



**ÉTATS-UNIS – MESURES AFFECTANT LE COMMERCE
DES AÉRONEFS CIVILS GROS PORTEURS
(DEUXIÈME PLAINTÉ)**

RECOURS DES ÉTATS-UNIS 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	11
1.1 Procédure initiale et procédure de mise en conformité.....	11
1.2 Recours à l'arbitrage et procédure d'arbitrage	17
2 QUESTIONS PROCÉDURALES.....	20
2.1 Traitement des RCC et RCES.....	20
2.2 Diffusion au public des déclarations liminaires des parties.....	21
2.3 Allégations des États-Unis concernant l'utilisation par l'Union européenne de certains RCES qu'ils avaient communiqués dans la procédure d'arbitrage DS316.....	21
2.4 Incidence de la pandémie de COVID-19 sur les travaux de l'Arbitre	23
2.5 Demande des États-Unis visant à être autorisés à déposer une communication additionnelle concernant la prétendue élimination de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington au 1 ^{er} avril 2020	24
3 MANDAT DE L'ARBITRE	24
4 CHARGE DE LA PREUVE	26
5 PROCÉDURE DS316 ET ÉVALUATION DES EFFETS DÉFAVORABLES PAR L'ARBITRE DANS L'AFFAIRE DS316.....	27
5.1 Procédure initiale DS316	28
5.2 Procédure de mise en conformité DS316	28
5.3 Procédure d'arbitrage DS316	34
6 CONTESTATIONS PAR LES ÉTATS-UNIS DU NIVEAU DES CONTRE-MESURES	35
6.1 Présentation de la méthode de l'Union européenne	35
6.2 Réponse des États-Unis.....	39
6.3 Ordre d'analyse.....	40
6.4 Évaluation de la méthode de l'Union européenne	41
6.4.1 Évaluation des effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 dans le cadre des "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" entrant dans le champ de la présente procédure	41
6.4.1.1 Question de savoir si "{l}"es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" doivent être ceux causés <i>pendant la période postérieure à la mise en œuvre</i> par une subvention pour laquelle un défendeur initial ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions antérieures de l'ORD	46
6.4.1.2 Question de savoir si les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 relèvent du champ "des effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" selon les termes de l'article 7.10	50
6.4.1.3 Conclusion	54
6.4.2 Structure des contre-mesures en ce qui concerne les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington postérieurs à la mise en œuvre	54
6.4.3 Période de référence pour les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington postérieurs à la mise en œuvre	55
6.4.4 Prise en considération d'événements se produisant après la période de référence	58
6.4.5 Questions conceptuelles concernant les évaluations des pertes notables de ventes et de la menace d'entrave.....	59
6.4.5.1 Annualisation	59
6.4.5.2 Pertes de ventes	60

6.4.5.3 Menace d'entrave.....	61
6.4.5.3.1 Méthode principale de l'UE fondée sur la valeur des pertes de ventes sous-jacentes	61
6.4.5.3.2 Méthodes de rechange de l'UE fondées sur la valeur des livraisons	64
6.4.5.3.3 Approche "centrée sur les livraisons" proposée par l'Arbitre.....	67
6.4.5.3.3.1 Nature de la "menace"	72
6.4.5.3.3.2 Constatations formulées dans la procédure de mise en conformité.....	75
6.4.5.3.4 Conclusions	83
6.4.6 Questions techniques communes à l'évaluation des deux formes d'effets défavorables	85
6.4.6.1 Probabilité qu'Airbus aurait remporté chacune des cinq campagnes de vente dans le contrefactuel	85
6.4.6.2 Évaluation des options.....	90
6.4.6.3 Nombre de commandes fermes dans le contrefactuel et dates des livraisons	96
6.4.6.4 Ajustements visant à tenir compte des annulations effectives et des annulations futures potentielles	104
6.4.6.5 Exclusion des [***] des prix de livraison contrefactuels	109
6.4.6.6 Questions restantes concernant les prix de livraison contrefactuels	113
6.4.6.7 Résumé des conclusions sur les questions techniques communes aux évaluations des deux formes d'effets défavorables	115
6.4.7 Questions techniques concernant l'évaluation des pertes notables de ventes.....	116
6.4.7.1 Ajustement temporel des prix de livraison pour les ramener au moment des pertes de ventes	116
6.4.7.2 Expression des valeurs des pertes de ventes sur une base monétaire commune	119
6.4.7.3 Période d'annualisation	122
6.4.8 Questions techniques concernant l'évaluation de la menace d'entrave	122
6.4.8.1 Ajustement temporel des valeurs à la date de livraison.....	123
6.4.8.2 Période(s) d'annualisation	124
6.4.9 Résumé des évaluations techniques des effets défavorables dont l'existence a été déterminée	129
6.4.9.1 Évaluation des pertes notables de ventes.....	129
6.4.9.2 Évaluation de la menace d'entrave.....	132
6.4.9.3 Valeur annualisée agrégée des pertes notables de ventes et de la menace d'entrave sur les deux marchés géographiques	133
6.5 Contre-mesures proportionnelles à la valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence a été déterminée.....	133
6.5.1 Ajustement de la valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence a été déterminée en fonction de l'inflation en dollars d'avril 2020 et pour les années futures pendant lesquelles des contre-mesures seront appliquées.....	134
6.5.2 Valeur annualisée pour 2015 "proportionnelle"	135
7 ALLÉGATION DES ÉTATS-UNIS CONCERNANT LES PRINCIPES ET PROCÉDURES ÉNONCÉS À L'ARTICLE 22:3 DU MÉMORANDUM D'ACCORD (RÉTORSION CROISÉE)	136
8 CONCLUSION	137

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 ("procédures RCC/RCES")	9
Annexe A-3	Procédures de travail additionnelles pour la réunion de fond avec l'Arbitre	21

ANNEXE B

ARGUMENTS DES PARTIES

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique intégré des arguments de l'Union européenne	23
Annexe B-2	Résumé analytique intégré des arguments des États-Unis	45

ANNEXE C

DÉCISION ET AUTRES COMMUNICATIONS DE L'ARBITRE

Table des matières		Page
Annexe C-1	Communication de l'Arbitre aux parties concernant le calendrier et les procédures de travail, datée du 8 juillet 2019	56
Annexe C-2	Communication de l'Arbitre aux parties concernant certains RCES, datée du 6 février 2020	57
Annexe C-3	Communication de l'Arbitre concernant la demande des États-Unis relative à la prorogation de la date de présentation des réponses aux questions, datée du 14 février 2020	58
Annexe C-4	Communication de l'Arbitre aux parties concernant les restrictions d'accès aux locaux de l'OMC et aux RCES dues à la COVID-19, datée du 1 ^{er} avril 2020	59
Annexe C-5	Communication de l'Arbitre aux parties concernant l'accès aux RCES dans le contexte de la COVID-19, datée du 23 avril 2020	61
Annexe C-6	Communication de l'Arbitre aux parties concernant l'assouplissement progressif des restrictions d'accès aux locaux de l'OMC pour cause de COVID-19, datée du 4 mai 2020	62
Annexe C-7	Décision de l'Arbitre concernant la demande des États-Unis visant à être autorisés à déposer une communication additionnelle concernant les implications de la prétendue élimination de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington sur le niveau autorisé des contre-mesures, datée du 17 juin 2020	63
Annexe C-8	Communication de l'Arbitre aux parties, datée du 26 juin 2020	69
Annexe C-9	Communication de l'Arbitre aux parties demandant l'autorisation d'examiner des RCES spécifiques de l'UE, datée du 5 août 2020	70
Annexe C-10	Communication de l'Arbitre aux parties demandant l'autorisation d'examiner des RCES additionnels spécifiques de l'UE, datée du 19 août 2020	71
Annexe C-11	Communication de l'Arbitre aux parties concernant les articles de presse contenant le niveau des contre-mesures calculé par l'Arbitre, datée du 9 octobre 2020	72

AFFAIRES CITÉES DE 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 (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 des Arbitres <i>Mesures communautaires 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</i> (article 21:5 – États-Unis)	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</i> (article 21:5 – États-Unis)	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>CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs</i> (article 22:6 – UE)	Décision de l'Arbitre <i>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 Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS316/ARB et Add.1, 2 octobre 2019
<i>États-Unis – Acier au carbone (Inde)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits plats en acier au carbone laminés à chaud en provenance d'Inde</i> , WT/DS436/AB/R, adopté le 19 décembre 2014
<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 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
<i>États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)</i> (article 21:5 – UE)	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

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<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 des Communautés européennes 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 de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland</i> , WT/DS267/AB/R, adopté le 21 mars 2005
<i>États-Unis – Coton upland</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland</i> , WT/DS267/R et 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 – 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 21:5 – CE II)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Deuxième recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS108/AB/RW2, adopté le 14 mars 2006
<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 – Incitations fiscales</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Incitations fiscales conditionnelles pour les aéronefs civils gros porteurs</i> , WT/DS487/AB/R et Add.1, adopté le 22 septembre 2017
<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> <i>États-Unis – Maintien de la suspension</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 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 – Méthodes antidumping (Chine) (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'Arbitre <i>États-Unis – Certaines méthodes et leur application aux procédures antidumping visant la Chine – Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS471/ARB et Add.1, 1 ^{er} novembre 2019
<i>États-Unis – Papiers couchés (Indonésie)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures antidumping et compensatoires visant certains papiers couchés en provenance d'Indonésie</i> , WT/DS491/R et Add.1, adopté le 22 janvier 2018
<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>États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée</i> , WT/DS202/AB/R, adopté le 8 mars 2002
<i>États-Unis – Viande d'agneau</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie</i> , WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adopté le 16 mai 2001
<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>Russie – Porcins (UE)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Fédération de Russie – Mesures visant l'importation de porcins vivants, de viande de porc et d'autres produits du porc en provenance de l'Union européenne</i> , WT/DS475/R et Add.1, adopté le 21 mars 2017, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS475/AB/R
<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
<i>UE – Paquet législatif pour l'énergie</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Union européenne et ses États membres – Certaines mesures relatives au secteur de l'énergie</i> , WT/DS476/R et Add.1, distribué aux Membres de l'OMC le 10 août 2018

