York Times (Nov. 2, 2008) (pièce USA-86 (RCC)).

⁵⁶⁴ Boeing 747 Family, Boeing website (pièce USA-54) (indiquant qu'en 2009, Boeing réévaluait son engagement concernant le programme relatif au 747-8I parce qu'un seul client, à savoir Lufthansa, avait commandé l'aéronef 747-8I à ce moment-là).

⁵⁶⁵ Boeing E-mail regarding Questions 130-131 (pièce USA-84 (RCC)) (indiquant qu'une augmentation contrefactuelle des ressources affectées au programme relatif au 747-8I signifierait que [[***]]); et The Seattle Times, "747-8 delay causes doubts about Boeing", 7 October 2009 (pièce EU-117) (examinant ces problèmes). Nous notons que nous supposons que cette augmentation contrefactuelle des commandes de 747-8I est notable, car nous concluons d'une manière générale, plus loin dans la présente section, qu'il est raisonnable de supposer que Boeing aurait remplacé toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave – sur la base de un pour un – par des livraisons d'aéronefs 747-8I.

⁵⁶⁶ The Seattle Times, "747-8 delay causes doubts about Boeing", 7 October 2009 (pièce EU-117) (examinant ces problèmes de manière assez détaillée); et Boeing E-mail regarding Questions 130-131 (pièce USA-84 (RCC)) (indiquant que les retards dans le programme relatif au 747-8 résultaient principalement des "phases du *développement* et de la production *initiale*"). (pas d'italique dans l'original)

⁵⁶⁷ Boeing 747 deliveries (2000-2013), Excel download from Boeing website (pièce USA-53); et Boeing E-mail regarding Questions 130-131 (pièce USA-84 (RCC)).

⁵⁶⁸ Les 747-8I et 747-8F sont produits sur la même chaîne d'assemblage final et partagent des éléments communs importants. (États-Unis, réponse à la question n° 88 de l'Arbitre; et Boeing E-mail regarding Questions 130-131 (pièce USA-84 (RCC)))

6.396. Nous examinons ensuite la question de savoir s'il est probable que l'incapacité supposée de Boeing de faire des livraisons avant avril 2012 de 747-8I aux clients qui avaient reçu des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave aurait de toute façon empêché ces clients de commander des avions 747-8I. Nous répondons à cette question par la négative. Le dossier indique qu'immédiatement après le lancement du programme relatif au 747-8 en 2005⁵⁶⁹, Boeing envisageait de livrer ses premiers 747-8I à des clients commerciaux en 2010. C'est seulement après l'apparition des problèmes de développement, principalement pendant la période postérieure de 2008-2011, que cette date a été reportée.⁵⁷⁰ Étant donné que les livraisons contrefactuelles de 747-8I qui auraient remplacé les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave (et en particulier les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave antérieures à avril 2012) auraient été les premières livraisons de 747-8I, nous jugeons raisonnable de supposer qu'elles correspondraient aussi d'une manière générale aux premières commandes reçues, c'est-à-dire des commandes très probablement reçues avant la période 2008-2011. Nous ne jugeons donc pas raisonnable de supposer qu'aucun client pertinent n'aurait commandé d'avions 747-8I en raison des problèmes de développement du programme relatif au 747-8 examinés plus haut.⁵⁷¹ En outre, les deux parties conviennent qu'une fois qu'ils ont commandé un modèle de LCA, les clients en attendront généralement la livraison, même en cas de retards de plusieurs années dans la livraison.⁵⁷² Nous ne voyons rien dans le dossier qui indique que cette dynamique aurait été aucunement différente pour un quelconque client pertinent dans ce contexte dans le contrefactuel. Nous estimons donc qu'il est raisonnable de conclure que les clients qui ont reçu les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave antérieures à avril 2012 auraient voulu des livraisons d'avions 747-8I en avril 2012 ou dès que possible après cette date.

6.397. À ce stade, nous notons par conséquent que, pour que Boeing ait pu remplacer toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par un nombre égal de livraisons d'avions 747-8I pendant la période de référence 2011-2013, nous supposons qu'elle aurait dû le faire dans le délai de 21 mois courant de la date de la première livraison contrefactuelle (c'est-à-dire avril 2012) jusqu'à décembre 2013 inclus. Pour plus de commodité, nous appellerons cette période la période d'accélération contrefactuelle du 747-8I.

6.398. Pour évaluer si Boeing aurait pu réaliser l'accélération nécessaire de la production, nous traitons d'abord la demande contrefactuelle de livraisons d'avions 747 pendant la période d'accélération du 747-8I. Aux fins de l'analyse, et à la lumière de certains des arguments des parties concernant le point de savoir jusqu'où la production de 747-8F peut devoir être prise en compte, nous additionnons les livraisons *effectives* d'avions 747-8I et 747-8F pendant la période de 21 mois pertinente et les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave effectuées durant la totalité de la période de référence 2011-2013.⁵⁷³ En outre, pour faciliter le traitement des données par la suite dans la présente décision, nous ventilons encore ces données par année civile. Nous résumons ces données contrefactuelles relatives à la demande dans le tableau 13 ci-après.

⁵⁶⁹ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Avions civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1220; et Boeing E-mail regarding Questions 116, 118, 121, 124(c), 125, 128-129, 132 (pièce USA-66 (RCES)).

⁵⁷⁰ États-Unis, réponse à la question n° 112 de l'Arbitre, paragraphe 44; et Boeing E-mail regarding Question 112 (pièce USA-62 (RCC)). L'Union européenne ne conteste pas que ces problèmes se soient posés principalement pendant la période 2008-2011.

⁵⁷¹ Nous notons en outre par conséquent que nous ne pensons pas, comme l'Union européenne le fait valoir, que les retards concernant le 747-8I auraient impliqué que les clients pertinents qui sinon auraient préféré recevoir la livraison d'avions 747-8I auraient à la place commandé, par exemple, des LCA bicouloirs d'Airbus et reçu leur livraison. (Union européenne, réponse à la question n° 64 de l'Arbitre, paragraphe 121) Nous notons que toutes les commandes à l'origine des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave ont été passées en 2008 ou avant cette date. (Updated Ascend Database (pièce EU-79))

⁵⁷² États-Unis, réponse à la question n° 112 de l'Arbitre; et Union européenne, réponse à la question n° 112 de l'Arbitre.

⁵⁷³ Les 747-8I et les 747-8F étaient les seuls modèles de 747 qui pouvaient être livrés pendant la période d'accélération du 747-8I.

Tableau 13: Demande contrefactuelle de 747 pendant la période d'accélération du 747-8I

	Avril-décembre 2012 (747-8I/747-8F)	2013 (747-8I/747-8F)	Total (747-8I/747-8F)
Livraisons effectives d'A380 ayant donné lieu à une entrave ⁵⁷⁴	27 ⁵⁷⁵	20	47
Livraisons effectives de 747-8 dans le monde ⁵⁷⁶	25 (11/14)	24 (5/19)	49 (16/32)
Demande contrefactuelle totale de 747-8 ⁵⁷⁷	52 (38/14)	44 (25/19)	96 (63/33)

6.399. Comme il ressort clairement du tableau ci-dessus, la question qui se pose est celle de savoir s'il est raisonnable de conclure que Boeing aurait pu livrer 96 aéronefs 747-8 pendant la période d'accélération de 21 mois du 747-8I (c'est-à-dire les 49 livraisons de 747-8 effectivement réalisées plus 47 livraisons contrefactuelles additionnelles de 747-8I).

6.400. Les parties ont présenté des éléments de preuve concernant la capacité d'Airbus et de Boeing de livrer des volumes déterminés d'autres modèles de LCA pendant des périodes déterminées comme indicateur supplétif pour estimer la capacité de production contrefactuelle de Boeing. En dehors de ces données relatives aux livraisons, il y a peu d'autres éléments de preuve empiriques versés au dossier qui nous permettraient de fonder notre analyse. Nous utilisons donc ces données empiriques pour évaluer la capacité de Boeing de produire 96 aéronefs 747 pendant la période d'accélération contrefactuelle de 21 mois du 747-8I.

6.401. Nous notons que les parties s'appuient sur des taux antérieurs de livraison des LCA différents dans ce contexte. L'Union européenne préconise que nous utilisions les taux de livraison antérieurs des aéronefs A380 et 777-300ER, alors que les États-Unis préconisent que nous utilisions les taux de livraison antérieurs du 747-400. Nous estimons que les taux de livraison antérieurs du 747 de Boeing, et en particulier du 747-400, représenteraient le mieux la capacité de Boeing de produire et livrer des aéronefs 747 dans la période d'accélération contrefactuelle du 747-8I.⁵⁷⁸ La raison en est, premièrement, que le 747-8I et le 747-400 ont été produits par la même société, à savoir Boeing. De plus, tous deux font partie de la famille des aéronefs 747. En outre, le 747-400 est la version antérieure pour passagers du 747-8I.

6.402. Le modèle 747-400 a été lancé en 1985 et livré jusqu'en 2005.⁵⁷⁹ Pendant la période d'accélération contrefactuelle de 21 mois du 747-8I, Boeing aurait produit deux modèles de 747, le

⁵⁷⁴ Rapport de l'Organe d'appel CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis), tableau 13.

⁵⁷⁵ Ce chiffre est la somme des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave effectuées entre décembre 2011 et décembre 2012, en partant de l'hypothèse que les clients qui voulaient des livraisons de 747-8I avant avril 2012 mais ne pouvaient pas obtenir ces créneaux de livraison voudraient encore ces livraisons pendant l'année civile 2012.

⁵⁷⁶ Boeing 747 deliveries (2000-2013), Excel download from Boeing website (pièce USA-53); Boeing E-mail regarding Questions 116, 118, 121, 124(c), 125, 128-129, 132 (pièce USA-66 (RCES)); et Boeing 747 Family, Boeing website (pièce USA-54). Nous notons que ces chiffres incluent les livraisons [[***]] décrites dans la réponse des États-Unis à la question n° 116 de l'Arbitre, paragraphes 56 et 57, qui ont eu lieu après avril 2012. Nous notons en outre que, en raison apparemment de la présence incohérente des livraisons [[***]] dans ces pièces, le nombre total de livraisons de 747 indiqué dans cette rangée varie parfois selon les pièces des parties.

⁵⁷⁷ Cette rangée additionne les chiffres indiqués au-dessus dans les deux rangées précédentes.

⁵⁷⁸ Voir, par exemple, la Décision de l'Arbitre États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25), paragraphes 4.7 (préférant "un point de départ fondé sur des faits antérieurs vérifiés, même s'il peut y avoir des ajustements à faire") et 4.15 (notant que "comme ils ont jugé bon d'utiliser des chiffres fondés sur des faits plutôt que des déductions ou des inférences, les arbitres ont généralement donné la préférence à des approches qui faisaient appel autant que possible à des chiffres antérieurs.").

⁵⁷⁹ Boeing 747 deliveries (2000-2013), Excel download from Boeing website (pièce USA-53) (indiquant que la dernière version pour passager du 747-400 a été livrée en 2005); Boeing 747 Family, Boeing website (pièce USA-54) (indiquant que la date de lancement du 747-400 était 1985); Boeing E-mail regarding Questions 116, 118, 121, 124(c), 125, 128-129, 132 (pièce USA-66 (RCES)) (*id.*); et Boeing, Lufthansa Announce Order for 747-8 Intercontinental, Boeing Press Release (pièce USA-57) (indiquant que le 747-8 est l'aéronef qui a succédé au 747-400).

747-8I et le 747-8F. Nous pensons donc qu'il serait utile de comparer la période d'accélération contrefactuelle du 747-8I avec les 21 premiers mois suivant la première livraison du 747-400 pendant lesquels Boeing a produit également d'autres modèles de 747, encore qu'en nombre beaucoup plus limité que de 747-400. Pour plus de commodité, nous appellerons cette période la période d'accélération du 747-400. Nous estimons que l'évaluation de la capacité de production totale de Boeing concernant le 747 pendant la période d'accélération du 747-400 donnera une estimation raisonnable de la capacité de production totale de Boeing concernant le 747 pendant la période d'accélération contrefactuelle du 747-8I.

6.403. Nous reconnaissons l'argument de l'Union européenne selon lequel une comparaison entre la période d'accélération contrefactuelle du 747-8I et la période d'accélération du 747-400 est inappropriée parce que les circonstances et conditions de concurrence auxquelles Boeing était confrontée pendant ces deux périodes étaient différentes et parce que les modèles 747-400 et 747-8I sont différents. Selon l'Union européenne, cela tient en particulier aux technologies plus avancées utilisées dans le modèle 747-8I par rapport au modèle 747-400. Nous admettons qu'il existe des différences entre ces deux périodes d'accélération et les aéronefs concernés. Nous ne voyons toutefois aucune raison convaincante qui expliquerait pourquoi les conditions générales de concurrence ou les circonstances entourant Boeing pendant ces deux périodes invalident une comparaison entre les deux périodes aux fins qui nous occupent.

6.404. Nous estimons aussi que le fait que l'aéronef 747-8I est plus avancé techniquement que son prédécesseur, le 747-400, n'invalide pas cette comparaison.⁵⁸⁰ La raison en est que le dossier du présent différend contient des analyses approfondies sur la manière dont l'accumulation des "effets d'apprentissage" aide à améliorer la capacité d'un producteur de LCA de produire des LCA plus complexes successivement. Pour le dire simplement, la société Boeing pendant la période d'accélération contrefactuelle du 747-8I aurait été plus qualifiée pour produire des aéronefs 747 que la société Boeing qui existait pendant la période d'accélération du 747-400. Nous n'estimons donc pas qu'il s'ensuive nécessairement que Boeing n'aurait pas pu produire des aéronefs 747 aussi efficacement pendant la période d'accélération contrefactuelle du 747-8I qu'elle avait pu le faire pendant la période d'accélération du 747-400 simplement parce que le 747-8I est un modèle plus complexe que le 747-400.

6.405. Outre le point qui précède immédiatement, nous rappelons que nous avons déjà décrit les problèmes rencontrés par Boeing avec le développement du 747-8I, dont certains étaient peut-être dus à la complexité technologique de l'aéronef et à la gestion de sa production. Nous avons noté toutefois qu'il apparaissait que ces problèmes concernaient généralement les phases du développement initial du programme relatif au 747-8I, et non les problèmes persistants touchant à la production. Nous notons en outre que Boeing a pu livrer 89 aéronefs 787 au cours des 25 premiers mois suivant la première livraison.⁵⁸¹ D'après nous, le modèle 787 est lui aussi un aéronef complexe sur le plan technologique. Cela témoigne à notre avis de la capacité de Boeing d'accélérer de manière significative la production de LCA technologiquement avancés dans un délai semblable à celui de la période de référence 2011-2013.

6.406. Nous indiquons donc dans le tableau ci-après les livraisons de 747 de Boeing effectuées pendant la période d'accélération du 747-400, organisée selon les livraisons effectuées au cours des 9 premiers mois suivant la première livraison d'un aéronef 747-400 et des 12 mois suivants, conformément à la manière dont nous avons organisé les données relatives à la période d'accélération contrefactuelle du 747-8I dans le tableau 14:

⁵⁸⁰ Voir par exemple Boeing, Lufthansa Announce Order for 747-8 Intercontinental, Boeing Press Release (pièce USA-57) (notant les caractéristiques présentes dans l'aéronef 747-8I qui sont plus avancées techniquement que leurs équivalents présents dans l'aéronef 747-400).

⁵⁸¹ Updated Ascend Database (pièce EU-79).

Tableau 14: Livraisons de 747 pendant la période d'accélération du 747-400

Programme de LCA	Livraisons au cours des neuf premiers mois ⁵⁸² (747-400/autres modèles de 747)	Livraisons au cours des 12 mois suivants ⁵⁸³ (747-400/autres modèles de 747)	Livraisons totales au cours des 21 premiers mois (747-400/autres modèles de 747)
Livraisons de 747 ⁵⁸⁴	32 (29/3)	68 (63/5)	100 (92/8)

6.407. Nous notons donc que Boeing a été en mesure de livrer 100 aéronefs 747 à tous ses clients pendant la période d'accélération de 21 mois du 747-400 – dont 92 étaient des aéronefs 747-400. Nous rappelons que, dans le contrefactuel, Boeing aurait dû livrer un total de 96 aéronefs 747-8 – dont 63 auraient été des aéronefs 747-8I – pour remplacer toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave effectuées pendant cette période, en plus d'effectuer les livraisons préexistantes de 747-8 dans cette même période.

6.408. En outre, nous prenons en compte les éléments ci-après. Premièrement, nous ne voyons aucun élément de preuve significatif versé au dossier indiquant que le taux de production de 747 de Boeing pendant la période d'accélération du 747-400 avait atteint un plafond absolu.⁵⁸⁵ Deuxièmement, il est important de noter que Boeing construit des aéronefs 747 sur commande et non à des fins de stockage et que sa capacité de production est donc généralement fonction des niveaux de la demande, ce qui signifie que ladite capacité de production augmente dans la mesure et au moment où les niveaux de la demande augmentent.⁵⁸⁶ Troisièmement, nous avons précédemment formulé l'hypothèse que Boeing n'aurait eu que 21 mois, et non pas jusqu'à 25 mois, pour effectuer les 47 livraisons additionnelles nécessaires de 747-8, en indiquant expressément que c'était une hypothèse prudente. Compte tenu des données et éléments ci-dessus, nous estimons qu'il est raisonnable de conclure que Boeing aurait pu effectuer les 96 livraisons nécessaires de 747-8 (qui comprennent à la fois les livraisons de 747-8I et de 747-8F) non seulement pendant la période de référence 2011-2013, mais très probablement aussi pendant la période d'accélération contrefactuelle du 747-8I.

6.409. Nous notons que, selon notre approche, Boeing aurait fait face à une demande contrefactuelle de 38 livraisons de 747-8I en 2012, en l'occurrence au début de la période

⁵⁸² Il s'agit des trois premiers trimestres de 1989.

⁵⁸³ Il s'agit du quatrième trimestre de 1989 et des trois premiers trimestres de 1990.

⁵⁸⁴ Boeing Historical Deliveries through October 2018, Boeing website (pièce USA-43); Boeing E-mail regarding Questions 116, 118, 121, 124(c), 125, 128-129, 132 (pièce USA-66 (RCES)); Boeing Website, 747-400 Deliveries Pre-1990 (pièce USA-115); et Updated Ascend Database (pièce EU-79). Les chiffres des aéronefs 747-400 livrés pendant ces périodes sont tirés des pièces USA-115 et EU-79. Nous notons que Boeing a livré quatre aéronefs 747 autres que le 747-400 en 1989. (Boeing Historical Deliveries through October 2018, Boeing website (pièce USA-43) (indiquant le nombre total de variantes du 747 livrées en 1989, c'est-à-dire 45); et Boeing Website, 747-400 Deliveries Pre-1990 (pièce USA-115) (indiquant le nombre de variantes du 747-400 livrées en 1989, c'est-à-dire 41)) Cependant, nous ne pouvons pas déterminer définitivement à partir de ces pièces les mois pendant lesquels les quatre variantes du modèle 747 autres que le 747-400 ont été livrées. Nous répartissons donc de façon égale les quatre livraisons sur 1989, c'est-à-dire une livraison en moyenne au cours de chaque trimestre de 1989. Cela donne trois livraisons de variantes du 747 autres que le 747-400 au cours des neuf premiers mois de 1989 et une au cours du dernier trimestre de l'année, et nous imputons ces livraisons en tant que telles dans le tableau ci-dessus. Nous notons que la pièce EU-79 contient aussi le nombre de livraisons de variantes de l'aéronef 747 autres que le modèle 747-400 pour les neuf premiers mois de 1990. Les États-Unis ont toutefois expliqué que cette pièce ne contenait pas deux livraisons de 747 que Boeing avait faites à l'armée des États-Unis en 1990. (États-Unis, réponse à la question n° 170 de l'Arbitre, paragraphe 4) L'Union européenne n'a pas contesté l'affirmation des États-Unis. Même si nous ne pouvons pas dire à partir de ces pièces quels sont les mois pendant lesquels ces deux livraisons ont été effectuées, nous pensons qu'il est raisonnable d'en imputer une aux neuf premiers mois de 1990. Nous imputons cette livraison en tant que telle dans le tableau ci-dessus.