PIÈCES CITÉES DANS LA PRÉSENTE DÉCISION

Pièce	Titre
EU-1	Ascend database
EU-2 (RCC)	Historical escalation rates and escalation rate forecasts
EU-3 (RCES)	Air Canada final offer, [[RCES]]
EU-4 (RCES)	Delta Airlines final offer, [[RCES]]
EU-5 (RCES)	Fly Dubai 2008 final offer, [[RCES]]
EU-6 (RCES)	Fly Dubai 2014 final offer, [[RCES]]
EU-8 (RCES)	Icelandair final offer, [[RCES]]
EU-12 (RCES)	Airbus LCA Inflation Index
EU-13	Air Canada Press Release, "Air Canada Selects Boeing 737 MAX to Renew Mainline Narrowbody Fleet", 11 December 2013 (pièce EU-1571 CP)
EU-16	Icelandair Press Release, "Icelandair Group and Boeing Finalize Orders for 737 MAX", 13 February 2013
EU-19	Fly Dubai Press Release, "flydubai commits to USD 11.4 Billion 737 aircraft order", 17 November 2013 (pièce EU-1597 CP)
EU-20	Delta Press Release, "Delta Announces Order for 100 Boeing 737-900ER Aircraft", 25 August 2011 (pièce EU-1001 CP)
EU-21	Delta Airlines Supplemental Agreement, 25 August 2011
EU-22 (RCES)	Delta Airlines previous offer, [[RCES]]
EU-25 (RCES)	Valuation of twin-aisle LCA lost sales
EU-44 (RCC)	Airbus 10-year yield rates (diverses années)
EU-45 (RCC)	Expected survival rates for Airbus LCA
EU-46 (RCC)	Historic order cancellations in the single-aisle and twin-aisle LCA sales campaigns at issue
EU-46a	FlightGlobal, "Analysis: No crisis for 787 despite big Qantas cancellation", 23 August 2012
EU-51 (RCES)	US – Large Civil Aircraft (Article 21.5 – EU), EU First Written Submission, 28 March 2013
EU-54 (RCES)	US – Large Civil Aircraft (Article 21.5 – EU), EU Responses to Panel Questions, 8 October 2015
EU-58 (RCES)	Updated valuation of single-aisle lost sales
EU-59	Ascend database update
EU-60 (RCES)	Updated valuation of single-aisle threat of impedance
EU-62 (RCES)	Valuation of lost sales in the single-aisle market based on delivery numbers contained in Airbus' final offers
EU-63 (RCES)	Valuation of lost sales in the twin-aisle market based on delivery numbers contained in Airbus' final offers
EU-64 (RCC)	Airbus 10-year yield rates and WACC (2005-2018)
EU-65 (RCC)	United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint) – Recourse to Article 21.5 of the DSU by the EU (WT/DS353-Art.21.5), Report from the Panel, Appendix 2
EU-66 (RCC)	Declaration by [[***]] , 21 February 2020 ("capacité de production d'Airbus")
EU-67 (RCES)	IndiGo, [[RCES]]
EU-68 (RCES)	IndiGo, [[RCES]]
EU-69 (RCES)	[[RCES]]
EU-70 (RCES)	[[RCES]]
EU-71 (RCES)	[[RCES]]
EU-72 (RCES)	Avianca, [[RCES]]
EU-73 (RCES)	Avianca, [[RCES]]
EU-74 (RCC)	Updated Historic order cancellations in the single-aisle and twin-aisle LCA markets
EU-75	2RPQ Ascend database update
EU-76 (RCES)	2RPQ valuation of single-aisle threat of impedance – Boeing delivery schedules
EU-77 (RCES)	2RPQ valuation of single-aisle threat of impedance – Airbus delivery schedules
EU-79	Daves, Philip R.; Michael C. Ehrhardt and Robert A. Kunkel, 2002, "Estimating systematic risk: the choice of return interval and estimation period", Journal of Financial and Strategic Decision, volume 13, number 1
EU-83 (RCES)	Updated LCA indices, escalation rates and Airbus LCA Inflation Index
EU-84 (RCES)	2RPQ valuation of single-aisle lost sales – Boeing delivery schedules
EU-85 (RCES)	2RPQ valuation of single-aisle lost sales – Airbus delivery schedules
EU-87 (RCES)	2RPQ valuation of twin-aisle lost sales – Airbus delivery schedules
USA-10	Airbus WACC and Discount Factors
USA-11	Producer Price Indexes - Program Overview, U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics

Pièce	Titre
USA-12	PPI Industry Data File for Aircraft Manufacturing – Civilian Aircraft, Not Seasonally Adjusted (Jan. 2008 - March 2019), U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics
USA-13	Survival Rate Calculation
USA-15	Shannon Ackert, Commercial Aspects of Aircraft Customization, Aircraft Monitor (2013)
USA-25 (RCES)	Corrected Annualized Value of the Adverse Effects in 2014 and March 2019 Dollars
USA-32 (RCC)	Boeing E-mail regarding Question 10
USA-33 (RCC)	Boeing E-mail regarding Question 32
USA-36	Revised Survival Rate Calculation
USA-37	Updated Airbus WACC and Discount Factors
USA-44 (RCES)	Corrected Annualized Value of the Adverse Effects in July 2015 Dollars
USA-45	Airbus 2018 Financial Statements
USA-51 (RCC)	Declaration of [[***]] (Feb. 28, 2020) ("déclaration de Boeing ")
USA-52	Icelandair press release, Icelandair Group and Boeing Finalizes Order for 737 MAX (Feb. 13, 2013)
USA-59 (RCES)	Expected Value of the 2014 Fly Dubai Lost Sale in Order Year Dollars (révision)
USA-60 (RCES)	Annualized Value of the Adverse Effects in 2015 Dollars (révision)
USA-77 (RCES)	2008 Fly Dubai Purchase Agreement
USA-79 (RCES)	2011 Delta Airlines Purchase Agreement
USA-81 (RCES)	2013 Air Canada Purchase Agreement
USA-82 (RCES)	2013 Icelandair Final Offer
USA-83 (RCES)	2013 Icelandair Purchase Agreement
USA-85 (RCES)	2014 Fly Dubai Purchase Agreement
USA-87 (RCES)	Boeing [[***]] for 2008 Fly Dubai and 2011 Delta Sales Campaigns
USA-99	Brealey, Myers, and Allen, Principles of Corporate Finance, 9th Edition.
USA-104 (RCES)	Expected Value of the [[***]] Lost Sale in Order Year Dollars (révision)
USA-105 (RCES)	Annualized Value of the Adverse Effects in 2015 Dollars (révision)

ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LA PRÉSENTE DÉCISION

Abréviation	Désignation
737MAX	Boeing 737MAX
737NG	Boeing 737 de nouvelle génération
747-8I	Boeing 747-8 International
A320ceo	Airbus A320 current engine option (option actuelle de motorisation)
A320neo	Airbus A320 new engine option (nouvelle option de motorisation)
A350XWB	Airbus A350 "eXtra widebody" (à fuselage extralarge)
Accord SMC	Accord sur les subventions et les mesures compensatoires
AGCS	Accord général sur le commerce des services
B&O	Business and Occupation (impôt sur les activités)
CE	Communautés européennes
CMPC	coût moyen pondéré du capital
Convention de Vienne	Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331; 8 International Legal Materials 679
DOD	Département de la défense des États-Unis
É.A.U.	Émirats arabes unis
États-Unis	États-Unis d'Amérique
FSC	sociétés de ventes à l'étranger
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
IILA	indice d'inflation pour les LCA d'Airbus
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
IRB	Industrial Revenue Bond (obligation industrielle)
JAL	Japan Airlines
LCA	aéronefs civils gros porteurs
Loi ETI	Loi de 2000 portant abrogation des dispositions relatives aux FSC et régissant l'exclusion des revenus extraterritoriaux
Mémorandum d'accord	Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends
NASA	National Aeronautics and Space Administration (Administration nationale de l'aéronautique et de l'espace des États-Unis)
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORD	Organe de règlement des différends
R&D	recherche et développement
R&DT	recherche et développement technologique
RCC	renseignements commerciaux confidentiels
RCES	renseignements commerciaux extrêmement sensibles
RDT&E	recherche, développement, essais et évaluation
UE	Union européenne
USD	dollar des États-Unis
USDOD	Département de la défense 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 l'Union européenne¹ au sujet de certaines mesures des États-Unis qui affectent le commerce des aéronefs civils gros porteurs (LCA).²

1.2. La procédure initiale dans le présent différend a débuté le 27 juin 2005 quand l'Union européenne a demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis conformément aux articles 4.1, 7.1 et 30 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC), à l'article XXIII:1 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1994 et à l'article 4 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord), au sujet de mesures affectant le commerce des LCA.³ Le 20 janvier 2006, l'Union européenne a demandé l'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 6 du Mémoire d'accord, à l'article XXIII:2 du GATT de 1994 et aux articles 4, 7 et 30 de l'Accord SMC (dans la mesure où l'article 30 incorpore par référence l'article XXIII du GATT de 1994).⁴

1.3. Le rapport du Groupe spécial et le rapport de l'Organe d'appel concernant la procédure initiale ont été distribués aux Membres le 31 mars 2011 et le 12 mars 2012, respectivement. L'Organe de règlement des différends (ORD) a adopté le rapport de l'Organe d'appel et le rapport du Groupe spécial, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, le 23 mars 2012.⁵ Dans la procédure initiale, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont constaté que certaines mesures des États-Unis, y compris des mesures adoptées au niveau infrafédéral, constituaient des subventions spécifiques à la branche de production des LCA des États-Unis⁶ et étaient incompatibles avec l'Accord SMC.

¹ Dans la procédure du Groupe spécial initial, la partie plaignante était les Communautés européennes. L'Union européenne s'est substituée et a succédé aux Communautés européennes à compter du 1^{er} décembre 2009 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. 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 Dans la procédure initiale, le Groupe spécial a fait référence à une note de bas de page de la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Union européenne qui indiquait qu'en vertu de l'Accord de 1992 entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de l'Accord du GATT relatif au commerce des aéronefs civils, les "LCA" comprenaient tous les aéronefs tels qu'ils étaient définis à l'article premier de l'Accord du GATT relatif au commerce des aéronefs civils, à l'exception des moteurs tels que définis à l'article 1.1 b) dudit accord, qui étaient conçus pour le transport de passagers ou de fret et avaient une capacité de 100 sièges ou plus ou son équivalent en configuration cargo. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphes 2.1 et 7.1. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 1.)

³ WT/DS353/1 (initialement distribué sous la cote WT/DS317/1/Add.1, corrigé par le document WT/DS353/1). La procédure initiale doit être envisagée compte tenu d'une procédure antérieure, qui a été engagée en octobre 2004 lorsque l'Union européenne a demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis au sujet de subventions prohibées et pouvant donner lieu à une action alléguées qui étaient accordées aux constructeurs de LCA des États-Unis. Le 20 juillet 2005, l'ORD a établi un groupe spécial dans cette procédure (*États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (DS317)*), dont la composition a été arrêtée le 17 octobre 2005. En septembre 2005, l'ORD a engagé une procédure au titre de l'Annexe V dans le différend DS317 et a désigné M. Mateo Diego-Fernández comme représentant de l'ORD aux fins de cette procédure. (ORD, compte rendu de la réunion tenue le 23 septembre 2005, WT/DSB/M/197, paragraphes 6 à 10) Dans sa demande de consultations de juin 2005 dans le cadre du différend DS353, l'Union européenne a fait référence à ce que les États-Unis avaient dit à la réunion de l'ORD du 13 juin 2005, à savoir que 13 des 28 programmes de subventions qu'elle énumérait dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial dans l'affaire DS317 ne figuraient pas dans la demande de consultations dans l'affaire DS317 du 6 octobre 2004. L'Union européenne a indiqué qu'elle ne pouvait souscrire à l'affirmation des États-Unis mais était disposée à poursuivre les consultations sur les questions soulevées lors de cette procédure ultérieure pour les clarifier et, si possible, les résoudre.

⁴ Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Union européenne, WT/DS353/2 (initialement distribuée sous la cote WT/DS317/5, corrigée par les documents WT/DS353/2 et WT/DS353/2/Corr.1).

⁵ ORD, compte rendu de la réunion tenue le 23 mars 2012, WT/DSB/M/313 (distribué le 29 mars 2012), paragraphe 79.

⁶ Dans la procédure initiale, l'Union européenne a employé l'expression "branche de production des aéronefs civils gros porteurs des États-Unis" pour désigner la société Boeing et McDonnell Douglas Corporation

1.4. Premièrement, le Groupe spécial a constaté que certaines exonérations d'impôt et exclusions du champ de l'impôt accordées à Boeing au titre de la législation sur les sociétés de ventes à l'étranger (FSC) et de la Loi de 2000 portant abrogation des dispositions relatives aux FSC et régissant l'exclusion des revenus extraterritoriaux (Loi ETI), y compris les dispositions transitoires et les clauses d'exemption pour antériorité de la Loi ETI et de la Loi de 2004 sur la création d'emplois, étaient des subventions à l'exportation prohibées en vertu de l'article 3.1 a) et 3.2 de l'Accord SMC.⁷ Il n'a pas été fait appel de cette constatation.