⁵⁸⁵ Nous notons que dans le cadre de la procédure de mise en conformité, l'Union européenne a présenté des éléments de preuve indiquant qu'Airbus avait la capacité d'augmenter continuellement sa capacité de production d'A330 et d'A320 afin de progresser au même rythme que les niveaux de la demande. En ce qui concerne l'A320, Airbus a augmenté le nombre de ses chaînes d'assemblage final à cette fin. (Rapport du Groupe spécial CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis), paragraphes 6.1325 et 6.1520)

⁵⁸⁶ Rapport du Groupe spécial CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs, paragraphe 7.2101 et note de bas de page 5196.

d'accélération contrefactuelle du 747-8I, qui est supérieure à la demande de 25 livraisons de 747-8I à laquelle elle aurait fait face en 2013. Nous notons que cela contraste avec les accélérations de la production de LCA observées pendant lesquelles le nombre des livraisons a tendance à augmenter au fil du temps. Il est instructif dans ce contexte de comparer les données relatives au nombre d'aéronefs des modèles de LCA spécifiés que Boeing a livrés au cours des 9 premiers mois de chaque programme après la première livraison avec les données relatives au nombre des mêmes aéronefs qu'elle a livrés au cours des 12 mois suivants. Les modèles de LCA de Boeing pour lesquels nous examinons ces données sont les suivants: le modèle 747-400 (les livraisons ont approximativement doublé entre les 9 premiers mois et les 12 mois suivants); le modèle 777-300ER (les livraisons ont approximativement doublé entre les 9 premiers mois et les 12 mois suivants); et le modèle 787 (les livraisons ont approximativement quadruplé entre les 9 premiers mois et les 12 mois suivants).⁵⁸⁷ Compte tenu de ces données, nous doutons qu'une structure de livraison de 38 aéronefs 747-8I au cours des 9 premiers mois de la période d'accélération du 747-8I et du nombre moindre de 25 livraisons d'aéronefs 747-8I au cours des 12 mois suivants de la période d'accélération du 747-8I serait vraisemblable. Un volume de livraison de 38 aéronefs pour les 9 premiers mois est également nettement supérieur au nombre d'aéronefs 747-400 que Boeing a pu livrer au cours des 9 premiers mois de la période d'accélération du 747-400 (c'est-à-dire 29). Nous estimons donc qu'une hypothèse raisonnable est que Boeing aurait pu livrer 29 aéronefs 747-8I au cours de ces 9 derniers mois de 2012 (c'est-à-dire le même nombre que celui qu'elle avait pu livrer pour le modèle 747-400 au cours des 9 premiers mois de la période d'accélération du 747-400), et les 34 aéronefs 747-8I restants en 2013.⁵⁸⁸ Compte tenu du nombre d'aéronefs 747-8I effectivement livrés pendant ces 2 périodes (à savoir 11 et 5, respectivement), cela donnerait 18 livraisons additionnelles de 747-8I en 2012 et 29 livraisons additionnelles de 747-8I en 2013.⁵⁸⁹ Ainsi, même en supposant que, dans le contrefactuel, Boeing n'aurait pas eu la capacité de livrer des aéronefs 747-8I aussi rapidement qu'Airbus avait livré des aéronefs A380 sur les six marchés géographiques pertinents dans la réalité, nous jugeons raisonnable de supposer que Boeing aurait pu néanmoins remplacer la totalité des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par un nombre égal de livraisons d'aéronefs 747-8I pendant la période de référence 2011-2013.⁵⁹⁰ Nous résumons ces conclusions dans le tableau suivant:

Tableau 15: Livraisons contrefactuelles d'aéronefs 747-8I pendant la période d'accélération du 747-8I

	Avril-décembre 2012 (effectives/additionnelles)	2013 (effectives/additionnelles)	Total (effectives/additionnelles)
Livraisons contrefactuelles de 747-8I	29 (11/18)	34 (5/29)	63 (16/47)

6.410. Nous notons les arguments de l'Union européenne concernant l'incertitude pouvant entourer les questions de savoir: a) si, dans le contrefactuel, Boeing aurait pu gérer correctement la production d'un nombre accru d'aéronefs 747-8I; b) si les fournisseurs en amont auraient pu satisfaire à la demande de composants additionnels du 747-8I; c) si l'incidence de l'augmentation

⁵⁸⁷ Updated Ascend Database (pièce EU-79). Le 777-300ER de Boeing est un aéronef long-courrier et la version la plus grande du 777 de Boeing. Il a été lancé en 2000. Le 787 de Boeing est un aéronef bicouloir avancé qui a été lancé en 2004. (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, tableau 17 et paragraphe 6.1220; Boeing E-mail regarding Questions 116, 118, 121, 124(c), 125, 128-129, 132 (pièce USA-66 (RCES)) (indiquant la date du lancement du 777-300ER)) En conséquence, ces deux LCA présentent des similitudes avec le 747-8I en ce qui concerne à la fois certaines caractéristiques essentielles et le moment du lancement, ce qui rend selon nous l'utilisation des données ci-dessus raisonnable en la circonstance.

⁵⁸⁸ Dans le cadre de cette structure de livraison temporelle supposée, les livraisons d'aéronefs 747-8I feraient donc moins que doubler entre les 9 premiers mois suivant la première livraison et les 12 mois suivants.

⁵⁸⁹ Nous ne voyons guère de fondement permettant de conclure que Boeing aurait modifié les dates de toutes livraisons d'aéronef 747-8F dans le contrefactuel, aéronef qu'elle avait commencé à livrer des mois avant de livrer le 747-8I. Nous rappelons que, selon nos hypothèses, Boeing aurait eu la capacité de livrer le nombre requis d'aéronefs 747-8I et 747-8F pendant la période de référence 2011-2013. Nous ne voyons donc aucune raison d'examiner plus avant l'argument de l'Union européenne selon lequel l'Arbitre devrait examiner les "arbitrages" en ce qui concerne la capacité de production des aéronefs 747-8I et 747-8F dans le contrefactuel. (Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 130 de l'Arbitre, paragraphes 306 à 309)

⁵⁹⁰ Nous estimons que ces dates de livraison contrefactuelles auraient été acceptables pour les clients du 747-8I. (Voir plus haut le paragraphe 6.396.)

de la production de 747-8I aurait eu des effets négatifs sur l'ensemble des opérations de production de Boeing, y compris en ce qui concerne d'autres programmes de LCA, que Boeing aurait jugés inacceptables; et d) si Boeing aurait tout simplement choisi de prolonger les calendriers de livraison des avions 747-8I pour d'autres raisons.⁵⁹¹ Toutefois, ces considérations nous apparaissent comme conjecturales, en particulier eu égard aux volumes d'avions 747 que Boeing a été capable de produire en fait pendant la période d'accélération du 747-400. Nous reconnaissons en outre que si davantage de commandes s'étaient concrétisées depuis le début du programme relatif au 747-8I – c'est-à-dire plusieurs années avant la période de référence 2011-2013 –, Boeing aurait disposé d'un délai considérable pour augmenter globalement ses ressources de production, ce qui aurait limité la nécessité de faire des compromis dans d'autres programmes de LCA, en particulier [[***]], au profit de l'augmentation de la production de 747-8I.⁵⁹²

6.411. En conclusion, sur la base de ce qui précède, nous supposons donc que sa capacité de production contrefactuelle de 747-8 aurait permis à Boeing de remplacer toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par un nombre égal de livraisons de 747-8I pendant la période de référence 2011-2013. Plus spécifiquement, nous concluons que l'on peut raisonnablement estimer que, dans le contrefactuel, Boeing aurait livré 18 avions 747-8I additionnels en 2012 et 29 avions 747-8I additionnels en 2013 sur les 6 marchés géographiques en question considérés dans leur ensemble.

Présence sur le marché de l'avion A380

6.412. L'Union européenne fait valoir que, dans le contrefactuel, Boeing ne serait peut-être pas en mesure de remplacer toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par des livraisons de 747-8I parce qu'Airbus aurait tout de même pu effectuer certaines de ces livraisons avec des avions A380 dans le contrefactuel. Elle fait valoir qu'il s'agit d'une conclusion raisonnable parce que l'Organe d'appel n'a pas fixé la date du lancement contrefactuel du modèle A380 et que, selon elle, le lancement contrefactuel du modèle A380 aurait eu lieu peu après son lancement effectif en 2000.⁵⁹³ Elle affirme que les constatations de l'Organe d'appel concernant les pertes de ventes et l'entrave pendant la période de référence 2011-2013 ne sont pas incompatibles avec l'idée que le modèle A380 de Boeing ait pu être commandé et/ou livré pendant la période de référence 2011-2013 dans le contrefactuel parce qu'Airbus aurait pu lancer le modèle A380 peu après la date de son lancement effectif en 2000. Selon l'Union européenne, ce lancement retardé aurait signifié "[p]ar exemple, compte tenu de la disponibilité ultérieure de créneaux de livraison et/ou de la position moins bien établie sur le marché [du modèle A380] ou de sa maturité, [que] certains clients n'auraient pas commandé l'avion", ce qui aurait entraîné les pertes de ventes observées pendant la période de référence 2011-2013.⁵⁹⁴

6.413. Les États-Unis font valoir que l'Organe d'appel a constaté que l'avion A380 n'aurait pu être ni commandé ni livré avant la fin de la période de référence 2011-2013 et que, par conséquent, Airbus n'aurait pu honorer aucune livraison d'A380 ayant donné lieu à une entrave dans le contrefactuel avec des livraisons d'avions A380. Ils affirment, en particulier, que du fait que l'Organe d'appel a constaté que l'avion A380 n'aurait pas pu être *commandé* pendant la période de référence 2011-2013, *a fortiori*, Airbus n'aurait pas pu *livrer* l'A380 pendant cette période. Ils rejettent aussi les arguments de l'Union européenne conciliant prétendument les constatations de pertes de ventes et d'entrave causées par l'AL/FEM pour l'A380 pendant la période de référence 2011-2013 et un lancement contrefactuel du modèle A380 avant ladite période. Selon eux, les

⁵⁹¹ Union européenne, communication écrite, paragraphe 304.

⁵⁹² Voir États-Unis, réponse à la question n° 131 de l'Arbitre, paragraphe 140 (formulant cette observation).

⁵⁹³ Union européenne, réponse à la première série de questions de l'Arbitre, paragraphe 28; réponses aux questions de l'Arbitre n° 3, paragraphes 87 et 88, n° 4, n° 5, paragraphes 132 et 134, n° 7, paragraphes 155 à 158, n° 10, paragraphes 204 et 205, n° 14, paragraphes 314 à 316, et n° 46, paragraphes 475 et 476.

⁵⁹⁴ Union européenne, réponse à la question n° 4 de l'Arbitre, paragraphes 116 et 117. Voir aussi Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 5, paragraphe 127, n° 64, paragraphe 210, et n° 101, paragraphe 102 (formulant des déclarations semblables); et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 112 de l'Arbitre, note de bas de page 226 (*id.*).

arguments de l'Union européenne dans ce contexte ne sont pas étayés par les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité.⁵⁹⁵

6.414. L'Arbitre note que le désaccord fondamental entre les parties dans ce contexte concerne le point de savoir si le rapport de l'Organe d'appel dans la procédure de mise en conformité a réglé la question de savoir si l'aéronef A380 aurait été mis en vente dans le contrefactuel, de sorte qu'Airbus aurait tout de même pu honorer certaines des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave avec des livraisons d'aéronefs A380. Pour évaluer cette question, nous examinons les cinq points ci-après traités dans le rapport de l'Organe d'appel dans le cadre de la procédure de mise en conformité: a) les effets de l'AL/FEM pour l'A380 sur le programme relatif à l'A380, b) la question de savoir si ces effets ont causé des pertes de ventes sur le marché de produits VLA pendant la période de référence 2011-2013, c) la question de savoir si ces effets ont été une cause d'entrave sur le marché des VLA pendant la période de référence 2011-2013, d) les effets des AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB sur le programme relatif à l'A350XWB, et e) la question de savoir si ces effets ont causé des pertes de ventes sur le marché des produits bicouloirs pendant la période de référence 2011-2013. Nous examinons ces questions tour à tour.

Effets de l'AL/FEM pour l'A380 sur l'aéronef A380

6.415. Nous examinons donc d'abord les constatations de l'Organe d'appel concernant les effets de l'AL/FEM pour l'A380 sur le programme relatif à l'A380. Dans ce contexte, et à titre de référence, nous jugeons utile de rappeler que tout au long du présent différend, les États-Unis s'étaient appuyés sur une théorie du lien de causalité "fondée sur le produit".⁵⁹⁶ L'Organe d'appel a expliqué qu'"[e]n vertu de cette théorie du lien de causalité fondée sur le produit, la distorsion du marché et les *effets défavorables résultent directement de l'arrivée, à un moment particulier, d'un aéronef particulier d'Airbus* qui, de l'avis des États-Unis, n'aurait pas été possible sans les subventions".⁵⁹⁷ Dans la procédure de mise en conformité, le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté qu'en l'absence de l'"effet sur les produits" de *toutes les AL/FEM antérieures à l'A350XWB* (découlant des effets "indirects"⁵⁹⁸ des AL/FEM antérieures à l'AL/FEM pour l'A380 et des effets "directs"⁵⁹⁹ de l'AL/FEM pour l'A380), l'aéronef A380 n'aurait pas existé avant ni pendant la période de référence

⁵⁹⁵ États-Unis, communication écrite, paragraphes 165 à 178; réponse à la question n° 7 b) de l'Arbitre, paragraphe 15; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre n° 112, paragraphes 207 à 209, et n° 113, paragraphe 216.

⁵⁹⁶ Dans la procédure initiale, les États-Unis ont également proposé une théorie du lien de causalité "fondée sur le prix" qui a été rejetée par le Groupe spécial initial et qu'ils n'ont pas maintenue en appel.

(Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, note de bas de page 1618)

⁵⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.587. (guillemets internes et référence omis; italique dans l'original) Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.416 (décrivant les "effets sur les produits" comme "les effets de ces subventions sur la capacité d'Airbus de lancer et mettre sur le marché des modèles particuliers de LCA comme elle l'a fait et au moment où elle l'a fait") (italique dans l'original) et la note de bas de page 1496 (expliquant que "le Groupe spécial a utilisé l'expression "effets sur les produits" pour désigner les effets des subventions AL/FEM sur la capacité d'Airbus de lancer et de mettre sur le marché un LCA d'Airbus au moment où elle l'avait fait et comme elle l'avait fait"). Nous notons que l'expression "mettre sur le marché", s'agissant d'un LCA particulier, n'est pas une expression technique mais a été utilisée au lieu de cela de manière abrégée pour décrire la capacité générale d'un constructeur de LCA de développer et de vendre un LCA particulier. (Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.367 (expliquant que, "[e]n conséquence, l'introduction d'un nouveau modèle de LCA sur le marché exige une planification à long terme et l'évaluation préalable d'une grande variété de facteurs, y compris les besoins de construction futurs, les tendances du marché, la demande de la clientèle et les prix. Cela veut dire qu'au moment où la décision de développer un nouveau modèle de LCA et de supporter des coûts de démarrage est prise, il subsiste une grande incertitude quant au succès final du projet").) Cette expression est souvent associée également au terme "lancement" (c'est-à-dire à la capacité d'un constructeur de LCA de "lancer et mettre sur le marché" un modèle de LCA particulier), construction qui a essentiellement le même sens.

⁵⁹⁸ Les "effets indirects" sont les effets d'"apprentissage", de gamme et financiers que telle ou telle subvention AL/FEM accordée spécifiquement pour un modèle de LCA peut avoir sur la capacité d'Airbus de lancer et mettre sur le marché un autre modèle de LCA ultérieur. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 5.563 et 5.594)

⁵⁹⁹ Les "effets directs" désignent les effets de telle ou telle subvention AL/FEM sur la capacité d'Airbus de lancer et mettre sur le marché le modèle particulier de LCA d'Airbus spécifiquement financé par ce prêt AL/FEM. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.563)

2011-2013. Les constatations de pertes de ventes et d'entrave sur le marché de produits VLA formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité reposaient sur cette non-existence.⁶⁰⁰ L'Organe d'appel a toutefois constaté que *seuls* les effets de l'AL/FEM pour l'A380 pouvaient être pris en considération s'agissant du programme relatif à l'A380 dans le contrefactuel. Il a donc dû procéder à une nouvelle analyse visant à "détermin[er] si l'analyse du Groupe spécial concernant les "effets sur les produits" [de la seule AL/FEM pour l'A380] étay[ait] une constatation de l'existence d'un rapport de causalité réel et substantiel entre ces subventions ... et les phénomènes sur le marché identifiés pendant la période postérieure à la mise en œuvre" sur le marché de produits VLA.⁶⁰¹

6.416. L'Organe d'appel a déterminé ce qu'étaient les "effets sur les produits" de l'AL/FEM pour l'A380 en ce qui concerne le programme relatif à l'A380 en examinant les constatations formulées dans la procédure initiale et celles qui ont été formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité.⁶⁰² Il a conclu que l'AL/FEM pour l'A380 avait eu une "incidence réelle sur la capacité d'Airbus de financer le lancement de l'A380 en temps utile"⁶⁰³, que ces "effets directs" de l'AL/FEM pour l'A380 avaient continué après la période de référence initiale", qui avait pris fin en 2006, et que "l'interprétation faite par le Groupe spécial des "effets directs" de l'AL/FEM pour l'A380 sur la capacité d'Airbus de lancer, mettre sur le marché et continuer de développer l'A380 *comme elle l'[avait] fait et au moment où elle l'[avait] fait* ... [était] ... fondée sur une base d'éléments de preuve suffisante".⁶⁰⁴ Ailleurs dans son rapport, il a aussi décrit les "effets sur les produits" des subventions AL/FEM pour l'A380 comme suit: a) l'AL/FEM pour l'A380 "[a] permis à Airbus ... de mettre sur le marché et de continuer de développer l'A380", événement qui a été "essentiel pour le renouvellement et le maintien de la compétitivité d'Airbus pendant la période postérieure à la mise en œuvre"⁶⁰⁵, b) en l'absence d'AL/FEM pour l'A380, "Airbus n'aurait pas pu offrir l'A380 au moment où elle l'a fait"⁶⁰⁶, c) "les subventions AL/FEM pour l'A380 ont continué d'avoir des effets sur la capacité d'Airbus de mettre sur le marché et de continuer de développer l'A380 *après* la période de référence initiale"⁶⁰⁷, et d) l'AL/FEM pour l'A380 "[a] permis ... de mettre sur le marché l'A380".⁶⁰⁸

6.417. Par conséquent, l'Organe d'appel a constaté clairement que l'AL/FEM pour l'A380 avait eu une incidence sur la capacité d'Airbus non seulement de lancer l'A380 en temps utile mais aussi de continuer de développer l'aéronef A380 après la période de référence initiale, qui avait pris fin en 2006.⁶⁰⁹ Cela montre que l'AL/FEM pour l'A380 a eu des effets sur la capacité d'Airbus non seulement

⁶⁰⁰ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 7.1 d) xii).

⁶⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.599.

⁶⁰² Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), section 5.6.3.5.1.

⁶⁰³ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.647.

⁶⁰⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.609. (italique dans l'original) L'Organe d'appel a jugé également "important[] ... [le fait que] le programme relatif à l'A380 avait subi des retards de production importants en 2005 et en 2006", temps pendant lequel "Airbus [avait] continué de recevoir des versements" dans le cadre des mesures d'AL/FEM pour l'A380. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.608) Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.646 (indiquant que "l'AL/FEM pour l'A380 [avait] eu des "effets directs" sur la capacité d'Airbus de lancer, mettre sur le marché et continuer de développer l'A380 *comme elle l'[avait] fait et au moment où elle l'[avait] fait*, étant donné que les subventions AL/FEM pour l'A380 n'avaient pas expiré et le fait qu'Airbus [avait] continué de recevoir des versements au titre des contrats d'AL/FEM français, allemand et espagnol au moment où elle rencontrait de graves difficultés financières résultant des retards de production importants dans le programme relatif à l'A380" et concluant que l'AL/FEM pour l'A380 "[avait] permis... de mettre sur le marché l'A380"). (italique dans l'original)

⁶⁰⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphes 5.647 et 6.23.

⁶⁰⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphes 5.766, 5.769 et 5.773.

⁶⁰⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.635.

⁶⁰⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.646.

⁶⁰⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.558.

de décider de lancer le programme A380 mais aussi de développer effectivement l'aéronef après le lancement. Dans le même ordre d'idées, et comme il est indiqué plus haut, l'Organe d'appel a directement indiqué que l'AL/FEM pour l'A380 "[avait] permis ... de mettre sur le marché l'A380". Nous interprétons cette déclaration comme affirmant plus catégoriquement que l'aéronef A380 n'aurait pas *du tout* été mis sur le marché en l'absence d'AL/FEM pour l'A380.

6.418. En résumé, considérées dans leur intégralité, les descriptions données par l'Organe d'appel des "effets sur les produits" de l'AL/FEM pour l'A380 donnent fortement à penser que l'aéronef A380 n'aurait pas pu être commandé ni livré pour la fin de la période de référence 2011-2013.⁶¹⁰

Lien de causalité concernant les pertes de ventes de VLA

6.419. Nous examinons ensuite l'analyse de l'Organe d'appel concernant le point de savoir si les "effets sur les produits" de l'AL/FEM pour l'A380 ont causé des pertes de ventes sur le marché de produits VLA pendant la période de référence 2011-2013.⁶¹¹ Cette analyse est importante à notre avis parce que les livraisons de LCA résultent des commandes antérieures de LCA. Par conséquent, dans la mesure où l'analyse des pertes de ventes effectuée par l'Organe d'appel indique qu'Airbus n'aurait pas été en mesure d'*offrir* l'aéronef A380 pour la fin de la période de référence 2011-2013 dans le contrefactuel, alors, *a fortiori*, Airbus n'aurait pu honorer aucune des *livraisons* d'A380 ayant donné lieu à une entrave dans le contrefactuel avec des livraisons d'aéronefs A380, puisque ces livraisons résulteraient de commandes passées bien avant que les livraisons n'aient été effectuées.

6.420. Nous notons en particulier quatre aspects de l'analyse des pertes de ventes de VLA effectuée par l'Organe d'appel. Premièrement, l'Organe d'appel n'a jamais dit que l'aéronef A380 aurait pu être commandé pendant la période de référence 2011-2013, ni à un quelconque moment auparavant. Dans le même ordre d'idées, il n'a jamais expliqué comment l'AL/FEM pour l'A380 aurait pu être une cause "réelle et substantielle" de pertes de ventes pendant la période de référence 2011-2013 si l'aéronef A380 avait été offert pendant cette période en l'absence d'AL/FEM pour l'A380. Cela est important à notre avis parce qu'en l'absence de toute autre explication donnée par l'Organe d'appel concernant le mécanisme de causalité par lequel l'AL/FEM pour l'A380 a causé des pertes de ventes, il apparaîtrait comme raisonnable de conclure que le mécanisme de causalité était celui qui avait été décrit dans le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, à savoir que l'aéronef A380 était absent du marché et n'a pas pu être commandé pendant la période de référence 2011-2013. Sur la base de la totalité du rapport de l'Organe d'appel, la seule explication raisonnable que nous discernions pour ce qui est de l'absence de ces explications est qu'elles n'étaient pas nécessaires parce que, dans le contrefactuel, l'aéronef A380 n'aurait pas pu être commandé pendant la période de référence 2011-2013.

6.421. Deuxièmement, l'Organe d'appel a dit que "les constatations du Groupe spécial ... indiquaient que la compétitivité d'Airbus sur le marché des VLA, acquise par le biais des subventions AL/FEM antérieures, s'était renforcée et maintenue au-delà de la période de référence initiale et pendant la période postérieure à la mise en œuvre en raison des subventions qu'elle avait continué à recevoir après la période de référence initiale et pendant la période postérieure à la mise en œuvre".⁶¹² La raison en était que l'AL/FEM pour l'A380 "[avait] permis à Airbus de mettre l'A380 sur le marché et de poursuivre son développement malgré des retards de production importants".⁶¹³ L'Organe d'appel a expliqué ensuite qu'"[e]n d'autres termes, en l'absence [d'AL/FEM pour l'A380], Airbus n'aurait pas pu être "présen[te] ... dans les [deux] campagnes de vente pertinentes en tant qu'exactement le même concurrent vendant des aéronefs identiques" pendant la période postérieure à la mise en œuvre".⁶¹⁴ Nous notons par conséquent que l'Organe d'appel a de nouveau indiqué que l'AL/FEM

⁶¹⁰ Par souci de clarté, lorsque dans la présente section il est fait référence à l'aéronef A380, il est fait référence aux aéronefs A380 qui ont en fait été commandés et livrés pendant la période de référence 2011-2013.

⁶¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, section 5.6.4.6.4.1. Les pertes de ventes sur le marché de produits VLA correspondaient à la commande de 4 aéronefs A380 passée en 2012 par Transaero et à la commande de 50 aéronefs A380 passée en 2013 par Emirates.

⁶¹² Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.725.

⁶¹³ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.725.

⁶¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.726 (citant le rapport du Groupe spécial *CE et certains États*

pour l'A380 "[avait permis] à Airbus de mettre l'A380 sur le marché et de poursuivre son développement", sans jamais laisser entendre que l'aéronef A380 aurait pu être mis sur le marché et développé d'une autre manière. Point le plus important, peut-être, l'Organe d'appel a clairement indiqué que dans le contrefactuel, Airbus n'aurait pas été en mesure de présenter, dans les campagnes de vente qui ont conduit aux ventes à Transaero et Emirates qui ont été perdues, un aéronef "identique" à l'aéronef A380 effectivement mis sur le marché. Nous comprenons cela comme une déclaration directe indiquant qu'Airbus n'aurait pas pu offrir l'aéronef A380 pendant la période de référence 2011-2013. En outre, la déclaration de l'Organe d'appel selon laquelle l'AL/FEM pour l'A380 a "renforcé[]" et maintenu[]" la "compétitivité [d'Airbus] sur le marché des VLA" pendant la période contrefactuelle postérieure à la mise en œuvre est compatible avec la conclusion que, sans l'AL/FEM pour l'A380, l'aéronef A380 n'aurait pas pu être commandé pendant la période de référence 2011-2013.

6.422. Troisièmement, nous notons la manière dont l'Organe d'appel a rejeté l'argument de l'Union européenne selon lequel le Groupe spécial de la mise en conformité avait indûment rejeté certains des facteurs de non-imputation qu'elle invoquait:

[L'Union européenne] a fait valoir devant le Groupe spécial que Transaero Airlines et Emirates Airlines avaient choisi l'A380 plutôt que le 747-8 dans les commandes qu'elles avaient passées en 2012 et 2013 en raison, entre autres choses, des technologies plus avancées et de la taille plus importante de l'A380 par rapport au 747-8, qui permettaient à l'appareil de satisfaire les exigences très spécifiques des deux clients. Toutefois, comme nous l'avons dit dans notre analyse dans le contexte des pertes de ventes sur le marché des LCA bicouloirs, *nous ne considérons pas que ces facteurs soient sans lien avec les effets des subventions*. En fait, il ressort de notre examen des constatations formulées lors de la procédure initiale et des constatations du Groupe spécial qu'en l'absence des subventions AL/FEM existant pendant la période postérieure à la mise en œuvre, Airbus n'aurait pas été en mesure de lancer et mettre sur le marché l'A380 au moment où elle l'a fait. Par conséquent, comme le Groupe spécial, nous avons des doutes sur le fait que les avantages en matière de communauté préexistants et les autres avantages liés aux produits qu'Airbus avait sur Boeing pouvaient être qualifiés de facteurs de non-imputation dont il pouvait être dit qu'ils "diluèrent" le lien de causalité entre les subventions AL/FEM existant pendant la période postérieure à la mise en œuvre et les phénomènes sur le marché pertinents.⁶¹⁵

6.423. Ce passage démontre en outre, selon nous, que l'aéronef A380 n'aurait pas pu être offert pendant la période de référence 2011-2013 dans le contrefactuel. En effet, cela apparaît comme une conclusion raisonnable si ces caractéristiques de l'aéronef A380, à savoir les "technologies plus avancées et [] la taille plus importante", qui étaient offertes en réalité pendant la période de référence 2011-2013 n'étaient pas "sans lien avec les effets des subventions [AL/FEM pour l'A380]".

6.424. Enfin, nous soulignons que, dans son analyse des pertes de ventes de VLA, l'Organe d'appel a confirmé les constatations de pertes de ventes de VLA formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité, qui reposaient sur l'absence de l'aéronef A380 sur le marché, et n'a pas fourni d'autre raisonnement quant à la manière dont l'AL/FEM pour l'A380 avait causé des pertes de ventes de VLA pendant la période de référence 2011-2013.⁶¹⁶

6.425. Ces quatre aspects de l'analyse de l'Organe d'appel relative aux pertes de ventes de VLA dans la procédure de mise en conformité étaient, selon nous, la conclusion qu'Airbus n'aurait pas été en mesure d'offrir l'aéronef A380 pour la fin de la période de référence 2011-2013 et, *a fortiori*,

membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 6.1789) (deuxième modification dans l'original).

⁶¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.729. (note de bas de page omise; pas d'italique dans l'original) Nous notons que d'autres raisons dont l'Union européenne alléguait qu'elles avaient amené Transaero et Emirates à commander des aéronefs A380 plutôt que des aéronefs 747-8I sont apparues comme des RCES. (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), note de bas de page 3275 (mentionnant des versions RCES des communications et des pièces RCES dans le cadre de l'examen des arguments de l'Union européenne dans ce contexte))

⁶¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 6.37.

qu'Airbus n'aurait pu honorer aucune des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave pendant la période de référence 2011-2013 avec des livraisons d'aéronefs A380.

Lien de causalité concernant l'entrave pour les VLA

6.426. Nous examinons ensuite l'analyse de l'Organe d'appel concernant le point de savoir si les "effets sur les produits" de l'AL/FEM pour l'A380 ont été une cause d'entrave sur les six marchés géographiques. Dans ce contexte, nous ne voyons rien dans l'analyse de l'Organe d'appel indiquant que l'aéronef A380 aurait pu être commandé ou livré pendant la période de référence 2011-2013 dans le contrefactuel. En fait, l'Organe d'appel n'a jamais dit que l'aéronef A380 aurait pu être livré pendant la période de référence 2011-2013 ni à un quelconque moment auparavant. Dans le même ordre d'idées, il n'a jamais expliqué comment l'AL/FEM pour l'A380 aurait pu constituer une cause d'entrave "réelle et substantielle" pendant la période de référence 2011-2013 si l'aéronef A380 avait pu être livré pendant cette même période en l'absence d'AL/FEM pour l'A380. En outre, il a confirmé que même le faible nombre de livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave présentes en Australie (une unique livraison d'A380), en Chine (quatre livraisons d'A380), en Corée (trois livraisons d'A380) et à Singapour (cinq livraisons d'A380) pendant la période de référence 2011-2013 pouvait étayer des constatations d'entrave sur chacun de ces marchés géographiques.⁶¹⁷

6.427. De plus, nous notons la manière dont l'Organe d'appel a rejeté l'argument de l'Union européenne selon lequel le Groupe spécial de la mise en conformité avait indûment rejeté le facteur de non-imputation allégué concernant des retards dans le programme relatif au 747-81. Avant d'examiner le rejet par l'Organe d'appel de l'argument de l'Union européenne, nous devons rappeler la déclaration suivante faite par le Groupe spécial de la mise en conformité dans le contexte de l'évaluation de la validité des allégations d'entrave sur le marché de produits VLA formulées par les États-Unis:

[N]ous ne considérons pas que les retards dans le développement et la production du ... 747-8 signifient que, sans les effets des subventions AL/FEM "sur les produits", Boeing ou la branche de production de LCA des États-Unis n'aurait pas remporté les commandes correspondant aux livraisons effectuées sur le[] ... marché[] de LCA ... très gros porteurs. Le fait qu'Airbus n'aurait pas existé en l'absence des subventions AL/FEM signifie que les clients qui ne pouvaient pas attendre que le 787 et le 747-8 deviennent disponibles se seraient tournés vers [l'un ou l'autre des] autres LCA bicouloirs de Boeing, le 767 et le 777.^[3326]

³³²⁶ Nous rappelons ... qu'il y avait des éléments de preuve selon lesquels les versions plus grandes du 777 pouvaient aussi parfois être en compétition pour des ventes sur le marché des LCA très gros porteurs. (Note de bas de page de l'original)⁶¹⁸

6.428. En appel, l'Union européenne a fait valoir que le Groupe spécial de la mise en conformité avait rejeté à tort son argument. Comme il est indiqué plus haut, l'Organe d'appel a rejeté l'appel formé par l'Union européenne, indiquant ce qui suit dans son raisonnement:

Nous rappelons que le Groupe spécial n'a pas considéré que ces retards "signifi[ai]ent que, sans les effets des subventions AL/FEM "sur les produits", Boeing ou la branche de production de LCA des États-Unis *n'aurait pas remporté les commandes* correspondant aux livraisons effectuées sur les différents marchés" de VLA. Nous prenons également note de l'observation du Groupe spécial selon laquelle "il y avait des éléments de preuve selon lesquels les versions plus grandes du 777 pouvaient aussi parfois être en compétition pour des ventes sur le marché des [VLA]". Ainsi, le raisonnement du Groupe spécial selon lequel, *en l'absence des VLA offerts par Airbus, les acheteurs se seraient tournés vers d'autres produits LCA de Boeing – par exemple, les versions plus grandes*

⁶¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.739. Voir aussi États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 113 de l'Arbitre, paragraphes 221 et 222 (notant l'unique livraison de VLA sur le marché australien pendant la période de référence et indiquant, à juste titre, qu'"[i]l n'y avait pas d'autre analyse de données de faits ou éléments de preuve spécifique au marché australien. Et pourtant, il y a eu constatation d'entrave"). (note de bas de page omise)

⁶¹⁸ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 6.1816 et note de bas de page 3326.

du 777 – nous apparaît comme raisonnable. En conséquence, nous ne voyons pas de raison de modifier la constatation du Groupe spécial selon laquelle ce facteur de non-imputation ne serait pas capable de diluer le rapport réel et substantiel de cause à effet entre les subventions AL/FEM et les phénomènes sur le marché allégués.⁶¹⁹

6.429. Nous notons donc que l'Organe d'appel a confirmé le raisonnement du Groupe spécial de la mise en conformité qui incluait expressément une hypothèse relative à l'"absence des VLA offerts par Airbus". Cette confirmation aurait été incongrue si la partie en question du raisonnement du Groupe spécial de la mise en conformité avait été fausse. En fait, dans ce passage, l'Organe d'appel a confirmé que "les clients qui ne pouvaient pas attendre que le ... 747-8 devienn[er] disponible[] se seraient tournés ... vers les autres LCA bicouloirs de Boeing" et, en particulier, l'aéronef 777-300ER.⁶²⁰ Toutefois, il n'y a pas eu d'explication sur le point de savoir pourquoi, si l'aéronef A380 avait été sur le marché dans le contrefactuel de telle sorte qu'il aurait pu être en concurrence pour des commandes résultant des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave, et si les clients avaient choisi d'abandonner le 747-8I, qui est un VLA, en raison de retards dans la production, ils auraient opté pour un LCA bicouloir qui n'est pas un VLA (à savoir le modèle 777-300ER) plutôt que d'acheter simplement au lieu de cela le VLA d'Airbus (à savoir le modèle A380).⁶²¹ Sur la base de la totalité du rapport de l'Organe d'appel, nous estimons que l'explication la plus raisonnable est qu'il a été supposé que l'aéronef A380 n'était pas disponible, ce qui avait eu essentiellement pour effet d'obliger les clients à accepter un LCA qui n'était que "parfois" en concurrence avec les VLA pour les ventes, à savoir l'aéronef bicouloir 777-300ER.

6.430. Enfin, nous soulignons que, dans son analyse de l'entrave pour les VLA, l'Organe d'appel a confirmé les constatations d'entrave pour les VLA formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité, qui reposaient sur l'absence de l'aéronef A380 sur le marché, et n'a pas fourni d'autre raisonnement quant à la manière dont l'AL/FEM pour l'A380 avait été une cause d'entrave pour les VLA pendant la période de référence 2011-2013.⁶²²

6.431. À notre avis, ces aspects de l'analyse de l'entrave pour les VLA effectuée par l'Organe d'appel dans le cadre de la procédure de mise en conformité étayent la conclusion qu'Airbus n'aurait pas été en mesure de livrer l'aéronef A380 pour la fin de la période de référence 2011-2013 et que par conséquent, elle n'aurait été en mesure d'honorer aucune des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave pendant la période de référence 2011-2013 avec des livraisons d'aéronefs A380.

6.432. À ce stade, nous rappelons l'argument de l'Union européenne selon lequel le rapport de l'Organe d'appel pourrait être interprété comme signifiant que l'aéronef A380 aurait pu à la fois être offert et livré pendant la période de référence 2011-2013 dans le contrefactuel, mais que les commandes d'A380 passées par Transaero et Emirates ont tout de même été perdues et que les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave n'ont pas été réalisées, même pas en partie, pour d'autres raisons, à savoir les désavantages liés aux calendriers de livraison ou à la position moins bien établie sur le marché ou la maturité. Eu égard aux analyses qui précèdent, nous devons rejeter ces arguments. Comme il est expliqué plus haut, les constatations de l'Organe d'appel nous indiquent

⁶¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.735. (note de bas de page omise; pas d'italique dans l'original)

⁶²⁰ Nous estimons que le membre de phrase "les versions plus grandes du 777" figurant dans la note de bas de page 3326 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité citée plus haut désignait principalement le modèle 777-300ER, compte tenu du fait que le 777-300ER était le plus gros modèle de 777 sur le marché de produits bicouloirs dans la procédure de mise en conformité, et eu égard à la note de bas de page 2415 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité indiquant ce qui suit: "[i]l est affirmé dans la déclaration de M. Mourey que le 747-8 peut quelquefois faire face à la concurrence du 777-300ER, plus petit mais plus "efficace", ainsi que de l'A350XWB-1000". (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, note de bas de page 2415)

⁶²¹ Nous reconnaissons que, par exemple, si les clients n'avaient pris connaissance des retards dans le programme relatif au 747-8I qu'après avoir commandé l'aéronef, ils auraient peut-être considéré qu'il était avantageux de convertir ces commandes en un autre modèle de Boeing, par exemple le modèle 777-300ER, plutôt que d'annuler la commande et d'acheter à la place des VLA d'Airbus. Toutefois, ce raisonnement est absent des constatations relatives au lien de causalité s'agissant de l'aéronef A380 dans la procédure de mise en conformité et nous ne pouvons donc pas conclure qu'il ait joué un quelconque rôle dans celles-ci.

⁶²² Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.41 et 6.42.

avec suffisamment de clarté qu'Airbus n'aurait pas été en mesure d'offrir ou de livrer l'aéronef A380 pendant la période de référence 2011-2013.⁶²³

Effets des AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB sur l'aéronef A350XWB

6.433. Nous examinons ensuite l'analyse de l'Organe d'appel concernant les effets des AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB sur le programme relatif à l'A350XWB et la question de savoir si ces effets ont causé des pertes de ventes sur le marché de produits bicouloirs pendant la période de référence 2011-2013. Les constatations d'entrave en cause concernent les livraisons d'aéronefs A380, et non d'aéronefs A350XWB. Toutefois, les analyses de l'Organe d'appel concernant l'aéronef A350XWB peuvent être pertinentes aux fins qui nous occupent en l'espèce. Nous rappelons à cet égard que: a) l'aéronef A350XWB a été lancé en 2006, alors que l'aéronef A380 l'a été en 2000⁶²⁴; et b) l'aéronef A350XWB incorporait un large éventail de technologies qui avaient été mises au point, entre autres, dans le cadre de l'expérience acquise par Airbus avec l'aéronef A380.⁶²⁵ Compte tenu de ces éléments, nous estimons qu'il est raisonnable de supposer que, dans le contrefactuel, si Airbus avait lancé et mis sur le marché l'aéronef A350XWB, il est probable qu'elle l'aurait fait *après* avoir lancé l'aéronef A380 et avoir au moins commencé son développement après le lancement.⁶²⁶ Par conséquent, dans la mesure où l'Organe d'appel a constaté que, dans le contrefactuel, l'aéronef A350XWB aurait été lancé et aurait pu être commandé⁶²⁷ pour la fin de la période de référence 2011-2013, cette constatation pourrait indirectement étayer l'inférence selon laquelle l'aéronef A380 aurait pu également être commandé et/ou livré pendant la période de référence 2011-2013 car il est probable qu'à ce moment-là, son développement aurait été plus avancé que celui de l'aéronef A350XWB. Ainsi, l'examen des effets de l'AL/FEM sur l'aéronef A350XWB dans le contrefactuel peut indirectement éclairer notre compréhension des effets de l'AL/FEM sur l'aéronef A380.⁶²⁸

6.434. Dans la procédure de mise en conformité, le Groupe spécial a constaté qu'en l'absence de l'"effet sur les produits" de *toutes les AL/FEM* (découlant des effets "indirects" de l'AL/FEM antérieure à l'A350XWB et des effets "directs" de l'AL/FEM pour l'A350XWB), l'aéronef A350XWB n'aurait pas existé avant ni pendant la période de référence 2011-2013.⁶²⁹ Toutefois, l'Organe d'appel a constaté que seuls les effets des *AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB* pouvaient être pris en considération

⁶²³ L'Union européenne affirme aussi que dans le cadre de la procédure de mise en conformité, il n'a pas été constaté que certaines commandes et livraisons d'A380 effectuées pendant la période de référence 2011-2013 représentaient des pertes de ventes ou une entrave. (Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 57, paragraphe 104 et note de bas de page 158, et n° 113, paragraphe 256) Il nous apparaît donc qu'elle fait valoir que cela signifie que l'Organe d'appel a constaté que dans le contrefactuel, l'aéronef A380 était sur le marché pendant la période de référence 2011-2013. (Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 127, paragraphe 290, et n° 257, paragraphe 257) Nous ne sommes pas de cet avis. Dans la mesure où il y a eu des commandes et livraisons additionnelles d'A380 pendant la période de référence 2011-2013 qui n'ont pas fait l'objet de constatations d'effets défavorables dans la procédure de mise en conformité, nous notons que les États-Unis n'ont pas contesté ces commandes et livraisons. Celles-ci ne font donc pas du tout l'objet de constatations. Dans la mesure où ces commandes et/ou livraisons additionnelles existent, elles ne sont donc pas importantes pour ce qui est d'établir la présence sur le marché de l'aéronef A380 dans le contrefactuel.

⁶²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, note de bas de page 1715.

⁶²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.637. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1747 (notant que "le programme relatif à l'A350XWB [avait] considérablement tiré parti des effets d'apprentissage résultant des programmes de LCA subventionnés antérieurs d'Airbus, en particulier (mais pas uniquement) le programme relatif à l'A380").

⁶²⁶ Les arguments de l'Union européenne sont compatibles avec cette hypothèse fondamentale. (Union européenne, réponse à la question n° 101 de l'Arbitre, paragraphes 96 et 97 (faisant valoir que les modèles A380 et A350XWB auraient été lancés tous les deux dans le contrefactuel peu après leurs dates de lancement effectif respectives)).

⁶²⁷ Le premier aéronef A350XWB n'a été livré qu'en 2014. (Updated Ascend Database (pièce EU-79)) Par conséquent, dans le contrefactuel, nous nous concentrons sur la question de savoir si l'aéronef A350XWB aurait pu être commandé, et non livré, pendant la période de référence 2011-2013.

⁶²⁸ Nous notons par conséquent que dans ce contexte, nous analysons les constatations de l'Organe d'appel concernant les effets des AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB en elles-mêmes, et non à la lumière des constatations de l'Organe d'appel concernant: a) les effets de l'AL/FEM pour l'A380 sur le programme relatif à l'A380, b) le lien de causalité concernant les pertes de ventes de VLA, ou c) le lien de causalité concernant l'entrave pour les VLA.

⁶²⁹ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 7.1 d) xiii).

s'agissant du programme pour l'A350XWB dans le contrefactuel, et il a donc dû effectuer une nouvelle analyse visant à "déterminer si l'analyse du Groupe spécial concernant les "effets sur les produits" des [seules AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB] étay[ait] une constatation de l'existence d'un rapport de causalité réel et substantiel entre ces subventions ... et les phénomènes sur le marché identifiés pendant la période postérieure à la mise en œuvre" sur le marché des produits bicouloirs.⁶³⁰

6.435. L'Organe d'appel a confirmé les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité selon lesquelles: a) l'AL/FEM pour l'A350XWB avait eu des "effets directs" sur le programme relatif à l'A350XWB et, en particulier, selon lesquelles "sans l'AL/FEM pour l'A350XWB, la société Airbus qui *existait effectivement* [pendant la période 2006-2010] aurait pu poursuivre ce programme uniquement avec une marge étroite et une probabilité élevée qu'elle doive, dans une certaine mesure, faire certains compromis en ce qui concerne l'avancée du programme et/ou les caractéristiques de l'aéronef"⁶³¹, et b) l'AL/FEM pour l'A380 avait eu des "effets indirects" sur le programme relatif à l'A350XWB et, en particulier, "l'A350XWB avait considérablement tiré parti des "effets d'apprentissage" résultant ... de l'A380" et "l'AL/FEM pour l'A380 [avait] eu des "effets financiers" sur la capacité d'Airbus de lancer l'A350XWB comme elle l'[avait] fait et au moment où elle l'[avait] fait".⁶³² Il a conclu que "sans les "effets sur les produits" agrégés des subventions AL/FEM existantes pour les programmes relatifs à l'A380 et à l'A350XWB, Airbus n'aurait pas pu lancer l'A350XWB comme elle l'[avait] fait et au moment où elle l'[avait] fait".⁶³³ Autrement dit, les AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB "ont permis à Airbus de procéder au lancement et au développement de l'[aéronef] A350XWB en temps utile", un événement qui a été "essentiel[]" pour le renouvellement et le maintien de la compétitivité d'Airbus pendant la période postérieure à la mise en œuvre".⁶³⁴

6.436. L'Organe d'appel n'a jamais dit à quel moment l'aéronef A350XWB aurait été lancé et mis sur le marché dans le contrefactuel. Il apparaît que certaines des qualifications qu'il a établies en ce qui concerne les "effets [des AL/FEM] sur les produits" n'excluent pas la possibilité que l'aéronef A350XWB ait pu être lancé et mis sur le marché pour la période de référence 2011-2013. Nous rappelons donc que même si le programme relatif à l'A350XWB avait été lancé en 2006, la première livraison n'aurait pas encore eu lieu à la fin de 2013. Par conséquent, même si Airbus n'avait pas eu, dans le contrefactuel, la capacité de procéder "au lancement et au développement de l'[aéronef] A350XWB en temps utile", cela ne signifie pas qu'elle n'aurait pas pu avoir la capacité contrefactuelle de le faire à un moment ultérieur, de telle sorte que des commandes d'aéronefs A350XWB auraient tout de même pu avoir lieu pendant la période de référence 2011-2013. Nous estimons donc que les constatations de l'Organe d'appel concernant les effets des AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB sur le programme relatif à l'A350XWB n'établissent pas si l'aéronef A350XWB aurait été lancé pour la période de référence 2011-2013 et aurait pu être commandé pendant cette période.