1.5. Deuxièmement, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont constaté que les mesures ci-après étaient incompatibles avec les articles 5 c) et 6 de l'Accord SMC:

- a. les versements accordés à Boeing par l'Administration nationale de l'aéronautique et de l'espace (NASA) conformément à des contrats d'achat conclus dans le cadre de huit programmes de recherche-développement (R&D) aéronautique et l'accès aux installations, équipements et employés accordé à Boeing conformément à des contrats d'achat et à des accords au titre de la Loi sur l'espace conclus dans le cadre de ces programmes;
- b. les versements et l'accès aux installations accordés à Boeing par le Département de la défense (DOD) des États-Unis conformément à des instruments d'aide conclus dans le cadre de 23 programmes de recherche, développement, essais et évaluation (RDT&E);
- c. les exonérations d'impôt et exclusions du champ de l'impôt accordées à Boeing au titre des mesures FSC/ETI;
- d. la réduction du taux de l'impôt B&O (impôt sur les activités) de l'État de Washington pour les fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants; et
- e. les abattements de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes liés aux obligations industrielles (IRB) émises par la ville de Wichita, au Kansas.

1.6. Il a été constaté que ces cinq groupes de mesures comportaient des subventions spécifiques au sens des articles 1^{er} et 2 de l'Accord SMC et causaient un préjudice grave aux intérêts de l'Union européenne au sens des articles 5 c) et 6.3 de l'Accord SMC de la façon suivante:

- a. les mesures de R&D aéronautique de la NASA et du DOD causaient un préjudice grave au sens des articles 5 c) et 6.3 b) et c) s'agissant du marché des produits LCA de 200 à 300 sièges sous la forme d'une menace de détournement des exportations de l'Union européenne de certains marchés de pays tiers et d'entrave à ces exportations, ainsi que de pertes notables de ventes;
- b. les exonérations d'impôt et exclusions du champ de l'impôt accordées à Boeing au titre des mesures FSC/ETI, conjuguées à la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, causaient un préjudice grave au sens des articles 5 c) et 6.3 c) s'agissant du marché des produits LCA de 100 à 200 sièges sous la forme de pertes notables de ventes; et
- c. les abattements de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes liés aux IRB émises par la ville de Wichita (Kansas) complétaient et amplifiaient les effets sur les prix des subventions FSC/ETI et des réductions du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, causant ainsi un préjudice grave aux intérêts de l'Union européenne au sens des articles 5 c) et 6.3 c) sur le marché des produits LCA de 100 à 200 sièges sous la forme de pertes notables de ventes.

1.7. En ce qui concerne la constatation selon laquelle les mesures FSC/ETI étaient des subventions prohibées au sens de l'article 3.1 a) et 3.2 de l'Accord SMC, le Groupe spécial initial s'est abstenu de formuler une nouvelle recommandation au titre de l'article 4.7. Il a pris note de "la conclusion du

avant sa fusion avec Boeing en 1997. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphes 2.1, 7.1 et note de bas de page 1042)

⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphes 7.1434 à 7.1464 et 8.2.

Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*, qui avait été confirmée par l'Organe d'appel, selon laquelle la recommandation formulée par le Groupe spécial dans le différend *États-Unis – FSC* restait "exécutoire".⁸

1.8. S'agissant des constatations de préjudice grave causé par certaines subventions, l'Organe d'appel a recommandé que:

l'ORD demande aux États-Unis de mettre leurs mesures, dont il {avait} été constaté dans le présent rapport, et dans le rapport du Groupe spécial modifié par le présent rapport, qu'elles étaient incompatibles avec l'*Accord SMC*, en conformité avec leurs obligations au titre de cet accord. Plus précisément, compte tenu des recommandations faites par le Groupe spécial au paragraphe 8.9 de son rapport et des dispositions de l'article 7.8 de l'*Accord SMC*, l'Organe d'appel {a} recommand{é} que les États-Unis prennent des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables dont il {avait} été constaté qu'ils avaient été causés par leur recours à des subventions, ou pour retirer ces subventions.⁹

1.9. En vertu de l'article 7.8 et 7.9 de l'*Accord SMC*, les États-Unis avaient six mois à compter de la date d'adoption du rapport du Groupe spécial ou du rapport de l'Organe d'appel pour prendre des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables des subventions ou retirer les subventions (période de mise en œuvre). Cette période de mise en œuvre a expiré le 23 septembre 2012. Le 23 septembre 2012, les États-Unis ont présenté à l'ORD une notification indiquant "un certain nombre d'actions visant à retirer les subventions dont il avait été constaté qu'elles avaient causé des effets défavorables ou à éliminer leurs effets défavorables", eu égard auxquelles ils considéraient s'être "pleinement conformés aux recommandations et décisions de l'{ORD} dans le présent différend".¹⁰

1.10. Le 24 avril 2012, les parties ont porté à la connaissance de l'ORD leurs Procédures convenues au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 7 de l'*Accord SMC* (l'accord sur la chronologie).¹¹ Le 25 septembre 2012, l'Union européenne a demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis, expliquant qu'elle était d'avis que "{l}es actions et événements énumérés par les États-Unis dans leur notification du 23 septembre 2012 ne retir{aient} pas les subventions ni n'en élimin{aient} les effets défavorables, comme l'exige{aient} les articles 4.7 et 7.8 de l'*Accord SMC*" et que "les États-Unis ne {s'étaient} pas mis en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD".¹² L'Union européenne et les États-Unis ont tenu des consultations le 10 octobre 2012, mais elles n'ont pas permis de régler le différend. Le 11 octobre 2012, l'Union européenne a demandé l'établissement d'un groupe spécial doté du mandat type "conformément aux articles 4.4 et 7.4 de l'*Accord SMC* et à l'article 21:5 du Mémoire d'accord".¹³ À sa réunion du 23 octobre 2012, l'ORD a renvoyé le présent différend au Groupe spécial

⁸ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 8.7.

⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 1352. (souligné dans l'original)

¹⁰ Communication présentée par les États-Unis, WT/DS353/15 (communication sur la mise en conformité), paragraphe 2.

¹¹ Communication présentée par les parties, WT/DS353/14 (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 sur le règlement des différends). En vertu de l'accord sur la chronologie, les parties sont convenues, entre autres choses, que si la question devait être soumise à arbitrage avant l'adoption par l'ORD de ses décisions à la suite d'une procédure au titre de l'article 21:5, elles demanderaient, le plus tôt possible, à l'arbitre désigné au titre de l'article 22:6 de suspendre ses travaux.

¹² Demande de consultations présentée par l'Union européenne, recours à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS353/16 (demande de consultations de l'Union européenne), page 2.

¹³ Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Union européenne, recours à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS353/18 (demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Union européenne), paragraphe 34.

initial, si possible, conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord.¹⁴ Conformément à ce même article, la composition du Groupe spécial a été arrêtée le 30 octobre 2012.¹⁵

1.11. Le Groupe spécial de la mise en conformité a remis son rapport intérimaire aux parties le 16 septembre 2016.¹⁶ Le 5 décembre 2016, l'Organe d'appel a reçu de l'Union européenne une lettre dans laquelle elle mentionnait un appel prévu dans le présent différend, l'appel en cours dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)* (procédure de mise en conformité DS316) et un appel imminent dans l'affaire *États-Unis – Incitations fiscales* (DS487). Dans sa lettre, l'Union européenne demandait que les audiences dans les trois appels soient suffisamment rapprochées dans le temps pour qu'une question particulière ne soit pas effectivement réglée dans le cadre d'un appel avant que la question connexe ne soit examinée dans le cadre des autres appels.¹⁷ Après avoir reçu les observations des États-Unis et des participants tiers sur la demande de l'Union européenne, l'Organe d'appel a indiqué, dans une lettre datée du 22 décembre 2016, qu'il garderait à l'esprit la demande de l'Union européenne, ainsi que les observations reçues, au cours des procédures d'appel dans les trois différends.¹⁸

1.12. Le 9 juin 2017, le Groupe spécial de la mise en conformité a remis son rapport, dans lequel il a constaté, entre autres choses, ce qui suit:

- a. les États-Unis n'avaient pas retiré la subvention au sens de l'article 7.8 de l'Accord SMC en ce qui concernait les subventions pour la R&D aéronautique de la NASA et du DOD antérieures à 2007 qui faisaient l'objet des recommandations et décisions de l'ORD et certaines mesures des États-Unis postérieures à 2006 qui étaient contestées dans la procédure de mise en conformité et dont le Groupe spécial de la mise en conformité avait constaté qu'elles comportaient des subventions spécifiques au sens des articles 1^{er} et 2 de l'Accord SMC¹⁹; et
- b. les États-Unis n'avaient pas pris des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables au sens de l'article 7.8 de l'Accord SMC en ce qui concernait la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, dont l'Union européenne avait démontré que les effets étaient: i) une cause réelle et substantielle de pertes notables de ventes, au sens des articles 5 c) et 6.3 de l'Accord SMC, pour les familles de LCA A320neo et A320ceo sur le marché des LCA monocouloirs en ce qui concernait les campagnes de vente impliquant Fly Dubai en 2014, Air Canada en 2013 et Icelandair en 2013, pendant la période postérieure à la mise en œuvre; et ii) une cause réelle et substantielle de menace d'entrave aux importations d'A320ceo sur le marché des monocouloirs des États-Unis, et de menace

¹⁴ ORD, compte rendu de la réunion tenue le 23 octobre 2012, WT/DSB/M/323, paragraphe 81. À cette réunion, les États-Unis ont émis l'avis que le Groupe spécial n'était établi qu'au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord (WT/DSB/M/323, paragraphes 78 et 79).

¹⁵ *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, Recours de l'Union européenne à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, Constitution du Groupe spécial, Note du secrétariat, WT/DS353/21 (distribué le 5 novembre 2012), paragraphe 3.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.1.

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 1.21. Le Groupe spécial de la mise en conformité dans le différend DS316 avait distribué son rapport le 22 septembre 2016 et l'Union européenne avait déposé une déclaration d'appel dans ce différend le 13 octobre 2016. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 1.11 et 1.14) Le rapport de l'Organe d'appel dans la procédure de mise en conformité DS316 a été distribué le 15 mai 2018. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*.) Les procédures concernant l'affaire DS316 sont présentées plus en détail plus loin dans la section 5.

¹⁸ Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 1.21; *États-Unis – Incitations fiscales*, paragraphe 1.5; et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 1.23.

¹⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 11.7. Les mesures postérieures à 2006 dont il avait été constaté qu'elles constituaient des subventions spécifiques au sens des articles 1^{er} et 2 de l'Accord SMC sont énumérées au paragraphe 11.7 b) du rapport du Groupe spécial. S'agissant des exonérations d'impôt et exclusions du champ de l'impôt au titre de la législation FSC/ETI et de la législation successive, le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté que l'Union européenne n'avait pas établi que Boeing recevait effectivement les avantages fiscaux FSC/ETI après 2006 et que la mesure comportait donc une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'Accord SMC. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 11.7 c) ii))

d'entrave aux exportations de LCA monocouloirs d'Airbus vers le marché d'un pays tiers, les Émirats arabes unis (É.A.U.), au sens des articles 5 c) et 6.3 a) et b) de l'Accord SMC, pendant la période postérieure à la mise en œuvre.²⁰

1.13. Le Groupe spécial de la mise en conformité a aussi formulé un certain nombre d'autres constatations, y compris les suivantes:

- a. s'agissant de l'allégation de l'Union européenne selon laquelle les États-Unis ne s'étaient pas conformés à leur obligation de prendre des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables au sens de l'article 7.8 de l'Accord SMC, l'Union européenne n'avait pas établi i) que les effets de certaines subventions pour la R&D aéronautique et d'autres subventions étaient une cause réelle et substantielle de pertes notables de ventes, d'empêchement notable de hausses de prix, d'entrave aux importations sur le marché des États-Unis ou d'entrave aux exportations vers divers marchés de pays tiers, ou de menaces de l'un quelconque des phénomènes précédents, au sens des articles 5 c) et 6.3 a), b) et c) de l'Accord SMC, en ce qui concernait l'A350XWB pendant la période postérieure à la mise en œuvre; ou ii) que les effets défavorables initiaux des subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 concernant l'A330 et l'A350 original continuaient pendant la période postérieure à la mise en œuvre sous la forme d'un empêchement notable de hausses des prix de l'A330 et de l'A350XWB, de pertes notables de ventes d'A350XWB, ou d'une menace d'entrave aux exportations d'A350XWB vers le marché des LCA bicouloirs, au sens des articles 5 c) et 6.3 a), b) et c) de l'Accord SMC, pendant la période postérieure à la mise en œuvre; et iii) que les effets des subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 et des subventions postérieures à 2006 étaient une cause réelle et substantielle d'empêchement notable de hausses des prix de l'A320neo ou de l'A320ceo, d'entrave aux importations d'A320neo ou d'A320ceo sur le marché des États-Unis ou de détournement et d'entrave visant les exportations d'A320neo ou d'A320ceo vers les marchés des pays tiers qu'étaient l'Australie, le Brésil, le Canada, l'Indonésie, l'Islande, la Malaisie, le Mexique, la Norvège, la Russie et Singapour, au sens des articles 5 c) et 6.3 a), b) et c) de l'Accord SMC, ou de menaces de l'un quelconque des phénomènes précédents, pendant la période postérieure à la mise en œuvre²¹; et
- b. s'agissant des allégations de l'Union européenne au titre de l'article 3.1 et 3.2 de l'Accord SMC et de l'article III:4 du GATT de 1994, dans la mesure où le Groupe spécial de la mise en conformité avait constaté que les allégations entraient dans le champ de la procédure de mise en conformité, et où les mesures en cause étaient des subventions au sens de l'article premier de l'Accord SMC, l'Union européenne n'avait pas établi que les subventions étaient incompatibles avec l'article 3.1 a) et 3.2 ou l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC, ou avec l'article III:4 du GATT de 1994.²²

1.14. À la lumière de ce qui précède, le Groupe spécial de la mise en conformité a conclu qu'en continuant d'agir en violation des articles 5 c) et 6.3 a), b) et c) de l'Accord SMC, les États-Unis "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 "prendre des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables ou retirer la subvention".²³

1.15. Le 27 juin 2017, l'Union européenne a notifié à l'ORD son intention de faire appel du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité et a déposé une déclaration d'appel.²⁴

1.16. Le 28 mars 2019, l'Organe d'appel a remis son rapport dans la procédure de mise en conformité concernant le présent différend. L'Organe d'appel a confirmé les constatations du Groupe spécial concernant l'existence d'effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en

²⁰ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 11.8.

²¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.177, 9.186, 9.197, 9.216, 9.217, 9.218 à 9.220, 9.355, 9.372, 9.373, et 11.8 a), b) et e).

²² Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 11.9.

²³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 11.10.

²⁴ WT/DS353/27; rapport de l'Organe d'appel spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 1.22.

œuvre, à savoir que l'Union européenne avait établi que la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington causait des pertes notables de ventes, au sens des articles 5 c) et 6.3 c) de l'Accord SMC, sur le marché des LCA monocouloirs en ce qui concernait les campagnes de vente de Fly Dubai en 2014, d'Icelandair en 2013 et d'Air Canada en 2013, ainsi qu'une menace d'entrave aux importations de LCA monocouloirs d'Airbus aux États-Unis et aux exportations de LCA monocouloirs d'Airbus vers les É.A.U., au sens des articles 5 c) et 6.3 a) et b) de l'Accord SMC, pendant la période postérieure à la mise en œuvre.²⁵

1.17. L'Organe d'appel a aussi infirmé diverses autres constatations du Groupe spécial de la mise en conformité. Parmi ces constatations figuraient les constatations selon lesquelles l'Union européenne n'avait pas démontré que les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 continuaient de causer des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre et selon lesquelles les États-Unis continuaient d'accorder ou de maintenir la subvention FSC/ETI pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Plus spécifiquement, l'Organe d'appel:

- a. a infirmé la constatation du Groupe spécial de la mise en conformité selon laquelle l'Union européenne n'avait pas démontré: i) que les effets d'accélération des subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 en relation avec le développement par Boeing des technologies pour le 787²⁶ avaient continué pendant la période postérieure à la mise en œuvre; ii) l'existence d'effets des subventions initiales sur la technologie produits par les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 en relation avec le développement par Boeing des technologies pour le 787 pendant la période postérieure à la mise en œuvre; et iii) l'existence d'effets secondaires sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 en ce qui concerne le 787-9/10, le 777X et le 737 MAX pendant la période postérieure à la mise en œuvre, en conséquence de quoi (et dans cette mesure) l'Organe d'appel a aussi infirmé les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité selon lesquelles l'Union européenne n'avait pas établi que les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 étaient une cause réelle et substantielle de l'une quelconque des formes de préjudice grave alléguées en ce qui concerne l'A350XWB et l'A320neo pendant la période postérieure à la mise en œuvre, par le biais d'un mécanisme de causalité lié à la technologie. L'Organe d'appel a en outre constaté qu'il n'était pas en mesure de compléter l'analyse sur le point de savoir s'il subsistait des effets d'accélération des subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 pendant la période postérieure à la mise en œuvre²⁷; et
- b. a infirmé la constatation du Groupe spécial de la mise en conformité selon laquelle l'Union européenne n'avait pas établi que, après l'expiration de la période de mise en œuvre, les États-Unis accordaient ou maintenaient des subventions en faveur de Boeing sous la forme d'avantages fiscaux FSC/ETI. L'Organe d'appel a complété l'analyse et a constaté que, dans la mesure où Boeing continuait d'avoir droit aux avantages fiscaux FSC/ETI pendant la période postérieure à la mise en œuvre, les États-Unis n'avaient pas cessé d'accorder

²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 5.569 et 6.13 b). Le rapport de l'Organe d'appel présente les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité comme se rapportant aux subventions "fiscales liées". Cependant, les constatations formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité aux paragraphes 9.407, 9.444 et 11.8.c et d de son rapport visent spécifiquement la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington. Dans son rapport, le Groupe spécial de la mise en conformité indique les mesures relevant de la catégorie des subventions "fiscales liées" sur le marché des bicouloirs au paragraphe 9.234 ("Les subventions fiscales liées ... sont les réductions des taux de l'impôt B&O de l'État de Washington et de la ville d'Everett") et sur le marché des monocouloirs au paragraphe 9.378 ("La subvention relevant de la catégorie agrégée des subventions fiscales liées ... est la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington").

²⁶ Ces effets d'accélération sont décrits au paragraphe 5.373 du rapport de l'Organe d'appel concernant la procédure de mise en conformité.

²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 5.416, 5.420, 5.421, 5.443 et 6.11. L'Organe d'appel a expressément confirmé la constatation du Groupe spécial de la mise en conformité (formulée aux paragraphes 9.332 et 11.8.b de son rapport) selon laquelle l'Union européenne n'avait pas établi que les effets des subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 continuaient pendant la période postérieure à la mise en œuvre sous la forme d'un préjudice grave actuel en relation avec l'A330 et l'A350XWB, au sens des articles 5 c) et 6.3 de l'Accord SMC. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 5.362, 5.363 et 6.10 b))

une contribution financière et n'avaient donc pas retiré les subventions FSC/ETI en ce qui concernait Boeing au sens de l'article 7.8 de l'Accord SMC.²⁸

1.18. Le rapport de l'Organe d'appel et le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, modifié par l'Organe d'appel, ont été adoptés par l'ORD le 11 avril 2019.²⁹

1.2 Recours à l'arbitrage et procédure d'arbitrage

1.19. Le 27 septembre 2012, l'Union européenne a demandé à l'ORD l'autorisation de "prendre des contre-mesures qui {étaient} appropriées {au sens de l'article 4.10 de l'Accord SMC} et proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence {avait} été déterminée {au sens de l'article 7.9 de l'Accord SMC}". Dans sa demande, elle a estimé que "les contre-mesures répondant à ces critères s'él{evaient} au total à environ 12 milliards de {dollars des États-Unis (USD)} par an".³⁰

1.20. Dans sa demande, l'Union européenne dit qu'elle entend, dans un premier temps, prendre des contre-mesures dans le secteur des marchandises mais que, conformément à l'article 22:3 c) du Mémorandum d'accord, elle considère qu'il n'est pas possible ou efficace de prendre des contre-mesures dans le secteur des marchandises pour la totalité du montant de 12 millions d'USD, et que les circonstances sont suffisamment graves étant donné, entre autres choses, le degré et la nature des effets défavorables et du préjudice grave. En conséquence, elle a indiqué que ses contre-mesures consisteraient en une ou plusieurs des mesures suivantes:

- a. suspension de concessions tarifaires et d'autres obligations connexes au titre du GATT de 1994 pour une liste de produits des États-Unis à établir en temps utile;
- b. suspension de concessions et d'autres obligations au titre de l'Accord SMC; et
- c. au titre de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), suspension d'engagements horizontaux ou sectoriels énoncés dans la Liste codifiée d'engagements spécifiques de l'UE, complétée par l'incorporation des différentes Listes d'engagements spécifiques de ses États membres, en ce qui concerne tous les secteurs principaux identifiés dans la Classification sectorielle des services.³¹

1.21. Le 22 octobre 2012, les États-Unis ont contesté le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée par l'Union européenne et ont allégué que cette dernière n'avait pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémorandum d'accord. En outre, ils ont dit qu'il n'y avait pas de fondement juridique permettant à l'Union européenne de demander l'autorisation de prendre des contre-mesures conformément à l'article 4.10 de l'Accord SMC étant donné qu'il n'y avait pas de recommandations de l'ORD au titre de l'article 4 de l'Accord SMC.³²

²⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphes 5.171, 5.172 et 6.4.

²⁹ Rapport de l'Organe d'appel et rapport du Groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, *Dispositions prises par l'Organe de règlement des différends*, WT/DS353/32.

³⁰ Recours de l'Union européenne à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et aux articles 4.10 et 7.9 de l'Accord SMC, WT/DS353/17. Dans sa demande, l'Union européenne indique qu'elle pourra actualiser ce montant chaque année en se fondant sur les données disponibles les plus récentes.

³¹ Recours de l'Union européenne à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et aux articles 4.10 et 7.9 de l'Accord SMC, WT/DS353/17.

³² Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS353/19.