Lien de causalité concernant les pertes de ventes de bicouloirs

6.437. Nous examinons maintenant l'analyse de l'Organe d'appel concernant le point de savoir si les "effet [des AL/FEM] sur les produits" ont causé les pertes de ventes, obtenues par l'aéronef A350XWB, sur le marché de produits bicouloirs pendant la période de référence 2011-2013.⁶³⁵ À

⁶³⁰ Rapport de l'Organe d'appel CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.599.

⁶³¹ Rapport de l'Organe d'appel CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.632 (citant le rapport du Groupe spécial CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 6.1717). (italiques dans l'original)

⁶³² Rapport de l'Organe d'appel CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis), paragraphes 5.637 et 5.638.

⁶³³ Rapport de l'Organe d'appel CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.639. Ces effets "agrégés" étaient constitués des effets "directs" de l'AL/FEM pour l'A350XWB et des effets "indirects" de l'AL/FEM pour l'A380. L'Organe d'appel a dit aussi ailleurs dans son rapport qu'en l'absence des AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB, Airbus "n'aurait pas été capable de lancer l'A350XWB ou un aéronef du type de l'A350XWB pour la fin de 2006". (Rapport de l'Organe d'appel CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.714)

⁶³⁴ Rapport de l'Organe d'appel CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.647.

⁶³⁵ Rapport de l'Organe d'appel CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis), section 5.6.4.6.3.1. Les pertes de ventes sur le marché de produits bicouloirs correspondaient à la commande de 10 aéronefs A350XWB-1000 passée en 2012 par Cathay Pacific Airways, et

notre avis, cette analyse nous donnera des éléments pour comprendre si l'aéronef A350XWB aurait été présent sur le marché et aurait pu être commandé pendant la période de référence 2011-2013.⁶³⁶ Nous notons en particulier quatre aspects de cette analyse. Premièrement, l'Organe d'appel n'a pas dit que l'aéronef A350XWB aurait été lancé ou aurait pu être commandé à un moment déterminé. Dans le même ordre d'idées, il n'a jamais expliqué comment les AL/FEM auraient pu être une cause "réelle et substantielle" de pertes de ventes sur le marché des bicouloirs pendant la période de référence 2011-2013 si l'aéronef A350XWB avait pu être offert pendant la période de référence 2011-2013 en l'absence des AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB.⁶³⁷

6.438. Deuxièmement, l'Organe d'appel a dit qu'"en l'absence des subventions AL/FEM [pour l'A380 et l'A350XWB] ... *Airbus n'aurait pas pu offrir l'A350XWB au moment où elle l'[avait] fait et avec les caractéristiques dont il était doté.* En d'autres termes, en l'absence de subventions, Airbus n'aurait pas pu être "présen[te] ... dans les [trois] campagnes de vente pertinentes en tant qu'exactement le même concurrent *vendant des aéronefs identiques*" pendant la période postérieure à la mise en œuvre".⁶³⁸ Nous comprenons cela comme des déclarations directes indiquant qu'Airbus n'aurait pas pu offrir l'aéronef A350XWB pendant la période de référence 2011-2013.

6.439. Troisièmement, nous notons la manière dont l'Organe d'appel a rejeté l'argument de l'Union européenne selon lequel le Groupe spécial de la mise en conformité avait indûment rejeté certains des facteurs de non-imputation allégués par l'Union européenne. L'Organe d'appel a dit ce qui suit: "nous partageons l'avis du Groupe spécial selon lequel la plupart des facteurs de non-imputation allégués concernant les pertes de ventes sur le marché des LCA bicouloirs ... y compris les avantages en matière de communauté préexistants *et les autres avantages liés aux produits* qu'Airbus avait sur Boeing, n'étaient pas des facteurs "sans lien" avec les subventions AL/FEM existant pendant la période postérieure à la mise en œuvre"⁶³⁹, et "nous souscrivons à l'évaluation faite par le Groupe spécial du facteur de non-imputation relatif au désir de Singapore Airlines de scinder les commandes entre Boeing et Airbus. En effet, *le fait qu'Airbus était en mesure d'offrir l'A350XWB en temps utile* était, en soi, attribuable en grande partie aux subventions AL/FEM et à leur effet sur l'avancée du programme *et les caractéristiques* de l'A350XWB".⁶⁴⁰

6.440. Enfin, nous soulignons que, dans son analyse des pertes de ventes sur le marché des bicouloirs, l'Organe d'appel a confirmé les constatations de pertes de ventes sur le marché des bicouloirs formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité, qui reposaient sur l'absence de l'aéronef A350XWB sur le marché, et il n'a pas fourni d'autre raisonnement s'agissant de la manière dont l'AL/FEM avait causé des pertes de ventes de bicouloirs pendant la période de référence 2011-2013.⁶⁴¹

aux commandes passées en 2013 par Singapore Airways et United Airlines de 30 aéronefs A350XWB-900 et 10 aéronefs A350XWB-1000, respectivement.

⁶³⁶ Voir plus haut le paragraphe 6.433.

⁶³⁷ Nous notons, toutefois, que certaines des déclarations de l'Organe d'appel donnent à penser que l'Organe d'appel a considéré que le *lancement en temps utile* de l'aéronef A350XWB, et non sa *présence sur le marché* pendant la période de référence 2011-2013, expliquait d'une certaine manière la compétitivité de l'A350XWB pendant la période de référence 2011-2013. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphes 5.631 (indiquant que "[le Groupe spécial] estimait qu'un aéronef de remplacement ayant moins de caractéristiques et/ou proposé plus tardivement n'aurait pas été aussi concurrentiel qu'un A350XWB lancé en temps utile") et 5.632 (indiquant ce qui suit: "nous convenons que le Groupe spécial a considéré que les caractéristiques *et le calendrier* de l'A350XWB étaient essentiels pour la compétitivité et le succès commercial de l'aéronef")) (pas d'italique dans l'original)

⁶³⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.709. (pas d'italique dans l'original)

⁶³⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.714. (pas d'italique dans l'original) Nous notons que l'Organe d'appel n'a pas précisé quels étaient les facteurs de non-imputation allégués examinés par le Groupe spécial de la mise en conformité qui étaient, selon lui, sans lien avec les AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB. Toutefois, comme il est indiqué plus haut, il apparaît que d'autres aspects de l'analyse de l'Organe d'appel expliquent que l'aéronef A350XWB, tel qu'il existait, n'aurait pas pu être commandé pendant la période de référence 2011-2013.

⁶⁴⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.714. (pas d'italique dans l'original)

⁶⁴¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 6.31.

6.441. Les constatations de l'Organe d'appel concernant les effets de l'AL/FEM sur le programme relatif à l'A350XWB et la question de savoir si ces effets ont causé des pertes de ventes sur le marché des bicouloirs pendant la période de référence 2011-2013 n'indiquent pas que l'aéronef A350XWB aurait été lancé ou aurait pu être commandé pour la fin de la période de référence 2011-2013. En fait, l'Organe d'appel n'a jamais dit à quel moment l'aéronef A350XWB aurait été lancé dans le contrefactuel et n'a jamais précisé comment, si l'aéronef A350XWB avait pu être commandé pendant la période de référence 2011-2013, les AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB auraient pu causer les pertes de ventes sur le marché des LCA bicouloirs. En outre, certaines autres déclarations de l'Organe d'appel établissent selon nous que l'aéronef A350XWB n'aurait pas été présent sur le marché pendant la période de référence 2011-2013. En particulier, nous notons que l'Organe d'appel a) a dit que, dans le contrefactuel, Airbus n'aurait pas pu offrir un aéronef "identique" à l'aéronef A350XWB dans les campagnes de ventes qui avaient entraîné les pertes de ventes sur le marché des bicouloirs pendant la période de référence 2011-2013, b) a constaté que le Groupe spécial de la mise en conformité avait rejeté à juste titre les "avantages liés aux produits" allégués en tant que facteurs de non-imputation parce qu'ils étaient en fait imputables aux subventions AL/FEM, c) a directement donné à entendre que l'une des raisons pour lesquelles Airbus avait pu remporter la commande scindée de Singapore Airlines en 2013 était le fait que grâce aux subventions AL/FEM, "Airbus [avait été] en mesure d'offrir l'A350XWB en temps utile", et d) a dit que "le fait qu'Airbus était en mesure d'offrir l'A350XWB en temps utile était, en soi, attribuable en grande partie aux subventions AL/FEM et à leur effet sur l'avancée du programme et les caractéristiques de l'A350XWB".⁶⁴² Nous estimons que ces déclarations seraient incongrues si l'aéronef A350XWB avait pu être commandé pendant la période de référence 2011-2013 dans le contrefactuel.

6.442. Par conséquent, les analyses de l'Organe d'appel concernant l'aéronef A350XWB examinées plus haut ne nous donnent pas à penser que l'aéronef A380 aurait pu être commandé ou livré pendant la période de référence 2011-2013.

Conclusion

6.443. À la lumière de ce qui précède, nous estimons que les analyses de l'Organe d'appel concernant les effets des AL/FEM sur les programmes relatifs à l'A380 et à l'A350XWB et la question de savoir si ces effets ont causé les effets défavorables pertinents pendant la période de référence 2011-2013 établissent qu'Airbus n'aurait pas été en mesure d'offrir ou de livrer l'aéronef A380 pendant la période de référence 2011-2013. Si cela n'était pas le cas, de multiples aspects du raisonnement de l'Organe d'appel deviendraient, à notre avis, incongrus.

Concurrence du marché des LCA bicouloirs, des sociétés de location et du marché d'occasion

6.444. L'Union européenne fait valoir que, dans le contrefactuel, les acheteurs des LCA qui ont reçu les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave n'auraient peut-être pas commandé les LCA de Boeing, de sorte que celle-ci n'aurait pas supplanté toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave avec les livraisons de nouveaux LCA de Boeing. Au lieu de cela, elle fait valoir que, dans le contrefactuel, ces clients disposaient de diverses options, y compris a) acheter de nouveaux LCA bicouloirs d'Airbus ou de Boeing, b) louer des LCA à des sociétés de location, et/ou c) acheter des LCA sur le marché d'occasion.⁶⁴³

6.445. Les États-Unis affirment d'une manière générale que les arguments de l'Union européenne sont contraires aux constatations formulées par l'Organe d'appel dans la procédure de mise en conformité, en particulier s'agissant des constatations relatives à l'absence de l'aéronef A380 sur le marché pendant la période de référence 2011-2013 et à la substituabilité entre les aéronefs A380 et 747-8I, qui étaient les deux seuls LCA pouvant être livrés sur le marché de produits VLA pendant la période de référence 2011-2013. Ils affirment également que même si, dans le contrefactuel, les

⁶⁴² Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.714.

⁶⁴³ Union européenne, communication écrite, paragraphe 200; réponses aux questions de l'Arbitre n° 3, paragraphes 87 et 88, n° 4, n° 5, paragraphes 126, 132 et 134, n° 7, paragraphes 156 et 158, n° 10, paragraphes 204 et 205, n° 46, paragraphes 475 et 476, n° 64, paragraphes 211 et 212, n° 84, paragraphe 302, n° 112, paragraphe 249, n° 113, paragraphe 261, et n° 151; et observations sur les réponses des États-Unis aux questions de l'Arbitre n° 114, paragraphe 185, et n° 127, paragraphe 291.

acheteurs de VLA qui ont reçu les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave avaient choisi des LCA bicouloirs, ils auraient choisi ceux de Boeing, et non ceux d'Airbus.⁶⁴⁴

6.446. L'Arbitre note que les acheteurs de LCA qui ont reçu les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave ont acheté un VLA nouveau et technologiquement avancé, à savoir l'aéronef A380. En l'absence d'éléments de preuve convaincants indiquant le contraire, nous jugeons raisonnable de supposer que, dans le contrefactuel, les mêmes clients auraient été intéressés par l'*achat* (plutôt que la location) de VLA (plutôt que de LCA bicouloirs) *nouveaux* (plutôt que d'occasion)⁶⁴⁵ et technologiquement avancés.⁶⁴⁶ Le seul autre VLA de ce type qui pouvait être livré pendant la période de référence 2011-2013 était l'aéronef 747-8I. Nous ne voyons rien dans les constatations adoptées en l'espèce ni dans les arguments avancés par les parties dans le cadre de la présente procédure qui indique que les clients qui ont reçu les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave auraient choisi quoi que ce soit d'autre que des livraisons de 747-8I pendant la période de référence 2011-2013. De fait, une conclusion à l'effet contraire apparaîtrait comme étant en contradiction avec les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité selon lesquelles les aéronefs 747-8I et A380 étaient les deux seuls LCA sur le marché de produits VLA pendant la période de référence 2011-2013.⁶⁴⁷

6.447. L'Union européenne présente un article qui étaye, selon elle, la position selon laquelle, en l'absence de l'A380, Airbus aurait honoré certaines des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave avec des LCA bicouloirs tels que l'aéronef A330. Nous notons que dans sa partie pertinente, cette pièce prétend démontrer l'incidence que l'introduction de l'aéronef A380 aurait sur la demande d'autres types de LCA en utilisant des données allant de 1969 à 1998.⁶⁴⁸ L'aéronef 747-8I ne pouvait être ni commandé ni livré pendant la période 1969-1998 et la pièce n'examine pas l'incidence que la présence de cet aéronef sur le marché aurait eu sur l'analyse contenue dans la pièce. Par conséquent, les conditions de concurrence sur lesquelles repose l'analyse figurant dans la pièce diffèrent notablement de celles des années précédant la période de référence 2011-2013 et des conditions de concurrence pendant cette période dans le contrefactuel. Nous estimons donc que cet article ne peut pas être utilisé à bon droit pour déterminer dans quelle mesure les clients auraient

⁶⁴⁴ États-Unis, communication écrite, section V.A.2; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 151 de l'Arbitre, paragraphe 268.

⁶⁴⁵ Nous notons que devant le Groupe spécial initial, l'Union européenne a fait valoir ce qui suit: "[...] dans un nombre important de campagnes de vente, la concurrence s'exerce par rapport à la possibilité d'un achat de LCA d'occasion ou d'une location plutôt que par rapport à l'autre constructeur. [Ainsi] ... , dans la mesure où Boeing ne participe pas à ces ventes, un "gain" pour Airbus ne peut pas être considéré comme une "perte" pour Boeing". (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1723) Le Groupe spécial initial a rejeté cet argument, constatant au lieu de cela ce qui suit: "Il se peut certes qu'il n'y ait pas de concurrence frontale manifeste pour chaque vente de LCA, mais il est clair pour nous qu'avec seulement deux constructeurs sur le marché, il existe une concurrence générale entre Boeing et Airbus pour toutes les ventes de LCA". (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1724. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1722 (explicitant la concurrence généralisée entre Airbus et Boeing pour les ventes de LCA).)

⁶⁴⁶ Nous rappelons que les LCA bicouloirs et les VLA font partie de marchés de produits différents. En outre, nous rappelons que dans la procédure de mise en conformité, "l'Union européenne n'a pas fait valoir ... que le 747-8I, le 777-300ER et l'A350XWB-1000 auraient dû être placés sur le même marché de produits". (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.544)

⁶⁴⁷ L'Organe d'appel a expliqué que "bien que les trois marchés de produits sur lesquels les États-Unis [avaient] choisi de s'appuyer [(à savoir les monocouloirs, les bicouloirs et les VLA)] pour formuler leur plainte "ne rend[ai]ent pas compte avec exhaustivité de la façon dont la concurrence [avait] lieu entre les aéronefs dans le secteur des LCA à tout moment", [le Groupe spécial de la mise en conformité] était convaincu qu'"ils représent[ai]ent les trois segments sur lesquels la plupart des interactions concurrentielles entre les aéronefs pertinents [auraient] habituellement lieu"". (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 5.544 (citant le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 6.1416)) (italique ajouté par l'Organe d'appel) Nous rappelons en outre notre conclusion énoncée plus haut selon laquelle l'aéronef A350XWB n'aurait pas pu être commandé ni livré pendant la période de référence 2011-2013. En outre, nous ne voyons rien dans les constatations adoptées en l'espèce ou les arguments avancés par les parties dans le cadre de la présente procédure qui indique substantiellement qu'il y aurait eu un quelconque autre modèle de VLA pendant la période de référence 2011-2013 dans le contrefactuel.

⁶⁴⁸ Irwin, Douglas A., Pavcnik, Nina, 2004. "Airbus versus Boeing revisited: international competition in the aircraft market", *Journal of International Economics*, Elsevier, vol. 64(2): 223-245 (pièce EU-138), page 224.

demandé des livraisons d'aéronefs A330 au lieu d'aéronefs 747-8I pendant la période de référence 2011-2013 si l'aéronef A380 avait été absent du marché avant et pendant cette période.⁶⁴⁹

Offres agressives d'Airbus dans certaines campagnes de vente

6.448. L'Union européenne fait valoir que, dans le contrefactuel, Airbus aurait tout de même pu honorer certaines des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave grâce à des offres plus agressives dans certaines campagnes de vente décisives. Autrement dit, "[p]our motiver des clients potentiels et les empêcher de se tourner vers Boeing, Airbus aurait pu être tentée d'offrir des remises plus importantes dans le contrefactuel en question"⁶⁵⁰ et, avec une telle stratégie d'Airbus, "dans un monde où les livraisons d'A380 seraient retardées, les compagnies aériennes auraient fort bien pu envisager d'acheter deux A330 à la place d'un unique A380 et de les utiliser de manière plus fréquente".⁶⁵¹

6.449. Les États-Unis répondent d'une manière générale que cet argument de l'Union européenne fait partie de ceux qui cherchent pour l'essentiel à "nier en partie ou en totalité" les constatations relatives à l'entrave formulées dans le cadre de la procédure de mise en conformité.⁶⁵²

6.450. L'Arbitre note que le dossier montre que Boeing et Airbus sont d'une manière générale en situation de forte concurrence sur le marché mondial des LCA. Néanmoins, nous ne voyons pas d'éléments de preuve ni de constatations qui constitueraient une base permettant de supposer qu'Airbus aurait honoré l'une quelconque des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par des offres agressives de LCA dans le contrefactuel. Nous rappelons que les aéronefs A380 et 747-8I étaient les seuls LCA qui pouvaient être commandés ou livrés sur le marché de produits VLA pendant la période de référence 2011-2013 et que nous avons conclu que dans le contrefactuel, l'aéronef A380 n'aurait pu être ni commandé ni livré pendant la période de référence 2011-2013. Par ailleurs, s'il était raisonnable de supposer qu'Airbus aurait fait des offres plus agressives dans certaines campagnes de vente pertinentes, il apparaîtrait également raisonnable de supposer que, de la même façon, Boeing aurait fait (ou aurait dû faire) des offres plus agressives dans les mêmes campagnes de vente et aurait donc tout de même pu remporter les ventes. S'agissant de l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle les compagnies aériennes auraient pu acheter des aéronefs A330 de préférence à des aéronefs A380, nous renvoyons à nos considérations figurant dans la section précédente. Pour toutes ces raisons, nous rejetons la position de l'Union européenne au motif qu'elle est d'ordre conjectural et n'est pas étayée par des éléments de preuve matériels.

Coûts, prix et livraisons d'Airbus et de Boeing

6.451. L'Union européenne fait valoir que pour déterminer le degré d'entrave pendant la période de référence 2011-2013, il serait nécessaire que l'Arbitre examine les mécanismes économiques par lesquels les subventions AL/FEM en cause ont affecté les coûts de production, les prix et les calendriers de livraison des VLA d'Airbus (et de Boeing) et la façon dont ces mêmes paramètres aurait été affectés dans un contrefactuel prévoyant le retrait de ces subventions. Selon elle, par exemple, en l'absence de l'AL/FEM pour l'A380, si Boeing avait réalisé des ventes et livraisons additionnelles d'aéronefs 747-8I dans le contrefactuel, elle aurait baissé les prix grâce à l'accumulation d'"effets relatifs à la courbe d'apprentissage" additionnels, c'est-à-dire qu'elle serait devenue plus efficace et aurait partagé (ou aurait été obligée de partager), au moins en partie, les économies réalisées sur ses coûts avec une clientèle avertie en pratiquant des prix plus bas. Par ailleurs, l'Union européenne fait valoir que si, dans le contrefactuel, Boeing avait occupé une position monopolistique sur le marché de produits VLA, elle aurait été incitée à augmenter les prix et/ou à restreindre l'offre d'aéronefs 747-8I afin de maximiser ses bénéfices.⁶⁵³

⁶⁴⁹ Nous rappelons en outre que, dans la procédure de mise en conformité, l'Organe d'appel a confirmé que les aéronefs A380 et 747-8I étaient "suffisamment substituables". Une telle constatation ne figure pas dans le dossier s'agissant du degré de substituabilité entre les aéronefs A330 et 747-8I.

⁶⁵⁰ Union européenne, réponse à la question n° 84 de l'Arbitre, paragraphe 307.

⁶⁵¹ Union européenne, réponse à la question n° 84 de l'Arbitre, paragraphe 305. Voir aussi Union européenne, communication écrite, paragraphe 200; réponses aux questions de l'Arbitre n° 6, paragraphe 148, n° 84, paragraphe 307, et n° 88, paragraphe 326; observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 130 de l'Arbitre, paragraphe 308.

⁶⁵² États-Unis, communication écrite, paragraphe 178.

⁶⁵³ Union européenne, communication écrite, paragraphes 200, 241 et 242; et réponses aux questions de l'Arbitre n° 65, paragraphes 219 à 223, et n° 113, paragraphes 262 et 263. L'Union européenne fait valoir

6.452. Les États-Unis répondent que l'argument de l'Union européenne concernant la fixation contrefactuelle des prix par Boeing en cas de monopole est une affirmation vague et procédant d'une généralisation, non étayée par des éléments de preuve et qu'il ne prend pas en compte les conditions de concurrence qui existeraient sur le marché de produits VLA en l'absence des effets des subventions AL/FEM. Selon eux, les éléments de preuve versés au dossier montrent que, dans le contrefactuel, Boeing n'aurait pas été incitée à diminuer la production des aéronefs 747-8I ou à augmenter les prix au point où les clients auraient décidé de ne plus acheter cet aéronef. En outre, les États-Unis affirment que les taux de production et prix antérieurs de l'aéronef 747-400 montrent que lorsque la famille des aéronefs 747 ne faisait pas face à la concurrence de l'aéronef A380, Boeing "a fixé les prix du 747 et produit l'aéronef de façon à répondre à la demande des clients [et] n'a pas paralysé la demande en tentant d'obtenir des bénéfices anormalement élevés sur un petit nombre de ventes".⁶⁵⁴ Ils affirment en outre que les constatations adoptées dans le présent différend ne donnent nulle part à penser que les subventions AL/FEM ont affecté les prix de Boeing. Enfin, ils font valoir que, même à supposer que Boeing aurait augmenté les prix compte tenu de sa position monopolistique sur le marché de produits VLA dans le contrefactuel, l'Union européenne devrait en outre démontrer que la perte de recettes liée à la diminution des ventes dépassait les recettes obtenues par l'augmentation des prix, ce qu'elle n'a pas fait.⁶⁵⁵

6.453. L'Arbitre ne voit pas d'éléments de preuve matériels, quantitatifs ou qualitatifs, versés au dossier qui puissent être utilisés pour prévoir raisonnablement en quoi de quelconques modifications des coûts ou des prix d'Airbus et/ou de Boeing auraient finalement affecté les livraisons de LCA de Boeing ou d'Airbus dans le contrefactuel. En effet, nous rappelons que le marché des LCA se caractérise par une dynamique complexe de l'offre et de la demande. De plus, ainsi que l'Union européenne l'a noté, Boeing n'aurait pas seulement été incitée à augmenter les prix de l'aéronef 747-8I dans le contrefactuel (en raison d'un comportement monopolistique théorique), mais il y a des raisons de penser qu'elle aurait subi en même temps, dans le contrefactuel, des pressions visant à ce qu'elle augmente la production pour satisfaire à la demande plus importante, ce qui aurait probablement fait baisser les coûts et peut-être les prix de l'aéronef 747-8I (en raison des pressions exercées en vue d'un partage de la baisse des coûts avec une clientèle avertie consciente de la réduction des coûts de Boeing). Nous notons qu'il est probable que cette réduction des coûts aurait été réalisée parce que, comme l'explique l'Union européenne, "plus il y a d'unités [de LCA] produites par [Boeing], plus les coûts unitaires récurrents sont faibles".⁶⁵⁶ Même en supposant la validité des deux propositions, nous ne voyons rien dans le dossier qui indique en quoi ces pressions concurrentes auraient joué un rôle. Nous estimons donc que toutes conclusions concernant l'effet net résultant de ces incitations et pressions identifiées par l'Union européenne seraient d'ordre conjectural.

Abandon des "gains d'efficacité découlant de l'apprentissage par la pratique"

6.454. Nous notons la déclaration de l'Union européenne selon laquelle toute analyse de l'entrave devrait "tenir compte des actions d'Airbus sur le marché des VLA en l'absence des subventions FEM en cause, y compris l'abandon des gains d'efficacité découlant de l'apprentissage par la pratique".⁶⁵⁷ Étant donné que cet argument est présenté en ce qui concerne les "actions d'Airbus", nous interprétons le membre de phrase "abandon des gains d'efficacité découlant de l'apprentissage par la pratique" comme signifiant qu'Airbus aurait vendu moins de LCA dans le contrefactuel (car Boeing aurait remporté les ventes perdues et n'aurait pas subi d'entrave), avec pour conséquence qu'Airbus

aussi qu'il serait nécessaire que l'Arbitre examine "les actions d'Airbus sur le marché des VLA en l'absence des subventions FEM en cause". (Union européenne, communication écrite, paragraphe 200) Elle ne précise pas quelles auraient été ces actions en dehors de celles qui ont déjà été examinées dans la présente section. Nous n'examinons donc pas cet argument plus avant.

⁶⁵⁴ Boeing E-mail regarding Question 113 ((pièce USA-63) (RCC)).

⁶⁵⁵ Voir États-Unis, réponse à la question n° 113 de l'Arbitre, paragraphe 45; observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre, n° 113, paragraphes 214 et 215, n° 151, paragraphe 272, note de bas de page 373 (notant que le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel ont formulé dans leurs rapports la constatation positive selon laquelle on ne pouvait pas conclure que les États-Unis avaient démontré que les subventions contestées causaient un empêchement notable de hausses de prix et une dépression notable des prix des LCA des États-Unis (mentionnant le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1996)) et note de bas de page 374.

⁶⁵⁶ Union européenne, première communication écrite, paragraphe 241 (mentionnant le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1936 et note de bas de page 5643 (examinant, entre autres choses, la façon dont la production d'un nombre accru de LCA se traduit par des "économies de gamme et d'échelle")).

⁶⁵⁷ Union européenne, communication écrite, paragraphe 200.

n'aurait pas réalisé les effets d'"apprentissage" associés à la production d'un aussi grand nombre de LCA que ceux qu'elle avait produits dans la réalité.⁶⁵⁸ L'Union européenne n'a pas expliqué en quoi cette dynamique aurait fait que Boeing aurait réalisé moins de livraisons sur les six marchés géographiques dans le contrefactuel. Nous ne voyons pas bien comment cela aurait pu être le cas. Nous rejetons donc l'argument de l'Union européenne comme n'étant pas étayé par des arguments ou éléments de preuve.

Clients différant leurs achats de LCA

6.455. Nous notons l'argument de l'Union européenne selon lequel, en l'absence de l'aéronef A380, les acheteurs potentiels de VLA auraient "simplement attendu le lancement de l'A380" ou, autrement dit, auraient "différé leurs achats" plutôt que d'acheter des LCA de Boeing.⁶⁵⁹ Nous rappelons notre constatation antérieure selon laquelle l'aéronef A380 n'aurait pas été lancé et n'aurait pas pu être offert avant la fin de la période de référence 2011-2013. Nous rappelons en outre que toute livraison contrefactuelle additionnelle que Boeing aurait effectuée sur les six marchés géographiques dans le contrefactuel aurait été le résultat de commandes antérieures. Nous ne voyons aucune base permettant de supposer que les acheteurs de LCA auraient eu une quelconque attente concernant un lancement de l'A380 à un moment quelconque avant la période de référence 2011-2013. Nous ne voyons donc aucune base permettant de conclure que les clients qui recherchaient des VLA sur le marché avant le 1^{er} décembre 2011 et qui manifestaient le souhait de se voir livrer des VLA technologiquement avancés pendant la période de référence 2011-2013 "attendraient ... simplement" ou différeraient leurs achats de VLA dans le contrefactuel jusqu'à ce que l'aéronef A380 ait été lancé. Cela est d'autant plus vrai qu'un autre VLA, à savoir l'aéronef 747-8I, pouvait être commandé avant la période de référence 2011-2013, de sorte qu'il aurait pu être livré pendant ladite période de référence. Nous rejetons par conséquent l'argument de l'Union européenne comme étant d'ordre conjectural et non étayé par des éléments de preuve matériels.

Préférences différentes des clients

6.456. L'Union européenne affirme d'une manière générale que les préférences des clients pour les LCA auraient été différentes dans le contrefactuel de sorte qu'il est déraisonnable de supposer que Boeing aurait supplanté toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave avec des livraisons de 747-8I.⁶⁶⁰

6.457. L'Arbitre note que le dossier montre que la demande des clients portant sur un LCA particulier à un moment donné est très complexe et implique des considérations subjectives, particulières, et comportant des jugements non quantifiables.⁶⁶¹ Nous n'excluons donc pas la possibilité que les préférences des clients en matière de demande aient été d'une façon ou d'une autre différentes dans le contrefactuel. Toutefois, il n'y a pas de constatations, et il n'y a pas non plus d'éléments de preuve versés au dossier, qui fournissent une base permettant de supposer raisonnablement que tout client ayant reçu les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave aurait eu des préférences différentes dans le contrefactuel, de sorte qu'il n'aurait pas acheté de VLA⁶⁶² et que ceux-ci ne lui auraient pas été livrés pendant la période de référence 2011-2013.⁶⁶³ Nous rejetons donc la position de l'Union européenne comme étant d'ordre conjectural et non étayée par des éléments de preuve matériels.

⁶⁵⁸ Dans la mesure où l'Union européenne utilise ce membre de phrase en se référant à la façon dont des modifications des "effets d'apprentissage" dans le contrefactuel auraient pu influencer sur les prix pratiqués par Boeing, cet argument est traité plus haut au paragraphe 6.453 et dans la note de bas de page 656.

⁶⁵⁹ Union européenne, communication écrite, paragraphe 200; et réponse à la question n° 64 de l'Arbitre, paragraphe 212.

⁶⁶⁰ Union européenne, communication écrite, paragraphe 200; et réponses aux questions de l'Arbitre n° 3, paragraphe 89, et n° 5.

⁶⁶¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.1185 à 6.1189 et 6.1216 à 6.1223.

⁶⁶² Nous rappelons que nous avons constaté plus haut que l'aéronef A380 n'aurait pas pu être livré pendant la période de référence 2011-2013.

⁶⁶³ De fait, s'il était raisonnable de supposer que les préférences des clients auraient été différentes, il semblerait tout aussi raisonnable de supposer que ces préférences différentes auraient conduit les clients à acheter *d'avantage* de VLA de Boeing qu'ils n'en auraient acheté dans le contrefactuel.

6.3.4.4.2.3 Conclusion

6.458. À la lumière de ce qui précède, nous estimons que l'hypothèse des États-Unis selon laquelle Boeing aurait remplacé toutes les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par la livraison d'un nombre égal d'aéronefs 747-8I pendant la période de référence 2011-2013 est raisonnable compte tenu des constatations adoptées dans le présent différend ainsi que des éléments de preuve et arguments présentés par les parties. En particulier, nous notons que cette conclusion tient compte du fait que a) les clients pertinents souhaitaient un nombre confirmé d'aéronefs A380 pendant cette période (ce dont attestent les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave), b) Boeing aurait eu les moyens de remplacer toutes ces livraisons par des livraisons d'aéronefs 747-8I dans le contrefactuel, et c) les aéronefs 747-8I et A380 étaient les deux seuls VLA qui pouvaient être livrés pendant la période de référence 2011-2013. Comme cela est expliqué plus haut, les facteurs déterminant l'offre et la demande de LCA sont complexes et sont souvent non quantifiables. Toutefois, nous ne voyons pas de base raisonnable permettant de supposer que le nombre contrefactuel et le calendrier général des livraisons contrefactuelles pertinentes de 747-8I auraient été différents du nombre et du calendrier général des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave. En fait, l'Union européenne ne propose pas d'autre nombre s'agissant des LCA de Boeing qui auraient été livrés contrefactuellement sur les six marchés géographiques en cause pendant la période de référence 2011-2013.

6.459. À ce stade, nous revenons sur l'argument de l'Union européenne selon lequel nous devons utiliser un modèle économique pour déterminer dans quelle mesure les livraisons de LCA de Boeing auraient été plus importantes dans le contrefactuel.

6.460. Nous pensons qu'à la lumière des analyses détaillées effectuées plus haut, qui examinent une série de facteurs du côté de l'offre et du côté de la demande, nous pouvons conclure que l'hypothèse des États-Unis dans ce contexte est raisonnable. Cette conclusion est fondée sur les constatations détaillées adoptées en ce qui concerne les conditions de concurrence dans la branche de production des LCA et les effets des AL/FEM et sur une quantité importante d'éléments de preuve tant qualitatifs que quantitatifs. Nous rappelons aussi qu'un aspect important de ces constatations était le fait que l'aéronef A380 n'aurait pas pu être commandé ni livré dans les années qui ont précédé la période de référence 2011-2013 ni pendant cette période, ce qui fait que l'aéronef 747-8I était le seul VLA qui pouvait être livré pendant la période en question. Tout autre nombre donné de livraisons contrefactuelles de Boeing pendant la période de référence 2011-2013 n'a pas, selon nous, de fondement suffisant dans le dossier.⁶⁶⁴

6.461. En outre, en tant qu'auteur de la proposition de modélisation économique dans la présente procédure, l'Union européenne aurait pu proposer, mais ne l'a pas fait, un modèle spécifique, quel qu'il soit, et présenter des éléments de preuve suffisants à l'appui (y compris en ce qui concerne les hypothèses à poser et les paramètres à utiliser) et des données permettant d'exécuter les calculs du modèle. Elle a choisi de ne pas le faire, nous laissant le soin de fonder notre décision sur les renseignements versés au dossier dans ce contexte.

6.462. De plus, dans le présent différend même, des conclusions au sujet de questions économiques complexes concernant les conditions de concurrence sur le marché des LCA et les effets économiques des subventions aux constructeurs de LCA contestées ont été formulées en l'absence de toute modélisation économique. Le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel ont pu établir plusieurs déterminations décisives sans l'aide d'aucune modélisation économique, à savoir: a) le nombre précis de commandes représentant les pertes de ventes que la branche de production de LCA des États-Unis subissait dans le contrefactuel⁶⁶⁵; b) le fait que les livraisons de la branche de production de LCA des États-Unis auraient été plus importantes sur chacun des six marchés

⁶⁶⁴ Nous notons qu'un ratio de remplacement de un pour un des aéronefs A380 par des aéronefs 747-8I, en fait, est peut-être prudent. Il en est ainsi parce que l'aéronef 747-8I a effectivement nettement moins de sièges qu'un aéronef A380 en moyenne. (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, tableau 18 (indiquant que le nombre "type" de sièges d'un aéronef A380-800 était bien supérieur à 500, tandis que l'aéronef 747-8I a beaucoup moins de 500 sièges)) On peut donc considérer plausiblement qu'un plus grand nombre d'aéronefs 747-8I que d'aéronefs A380 aurait pu être nécessaire pour répondre aux mêmes besoins des clients. (Voir États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 113 de l'Arbitre, paragraphe 219 (soulevant ce point).)

⁶⁶⁵ Voir plus haut le paragraphe 6.221.

géographiques pertinents en l'absence de subventions; et c) les marchés de produits pertinents, même si la dynamique concurrentielle entre différents modèles de LCA est très complexe.

6.463. S'agissant de ce dernier point, nous prenons note en particulier du fait que le Groupe spécial de la mise en conformité a rejeté un argument semblable avancé par l'Union européenne, à savoir que les États-Unis devaient établir l'existence de marchés de produits en utilisant des éléments de preuve économiques *quantitatifs*. De l'avis du Groupe spécial de la mise en conformité, même s'il avait disposé d'un volume important de données antérieures sur les prix avec lesquelles travailler (ce qui n'était pas le cas):

[I]a tâche consistant à effectuer une analyse économétrique fiable de la demande de produits LCA se heurterait à nombre d'importants problèmes méthodologiques et relatifs aux données. Entre autres problèmes, il faut déterminer comment modéliser de façon appropriée la demande de produits LCA, elle-même très complexe et influencée par une multiplicité de facteurs qui sont parfois subjectifs et "non quantifiables". Lorsque ces caractéristiques et d'autres propres à la demande de LCA sont examinées à la lumière des difficultés reconnues liées à l'identification des marchés de produits pertinents constitués de produits différenciés, il apparaît que la présentation d'éléments de preuve quantitatifs exacts et fiables concernant le degré de substitution du côté de la demande entre différents produits LCA serait une tâche monumentale.⁶⁶⁶

6.464. Nous notons que selon le Groupe spécial, comme en l'espèce, "[l]'Union européenne n'[avait] fait aucune suggestion quant à ce à quoi ce modèle pourrait ressembler. Toutefois, un économiste qui s'[était] efforcé d'effectuer cette analyse a reconnu que "la demande d'aéronefs [était] très complexe et [qu']une estimation de la demande d'aéronefs [était] en soi un immense programme de recherche".⁶⁶⁷ Nous discernons dans notre procédure une difficulté qui n'est pas moindre, à savoir la modélisation de considérations concernant à la fois l'offre et la demande pour déterminer les chiffres précis des livraisons de VLA sur des marchés de produits géographiques particuliers pendant une période bien précise et dans le cadre d'un scénario contrefactuel.

6.465. Enfin, nous observons que les modèles économiques n'ont pas été traités comme une condition *sine qua non* des arbitrages de ce type. À notre connaissance, aucun arbitre n'a donné à entendre qu'un modèle économique devait nécessairement être appliqué. En fait, selon ce que nous comprenons des approches qu'ils ont adoptées, les arbitres antérieurs se sont appuyés sur les faits et circonstances particuliers d'un dossier donné, y compris les constatations adoptées par l'ORD et les méthodes et arguments avancés par les parties dans le cadre de la procédure d'arbitrage.

6.3.4.4.3 Prix de livraison

6.466. Dans le contexte de l'entrave, les États-Unis définissent la valeur de chaque livraison contrefactuelle additionnelle de LCA de Boeing au cours d'une année civile donnée de la période de référence 2011-2013 comme étant le prix de livraison net moyen de tous les aéronefs 747-8I effectivement livrés au cours de cette année civile exprimé en dollars EU de l'année de livraison. Comme il est montré dans l'équation 9), selon les États-Unis, le prix de livraison par aéronef moyen mondial (au niveau international) pour une année donnée est calculé en divisant la somme de tous les prix nets des aéronefs 747-8I livrés au cours de cette année civile par le nombre d'aéronefs 747-8I livrés cette année-là.

$$\text{Prix net moyen de Boeing}_{\text{année de livraison } s \text{ en USD de l'année de livraison } s} = \sum \frac{\text{Prix net de Boeing}_{\text{compagnie aérienne } j \text{ année de livraison } s \text{ en USD de l'année de livraison } s}}{\text{Nombre d'aéronefs}_{\text{année de livraison } s}} \quad 9)$$

où $\text{Prix net moyen de Boeing}_{\text{année de livraison } s \text{ en USD de l'année de livraison } s}$: prix de livraison net du modèle 747-8I de Boeing livré à la compagnie aérienne j pendant le mois/l'année s et exprimé en dollars EU de l'année de livraison s

$\text{Nombre d'aéronefs}_{\text{année de livraison } s}$: nombre d'aéronefs 747-8I de Boeing livrés pendant l'année s .

⁶⁶⁶ Rapport du Groupe spécial CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 6.1205.

⁶⁶⁷ Rapport du Groupe spécial CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 6.1186.

6.467. Nous rappelons notre constatation selon laquelle aucune livraison contrefactuelle additionnelle pertinente par Boeing d'aéronefs 747-8I n'aurait pu avoir lieu en décembre 2011, et selon laquelle, par conséquent, seules les livraisons contrefactuelles de Boeing des années 2012 et 2013 sont pertinentes pour l'évaluation que nous effectuons ici.⁶⁶⁸

6.468. S'agissant des années 2012 et 2013, les États-Unis calculent le prix de livraison unitaire moyen correspondant de l'aéronef 747-8I de Boeing au niveau mondial sur la base des [[***]] de tous les aéronefs 747-8I effectivement livrés en 2012 et 2013, respectivement⁶⁶⁹; ces prix de livraison nets moyens mondiaux par aéronef pour 2012 et 2013 sont, par construction, exprimés en dollars EU de 2012 et 2013, respectivement.⁶⁷⁰ Les États-Unis expliquent que tant en 2012 qu'en 2013, Boeing a uniquement effectué des livraisons d'aéronefs 747-8I à Lufthansa en vertu d'une commande de 2006 pour 20 aéronefs 747-8I, ce qui signifie que ces prix de livraison nets moyens mondiaux par aéronef pour 2012 et 2013 représentent effectivement les prix de livraison nets unitaires moyens des aéronefs 747-8I facturés à Lufthansa pour ces 2 années.⁶⁷¹

6.469. L'Union européenne a fait valoir initialement que les États-Unis auraient dû fonder leurs calculs de l'entrave sur des renseignements relatifs aux prix par client et par campagne, d'une manière analogue à l'approche proposée par les États-Unis pour l'évaluation des pertes de ventes.⁶⁷² Par la suite, elle est toutefois convenue avec les États-Unis que la commande de Lufthansa de 2006 portant sur 20 aéronefs 747-8I de Boeing constituait une base représentative, fiable et solide pour obtenir les prix de livraison contrefactuels des 747-8I pour 2012 et 2013.⁶⁷³ L'Union européenne fait en outre observer qu'il n'est pas nécessaire que l'Arbitre adopte une quelconque autre approche.

6.470. L'Arbitre note que les 2 parties conviennent qu'il devrait fonder son évaluation de l'entrave sur les prix de livraison moyens mondiaux calculés sur la base des prix de livraison pour la commande de 20 aéronefs 747-8I passée par Lufthansa en 2006. Ces prix pourraient ensuite être utilisés pour obtenir les prix de livraison contrefactuels des 747-8I en 2012 et 2013. Nous rappelons en outre la raison pour laquelle l'Union européenne n'avait initialement pas souscrit à l'approche fondée sur les prix de livraison moyens était que, sur la base des renseignements disponibles à l'époque, elle croyait que cette approche gonflait artificiellement les prix de livraison contrefactuels de Boeing. Toutefois, après avoir eu accès à davantage de renseignements dans le contexte de la présente procédure et après que les États-Unis ont convenu d'exclure les prix des livraisons à des

⁶⁶⁸ Dans ce contexte, nous notons que les parties sont en désaccord au sujet de la méthode de calcul du prix de livraison moyen de 2011. (Union européenne, réponse à la question n° 83 de l'Arbitre, paragraphe 295; observations sur les réponses des États-Unis aux questions de l'Arbitre n° 139, paragraphes 424 à 432, n° 140, paragraphe 433, n° 142, paragraphe 435, et n° 143, paragraphe 436; et États-Unis, communication écrite, paragraphe 252). Toutefois, étant donné que nous avons constaté qu'aucune livraison contrefactuelle additionnelle de Boeing n'aurait eu lieu en 2011, de tels désaccords n'ont aucun fondement.

⁶⁶⁹ États-Unis, note méthodologique, paragraphes 86 et 87.

⁶⁷⁰ Second Revised 747-8I Global Delivery Prices for 2012 and 2013 (révision de la pièce USA-26 (RCES)), (pièce USA-103 (RCES)).