1.22. À sa réunion du 23 octobre 2012, l'ORD est convenu que la question soulevée par les États-Unis dans le document WT/DS353/19 était soumise à arbitrage, comme l'exigeait l'article 22:6 du Mémoire d'accord.³³ L'Arbitre, qui a été constitué le 5 novembre 2012³⁴, était composé des membres du Groupe spécial initial:

Président: M. Crawford Falconer

Membres: M. Francisco Orrego Vicuña
M. Virachai Plasai

1.23. 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 28 novembre 2012 et jusqu'à ce que l'une ou l'autre partie lui demande de reprendre ses travaux.³⁵

1.24. Le 5 juin 2019 (55 jours après l'adoption par l'ORD des rapports de l'Organe d'appel et du Groupe spécial dans la procédure de mise en conformité le 11 avril 2019), l'Union européenne a demandé la reprise des travaux de l'Arbitre. L'Arbitre a repris ses travaux ce jour-là.³⁶ En raison de l'indisponibilité des personnes initialement désignées pour siéger comme membres de l'Arbitre, le Directeur général a désigné un nouveau président et de nouveaux membres de l'Arbitre le 3 juin 2019, comme l'Union européenne le lui avait demandé le 20 mai 2019.³⁷ L'Arbitre avait désormais la composition suivante:

Président: Mme Andrea Marie Dawes (née Brown)

Membres: Mme Tracey Epps
M. Eduardo Muñoz

1.25. Une réunion d'organisation a eu lieu le 27 juin 2019 aux fins de l'examen des aspects procéduraux de la procédure d'arbitrage. Avant et aussi après la réunion d'organisation, dans des lettres datées du 25 juin 2019 et du 1^{er} juillet 2019, respectivement, l'Union européenne a fait part de préoccupations concernant le projet de calendrier que l'Arbitre avait envoyé aux parties avant la réunion. Elle a fait valoir que le calendrier proposé par l'Arbitre était inacceptable eu égard au calendrier adopté par l'Arbitre dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)* (procédure d'arbitrage DS316). Elle a instamment demandé à l'Arbitre, dans un souci d'"équité", de reconsidérer le calendrier proposé et de tenir la réunion de fond avec les parties en décembre 2019 plutôt que les 11-13 février 2020 comme il l'avait proposé dans son projet de calendrier.³⁸

1.26. Les États-Unis ont répondu lors de la réunion d'organisation et ultérieurement, par écrit, le 1^{er} juillet 2019 qu'ils n'avaient pas d'objections concernant le calendrier proposé par l'Arbitre. Ils ont fait valoir que la proposition de l'Union européenne en vue d'une correspondance stricte entre les calendriers adoptés par le présent Arbitre et par l'Arbitre dans la procédure d'arbitrage DS316 était injustifiée et susciterait des préoccupations concernant l'établissement d'un lien inapproprié entre les différends, qui irait à l'encontre de l'article 3:10 du Mémoire d'accord. Ils ont fait valoir qu'en tout état de cause, le projet de calendrier proposé par l'Arbitre était pour l'essentiel analogue à celui qui avait été adopté dans la procédure d'arbitrage DS316. Ils ont instamment invité l'Arbitre à établir son calendrier en fonction de la complexité de l'affaire au fond, du temps dont les parties avaient besoin pour traiter les questions en profondeur et du temps dont lui-même avait besoin pour rendre une décision conformément à son mandat.³⁹

1.27. Le 8 juillet 2019, l'Arbitre a envoyé un projet de calendrier révisé aux parties avec une communication traitant les différents points soulevés par l'Union européenne concernant le calendrier et les informant qu'il avait décidé qu'il serait possible d'avancer les dates de la réunion de

³³ ORD, compte rendu de la réunion tenue le 23 octobre 2012, WT/DSB/M/323, paragraphe 74.

³⁴ Note relative à la constitution de l'Arbitre, WT/DS353/20.

³⁵ Communication de l'Arbitre, WT/DS353/22 (suspension des travaux de l'Arbitre). Voir plus haut la note de bas de page 11.

³⁶ Communication de l'Arbitre, WT/DS353/33 (reprise des travaux de l'Arbitre).

³⁷ Note relative à la constitution de l'Arbitre, WT/DS353/3/Add.1.

³⁸ Union européenne, communications (25 juin 2019 et 1^{er} juillet 2019).

³⁹ États-Unis, communication (1^{er} juillet 2019).

fond de deux semaines sans compromettre indûment sa capacité de se préparer convenablement pour la réunion.⁴⁰ Après s'être assuré que les parties n'avaient pas d'empêchements qui feraient obstacle à leur participation à la réunion de fond aux dates des 28-30 janvier 2020, l'Arbitre a adopté son calendrier le 9 juillet 2019.⁴¹

1.28. Le 8 juillet 2019, l'Arbitre a adopté ses procédures de travail et des procédures de travail additionnelles concernant la protection des renseignements commerciaux confidentiels (RCC) et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles (RCES) (procédures RCC/RCES).⁴² Le 6 décembre 2019, l'Arbitre a adopté des procédures de travail additionnelles pour la réunion de fond avec l'Arbitre qui concernaient 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 2.2).⁴³

1.29. Conformément au calendrier et aux procédures de travail adoptés par l'Arbitre, l'Union européenne a présenté, le 25 juillet 2019, une communication expliquant sa méthode de calcul du niveau de suspension proposé, qui "correspond{ait} à environ 10,02 milliards {d'USD} par an".⁴⁴ Les États-Unis ont déposé leur communication écrite le 12 septembre 2019. L'Union européenne a déposé sa communication écrite le 17 octobre 2019. L'Arbitre a envoyé une première série de questions aux parties, en leur demandant de répondre par écrit, le 7 novembre 2019, et les parties y ont répondu le 21 novembre 2019.

1.30. L'Arbitre a tenu sa réunion de fond avec les parties du 28 au 30 janvier 2020. Le 6 février 2020, à la suite de la réunion de fond avec les parties, il a envoyé une deuxième série de questions écrites aux parties, en leur demandant de communiquer par écrit des réponses pour le 20 février 2020 et des observations, le cas échéant, sur les réponses de l'autre partie pour le 5 mars 2020.

1.31. Dans une lettre datée du 10 février 2020, les États-Unis ont demandé à l'Arbitre de proroger le délai pour les réponses au 2 mars 2020 et le délai pour les observations sur les réponses au 16 mars 2020. À l'appui de leur demande, ils ont indiqué qu'ils devraient consulter Boeing pour obtenir les documents et renseignements demandés par l'Arbitre et ont mentionné diverses étapes de ce processus qui nécessiteraient du temps et des ressources de leur part et de celle de Boeing. Enfin, ils ont observé que l'Arbitre dans la procédure d'arbitrage DS316 avait, dans des circonstances analogues, prorogé de 10 jours le délai de présentation des réponses aux questions qu'il avait envoyées après la réunion de fond.⁴⁵

1.32. L'Union européenne a répondu que l'Arbitre devrait rejeter la demande des États-Unis, faisant valoir que la comparaison entre les circonstances de l'espèce et celles dans lesquelles l'Arbitre dans la procédure d'arbitrage DS316 avait prorogé le délai de présentation des réponses qu'ils faisaient pour justifier leur demande était erronée et vaine car le nombre de questions posées et de documents demandés par cet arbitre était bien supérieur à ce que demandait l'Arbitre dans la présente procédure. Elle a aussi observé que bon nombre des questions qui figuraient dans la deuxième série de questions écrites avaient déjà été posées oralement aux parties lors de la réunion de fond avec les parties, ce qui réduisait encore le nombre de questions pour lesquelles il fallait que les États-Unis préparent des réponses nouvelles. Enfin, elle a fait valoir qu'en tant que partie

⁴⁰ Arbitre, communication aux parties concernant le calendrier et les procédures de travail (8 juillet 2019), annexe C-1.

⁴¹ Le 10 septembre 2019, la Présidente de l'Arbitre a reçu du PDG de Air Baltic Corporation une lettre, aussi adressée, entre autres, au Président de l'Arbitre dans l'affaire DS316 et au Directeur général de l'OMC, dans laquelle il demandait instamment à "l'OMC d'encourager et d'aider les parties à engager des discussions en vue d'un règlement en coordonnant les décisions {des arbitres} dans les deux procédures". Le 13 septembre 2019, l'Arbitre a transmis la lettre du 10 septembre 2019 aux parties. Le 18 septembre 2019, il a répondu au PDG de Air Baltic Corporation par une lettre dans laquelle il accusait réception de la lettre du 10 septembre 2019 et indiquait avoir transmis la lettre aux parties.

⁴² Voir les procédures de travail de l'Arbitre, annexe A-1; et les procédures de travail additionnelles pour la protection des renseignements commerciaux confidentiels et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles, annexe A-2.

⁴³ Voir les procédures de travail additionnelles pour la réunion de fond avec l'Arbitre, annexe A-3.

⁴⁴ Union européenne, note méthodologique, paragraphe 216 (caractères gras omis). Mais voir plus loin le paragraphe 6.6. c et les notes de bas de page 123 et 597 pour des révisions ultérieures par l'Union européenne du niveau de suspension proposé.

⁴⁵ États-Unis, communication (10 février 2020).

prudente, les États-Unis devaient avoir consulté les documents demandés par l'Arbitre pour définir leurs positions jusqu'alors dans la présente procédure.⁴⁶

1.33. Dans une communication aux parties datée du 14 février 2020, l'Arbitre a indiqué qu'il avait décidé de réviser le délai pour les réponses à sa deuxième série de questions écrites pour le fixer au 2 mars 2020 et le délai pour les observations sur les réponses pour le fixer au 16 mars 2020. Dans sa communication, l'Arbitre a pris acte des préoccupations de l'Union européenne et a indiqué qu'il ne pensait pas que cette prorogation retarderait de beaucoup l'ensemble de ses travaux.⁴⁷ Le calendrier a été révisé en conséquence le 14 février 2020.

1.34. L'Arbitre a remis aux parties une version de sa décision contenant des RCC et une version caviardée destinée à être distribuée au public le 28 septembre 2020. Il a fourni ses calculs RCES sous-tendant le chiffre indiqué au paragraphe 6.311 de cette décision à la même date. Les parties ont suite à cela demandé des modifications des caviardages le 2 octobre 2020. En réponse aux articles de presse publiés à partir du 30 septembre 2020, qui contenaient le niveau des contre-mesures qu'il avait calculé, l'Arbitre a adressé une communication aux parties qui est reproduite dans l'annexe C-11. La décision de l'Arbitre a été distribuée aux Membres de l'OMC le 13 octobre 2020.

2 QUESTIONS PROCÉDURALES

2.1. Dans la présente section, l'Arbitre traite cinq questions procédurales: a) le traitement des RCC et RCES; b) la décision d'enregistrer des segments de la réunion de fond en vue de leur diffusion ultérieure au public; c) une objection soulevée par les États-Unis concernant l'utilisation de certains RCES par l'Union européenne dans ses réponses aux questions posées par l'Arbitre aux parties; d) des communications entre l'Arbitre et les parties au sujet des effets de la pandémie de COVID-19 sur les travaux de l'Arbitre; et e) la demande des États-Unis visant à être autorisés à déposer une communication additionnelle concernant la prétendue élimination de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington au 1^{er} avril 2020.

2.1 Traitement des RCC et RCES

2.2. Comme il a déjà été indiqué, l'Arbitre a adopté des procédures RCC/RCES le 8 juillet 2019.⁴⁸ Les procédures RCC/RCES, 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, et c) prévoient le traitement et la manipulation des RCC et RCES dans les communications d'une partie à l'Arbitre.⁴⁹

2.3. De plus, les procédures RCC/RCES 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. Elles 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. Les paragraphes pertinents des procédures RCC/RCES forment le "fondement juridique"⁵⁰ 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]]", respectivement.