⁶⁷¹ L'Union européenne a fait valoir initialement que les États-Unis avaient considérablement gonflé les prix de livraison nets unitaires moyens mondiaux de 2012 pour les aéronefs 747-8I en incluant les prix pour les ventes d'aéronefs [[***]]. (Union européenne, communication écrite, paragraphes 322 à 328) Pour minimiser les points de désaccord entre les parties chaque fois que possible, les États-Unis ont répondu à l'argument de l'Union européenne en excluant les livraisons des modèles [[***]] de leur calcul du prix de livraison net moyen mondial de 2012 pour les aéronefs 747-8I. (États-Unis, communication écrite, paragraphes 247 et 248)

⁶⁷² Union européenne, communication écrite, paragraphe 312. En réponse à la suggestion initiale de l'Union européenne d'utiliser des renseignements relatifs aux prix par client et par campagne pour l'évaluation de l'entrave, les États-Unis ont indiqué des comparateurs, y compris [[***]], et ont fourni les calculs correspondants de la valeur de l'entrave, tout en faisant valoir qu'une telle approche ne serait pas nécessaire. (États-Unis, réponses aux questions de l'Arbitre n° 153, paragraphes 4 à 9, et n° 154, paragraphes 10 à 23; observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 158 de l'Arbitre, paragraphes 11 et 12; Calculation of Delivery Prices for Comparator Orders, (pièce USA-61 (RCES)); et Net Price Calculations for Questions 153 and 154(d) Alternative Impedance Valuations, (pièce USA-106 (RCES)))

L'Union européenne a rejeté le choix de certains des comparateurs suggérés par les États-Unis et a proposé d'autres comparateurs. (Union européenne, communication écrite, paragraphes 243 à 246 et 318 à 320; et réponses aux questions de l'Arbitre n° 83, paragraphes 297 à 299, et n° 158, paragraphes 5 à 10)

L'Union européenne a également rejeté l'approche que les États-Unis ont suivie pour calculer les prix de livraison pertinents s'agissant de l'entrave. (Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 83, paragraphes 297 à 299, et n° 158, paragraphe 9; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 153 de l'Arbitre, paragraphe 9)

⁶⁷³ Union européenne, réponses aux questions de l'Arbitre n° 83, paragraphe 295, et n° 158, paragraphe 4; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 153 de l'Arbitre, paragraphe 5.

[[***]] du prix de livraison moyen pour 2012, l'Union européenne a revu son jugement sur ce point particulier.

6.471. Bien que l'on puisse faire valoir l'utilisation de la même approche (fondée sur une commande servant de comparateur) pour l'évaluation tant des pertes de ventes que de l'entrave, nous considérons qu'il existe de solides raisons d'adopter une approche différente fondée sur les prix moyens mondiaux dans le contexte de l'entrave. Après un examen attentif des différents comparateurs proposés par les parties dans le contexte de l'entrave, nous considérons qu'une approche par client et par campagne pour l'évaluation de l'entrave n'aurait pas donné une estimation plus exacte de l'entrave. Nous rappelons à cet égard que l'identité du client (la compagnie aérienne concernée) est notre principal critère de sélection des commandes pertinentes servant de comparateur. Pourtant, les clients auxquels des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave avaient été effectuées sont relativement peu nombreux et, par conséquent, les commandes pouvant potentiellement servir de comparateur parmi lesquelles choisir et passées par la même compagnie aérienne sont très peu nombreuses. Dans ces circonstances, il apparaît, selon nous, que l'utilisation des prix moyens mondiaux pour les livraisons effectives d'aéronefs 747-8I en 2012 et 2013 est une méthode de rechange raisonnable pour estimer les prix de livraison contrefactuels des livraisons additionnelles d'aéronefs 747-8I au cours de ces années-là.

6.472. Compte tenu de ce qui précède, nous convenons de suivre l'approche soutenue par les deux parties et évaluons, par conséquent, l'entrave en utilisant les prix de livraison moyens mondiaux pour les livraisons contrefactuelles additionnelles d'aéronefs 747-8I sur les six marchés géographiques pertinents en 2012 et en 2013.

6.3.4.4.4 Conclusion

6.473. Ainsi s'achève notre évaluation des aspects techniques de la méthode d'évaluation de l'entrave des États-Unis. Comme il a été indiqué plus haut dans la section 6.1, nous appliquerons ces constatations plus loin dans la section 6.4.3 lorsque nous calculerons la valeur effective de l'entrave.

6.4 Calcul de contre-mesures proportionnelles aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée

6.474. Dans les sections précédentes, nous avons accepté certains aspects de la méthode proposée par les États-Unis, mais nous avons constaté dans d'autres aspects des défauts qui rendent des ajustements nécessaires. Dans la section 6.4, nous appliquons ces conclusions pour calculer le niveau maximal de la suspension annuelle qui soit "proportionnel[] au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée".⁶⁷⁴ Conformément à la teneur des sections figurant plus haut et à notre mandat, la présente section s'articule en cinq parties. Premièrement, nous expliquons notre méthode générale. Deuxièmement, nous déterminons les valeurs des pertes de ventes en dollars EU de 2012 et 2013. Troisièmement, nous déterminons les valeurs de l'entrave en dollars EU de 2012 et 2013. Quatrièmement, nous déterminons la valeur annualisée totale des pertes de ventes et de l'entrave exprimée en dollars EU de 2013 afin de déterminer le niveau maximal de la suspension annuelle. Enfin, nous déterminons un niveau de contre-mesures proportionnel à la valeur annualisée, établie précédemment, des effets défavorables dont l'existence a été déterminée.

6.4.1 Approche générale

6.475. Dans la section 6.4.1, nous décrivons l'approche que nous jugeons la mieux adaptée pour établir la valeur des effets défavorables dont l'existence a été déterminée. Conformément aux constatations que nous avons formulées jusqu'à présent, nous mesurons la valeur des effets

⁶⁷⁴ Comme il a été indiqué plus haut dans la section 3, au cas où nous déterminerions que la méthode proposée par les États-Unis pour le calcul du niveau des contre-mesures, ou toute méthode de rechange proposée par l'Union européenne, a des défauts et n'est pas appropriée, nous pourrions soit apporter des ajustements appropriés soit élaborer nous-mêmes une autre méthode appropriée. Comme l'a expliqué un arbitre antérieur, "des Arbitres antérieurs ont développé leurs propres méthodes appropriées, fondées soit sur des éléments des méthodes proposées par les parties, soit sur une approche complètement différente". (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 116). (notes de bas de page omises)

défavorables dont l'existence a été déterminée comme étant la somme de la valeur des pertes de ventes et de la valeur de l'entrave. Pour évaluer les effets défavorables dont l'existence a été déterminée, nous suivons une approche en trois étapes suivant laquelle nous calculons a) les pertes de ventes et b) l'entrave séparément, et c) nous annualisons leur somme sur la période de référence afin d'obtenir la valeur annuelle moyenne des effets défavorables dont l'existence a été déterminée exprimée en dollars EU de 2013. Pour appliquer cette approche, nous modifions dans certains cas la méthode proposée par les États-Unis de manière à tenir compte de certains des arguments avancés par l'Union européenne et de nos propres préoccupations concernant la méthode des États-Unis.

6.476. Nous nous écartons notablement de l'approche proposée par les États-Unis en ce sens que nous utilisons tous les renseignements pertinents que les parties ont fournis jusqu'en juin 2019 pour évaluer les pertes de ventes et l'entrave, pour autant qu'ils se rapportent à la valeur des effets défavorables dont l'existence a été déterminée pour la période de référence et qu'ils éclairent cette valeur.

6.4.2 Évaluation des pertes de ventes

6.477. Comme il est expliqué dans la section 6.3.4.3.4, l'Arbitre suppose qu'en l'absence des subventions AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB, pour chacune des cinq pertes de ventes en cause, dans le contrefactuel, Boeing aurait initialement vendu au cours de la même année de la période de référence le même nombre d'aéronefs qu'Airbus, et Boeing aurait vendu son modèle concurrent le plus proche du modèle de LCA d'Airbus effectivement vendu. Toutefois, nous ajustons les nombres de livraisons contrefactuelles de ces aéronefs de Boeing commandés de manière à prendre en compte les annulations effectives (au mois de juin 2019) de certaines des commandes d'aéronefs passées auprès d'Airbus qui auraient également eu lieu dans le contrefactuel. Spécifiquement, nous procédons à de tels ajustements dans les cas où ces annulations de commandes ont résulté de la décision de la compagnie aérienne cliente, étaient indépendantes de la volonté d'Airbus et se sont produites pour des raisons qui n'étaient pas propres à la société Airbus ou à ses aéronefs.

6.478. À la lumière de ces considérations, le tableau 16 ci-après résume les commandes et livraisons contrefactuelles de Boeing qui auraient eu lieu si Boeing avait remporté les cinq ventes perdues. En ce qui concerne la perte de la vente à Transaero, comme nous l'avons vu dans la section 6.3.4.3.4.1, nous supposons que, même si Boeing avait remporté la commande de quatre aéronefs 747-8I, la commande aurait été entièrement annulée et, par conséquent, aucune livraison n'aurait eu lieu. De même, comme nous l'avons vu dans la section 6.3.4.3.4.1, nous avons supprimé les livraisons contrefactuelles de [[***]] aéronefs 747-8I à Emirates au motif que ces livraisons auraient aussi été annulées dans le contrefactuel.

Tableau 16: Commandes et livraisons contrefactuelles d'aéronefs bicouloirs et de VLA de Boeing

Campagne de vente perdue	Modèle d'Airbus	Modèle de Boeing le plus proche	Année de commande	Nombre d'aéronefs commandés dans le contrefactuel	Nombre d'aéronefs livrés dans le contrefactuel
Cathay Pacific Airways	A350XWB-1000	777-300ER	2012	10	10
Transaero Airlines	A380	747-8I	2012	4	0
Singapore Airways	A350XWB-900	787-10	2013	30	30
United Airlines	A350XWB-1000	777-300ER	2013	10	10
Emirates	A380	747-8I	2013	50	[[***]]
Total				104	[[***]]

6.479. Nous suivons une approche centrée sur les commandes et évaluons chaque vente perdue dans l'année où la commande correspondante a été perdue. De plus, et comme il est expliqué dans la section 6.3.4.3.6.4, nous obtenons cette valeur en calculant la valeur actualisée, au moment où la commande a été perdue, du prix de livraison net de chaque aéronef de Boeing livré dans le contrefactuel à une date prévue postérieure à la commande et en procédant, selon qu'il convient, à

un ajustement pour tenir compte du risque respectif d'annulation future de la livraison contrefactuelle (en 2019)⁶⁷⁵:

$$\text{Perte de vente ajustée}_{\text{compagnie aérienne } l, \text{année de commande } t} = \sum_{\text{Année de livraison } s} \frac{\text{Prix net de Boeing}_{\text{compagnie aérienne } l, \text{année de livraison } s}}{(1 + \text{Taux d'actualisation}_{\text{année de commande } t})^{\text{année de livraison } s - \text{année de commande } t}} \times \text{Aéronefs livrés}_{\text{compagnie aérienne } l, \text{année de livraison } s} \times \text{Taux de survie}_{\text{année de commande } t, \text{année de livraison } s} \quad 10)$$

6.480. Pour chaque campagne de vente perdue en cause, nous avons choisi une commande ferme servant de comparateur concernant le modèle de Boeing qui est le concurrent le plus proche passée par la même compagnie aérienne ou une compagnie aérienne semblable de laquelle nous pouvons tirer des renseignements pertinents sur les prix contractuels afin d'estimer le prix de livraison net de chaque aéronef de Boeing livré dans le contrefactuel. Le tableau 17 résume les commandes de Boeing servant de comparateur que nous avons choisies pour évaluer les pertes de ventes. À l'exception de la perte de la vente à Emirates de 2013, chaque commande servant de comparateur choisie correspond à une commande passée auprès de Boeing par la même compagnie aérienne. Comme il est expliqué dans la section 6.3.4.3.6.1, nous considérons que la commande d'aéronefs 747-8I passée par Lufthansa en 2006 constitue la meilleure commande servant de comparateur disponible pour la perte de la vente à Emirates, compte tenu du volume important de la commande et des similitudes entre les deux compagnies aériennes.⁶⁷⁶

6.481. En ce qui concerne les calendriers de livraison contrefactuels pertinents de Boeing, nous utilisons le calendrier de livraison convenu contractuellement qui figure dans les contrats correspondants d'Airbus concernant les ventes perdues en cause.

Tableau 17: Commandes servant de comparateur choisies

Ventes perdues pendant la période de référence				Commande servant de comparateur			
Année	Compagnie aérienne	Modèle	Volume de la commande	Année	Compagnie aérienne	Modèle	Volume de la commande
2012	Cathay Pacific Airways	A350XWB-1000	10	2011	Commande de Cathay Pacific Airways	777-300ER	10
2012	Transaero Airlines	A380	4*	2012	-	-	-
2013	Singapore Airlines	A350XWB-900	30	2013	Commande de Singapore Airlines	787-10	30
2013	United Airlines	A350XWB-1000	10	2015	Commande de United Airlines	777-300ER	30
2013	Emirates	A380	50+	2006	Commande de Lufthansa	747-8I	20

Note: * 4 annulations postérieures à la commande.
+ [[***]] annulations postérieures à la commande.

6.482. Pour chaque vente perdue, nous utilisons les modalités de fixation des prix figurant dans la commande servant de comparateur, [[***]] pour calculer le prix de livraison net de la livraison

⁶⁷⁵ Par souci de simplicité, nous supposons que toute commande contrefactuelle aurait lieu en juillet d'une année donnée de la période de référence (c'est-à-dire 2012 ou 2013) et que toute livraison contrefactuelle aurait lieu en juillet de l'année de la livraison prévue (par exemple juillet 2020).

⁶⁷⁶ Cathay Pacific March 2011 777-300ER Order Documentation (pièce USA-69 (RCES)); Singapore Airlines 2013 787-10 Order Documentation (pièce USA-73 (RCES)); United 2015 777-300ER Order Documentation (pièce USA-74 (RCES)); Lufthansa 2006 747-8I Order Documentation (pièce USA-79 (RCES)); et Lufthansa Escalation Documentation (pièce USA-87 (RCES)).

d'aéronefs contrefactuelle correspondante exprimé en dollars EU de l'année de livraison.⁶⁷⁷ Le prix de livraison net (exprimé en dollars EU de l'année de livraison) est la différence entre le prix de livraison brut et les concessions sur les prix (exprimée en dollars EU de l'année de base) multipliée par le facteur de révision associé à la date de livraison moins les concessions sur les prix additionnelles [[***]].⁶⁷⁸

6.483. Afin de réduire au minimum [[***]], et compte tenu de notre décision de prendre en considération des renseignements à jour au mois de juin 2019, nous appliquons les taux de révision [[***]] pour toutes livraisons contrefactuelles prévues avant [[***]] et les taux de révision [[***]] [[***]] pour les livraisons contrefactuelles prévues après [[***]].⁶⁷⁹

6.484. À moins que nous n'ayons déjà déterminé qu'une commande de Boeing contrefactuelle particulière aurait été annulée dans le contrefactuel⁶⁸⁰, nous supposons que toutes les autres livraisons de Boeing prévues dans le contrefactuel pour 2018 ou avant auraient eu lieu. Pour les livraisons contrefactuelles de Boeing prévues après 2018, nous tenons compte de la probabilité que les commandes correspondantes puissent être annulées avant que ces livraisons n'aient lieu. Nous le faisons en ajustant ces prix de livraison nets contrefactuels calculés de Boeing à l'aide du taux de survie par année de commande et année de livraison pour Boeing. Comme nous l'avons vu dans la section 6.3.4.3.4.2, les taux de survie par année de commande et année de livraison pour Boeing sont fondés sur le taux d'annulation moyen historique pour Boeing pour toutes ses ventes de LCA entre 2008 et 2011⁶⁸¹, tel qu'il est illustré ci-après:

$$\text{Taux de survie}_{\text{année de commande } t, \text{ année de livraison } s} = \begin{cases} 100\% & \text{si année de livraison } s \leq 2018 \\ (1 - \text{Taux d'annulation moyen}_{2008-2011})^{s-t} & \text{si année de livraison } s > 2018 \end{cases} \quad 11)$$

6.485. Enfin, nous actualisons chaque prix de livraison net contrefactuel ajusté de Boeing pour obtenir la valeur actuelle au moment de la perte de vente en dollars EU de l'année de commande. Comme nous l'avons vu dans la section 6.3.4.3.6.4, compte tenu de notre décision de procéder à cette opération d'actualisation du point de vue de Boeing, nous choisissons le coût de la dette de Boeing comme taux d'actualisation le plus approprié disponible dans le dossier.⁶⁸²

6.486. Pour chaque campagne de vente perdue en cause, on additionne les valeurs actuelles des prix de livraison nets de tous les aéronefs de Boeing commandés dans le contrefactuel, ajustés, selon qu'il convient, pour tenir compte du risque d'annulation future, afin d'obtenir la valeur estimée de la perte de vente pour Boeing, exprimée en dollars EU de l'année de commande. Le tableau 18 indique les résultats de notre évaluation des pertes de ventes en cause.⁶⁸³

⁶⁷⁷ Les modalités de fixation des prix incluent le prix brut de l'aéronef et les concessions sur les prix (exprimés en dollars EU de l'année de base), ainsi que la formule de révision. Des [[***]] ayant une pertinence figurent aussi dans [[***]].

⁶⁷⁸ Pour certaines commandes servant de comparateur, [[***]].

⁶⁷⁹ Voir [[***]] (pièce USA-38 (RCC)); [[***]] (pièce USA-39 (RCC)); [[***]] (pièce USA-40 (RCC)); [[***]] (pièce USA-41 (RCC)); Cathay Pacific March 2011 777-300ER Order Documentation (pièce USA-69 (RCES)); Singapore Airlines 2013 787-10 Order Documentation (pièce USA-73 (RCES)); United 2015 777-300ER Order Documentation (pièce USA-74 (RCES)); Lufthansa 2006 747-8I Order Documentation (pièce USA-79 (RCES)); et Lufthansa Escalation Documentation (pièce USA-87 (RCES)).

⁶⁸⁰ Comme nous l'avons vu plus haut, cela aurait été le cas de la perte de la vente à Transaero et d'une partie des pertes des ventes à Emirates.

⁶⁸¹ Survival Rate Calculation (pièce USA-65 (RCES)).

⁶⁸² Boeing WACC Data for 2012, 2013 (pièce USA-120 (RCC)).

⁶⁸³ En ce qui concerne la perte de la vente à Transaero Airlines, nous notons que notre tâche est déterminée par les recommandations et décisions de l'ORD de 2018, qui incluent une constatation de l'existence d'effets défavorables en ce qui concerne la perte de la vente à Transaero Airlines. Nous devons donc évaluer cette perte de vente. Il ressort d'une évaluation correcte, prenant en compte l'annulation postérieure à la commande de la totalité de la commande de Transaero Airlines, que la valeur de la perte de la vente à Transaero Airlines est égale à zéro. Nous notons dans ce contexte que, d'après l'article 3:8 du Mémoire d'accord, "il y a normalement présomption qu'une infraction aux règles a une incidence défavorable pour d'autres Membres". Toutefois, nous souscrivons à la déclaration d'un autre arbitre selon laquelle "[l]a présomption d'annulation ou de réduction d'avantages ... visée à l'article 3:8 ... ne peut à elle seule être considérée simultanément comme un élément de preuve établissant un niveau particulier d'annulation ou de réduction d'avantages prétendument subie par un Membre qui demande l'autorisation de suspendre des concessions ... beaucoup plus tard dans la procédure de règlement des différends de l'OMC". Nous souscrivons

Tableau 18: Valeur des pertes de ventes pour la période de référence

Perte de vente	Année de commande	Modèle de Boeing concurrent le plus proche	Nombre d'aéronefs commandés dans le contrefactuel	Nombre d'aéronefs livrés dans le contrefactuel	Valeur de la perte de vente (USD de l'année de commande)
Cathay Pacific Airways	2012	777-300ER	10	10	[[RCES]]
Transaero Airlines	2012	747-8I	4	0	0
Singapore Airways	2013	787-10	30	30	[[RCES]]
United Airlines	2013	777-300ER	10	10	[[RCES]]
Emirates	2013	747-8I	50	[[***]]	[[RCES]]

6.4.3 Évaluation de l'entrave

6.487. En ce qui concerne l'évaluation des cas pertinents d'entrave sur les six marchés géographiques, comme il est expliqué dans la section 6.3.4.4.2, l'Arbitre suppose qu'en l'absence de subventions AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB, Boeing aurait remplacé les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave par le même nombre d'aéronefs 747-8I de Boeing pendant la période de référence 2011-2013, bien que les dates des livraisons contrefactuelles d'aéronefs 747-8I de Boeing auraient été quelque peu différentes des dates des livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave. Comme il est en outre expliqué aux paragraphes 6.409 et 6.411, Boeing aurait livré 18 aéronefs 747-8I additionnels en 2012 et 29 aéronefs 747-8I additionnels en 2013 sur les 6 marchés géographiques en question considérés dans leur ensemble.⁶⁸⁴

6.488. Le tableau 19 montre les livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave et les livraisons contrefactuelles d'aéronefs 747-8I de Boeing que nous prenons en compte dans notre évaluation de l'entrave.

Tableau 19: Livraisons d'A380 ayant donné lieu à une entrave et livraisons contrefactuelles de 747-8I de Boeing

Date de livraison	Nombre de livraisons d'A380 d'Airbus sur les 6 marchés géographiques pertinents	Nombre de livraisons contrefactuelles de 747-8I de Boeing sur les 6 marchés géographiques pertinents
Décembre 2011	4	0
2012	23	18
2013	20	29
Total	47	47

6.489. Dans le contexte de notre évaluation de l'entrave, nous suivons une approche centrée sur les livraisons et évaluons donc l'entrave dans l'année où les livraisons contrefactuelles auraient été effectuées. Nous obtenons cette valeur en multipliant le prix de livraison net moyen global (c'est-à-dire mondial) des 747-8I par aéronef pour l'année pertinente de la période de référence par le nombre de livraisons contrefactuelles d'aéronefs 747-8I de l'année correspondante.

6.490. Les prix de livraison nets moyens globaux des 747-8I par aéronef pour 2012 et 2013 sont calculés en divisant la somme de tous les prix de livraison nets des aéronefs 747-8I livrés en 2012 ou 2013 par le nombre d'aéronefs 747-8I livrés en 2012 ou 2013.⁶⁸⁵

également à l'autre observation du même arbitre selon laquelle "[l]'examen du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages ... sur la base de la norme objective prévue à l'article 22 du Mémoire d'accord est ... indépendant de la constatation d'infractions aux règles de l'OMC faite par un groupe spécial ou par l'Organe d'appel". (Décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – CE), paragraphe 6.10 (italique dans l'original))

⁶⁸⁴ Voir plus haut les paragraphes 6.408 à 6.411.

⁶⁸⁵ Boeing Declaration (pièce USA-5 (RCC)); et Second Revised 747-8I Global Delivery Prices for 2012 and 2013 (révision de la pièce USA-26 (RCES)) (USA-103 (RCES)).

6.491. Le tableau 20 indique les résultats de notre évaluation des cas d'entrave en cause, exprimés en dollars EU de l'année de livraison.

Tableau 20: Valeur de l'entrave pour la période de référence

Date de livraison	Nombre de livraisons contrefactuelles de 747-8I de Boeing sur les 6 marchés géographiques pertinents	Prix de livraison net moyen global par aéronef des 747-8I	Valeur de l'entrave en USD de l'année de livraison
Décembre 2011	0	-	0
2012	18	[[RCES]]	[[RCES]]
2013	29	[[RCES]]	[[RCES]]
Total	47		

6.4.4 Valeur annualisée agrégée des pertes de ventes et de l'entrave

6.492. Plus haut, dans les sections 6.4.2 et 6.4.3, l'Arbitre a déterminé les valeurs monétaires de l'entrave et des pertes de ventes pour la période de référence de 25 mois allant de décembre 2011 à 2013. Il n'y a eu aucune perte de vente en décembre 2011, et nous avons constaté dans le contexte de l'entrave qu'aucune livraison contrefactuelle pertinente d'aéronefs 747-8I de Boeing n'aurait eu lieu en décembre 2011. Par conséquent, à ce stade de notre analyse, les valeurs monétaires se rapportant aux pertes de ventes comme à l'entrave ont été exprimées en dollars EU de 2012 et en dollars EU de 2013, selon qu'il convient. Cela est compatible avec la méthode des États-Unis. Celle-ci consiste à annualiser ces valeurs en dollars EU de 2013 afin de déterminer une valeur annualisée des effets défavorables comme étape préliminaire en vue de déterminer le niveau maximal de la suspension annuelle.

6.493. Les États-Unis obtiennent la valeur annualisée en dollars EU de 2013 en convertissant les valeurs en dollars EU de 2012 en valeurs en dollars EU de 2013 en ajustant ces valeurs pour tenir compte de l'inflation au moyen de l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils et en ajoutant ce montant aux valeurs en dollars EU de 2013 préexistantes pour obtenir une valeur agrégée totale des pertes de ventes et de l'entrave exprimée en dollars EU de 2013. Les États-Unis divisent ensuite ce montant agrégé par 25 (la période de référence comptant 25 mois) et le multiplient par 12 (les 12 mois d'une année). Il en résulte une valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence a été déterminée exprimée en dollars EU de 2013. Par commodité, nous appellerons ce montant la "valeur annualisée pour 2013".

6.494. Selon les États-Unis, la nécessité d'annualiser la valeur des effets défavorables dont l'existence a été déterminée découle du fait qu'ils cherchent à appliquer des contre-mesures à hauteur du niveau maximal autorisé sur une base annuelle (c'est-à-dire une période de 12 mois) au lieu de, par exemple, une période de 25 mois (c'est-à-dire la durée de la période de référence 2011-2013). En d'autres termes, les États-Unis demandent que l'Arbitre détermine le montant maximal des contre-mesures qu'ils peuvent prendre par année civile afin de pouvoir mettre en œuvre leurs contre-mesures en conséquence. Ils citent l'administrabilité et la pratique courante des parties plaignantes au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord comme raisons de proposer de prendre des contre-mesures sur une base annuelle.⁶⁸⁶

6.495. Plus haut, dans la section 6.3.1, nous avons déterminé qu'il était juridiquement approprié d'accorder des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle comme les États-Unis le proposent dans leur méthode.⁶⁸⁷ Comme les États-Unis cherchent à obtenir un niveau maximal qu'ils peuvent imposer chaque année, nous estimons approprié d'annualiser la valeur des effets défavorables déterminée pour la période de référence de 25 mois. Nous notons que d'autres arbitres ont également établi des niveaux maximaux de suspension sur la base des effets pertinents des mesures en question sur une année.⁶⁸⁸ En conséquence, comme les États-Unis, nous calculons une

⁶⁸⁶ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 90.

⁶⁸⁷ Voir plus haut le paragraphe 6.76.

⁶⁸⁸ Décisions des Arbitres États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis); États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis); États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II); États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis); États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis); Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil); CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE); CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE); CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE); et CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE). Nous notons en particulier l'approche de l'Arbitre dans l'affaire Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil). Dans cette

valeur annualisée agrégée des effets défavorables pour 2013 (la valeur annualisée pour 2013), 2013 étant l'année la plus récente de la période de référence 2011-2013.

6.496. Ayant décidé qu'il était approprié de déterminer la valeur annualisée pour 2013, la question dont nous sommes saisis est de savoir quel est le taux d'inflation approprié que nous devrions utiliser pour ajuster la valeur des pertes de ventes et de l'entrave pour 2012 en vue de l'exprimer en dollars EU de 2013. Comme il a été expliqué plus haut, les États-Unis proposent d'utiliser l'IPP du secteur de la construction des CA.⁶⁸⁹ Les États-Unis fournissent des justifications principalement pratiques concernant l'utilisation de l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils. Ils laissent entendre que les avantages en sont qu'il s'agit d'un indicateur supplétif raisonnable de la valeur en dollars accrue des LCA au fil du temps; qu'il s'agit d'un indice accessible au public et régulièrement actualisé, publié par un organisme public; et qu'il est peu probable qu'il soit manipulé par des participants de la branche de production. Selon les États-Unis, l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils n'est, de plus, pas propre aux compagnies aériennes, contrairement aux [[***]]. Selon les États-Unis, utiliser [[***]] pour calculer les contre-mesures annuelles rendrait ce calcul excessivement et inutilement complexe.⁶⁹⁰

6.497. L'Arbitre considère qu'il n'y a pas de raison valable d'utiliser l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils hormis l'avantage pratique d'utiliser un coefficient d'indexation non-RCES unique. Nous notons à cet égard que les valeurs des pertes de ventes et de l'entrave pour 2012 qu'il faut ajuster pour tenir compte de l'inflation sont des valeurs concernant les aéronefs de Boeing. À notre avis, la formule de révision [[***]] rend mieux compte de l'évolution de leurs prix. Sur la base [[***]], la formule de révision détermine le facteur de révision pour chaque mois de chaque année entre l'année de base et l'année de livraison. Ce facteur de révision reflète les variations des coûts de la main-d'œuvre et du matériel [[***]] résultant de l'inflation et d'autres changements économiques. En conséquence, pour chaque perte de vente de 2012 en cause et la valeur de l'entrave pour 2012, nous utilisons le ratio correspondant du facteur de révision [[***]] de 2013 rapporté à celui de 2012 pour réexprimer les valeurs des pertes de ventes et de l'entrave de 2012 en dollars EU de 2013.

6.498. Sur cette base, nous déterminons la valeur annualisée agrégée des effets défavorables en dollars EU de 2013.

6.499. Premièrement, pour les pertes de ventes, nous multiplions la valeur de la seule vente perdue restante de 2012 – la valeur de la perte de la vente à Cathay Pacific (exprimée en dollars EU de 2012) – par le ratio du facteur de révision [[***]] de 2013 rapporté à celui de 2012 associé à sa commande servant de comparateur. Deuxièmement, pour l'entrave, nous appliquons le ratio du facteur de révision [[***]] de 2013 rapporté à celui de 2012 fondé sur la formule de révision figurant dans le contrat conclu en 2006 avec Lufthansa à la valeur de l'entrave pour 2012. Une fois que nous avons exprimé toutes les valeurs des pertes de ventes et de l'entrave de 2012 en dollars EU de 2013, nous les ajoutons aux valeurs des pertes de ventes et de l'entrave de 2013. Nous annualisons ensuite cette somme en la divisant par 25 (le nombre de mois de la période de référence) et en la multipliant par 12 (mois).

procédure, après avoir déterminé la valeur actuelle de la subvention prohibée accordée sur une période de six ans (2000-2005), l'Arbitre a divisé ce montant agrégé par six (ce qui correspond à la période de six ans) pour déterminer la valeur actuelle annualisée moyenne de la subvention. (Décision de l'Arbitre *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – *Brésil*), paragraphe 3.93. Voir aussi la décision de l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5*, *Loi sur le droit d'auteur* (article 25), note de bas de page 78 (expliquant que "les compensations ou suspensions de concessions ou d'autres obligations ont jusqu'ici été calculées sur la base de 12 mois".))

⁶⁸⁹ Producer Price Indexes – Program Overview, U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics (pièce USA-20).

⁶⁹⁰ États-Unis, réponse à la question n° 38 de l'Arbitre, paragraphes 77 à 79.

$$\begin{aligned}
AEDTE_{\text{en USD de 2013}}^{\text{déc.2011-déc.2013}} = & \left(\text{Perte de vente ajustée}_{\text{en USD de 2012}}^{\text{CathayPacific,2012}} \times \frac{\text{Facteur de révision}_{\text{CathayPacific}}^{2013}}{\text{Facteur de révision}_{\text{CathayPacific}}^{2012}} \right. \\
& + \text{Perte de vente ajustée}_{\text{en USD de 2013}}^{\text{SingaporeAirways,2013}} \\
& + \text{Perte de vente ajustée}_{\text{en USD de 2013}}^{\text{UnitedAirlines,2013}} \\
& + \text{Perte de vente ajustée}_{\text{en USD de 2013}}^{\text{Emirates,2013}} \\
& + \text{Entrave}_{\text{en USD de 2012}}^{2012} \times \frac{\text{Facteur de révision}_{\text{Lufthansa}}^{2013}}{\text{Facteur de révision}_{\text{Lufthansa}}^{2012}} \\
& \left. + \text{Entrave}_{\text{en USD de 2013}}^{2013} \right) \times \frac{12}{25}
\end{aligned}
\tag{12}$$

6.500. Comme le résume le tableau 21 ci-après, la valeur annualisée totale des effets défavorables dont l'existence a été déterminée, exprimée en dollars EU de 2013, s'élève à 7 496,623 millions d'USD.

Tableau 21: Valeur annualisée totale des effets défavorables dont l'existence a été déterminée

Année de la période de référence	Valeur des effets défavorables dont l'existence a été déterminée en USD de l'année de commande/de livraison	Valeur des effets défavorables dont l'existence a été déterminée en USD de 2013	Valeur des effets défavorables annualisés dont l'existence a été déterminée pour la période de référence en USD de 2013
Décembre 2011	0	0	
2012	[[RCES]]	[[RCES]]	
2013	[[RCES]]	[[RCES]]	
Total:		[[RCES]]	7 496,623 millions

6.4.5 Contre-mesures proportionnelles à la valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence a été déterminée

6.501. Conformément à l'article 7.10 de l'Accord SMC, le niveau maximal des contre-mesures que les États-Unis pourront être autorisés à imposer chaque année (c'est-à-dire le niveau maximal de la suspension annuelle) doit être "proportionnel" à la valeur annualisée des effets défavorables. Nous devons donc examiner si le niveau des contre-mesures proposé par les États-Unis est "proportionnel" à la valeur annualisée pour 2013 des effets défavorables que nous avons déterminée plus haut. S'il ne l'est pas, nous devons déterminer quel serait le niveau proportionnel de la suspension annuelle exprimé en dollars EU de 2013 (pour plus de commodité, nous l'appellerons "valeur 2013 de la suspension annuelle").

6.502. Toutefois, les États-Unis demandent que nous ne nous arrêtons pas là et que nous ajustions ensuite la valeur 2013 de la suspension annuelle. Spécifiquement, ils demandent que nous ajustions cette valeur en fonction de l'inflation depuis 2013 jusqu'à aujourd'hui et que nous exprimions donc le niveau de la suspension annuelle en dollars EU de 2019 (pour plus de commodité, nous l'appellerons "valeur 2019 de la suspension annuelle").

6.503. En outre, ils demandent à être autorisés à ajuster la valeur 2019 de la suspension annuelle en fonction de l'inflation qui existera au cours des années futures, postérieures à 2019, où ils pourraient appliquer des contre-mesures.

6.504. L'Arbitre traite ces trois questions – la valeur 2013 de la suspension annuelle "proportionnelle" et l'ajustement compte tenu de l'inflation jusqu'en 2019 et au-delà – dans des sections séparées ci-dessous.

6.4.5.1 Valeur 2013 de la suspension annuelle "proportionnelle"

6.505. À ce stade, nous rappelons que les États-Unis demandent que les contre-mesures qu'ils solliciteront l'autorisation d'imposer soient fondées sur la valeur annualisée pour 2013 des effets défavorables. Selon les calculs des États-Unis, la valeur annualisée pour 2013 est de 10 560 millions d'USD. Selon nos calculs, elle est de 7 496,623 millions d'USD. Ces deux chiffres diffèrent considérablement.

6.506. Nous observons que les États-Unis ne proposent pas spécifiquement la valeur de 10 560 millions d'USD comme niveau des contre-mesures qu'ils sollicitent l'autorisation d'imposer. Ce n'est qu'après avoir ajusté cette valeur annualisée pour 2013 en fonction de l'inflation et l'avoir exprimée en dollars de 2019, 2020, etc, que les États-Unis arrivent au niveau de contre-mesures qu'ils proposent pour l'année pertinente (c'est-à-dire la valeur de la suspension annuelle pour l'année pertinente). Toutefois, afin de déterminer la valeur 2013 de la suspension annuelle "proportionnelle", nous comparons la valeur de 10 560 millions d'USD – cette valeur représentant la valeur de la suspension annuelle que les États-Unis auraient proposée pour 2013 – à la valeur annualisée pour 2013 que nous avons calculée.

6.507. La question que nous allons donc examiner maintenant est celle de savoir si la valeur de 10 560 millions d'USD que les États-Unis ont calculée peut être considérée comme "proportionnelle" à la valeur annualisée pour 2013 des effets défavorables que nous avons calculée.

6.508. Comme nous l'avons expliqué plus haut⁶⁹¹, l'expression "proportionnelles au" qui apparaît à l'article 7.10 de l'Accord SMC dénote une correspondance d'un "degré d'équivalence précis moindre qu'une correspondance numérique exacte" entre les "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" et les "contre-mesures" proposées.⁶⁹² Ainsi, le critère de la "proportionnalité" ne peut pas exiger une équivalence exacte entre le niveau des contre-mesures que les États-Unis pourraient être autorisés à prendre, d'une part, et la valeur des effets défavorables dont l'existence a été déterminée, d'autre part. Cependant, les États-Unis ne demandent pas à être autorisés à prendre des contre-mesures sous la forme d'un niveau maximal de la suspension annuelle supérieur à la valeur de la valeur annualisée des effets défavorables que nous avons déterminée (à l'exclusion des ajustements en fonction de l'inflation, que nous traitons plus en détail dans les sections suivantes). De même, l'Union européenne ne fait pas valoir que nous devrions établir une valeur de la suspension annuelle supérieure à la valeur annualisée des effets défavorables. Nous observons en outre que la valeur annualisée pour 2013 des effets défavorables que nous avons calculée (soit 7 496,623 millions d'USD) est notablement inférieure à la valeur 2013 de la suspension annuelle des États-Unis (soit 10 560 millions d'USD). Même à supposer qu'en général, le critère de la proportionnalité puisse admettre un degré limité de divergence entre le niveau de contre-mesures proposé et la valeur des effets défavorables dont l'existence a été déterminée, un ajustement de 7 496,623 millions d'USD à 10 560 millions d'USD dépasserait, selon nous, de loin tout degré admissible de divergence. En conséquence, nous ne pouvons pas accepter le chiffre de 10 560 millions d'USD en tant que valeur 2013 de la suspension annuelle "proportionnelle".

6.509. Pour les raisons indiquées, il n'est donc, selon nous, ni nécessaire ni justifié, dans les circonstances particulières de la présente procédure, d'établir la valeur 2013 de la suspension annuelle à un niveau supérieur à la valeur annualisée pour 2013 des effets défavorables que nous avons établie. En conséquence, nous déterminons que la valeur 2013 de la suspension annuelle "proportionnelle" est de 7 496,623 millions d'USD.

6.4.5.2 Ajustement de la valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence a été déterminée en fonction de l'inflation jusqu'à aujourd'hui

6.510. À l'appui de leur demande visant à ce que l'Arbitre ajuste la valeur annualisée pour 2013 en fonction de l'inflation afin de déterminer un niveau initial de suspension annuelle en dollars EU de 2019, les États-Unis indiquent qu'ils ne seront autorisés à commencer à prendre des contre-mesures que plusieurs années après la période pendant laquelle l'existence des effets défavorables a été déterminée (à savoir la période de référence 2011-2013). Par conséquent, pour empêcher que l'inflation intervenue entre-temps diminue la valeur réelle de la suspension annuelle qui sera accordée et garantir que le niveau des contre-mesures qui seront appliquées de manière prospective à compter de 2019 sera proportionnel à la valeur des effets défavorables, les États-Unis proposent que l'Arbitre ajuste la valeur des contre-mesures en fonction de l'inflation au moins, initialement, entre la période de référence 2011-2013 et aujourd'hui. Comme il est indiqué plus haut, les États-Unis proposent de procéder à cet ajustement en fonction de l'inflation en utilisant l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils pour l'année précédant celle où les contre-mesures seront appliquées. Cela signifie que, par exemple, on ajusterait la valeur annualisée pour 2013 en fonction de l'inflation en utilisant le ratio du chiffre de l'IPP du secteur de la construction des aéronefs

⁶⁹¹ Voir plus haut la section 5.

⁶⁹² Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphes 4.35 à 4.39. (italique omis)

civils pour 2018 au chiffre de l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils pour 2013 afin de déterminer le niveau maximal de la suspension annuelle pour 2019.⁶⁹³

6.511. L'Union européenne ne s'oppose pas spécifiquement à la demande d'ajustement en fonction de l'inflation présentée par les États-Unis.⁶⁹⁴

6.512. L'Arbitre note que dans presque toutes les procédures d'arbitrage dans lesquelles le niveau maximal de la suspension annuelle a été déterminé sur la base du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages ou de la valeur des effets défavorables subis pendant une période de référence passée – approche que nous suivons également dans la présente procédure – le niveau maximal de la suspension annuelle a été la valeur de l'annulation ou de la réduction des avantages ou des effets défavorables dont l'existence avait été constatée pendant la période de référence passée, sans ajustement en fonction de l'inflation jusqu'à l'année où les contre-mesures ou la suspension ont pu être autorisées.⁶⁹⁵ Cela a aussi été le cas dans les procédures d'arbitrage où l'intervalle temporel entre la période de référence et l'année où la suspension annuelle a pu être autorisée était important.⁶⁹⁶

6.513. Il s'est écoulé en l'espèce beaucoup de temps depuis la période pour laquelle l'existence d'effets défavorables a été déterminée (à savoir la période de référence 2011-2013). Nous ne sommes toutefois pas convaincus que dans les circonstances de la présente procédure, un ajustement en fonction de l'inflation soit nécessaire pour préserver l'efficacité des contre-mesures que les États-Unis pourraient solliciter l'autorisation d'imposer.⁶⁹⁷

6.514. Compte tenu des considérations qui précèdent, nous rejetons la demande des États-Unis visant à ce que nous ajustions la valeur de la suspension annuelle exprimée en dollars EU de 2013 (soit 7 496,623 millions d'USD) en fonction de l'inflation jusqu'à aujourd'hui (2019).

⁶⁹³ États-Unis, note méthodologique, paragraphe 100.

⁶⁹⁴ Cependant, l'Union européenne conteste la méthode globale proposée par les États-Unis pour le calcul de la valeur annualisée pour 2019 (à savoir réviser les prix de base à la hausse pour obtenir les prix de l'année de livraison, actualiser les prix de l'année de livraison pour obtenir des valeurs en dollars EU de 2012 ou 2013, puis gonfler ces valeurs jusqu'en 2019). Elle propose une approche différente pour l'obtention des valeurs de 2019 dans sa communication écrite. (Union européenne, communication écrite, paragraphes 336 à 344) Nous avons déjà expliqué pourquoi, à notre avis, il est approprié de procéder à des opérations de révision et d'actualisation dans le contexte des pertes de ventes afin de déterminer la valeur de ces pertes. (Voir plus haut les sections 6.3.4.3.6.2 et 6.3.4.3.6.4.) Par conséquent, nous n'examinons pas à nouveau ces arguments ici.

⁶⁹⁵ Voir les Décisions des Arbitres *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – États-Unis); *États-Unis – EPO* (article 22:6 – États-Unis); *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II); *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis); *États-Unis – FSC* (article 22:6 – États-Unis); *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – Brésil); *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE); *CE – Hormones (Canada)* (article 22:6 – CE); *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – CE); et *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – CE). Nous relevons que l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Lave-linge* (article 22:6 – États-Unis) a ajusté le niveau de la suspension annuelle en fonction de l'inflation afin de préserver la valeur réelle de ce niveau. (Décision de l'Arbitre *États-Unis – Lave-linge* (article 22:6 – États-Unis), paragraphe 3.133) Comme l'approche adoptée par cet arbitre est pertinente aussi bien pour ce que nous examinons dans la présente section (l'ajustement en fonction de l'inflation jusqu'à aujourd'hui) que pour ce que nous examinons dans la section suivante (la section 6.4.5.3) (l'ajustement en fonction de l'inflation dans le futur), nous revenons de façon plus détaillée sur cette approche dans la section suivante.

⁶⁹⁶ Voir les Décisions des Arbitres *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – États-Unis); et *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II). Dans ces deux procédures, le laps de temps entre la date à laquelle la partie défenderesse aurait dû se mettre en conformité et la date de distribution de la décision de l'arbitre a été de quatre ans. Les niveaux de suspension annuelle ont été déterminés par ces arbitres par rapport au court laps de temps ayant immédiatement suivi la date à laquelle la partie défenderesse aurait dû se mettre en conformité.

⁶⁹⁷ En outre, il nous est difficile d'admettre l'argument des États-Unis selon lequel l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils serait l'indice d'inflation approprié à utiliser. L'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils, comme les États-Unis l'expliquent, est une mesure de "la variation des prix du point de vue du vendeur" et est propre à un secteur – la construction des aéronefs civils. (États-Unis, note méthodologique, paragraphe 94). Or la valeur qui, selon les États-Unis, doit être préservée d'une érosion due à l'inflation est la valeur des contre-mesures, qui pourront être imposées par les pouvoirs publics des États-Unis sur une gamme potentiellement vaste de biens et/ou de services importés de l'Union européenne.