⁴⁶ Union européenne, communication (12 février 2020).

⁴⁷ Arbitre, communication aux parties concernant la demande des États-Unis relative à la prorogation de la date de présentation des réponses aux questions (14 février 2020), annexe C-3.

⁴⁸ Voir les procédures de travail additionnelles pour la protection des renseignements commerciaux confidentiels et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles, annexe A-2.

⁴⁹ Les procédures RCC/RCES, telles qu'elles ont été adoptées initialement, prévoyaient en outre qu'en consultation avec les parties, l'Arbitre établirait, en temps utile, mais en aucun cas après l'achèvement de la procédure d'arbitrage tel qu'il est défini dans les procédures RCC/RCES, des procédures appropriées pour la restitution et la destruction des RCC et RCES que les parties lui auraient communiqués. Ces procédures ont été adoptées le 9 octobre 2020.

⁵⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 -Mexique)*, paragraphe 5.4.

2.4. En adoptant et appliquant les procédures RCC/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".⁵¹ Nous avons aussi tenté de faire en sorte que la version publique de {la décision} qui {serait} distribuée à tous les Membres de l'OMC soit compréhensible.⁵² Cela dit, nous jugeons important d'indiquer qu'une part substantielle des éléments de preuve communiqués par les parties pendant la présente procédure est protégée en vertu des procédures RCC/RCES et que, par conséquent, l'Arbitre a dû faire référence à des renseignements désignés comme RCC ou RCES.

2.5. Conformément aux procédures RCC/RCES, les parties ont présenté le 2 octobre 2020 des demandes spécifiques concernant la suppression de renseignements confidentiels de la version publique de la présente décision et le 6 octobre 2020, chaque partie a présenté des observations sur les demandes de l'autre partie. En réponse à ces communications, nous avons apporté les modifications appropriées à la version publique de notre décision.

2.2 Diffusion au public des déclarations liminaires des parties

2.6. 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 serait raisonnable de le faire. 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 convenues que des procédures de travail additionnelles devraient être adoptées pour la réunion de fond des parties avec l'Arbitre. Le 6 décembre 2019, l'Arbitre a adopté des procédures de travail additionnelles pour la réunion de fond avec l'Arbitre (procédures de travail additionnelles).⁵³ Les procédures de travail additionnelles abordent des questions se rapportant au traitement des RCC et RCES pendant la réunion de fond en général, ainsi que des questions se rapportant plus spécifiquement aux segments de la réunion destinés à être ouverts au public.

2.7. La réunion de fond de l'Arbitre avec les parties a eu lieu du 28 au 30 janvier 2020; 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. Les parties ont été invitées à une projection préalable de l'enregistrement vidéo le 10 février 2020, à laquelle elles ont toutes les deux assisté et lors de laquelle elles ont identifié des RCC mentionnés lors des déclarations orales liminaires, qui 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 5 mars 2020 à l'OMC.

2.3 Allégations des États-Unis concernant l'utilisation par l'Union européenne de certains RCES qu'ils avaient communiqués dans la procédure d'arbitrage DS316

2.8. Peu avant la fermeture des bureaux le 27 janvier 2020, veille de la réunion de fond de l'Arbitre avec les parties, les États-Unis ont envoyé à la Présidente de l'Arbitre une lettre dans laquelle ils soulevaient une objection concernant l'utilisation inappropriée alléguée de RCES des États-Unis par l'Union européenne dans les réponses écrites aux questions n° 23 et 26 de l'Arbitre qu'elle avait présentées le 21 novembre 2019. Spécifiquement, les États-Unis se plaignaient que l'Union européenne avait inclus certains renseignements relatifs à la méthode et à la terminologie connexe utilisées par Boeing pour le calcul du "prix net de Boeing" et du "prix brut de Boeing" qui avaient été fournis par Boeing aux États-Unis, qui eux-mêmes les avaient communiqués en tant que RCES des États-Unis dans la procédure d'arbitrage DS316. Les États-Unis faisaient valoir que la communication par l'Union européenne dans la présente procédure de renseignements qui avaient été désignés comme RCES des États-Unis dans la procédure d'arbitrage DS316 était inappropriée. Ils estimaient en outre que, en vertu des procédures RCC/RCES en vigueur dans la procédure d'arbitrage DS316, l'Union européenne aurait déjà dû avoir détruit tous les RCES des États-Unis en sa possession. Ils estimaient donc que ces renseignements n'étaient plus valablement en possession de l'Union

⁵¹ 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.

⁵² Rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 279.

⁵³ Voir les procédures de travail additionnelles pour la réunion de fond avec l'Arbitre, annexe A-3.

européenne et avaient été divulgués par cette dernière dans la présente procédure en violation des procédures RCC/RCES établies dans la procédure d'arbitrage DS316. Les États-Unis demandaient à l'Arbitre d'ordonner à l'Union européenne de communiquer à nouveau ses réponses aux questions n° 23 et 26 de l'Arbitre après avoir dûment supprimé toutes les références aux RCES des États-Unis obtenus de manière inappropriée et d'ordonner à l'Union européenne et aux personnes habilitées de l'OMC de détruire tous les exemplaires des réponses de l'Union européenne contenant des références aux RCES des États-Unis obtenus de manière inappropriée.⁵⁴

2.9. Dans une lettre à l'Arbitre datée du 31 janvier 2020, l'Union européenne a contesté "avec la plus grande vigueur" les allégations des États-Unis. Elle a dit qu'elle n'avait pas inclus de données RCES des États-Unis provenant de la procédure d'arbitrage DS316 dans ses réponses aux questions de l'Arbitre et qu'elle n'avait pas communiqué de RCES des États-Unis provenant de la procédure d'arbitrage DS316 à Airbus. En fait, elle avait obtenu les renseignements sur les éléments de la fixation des prix de Boeing figurant dans ses réponses aux questions n° 23 et 26 de l'Arbitre exclusivement auprès d'Airbus. En outre, l'Union européenne a confirmé que, comme le prescrivaient les procédures RCC/RCES dans cette procédure, elle avait détruit tous les RCES des États-Unis provenant de la procédure d'arbitrage DS316 dans les délais fixés par l'Arbitre dans l'affaire DS316. Elle a demandé que l'Arbitre rejette les allégations des États-Unis au motif qu'elles étaient non étayées et sans fondement. De plus, l'Union européenne a dit déplorer que les États-Unis aient décidé de faire part de leurs préoccupations dans une lettre déposée plus de 2 mois après la réception des réponses de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre et "juste 15 minutes avant la fermeture des bureaux la veille de l'audience". Enfin, elle a fait valoir que l'action des États-Unis avait pour résultat de priver l'Arbitre et l'Union européenne de la possibilité d'échanger des vues à la réunion de fond sur les points visés par les réponses de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre considérées, portant ainsi atteinte aux droits de l'Union européenne en matière de régularité de la procédure. Elle a donc demandé à l'Arbitre de rendre une décision à l'effet que les États-Unis ne soient pas autorisés à présenter plus en détail leurs arguments et éléments de preuve sur ces points pendant le reste de la présente procédure.⁵⁵

2.10. Le 4 février 2020, les États-Unis ont fait référence à la lettre de l'Union européenne du 31 janvier 2020, en indiquant qu'ils n'avaient pas de base pour mettre en cause la véracité des affirmations de l'Union européenne selon lesquelles elle avait obtenu les renseignements pertinents sur la fixation des prix de Boeing lors de ses discussions avec Airbus, et ils ont en conséquence retiré leurs objections concernant l'utilisation des renseignements dans les réponses de l'Union européenne aux questions n° 23 et 26 de l'Arbitre.⁵⁶

2.11. L'Arbitre a envoyé aux parties, le 6 février 2020, une communication dans laquelle il a indiqué que le retrait par les États-Unis de leurs objections concernant l'utilisation des renseignements dans les réponses de l'Union européenne aux questions n° 23 et 26 de l'Arbitre privait effectivement de fondement l'objection soulevée par les États-Unis et leurs demandes connexes d'action de l'Arbitre qui figuraient dans leur lettre du 27 janvier 2020. Par conséquent, l'Arbitre a jugé inutile, et s'est donc abstenu, de se prononcer sur l'objection soulevée par les États-Unis et sur leurs demandes connexes d'action de l'Arbitre. S'agissant de l'allégation de l'Union européenne selon laquelle les États-Unis avaient porté atteinte à ses droits en matière de régularité de la procédure, l'Arbitre a dit qu'il n'était pas à même de discerner de quelle manière l'Union européenne avait été privée d'une véritable possibilité de formuler des observations sur un quelconque point particulier soumis à l'Arbitre en relation avec les sujets visés par les questions n° 23 et 26. Il a en outre noté que l'Union européenne avait eu la possibilité de formuler des observations sur les points qu'il avait soulevés dans les questions n° 23 et 26 dans ses réponses à ces questions, et qu'elle aurait la possibilité de présenter encore ses observations sur ces points après la deuxième série de questions de l'Arbitre aux parties.⁵⁷

⁵⁴ États-Unis, communication (27 janvier 2020).

⁵⁵ Union européenne, communication (31 janvier 2020).

⁵⁶ États-Unis, communication (4 février 2020).

⁵⁷ Arbitre, communication aux parties concernant certains RCES (6 février 2020), annexe C-2.

2.4 Incidence de la pandémie de COVID-19 sur les travaux de l'Arbitre

2.12. L'Arbitre a adressé aux parties une série de communications concernant la facilitation de ses travaux eu égard aux difficultés découlant de la pandémie de COVID-19.⁵⁸ En particulier, le 1^{er} avril 2020, il a informé les parties que le Directeur général de l'OMC avait donné pour instruction à tous les fonctionnaires (à l'exception de certaines personnes "essentielles") de travailler depuis leur domicile à compter du 16 mars 2020, jusqu'à la fin d'avril 2020, en raison des préoccupations découlant de la pandémie de COVID-19. Il a indiqué que ces restrictions concernant l'accès du Secrétariat aux locaux de l'OMC avaient des conséquences sur la capacité du Secrétariat de travailler avec les RCES, qui ne pouvaient pas être conservés, ou consultés, en dehors des locaux de l'OMC en application des procédures RCC/RCES. Il a donc demandé aux parties si elles accepteraient de lever les restrictions pertinentes imposées par ces procédures afin de permettre à certains fonctionnaires du Secrétariat de conserver les RCES des parties et de travailler avec ceux-ci à leur domicile, et de discuter des RCES sur des plates-formes de communication sécurisées.⁵⁹ Le 8 avril 2020, les parties ont répondu à cette communication mais elles ne se sont pas entendues sur la question de savoir si les arrangements de remplacement proposés pour le travail avec des RCES devraient être mis en œuvre.

2.13. Le 23 avril 2020, l'Arbitre a informé les parties que, comme elles ne s'étaient pas entendues sur la mise en œuvre des arrangements de remplacement concernant la conservation des RCES et l'accès aux RCES proposés dans sa communication du 1^{er} avril 2020, il ne mettrait pas en œuvre lesdits arrangements. Il a assuré aux parties qu'il continuerait à progresser dans ses travaux dans la présente procédure tant que les restrictions d'accès aux locaux de l'OMC resteraient en vigueur et qu'il ferait tout ce qui était en son pouvoir pour réduire au minimum les effets de la pandémie de COVID-19 sur ses travaux.⁶⁰

2.14. Le 4 mai 2020, l'Arbitre a informé les parties qu'il était prévu que le retour progressif des fonctionnaires de l'OMC dans les locaux de l'OMC commence le 11 mai 2020 (date à laquelle les fonctionnaires du Secrétariat qui l'assistaient pourraient recommencer à avoir accès aux RCES). En outre, il a informé les parties qu'il avait continué à progresser dans ses travaux dans la présente procédure et espérait continuer de le faire tant que les restrictions d'accès aux locaux de l'OMC resteraient en vigueur.⁶¹

2.15. Le 17 juin 2020, l'Arbitre a informé les parties qu'il avait examiné avec soin les ajustements requis par la pandémie de COVID-19 et que, compte tenu de ces ajustements, il espérait pouvoir leur communiquer la décision aux fins du caviardage approprié des RCC et des RCES au plus tôt la fin du mois de septembre 2020.⁶² L'Union européenne lui a adressé ensuite, le 22 juin 2020, une communication dans laquelle elle formulait des objections concernant cette date estimée. En réponse, le 26 juin 2020, l'Arbitre a assuré aux parties que, malgré les multiples difficultés découlant de la pandémie de COVID-19 qui perturbaient les modalités de ses travaux et de ceux du Secrétariat et qui affectaient fortement le lieu de travail, la famille, la communauté et le pays de chacun des fonctionnaires, il travaillait avec diligence pour s'acquitter de son mandat dans la présente procédure.⁶³

2.16. En outre, les 5 et 19 août 2020 (en réponse à une lettre de l'Union européenne du 10 août 2020), l'Arbitre a adressé à l'Union européenne des communications indiquant que la pandémie de COVID-19 avait mis le transport aérien à rude épreuve et que, en conséquence, il

⁵⁸ Voir la communication de l'Arbitre aux parties concernant les restrictions d'accès aux locaux de l'OMC et aux RCES dues à la COVID-19 (1^{er} avril 2020), annexe C-4; la communication de l'Arbitre aux parties concernant l'accès aux RCES dans le contexte de la COVID-19 (23 avril 2020), annexe C-5; et la communication de l'Arbitre aux parties concernant l'assouplissement progressif des restrictions d'accès aux locaux de l'OMC pour cause de COVID-19 (4 mai 2020), annexe C-6.

⁵⁹ Communication de l'Arbitre aux parties concernant les restrictions d'accès aux locaux de l'OMC et aux RCES dues à la COVID-19 (1^{er} avril 2020), annexe C-4.

⁶⁰ Communication de l'Arbitre aux parties concernant l'accès aux RCES dans le contexte de la COVID-19 (23 avril 2020), annexe C-5.

⁶¹ Communication de l'Arbitre aux parties concernant l'assouplissement progressif des restrictions d'accès aux locaux de l'OMC pour cause de COVID-19 (4 mai 2020), annexe C-6.

⁶² Décision de l'Arbitre concernant la demande des États-Unis visant à être autorisés à déposer une communication additionnelle concernant les implications de la prétendue élimination de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington sur le niveau autorisé des contre-mesures (17 juin 2020), annexe C-7.

⁶³ Communication de l'Arbitre aux parties (26 juin 2020), annexe C-8.

envisageait de mener ses dernières réunions à distance. Dans ces communications, il lui demandait donc l'autorisation pour lui et les autres personnes habilitées de l'OMC de discuter sur Skype for Business d'un nombre limité de ses RCES afin de faciliter ces éventuelles réunions à distance.⁶⁴ L'Union européenne a accédé à ces demandes.

2.5 Demande des États-Unis visant à être autorisés à déposer une communication additionnelle concernant la prétendue élimination de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington au 1^{er} avril 2020

2.17. Le 13 mai 2020, l'Arbitre a reçu des États-Unis une lettre l'informant que l'État de Washington avait éliminé, avec effet au 1^{er} avril 2020, la réduction du taux de l'impôt B&O. Dans cette lettre, les États-Unis demandaient l'autorisation de déposer une communication additionnelle intitulée "Communication des États-Unis concernant le retrait de la subvention relative au taux de l'impôt B&O de l'État de Washington", annexée à la lettre du 13 mai 2020, et visant à exposer "les implications de l'élimination de cette mesure sur le niveau autorisé des contre-mesures".⁶⁵ L'Union européenne a répondu à la lettre des États-Unis le 20 mai 2020, faisant valoir que l'Arbitre devrait rejeter la demande des États-Unis. Les États-Unis ont communiqué leur réplique à la réponse de l'Union européenne le 22 mai 2020. L'Union européenne a été invitée par l'Arbitre à présenter des observations complémentaires sur la réplique des États-Unis, mais elle s'est abstenue de le faire.

2.18. Le 17 juin 2020, l'Arbitre a rendu une décision refusant l'autorisation au motif que la demande d'autorisation des États-Unis était sans fondement, n'avait pas été présentée en temps utile et/ou était sans objet, et qu'en conséquence, le dépôt d'une communication additionnelle n'était ni nécessaire aux fins de la réfutation et ni étayé par des raisons valables. La décision de l'Arbitre concernant la demande des États-Unis est annexée à la présente décision en tant qu'annexe C-7.

3 MANDAT DE L'ARBITRE

3.1. La présente procédure d'arbitrage découle de la contestation par les États-Unis de la demande de contre-mesures de l'Union européenne. Dans le cadre de leur recours à un arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, les États-Unis contestent le niveau des contre-mesures figurant dans la demande de l'Union européenne à l'effet d'être autorisée 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. Ils allèguent aussi que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord n'ont pas été suivis.

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."

3.3. La présente procédure d'arbitrage est régie à la fois par l'article 7.10 de l'Accord SMC et par l'article 22:6 du Mémoire d'accord.⁶⁶ 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 du Mémoire d'accord, l'arbitre "déterminera si les contre-mesures sont

⁶⁴ Communication de l'Arbitre aux parties demandant l'autorisation de discuter de RCES spécifiques de l'UE (5 août 2020), annexe C-9; communication de l'Arbitre aux parties demandant l'autorisation de discuter d'autres RCES spécifiques de l'UE (19 août 2020), annexe C-10.

⁶⁵ Communication des États-Unis (13 mai 2020).

⁶⁶ L'article 7.10 fait explicitement référence à une demande d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, ce qui confirme que les arbitrages régis par l'article 7.10 de l'Accord SMC sont, en même temps, régis par l'article 22:6 du Mémoire d'accord. L'article 4.11 de l'Accord SMC, dont la clause introductive 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", confirme également que les arbitrages au titre de l'article 4.11 sont, en même temps, des arbitrages au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord.

proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée". Conformément au statut de l'article 7.10 de l'Accord SMC, 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 de l'Accord SMC.⁶⁷

3.4. 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".

3.5. 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 l'Union européenne 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 l'Union européenne n'est pas proportionnel, nous devons 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.⁶⁸ De même, au cas où nous déterminerions que la méthode proposée par l'Union européenne pour le calcul du niveau des contre-mesures, ou toute méthode de rechange proposée par les États-Unis, 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.⁶⁹

3.6. Dans ce contexte, s'agissant du critère qui régit notre évaluation des hypothèses qui sous-tendent les méthodes proposées par les parties, nous souscrivons aux déclarations d'arbitres antérieurs selon lesquelles toutes "{hypothèses} {utilisées dans les méthodes des parties} devraient être raisonnables, compte tenu des circonstances de l'affaire". {Ils} juge{aient} également pertinente la constatation formulée dans plusieurs procédures d'arbitrage selon laquelle les hypothèses devraient être fondées sur des "renseignements crédibles, factuels et vérifiables".⁷⁰ En outre, notre évaluation des arguments des parties et des éléments de preuve versés au dossier doit être effectuée de manière objective.

3.7. 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". Il relève donc aussi de notre mandat d'examiner l'allégation des États-Unis selon laquelle l'Union européenne n'a pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord. Alors que leur contestation du niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations incluait une affirmation selon laquelle les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord n'avaient pas été suivis par l'Union européenne au moment de déterminer quelles contre-mesures prendre, les États-Unis ne maintiennent pas cette affirmation dans leurs communications dans le cadre de la présente procédure.

⁶⁷ Cela est compatible avec l'approche suivie par l'Arbitre dans l'affaire DS316, autre arbitrage au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC. (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), paragraphe 3.4 et note de bas de page 75 y relative)

⁶⁸ Voir la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), paragraphe 3.4 et textes de base mentionnés dans la note de bas de page 76 y relative.

⁶⁹ Décisions de l'Arbitre dans les affaires *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), paragraphe 3.4; et *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – États-Unis), paragraphe 5.152.

⁷⁰ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), paragraphe 6.173 (citant *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – États-Unis), paragraphe 5.16 (notes de bas de page omises) (citant également les décisions de l'Arbitre dans les affaires *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).

4 CHARGE DE LA PREUVE

4.1. Dans le cadre de leur recours à un arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, les États-Unis contestent le niveau des contre-mesures proposées par l'Union européenne.

4.2. Les États-Unis estiment que c'est donc à eux qu'incombe la charge initiale d'établir *prima facie* que les contre-mesures proposées par l'Union européenne ne sont pas proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée. Ils estiment qu'une fois qu'ils l'ont fait, la charge se déplace et il incombe alors à l'Union européenne de réfuter leur argumentation.⁷¹ L'Union européenne fait valoir que c'est aux États-Unis qu'incombent la charge de la preuve et la charge de persuasion quant au fait que la méthode de l'Union européenne aboutit à des contre-mesures qui sont "incompatibles" avec l'article 7.9 et 7.10 de l'Accord SMC; autrement dit, que les États-Unis doivent établir que les contre-mesures proposées par l'Union européenne ne sont pas "proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée."⁷² L'Union européenne fait référence à trois paragraphes de la décision de l'Arbitre dans l'affaire DS316 qui concernent l'attribution de la charge de la preuve dans les cas où le défendeur initial conteste le niveau des contre-mesures. Les parties pertinentes de ces paragraphes sont les suivantes:

Les arbitrages antérieurs au titre de l'article 22:6 montrent clairement, et les parties ne contestent pas, 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. Ensuite, la charge passe à la partie proposant les contre-mesures, qui doit réfuter ces éléments *prima facie*. ...

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". 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. ...

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.⁷³

4.3. L'Organe d'appel, les groupes spéciaux chargés du règlement des différends et les arbitres au titre de l'article 22:6 se réfèrent depuis longtemps au schéma de déplacement de la charge que les États-Unis et l'Arbitre dans l'affaire DS316 mentionnent.⁷⁴ Pour les fins qui nous occupent, il suffit de dire que nous considérons que c'est aux États-Unis, en tant que partie contestant le niveau des contre-mesures proposé, qu'incombe la charge globale de démontrer que la méthode de l'Union européenne aboutit à des contre-mesures qui ne sont pas "proportionnelles" au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée. Pour s'acquitter de cette charge, il ne

⁷¹ États-Unis, réponse à la question n° 1 de l'Arbitre, paragraphe 5.

⁷² Union européenne, réponse à la question n° 1 de l'Arbitre, paragraphe 5; mais voir Union européenne, communication écrite, paragraphes 2 à 4, 6, 27, 124, 125, 134, 162, 163, 165, 171, 179, 184, 186, 218, 230, 237, 243, 277, 286, 345, 361, 386 et 405.