6.4.5.3 Ajustement de la valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence a été déterminée en fonction de l'inflation pour les années futures où des contre-mesures seront appliquées

6.515. Comme nous l'avons indiqué plus haut, les États-Unis demandent de plus à être autorisés à également ajuster en fonction de l'inflation le niveau maximal de la suspension annuelle pour chaque année future où ils pourraient appliquer des contre-mesures. Ils demandent donc à l'Arbitre d'adopter une formule permettant au niveau maximal de la suspension annuelle devant être appliqué à une année donnée de varier en fonction des données relatives à l'inflation pour l'année civile précédente (par exemple, le niveau de la suspension pour 2020 serait fondé sur les données relatives à l'inflation pour 2019).

6.516. L'Union européenne ne s'est pas spécifiquement opposée à la demande des États-Unis concernant l'ajustement en fonction de l'inflation du niveau maximal de la suspension annuelle pour chaque année future.

6.517. L'Arbitre note que les demandes des États-Unis concernant la fixation d'un niveau initial de suspension annuelle en dollars *d'aujourd'hui* (c'est-à-dire la valeur annualisée pour 2019) plutôt qu'en dollars EU de 2013 (voir plus haut la section 6.3.4.1.3) et l'ajustement des niveaux *futurs* (à savoir 2020, 2021, etc.) de la suspension annuelle visent toutes les deux à préserver la valeur réelle des contre-mesures d'une érosion due à l'inflation.⁶⁹⁸ Nous rappelons également que, dans la section précédente, nous nous sommes abstenus d'ajuster la valeur 2013 de la suspension annuelle en fonction de l'inflation jusqu'à aujourd'hui (2019). Selon nous, les considérations justifiant de ne pas procéder à cet ajustement initial en fonction de l'inflation valent aussi pour l'ajustement demandé des niveaux futurs de la suspension annuelle en fonction de l'inflation.

6.518. Comme il est indiqué plus haut, à l'exception de l'affaire *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, dans aucune décision arbitrale ayant déterminé un niveau maximal de la suspension annuelle l'arbitre n'a jugé approprié d'ajuster le niveau de la suspension annuelle pour les années futures sur la base de l'inflation. Une fois déterminé, le niveau maximal de la suspension annuelle a plutôt été établi à un niveau monétaire fixe pour le futur.

6.519. En ce qui concerne la récente décision arbitrale rendue dans l'affaire *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, il semble que les parties à cette procédure soient convenues a) que la suspension de concessions ou d'autres obligations pourrait prendre la forme d'une suspension annuelle, et b) que le niveau maximal de la suspension annuelle pour chaque année pourrait être ajusté.⁶⁹⁹ Le seul désaccord entre les parties dans ce contexte portait sur la *manière* de procéder à cet ajustement. La Corée proposait que les niveaux de suspension futurs soient ajustés en fonction de la croissance sur le marché états-unien des lave-linge afin qu'il soit tenu compte du fait que le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages qu'elle subirait dans le futur augmenterait en proportion de la croissance du marché états-unien des lave-linge. Les États-Unis, quant à eux, affirmaient que le modèle économique qu'ils avaient proposé pour le calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages pourrait être appliqué à nouveau chaque année avec des données actualisées aux fins de la détermination du niveau de suspension pour une année donnée. Après avoir constaté qu'aucune des deux parties n'avait proposé un mécanisme d'ajustement acceptable, l'Arbitre a déterminé que le niveau de la suspension pourrait être ajusté en fonction de l'inflation sur une base annuelle.⁷⁰⁰ Ce faisant, il a relevé qu'un ajustement en fonction de l'inflation constituait un moyen de faire en sorte que "la valeur réelle du niveau de la suspension soit maintenue au cours du temps".⁷⁰¹

6.520. Nous observons que l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)* n'a pas expliqué pourquoi le différend dont il était saisi justifiait une approche qui était notablement différente de celle suivie par tous les arbitres antérieurs ayant déterminé un niveau maximal de la suspension annuelle.⁷⁰² Pour les raisons exposées plus haut aux paragraphes 6.512 et 6.513 et

⁶⁹⁸ Voir plus haut les paragraphes 6.502 et 6.503.

⁶⁹⁹ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.123.

⁷⁰⁰ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphes 3.124 à 3.134.

⁷⁰¹ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Lave-linge (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.133.

⁷⁰² Il convient aussi de noter dans ce contexte que, dans l'affaire *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, l'Arbitre a eu à calculer uniquement le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages (autrement dit, il n'a eu à déterminer aucun niveau de suspension de concessions ou d'autres

gardant à l'esprit l'approche suivie par tous les autres arbitres concernant l'inflation future, nous ne jugeons pas approprié, dans les circonstances de la présente procédure, d'ajuster le niveau maximal de la suspension annuelle pour chaque année future afin de préserver la valeur réelle de la suspension annuelle d'une érosion due à l'inflation future.

6.521. Les États-Unis n'ont avancé aucune autre justification (hormis celle qu'ils avaient proposée pour l'ajustement de la valeur de 2013 en fonction de l'inflation jusqu'à aujourd'hui) pour laquelle, dans le contexte de la présente procédure, nous devrions prévoir un ajustement des niveaux futurs de la suspension annuelle. Il n'y a en particulier pas d'éléments de preuve dans le dossier qui laissent présager une hausse substantielle à court terme des prix des importations de marchandises et de services de l'Union européenne. Nous notons également dans ce contexte que, comme cela a été souligné plus haut⁷⁰³, les contre-mesures sont censées être des mesures temporaires. Nous ne devrions donc pas simplement supposer que les contre-mesures des États-Unis en l'espèce resteront (nécessairement) en vigueur sur une période de plusieurs années.⁷⁰⁴

6.522. Compte tenu des considérations qui précèdent, nous rejetons donc aussi la demande additionnelle des États-Unis visant à ce que nous ajustions en fonction de l'inflation le niveau maximal de la suspension annuelle pour chaque année future.

6.5 Argument de l'Union européenne concernant le niveau des contre-mesures que la détermination de l'Arbitre ne peut pas dépasser dans la présente procédure

6.523. L'Union européenne fait valoir que l'ORD peut autoriser les États-Unis à prendre chaque année des contre-mesures dont le niveau maximal ne peut pas dépasser le niveau maximal figurant dans leur demande au titre de l'article 22:2. Selon elle, l'Arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)* a confirmé qu'une demande au titre de l'article 22:2 devait indiquer un niveau de suspension spécifique qui constituait le niveau de suspension maximal pouvant être déterminé par l'arbitre. L'Union européenne note que le niveau spécifique maximal des contre-mesures figurant dans la demande des États-Unis au titre de l'article 22:2 est de 10 000 millions d'USD par an. De ce fait, elle affirme que l'ORD pourrait autoriser les États-Unis à imposer des contre-mesures d'un niveau maximal de 10 000 millions d'USD par an.⁷⁰⁵

6.524. L'Union européenne note également que les États-Unis ont présenté leur demande au titre de l'article 22:2 à la suite de la procédure initiale, dans laquelle les effets défavorables dont l'existence avait été déterminée concernaient la famille A320, la famille A330, la famille A340 et l'aéronef A380, alors que les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité excluaient les effets défavorables concernant les familles de LCA A320, A330 et A340. Pour l'Union européenne, il s'ensuit donc que le niveau de contre-mesures proportionnel aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée par le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel doit être substantiellement inférieur au montant indiqué dans la demande au titre de l'article 22:2.⁷⁰⁶

6.525. Les États-Unis répondent que le niveau des contre-mesures qui sera déterminé par l'Arbitre peut dépasser 10 000 millions d'USD par an. Ils font valoir qu'en convenant, dans leur accord bilatéral sur la chronologie, de suspendre la procédure d'arbitrage jusqu'à ce que l'ORD adopte une constatation selon laquelle l'Union européenne ne s'était pas conformée aux recommandations et décisions de l'ORD dans la procédure initiale, les parties ont indiqué qu'elles entendaient clairement que les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité éclairent les travaux de l'Arbitre. Selon les États-Unis, il est implicitement entendu dans cet accord qu'ils actualiseront le

obligations). Pour s'acquitter de cette tâche, il a décidé de tenir compte de l'évolution du marché des États-Unis. Il l'a fait en prenant en considération le taux de croissance annuel du produit intérieur brut (PIB) des États-Unis jusqu'à la date à laquelle la question avait été soumise à arbitrage, mais pas au-delà. (Voir la décision de l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5*), *Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, paragraphes 4.23 et 4.72.) Autrement dit, l'Arbitre n'a pas prévu un ajustement du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages pour chaque année future sur la base du taux de croissance annuel du PIB des États-Unis.

⁷⁰³ Voir plus haut le paragraphe 6.56.

⁷⁰⁴ Nous rappelons à cet égard l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle elle a déjà pris des mesures appropriées pour rendre ses mesures pleinement conformes à ses obligations dans le cadre de l'OMC. (Communication présentée par l'Union européenne, WT/DS316/34 (deuxième communication sur la mise en conformité), paragraphe 1) Nous rappelons aussi que cette question est actuellement examinée par le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité.

⁷⁰⁵ Union européenne, communication écrite, paragraphes 83 à 87.

⁷⁰⁶ Union européenne, communication écrite, paragraphe 88.

niveau des contre-mesures après la procédure de mise en conformité. Les États-Unis disent aussi que la présente procédure d'arbitrage n'est pas comme celle de l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), dans laquelle l'Équateur proposait d'aller au-delà du niveau de suspension spécifié dans sa demande au titre de l'article 22:2, qui était fondé sur des constatations et renseignements déjà existants au moment où il avait présenté ladite demande. Ils observent qu'à l'inverse, leur demande au titre de l'article 22:2 a été suivie d'une procédure de mise en conformité dans laquelle il a été constaté que l'Union européenne avait, en plus de maintenir des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, adopté de nouvelles mesures incompatibles avec les règles de l'OMC.⁷⁰⁷

6.526. De plus, les États-Unis relèvent que leur demande au titre de l'article 22:2 n'indique pas que 10 000 millions d'USD constituent le niveau maximal des contre-mesures. Par contre, elle définit le niveau des contre-mesures en "termes fonctionnels", comme étant le niveau annuel des effets défavorables dont l'existence a été déterminée qui sont causés pour les intérêts des États-Unis par le fait que l'Union européenne ne s'est pas conformée aux recommandations et décisions de l'ORD. Le montant de 10 000 millions d'USD est explicitement présenté comme une "estimation" de cette description fonctionnelle qui est basée sur les "données actuellement disponibles pour une période récente".⁷⁰⁸

6.527. L'Union européenne répond que l'argument des États-Unis, à savoir que leur demande au titre de l'article 22:2 indique le niveau des contre-mesures en termes fonctionnels comme étant le "niveau annuel des effets défavorables dont l'existence a été déterminée", impliquerait que la demande au titre de l'article 22:2 n'indique pas un niveau de suspension spécifique et n'étayerait donc pas l'autorisation de la moindre contre-mesure. Or, selon l'Union européenne, une telle lecture de la demande des États-Unis au titre de l'article 22:2 est "erronée".⁷⁰⁹

6.528. L'Arbitre note que l'argument de l'Union européenne est que l'ORD ne peut pas autoriser les États-Unis à prendre des contre-mesures d'un niveau qui dépasse le niveau maximal des contre-mesures spécifié en termes numériques dans leur demande au titre de l'article 22:2. Selon l'Union européenne, le niveau maximal des contre-mesures qui est spécifié dans la demande est de 10 000 millions d'USD par an.

6.529. Nous notons que le texte de la demande des États-Unis au titre de l'article 22:2 qualifie le niveau de 10 000 millions d'USD par an d'"estimation" du niveau des contre-mesures basée sur les données qui étaient disponibles au moment où la demande a été présentée (c'est-à-dire en décembre 2011).⁷¹⁰ Nous notons aussi que 10 000 millions d'USD par an en dollars EU de 2011 équivalent à 10 830 millions d'USD en dollars EU de 2013.

6.530. Nous avons déterminé plus haut dans la section 6.4.4 que le niveau maximal de la suspension annuelle que les États-Unis pourraient mettre en œuvre par an, à savoir la valeur 2013 de la suspension annuelle "proportionnelle", était de 7 496,623 millions d'USD. Ce niveau est inférieur aux 10 000 millions d'USD par an (en dollars EU de 2011) et aux 10 830 millions d'USD par an, soit l'équivalent en dollars EU de 2013 des 10 000 millions d'USD en dollars EU de 2011. Par conséquent, indépendamment de la question de savoir si le chiffre de 10 000 millions d'USD figurant dans la demande des États-Unis au titre de l'article 22:2 est considéré comme constituant une "estimation" d'une description fonctionnelle du niveau des contre-mesures (et pourrait donc en principe être dépassé) ou le niveau maximal admissible des contre-mesures spécifié dans la demande en termes numériques, le niveau de la suspension annuelle dont nous avons déterminé qu'il était proportionnel au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée ne dépasse pas 10 000 millions d'USD par an (en dollars EU de 2011). Comme l'argument de l'Union européenne est que l'on ne doit pas permettre aux États-Unis de solliciter une autorisation pour un niveau de contre-mesures qui dépasse 10 000 millions d'USD par an en

⁷⁰⁷ États-Unis, communication écrite, paragraphe 75.

⁷⁰⁸ États-Unis, communication écrite, paragraphe 74.

⁷⁰⁹ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 133 de l'Arbitre.

⁷¹⁰ Pour la partie pertinente du texte de la demande au titre de l'article 22:2, voir plus haut le paragraphe 6.13. La demande au titre de l'article 22:2 dit également qu'"il n'est ni possible ni efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations concernant des importations de marchandises de l'UE d'une valeur pouvant aller jusqu'à 10 milliards de dollars EU environ". (Recours des États-Unis à l'article 7.9 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS316/18, quatrième paragraphe)

dollars EU de 2011, cet argument est sans fondement au vu de notre détermination du niveau de la suspension annuelle. Nous ne l'examinons donc pas plus avant.

6.531. L'Union européenne avance un autre argument, qui est que le niveau de contre-mesures proportionnel aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée doit être substantiellement inférieur aux 10 000 millions d'USD indiqués dans la demande au titre de l'article 22:2 compte tenu des champs différents des constatations formulées dans la procédure initiale et dans la procédure de mise en conformité. Cet argument touche à la question de la détermination correcte du niveau de la suspension annuelle et non à la question du niveau maximal des contre-mesures spécifié dans la demande au titre de l'article 22:2. Nous avons procédé à notre détermination du niveau de la suspension annuelle plus haut dans les sections 6.3 et 6.4 et, pour quantifier les effets défavorables dont l'existence avait été déterminée, nous avons pris en compte le champ des constatations formulées dans la procédure de mise en conformité. Il n'est donc pas nécessaire que nous nous attardions davantage sur cet argument.

7 ALLÉGATION DE L'UNION EUROPÉENNE CONCERNANT LES PRINCIPES ET PROCÉDURES ÉNONCÉS À L'ARTICLE 22:3 DU MÉMORANDUM D'ACCORD (RÉTORSION CROISÉE)

7.1. Comme il est noté dans la section 1.2, les États-Unis ont demandé l'autorisation de prendre des contre-mesures au titre du GATT de 1994 et de l'AGCS. Dans leur demande, ils ont noté qu'il n'était ni possible ni efficace pour eux de suspendre des concessions ou d'autres obligations uniquement en ce qui concerne des importations de marchandises en provenance de l'Union européenne d'une valeur pouvant aller jusqu'à 10 000 millions d'USD environ. Leur demande indique aussi qu'étant donné le degré et la nature des effets défavorables, les circonstances sont "suffisamment graves" au sens de l'article 22:3 c) du Mémoire d'accord.⁷¹¹ Par conséquent, les États-Unis ont demandé l'autorisation d'imposer des contre-mesures consistant en une ou plusieurs des mesures suivantes:

- a. suspension de concessions tarifaires et d'obligations connexes (y compris d'obligations relatives au traitement de la nation la plus favorisée) au titre du GATT de 1994 concernant une liste de produits de l'Union européenne et de certains États membres à établir à partir du Tarif douanier harmonisé des États-Unis; et
- b. suspension d'engagements et d'obligations horizontaux ou sectoriels énoncés dans la Liste d'engagements spécifiques des États-Unis en ce qui concerne tous les services définis dans la Classification sectorielle des services, à l'exception des services financiers (secteur 7).⁷¹²

7.2. Comme il a également été noté, dans le cadre de son recours à l'arbitrage au titre de l'article 22:6, l'Union européenne a allégué que les États-Unis n'avaient pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 au moment de déterminer quelles contre-mesures prendre.⁷¹³

7.3. L'Union européenne s'est donc réservé le droit de présenter à l'Arbitre une allégation selon laquelle les États-Unis n'avaient pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3. Comme il a été expliqué, il incombe à l'Union européenne d'établir *prima facie* que les États-Unis n'ont pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3.⁷¹⁴

7.4. Cependant, l'Union européenne n'a formulé aucune allégation au titre de l'article 22:3 dans sa communication écrite ou dans sa déclaration orale. Sa seule référence à l'article 22:3 figure dans la

⁷¹¹ L'article 22:3 c) dispose ce qui suit:

Lorsqu'elle examinera les concessions ou autres obligations à suspendre, la partie plaignante appliquera les principes et procédures ci-après:

...

c) si cette partie considère qu'il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne d'autres secteurs au titre du même accord, et que les circonstances sont suffisamment graves, elle pourra chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre d'un autre accord visé.

⁷¹² Recours des États-Unis à l'article 7.9 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS316/18.

⁷¹³ ORD, compte rendu de la réunion tenue le 22 décembre 2011, WT/DSB/M/309, paragraphe 4.

⁷¹⁴ Décisions des Arbitres *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 5.55; *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 2.27; et *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 59.

section relative à l'"historique de la procédure" de sa communication écrite, dans laquelle elle rappelle qu'elle a "allégué[é] que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord n'avaient pas été suivis" lorsqu'elle a eu recours à l'article 22:6 à la réunion de l'ORD du 22 décembre 2011.⁷¹⁵

7.5. Étant donné que l'Union européenne n'a pas maintenu son allégation devant l'Arbitre, nous ne pouvons pas examiner cette question plus avant dans la présente décision. Nous notons que, dans la pratique du règlement des différends à l'OMC, la mesure d'un Membre est considérée comme étant compatible avec les règles de l'OMC jusqu'à preuve évidente du contraire.⁷¹⁶ Nous considérons de même que la demande d'une partie plaignante au titre de l'article 22:3 c) doit être considérée comme étant compatible avec le Mémoire d'accord jusqu'à preuve évidente du contraire. Par conséquent, dans les circonstances du présent arbitrage, il doit être présumé que la demande de rétorsion croisée présentée par les États-Unis n'est pas incompatible avec l'article 22:3 c) du Mémoire d'accord.

8 ALLÉGATION DE L'UNION EUROPÉENNE SELON LAQUELLE LES CONTRE-MESURES PROPOSÉES NE SONT PAS AUTORISÉES EN VERTU DES ACCORDS VISÉS

8.1. Comme il est noté dans la section 1.2, dans le cadre de son recours à un arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, l'Union européenne a également allégué que la proposition des États-Unis n'était pas autorisée en vertu des accords visés.⁷¹⁷ Nous notons à cet égard que l'article 22:5 du Mémoire d'accord dispose que "[l']ORD n'autorisera pas la suspension de concessions ou d'autres obligations si un accord visé interdit une telle suspension", et nous rappelons que, conformément à l'article 22:7 du Mémoire d'accord, "[l']arbitre pourra ... déterminer si la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée est autorisée en vertu de l'accord visé".

8.2. Ainsi, l'Union européenne s'est réservé le droit de présenter à l'Arbitre une allégation selon laquelle la proposition des États-Unis n'était pas autorisée en vertu des accords visés. Elle a la charge de fournir des éléments *prima facie* à cet égard.

8.3. Cependant, l'Union européenne n'a formulé aucune allégation de ce type dans sa communication écrite ou dans sa déclaration orale. Étant donné qu'elle n'a pas maintenu son allégation devant l'Arbitre, nous n'examinons pas cette question plus avant dans la présente décision. Comme l'existence d'une incompatibilité n'a pas été prouvée, aux fins de la présente procédure, il doit être présumé que les accords visés en cause, à savoir le GATT de 1994 et l'AGCS, n'interdisent pas la suspension envisagée dans la demande présentée par les États-Unis en vue d'obtenir l'autorisation d'imposer des contre-mesures (à savoir la suspension de concessions tarifaires et d'obligations connexes des États-Unis au titre du GATT de 1994 concernant une liste de produits de l'Union européenne et de certains États membres, ou la suspension d'engagements et d'obligations horizontaux ou sectoriels énoncés dans la Liste des États-Unis annexée à l'AGCS en ce qui concerne tous les services définis dans la Classification sectorielle des services, à l'exception des services financiers).⁷¹⁸

9 CONCLUSIONS

9.1. Pour les raisons exposées plus haut, l'Arbitre conclut ce qui suit:

- a. s'agissant de l'article 7.10 de l'Accord SMC et de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, le niveau des contre-mesures "proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence [pendant la période de référence 2011-2013] aura été déterminée" s'élève à 7 496,623 millions d'USD par an;
- b. s'agissant de l'article 22:3 du Mémoire d'accord, l'Union européenne n'a pas démontré que les États-Unis n'avaient pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord en déterminant qu'il n'était pas possible ou efficace

⁷¹⁵ Union européenne, communication écrite, paragraphe 17.

⁷¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 157.

⁷¹⁷ ORD, compte rendu de la réunion tenue le 22 décembre 2011, WT/DSB/M/309, paragraphe 4.

⁷¹⁸ Recours des États-Unis à l'article 7.9 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS316/18.

de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans le commerce des marchandises et que les circonstances étaient suffisamment graves; et

- c. s'agissant de l'article 22:5 du Mémorandum d'accord, l'Union européenne n'a pas démontré que les contre-mesures proposées par les États-Unis n'étaient pas autorisées en vertu des accords visés en cause, à savoir le GATT de 1994 et l'AGCS.

9.2. Les États-Unis peuvent donc demander à l'ORD l'autorisation de prendre des contre-mesures à l'égard de l'Union européenne et de certains de ses États membres, comme il est indiqué dans le document WT/DS316/18, pour un montant ne dépassant pas, au total, 7 496,623 millions d'USD par an. Ces contre-mesures peuvent prendre la forme a) de la suspension de concessions tarifaires et d'obligations connexes au titre du GATT de 1994, et/ou b) de la suspension d'engagements et d'obligations horizontaux ou sectoriels énoncés dans la Liste des États-Unis concernant les services en ce qui concerne tous les services définis dans la Classification sectorielle des services, à l'exception des services financiers.