⁷³ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 4.2 à 4.4. (notes de bas de page omises)

⁷⁴ Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, pages 15 et 16; *CE – Hormones*, paragraphe 104; *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 644; et *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, paragraphe 4.505; les rapports des Groupes spéciaux *UE – Paquet législatif pour l'énergie*, paragraphe 7.8; *Russie – Porcins (UE)*, paragraphe 7.589; et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.50; et les décisions de l'Arbitre dans les affaires *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 2.10; et *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 2.22.

suffit pas que les États-Unis proposent simplement une méthode de rechange dont ils affirment qu'elle est plus appropriée. Ils doivent plutôt examiner la méthode utilisée par l'Union européenne, en ce sens qu'ils doivent démontrer pourquoi cette méthode aboutirait à des contre-mesures qui ne seraient pas "proportionnelles" au sens de l'article 7.10 de l'Accord SMC.

4.4. Nous pensons comme l'Arbitre dans l'affaire DS316 que 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. Conformément à ce devoir et aux arbitrages antérieurs, nous avons demandé que, comme première étape de la procédure, l'Union européenne, en tant que partie demandant l'autorisation de prendre des contre-mesures, présente une note méthodologique justifiant la manière dont elle était arrivée aux contre-mesures proposées.⁷⁵

5 PROCÉDURE DS316 ET ÉVALUATION DES EFFETS DÉFAVORABLES PAR L'ARBITRE DANS L'AFFAIRE DS316

5.1. La présente procédure d'arbitrage est la troisième dans laquelle un arbitre agit au titre à la fois de l'article 7.10 de l'Accord SMC et de l'article 22:6 du Mémoire d'accord.⁷⁶ La décision de l'Arbitre dans la procédure d'arbitrage DS316 ayant eu lieu dans le cadre du différend engagé par les États-Unis au sujet de certaines mesures prises par l'Union européenne et certains États membres qui affectaient le commerce des LCA est particulièrement pertinente pour la présente procédure.⁷⁷ En particulier, nous relevons que les parties présentent souvent leurs arguments et méthodes d'évaluation dans la présente procédure comme étant étayés par les méthodes adoptées par l'Arbitre dans l'affaire DS316 ou comme s'écartant de manière justifiée de ces méthodes (qui évaluaient les pertes notables de ventes et l'entrave causées par les ventes de LCA subventionnés).

5.2. Comme il est expliqué plus en détail plus loin, l'arbitrage DS316 concernait l'évaluation des effets défavorables sous la forme de pertes de ventes et de livraisons entravées pour 47 747-8I, 20 777-300ER, 30 787-10 et un nombre additionnel de ventes de 747-8I, dans chaque cas au cours de la période comprise entre décembre 2011 et décembre 2013. Exprimée en dollars EU de 2013, la valeur annualisée de ces effets défavorables a été calculée et s'élève à 7 496,623 millions d'USD.⁷⁸

5.3. La procédure d'arbitrage DS316, comme la présente procédure, concernait l'évaluation des effets défavorables dans la branche de production des LCA. Les deux procédures portent sur l'évaluation des pertes de ventes et des livraisons entravées pour des tailles et des modèles particuliers de LCA à des moments donnés. Les deux parties conviennent en principe que l'Arbitre devrait aborder certaines questions spécifiques relatives à l'évaluation d'une manière compatible avec l'approche adoptée s'agissant des mêmes questions par l'Arbitre dans l'affaire DS316. Toutefois, il existe aussi des différences importantes entre les deux différends, y compris, notamment les subventions en cause et les mécanismes de causalité par lesquels elles ont entraîné les effets défavorables en question, les constatations d'effets défavorables spécifiques (y compris les formes de préjudice grave, les aéronefs concernés et les périodes en question), ainsi que les arguments des parties et les éléments de preuve présentés. Dans certaines circonstances, ces différences peuvent justifier, voire même exiger, l'adoption par le présent Arbitre d'approches en matière d'évaluation différentes de celles de l'Arbitre dans l'affaire DS316. De plus, les parties se sont, tout au long de leurs arguments, appuyées sur des aspects de la décision de l'Arbitre dans l'affaire DS316 pour étayer leurs positions dans la présente procédure. C'est pourquoi certaines parties de notre décision dans la présente procédure consistent en un examen et une analyse approfondis de certains aspects de la décision de l'Arbitre dans l'affaire DS316.

⁷⁵ Voir plus haut le paragraphe 1.29. Voir aussi la décision des Arbitres *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – CE), paragraphe 11.

⁷⁶ Les deux autres arbitrages menés au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC et de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sont les arbitrages *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE) et *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II).

⁷⁷ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE).

⁷⁸ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), paragraphe 6.500.

5.4. Ayant ces considérations à l'esprit, nous résumons ci-après les éléments essentiels de la procédure DS316 qui sont pertinents pour les questions relatives à l'évaluation dont nous sommes saisis dans la présente procédure d'arbitrage.

5.1 Procédure initiale DS316

5.5. Le différend DS316 a initialement commencé par une demande de consultations des États-Unis présentée le 6 octobre 2004 et par une demande d'établissement d'un groupe spécial présentée le 31 mai 2005.⁷⁹ Les États-Unis ont initialement allégué que l'Union européenne et certains de ses États membres, à savoir l'Allemagne, l'Espagne, la France et le Royaume-Uni, avaient causé, en recourant à des subventions spécifiques, des effets défavorables pour les intérêts des États-Unis sous la forme d'un préjudice grave au titre des articles 5 c) et 6.3 de l'Accord SMC. De plus, ils ont aussi allégué que certaines subventions étaient des subventions prohibées au sens de l'article 3.1 a) et de la note de bas de page 4 de l'Accord SMC et, par conséquent, conformément à l'article 3.2 de l'Accord SMC, elles ne devaient pas être accordées ni maintenues. Le Groupe spécial initial a constaté que les subventions spécifiques suivantes, liées à la production et au développement de LCA, étaient incompatibles avec les articles 5 c) et 6.3 a), b) et c) de l'Accord SMC: a) "aide au lancement" ou "financement des États membres" (AL/FEM) pour les modèles de LCA d'Airbus A300, A310, A320, A330, A330-200, A340, A340-500/600 et A380; b) "participations au capital social" prises par les pouvoirs publics français et allemands dans le cadre de la restructuration des constructeurs aéronautiques français et allemand, Aérospatiale Société Nationale Industrielle (Aérospatiale) et Deutsche Airbus GmbH (Deutsche Airbus); c) certaines infrastructures et mesures relatives aux infrastructures accordées par les autorités allemandes et espagnoles à Airbus sous la forme, entre autres, de dons régionaux pour le développement; et d) certains financements pour la recherche et le développement technologique (R&DT) accordés à Airbus pour des projets de R&DT liés aux LCA auxquels Airbus participait. En outre, le Groupe spécial initial a constaté que les États-Unis avaient établi que les AL/FEM allemande, espagnole et britannique pour l'A380 constituaient des subventions à l'exportation prohibées au sens de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC.

5.6. En appel, l'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial initial selon laquelle les contrats d'AL/FEM allemand, espagnol et britannique concernant l'A380 constituaient des subventions à l'exportation prohibées au titre de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC, mais il n'a pas été en mesure de compléter l'analyse au regard de l'article 3.1 a) en raison de constatations factuelles ou de données de fait non contestées insuffisantes dans le dossier du Groupe spécial. L'Organe d'appel a en outre infirmé ou modifié plusieurs autres aspects des constatations du Groupe spécial initial et a complété l'analyse juridique dans les cas où il considérait qu'il avait dans le dossier des constatations factuelles ou des données de fait non contestées suffisantes. S'agissant des questions de subventionnement et d'effets défavorables, il a complété l'analyse et a finalement conclu que: a) l'utilisation des mesures d'AL/FEM contestées avait causé des effets défavorables pour les intérêts des États-Unis; et b) les participations au capital social et les mesures relatives aux infrastructures (mais pas les subventions pour la R&DT) dont le Groupe spécial initial avait constaté qu'elles constituaient des subventions spécifiques "complét{aient} et amplif{aient}" les effets des mesures d'AL/FEM. L'Organe d'appel a confirmé la recommandation du Groupe spécial initial conformément à l'article 7.8 de l'Accord SMC, et a recommandé que l'ORD demande à l'Union européenne de rendre ses mesures dont il avait été constaté qu'elles étaient incompatibles avec l'Accord SMC conformes à ses obligations au titre de cet accord.⁸⁰

5.7. L'ORD a adopté le rapport de l'Organe d'appel et le rapport du Groupe spécial initial, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, le 1^{er} juin 2011.⁸¹

5.2 Procédure de mise en conformité DS316

5.8. Le 1^{er} décembre 2011, l'Union européenne a informé l'ORD qu'elle avait "pris des mesures appropriées" pour rendre ses mesures "conformes à ses obligations dans le cadre de l'OMC", assurant ainsi la "mise en œuvre intégrale des recommandations et décisions de l'ORD".⁸² Le 30

⁷⁹ Demande de consultations des États-Unis, WT/DS316/1; et demande d'établissement d'un groupe spécial des États-Unis, WT/DS316/2.

⁸⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1416 et 1418.

⁸¹ ORD, compte rendu de la réunion tenue le 1^{er} juin 2011, WT/DSB/M/297.

⁸² Communication présentée par l'Union européenne, WT/DS316/17, paragraphe 5.

mars 2012, à la suite d'une demande de consultations avec l'Union européenne et les quatre États membres, les États-Unis ont demandé l'établissement d'un groupe spécial, doté du mandat type, conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord.⁸³ Le Groupe spécial a été établi par l'ORD le 13 avril 2012.⁸⁴

5.9. Devant le Groupe spécial de la mise en conformité, les États-Unis ont fait valoir que les subventions pertinentes dont il avait été constaté dans la procédure initiale qu'elles causaient des effets défavorables continuaient de causer des effets défavorables et que, en convenant d'accorder à Airbus une AL/FEM pour la famille d'aéronefs A350XWB, les quatre États membres avaient "continué et même accru" le subventionnement des activités relatives aux LCA d'Airbus, causant de ce fait des "effets défavorables additionnels" au sens des articles 5 c) et 6.3 de l'Accord SMC.⁸⁵

5.10. Le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité a été distribué le 22 septembre 2016. Le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté, entre autres choses, que les mesures d'AL/FEM françaises, allemandes, espagnoles et britanniques pour l'A350XWB relevaient du champ de la procédure de mise en conformité et que les États-Unis avaient démontré que ces mesures étaient des subventions spécifiques au sens des articles 1^{er} et 2 de l'Accord SMC.

5.11. S'agissant de l'article 7.8 de l'Accord SMC, le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté que l'Union européenne avait démontré que les "durées de vie" *ex ante* a) des subventions AL/FEM françaises, allemandes et espagnoles pour l'A300B/B2/B4, l'A300-600, l'A310, l'A320 et l'A330/A340; b) des subventions AL/FEM britanniques pour l'A320 et l'A330/A340; et c) des subventions sous forme d'apports de capitaux avaient "expiré" avant juin 2011, alors que d) les "durées de vie" *ex ante* des subventions AL/FEM françaises pour l'A330-200 et des subventions AL/FEM françaises et espagnoles pour l'A340-500/600 avaient "expiré", respectivement, à des dates classées comme RCC, et e) que les "durées de vie" *ex ante* de cinq subventions sous forme de dons régionaux pour le développement n'"expirer[aient]" pas avant une date comprise entre 2054 et 2058, alors que les deux autres ont "expiré" vers 2014.

5.12. Le Groupe spécial de la mise en conformité a aussi constaté que le fait qu'une ou plusieurs des subventions contestées dans la procédure de mise en conformité pouvaient avoir cessé d'exister avant le 1^{er} juin 2011 ne signifiait pas *ipso facto* que l'Union européenne et les quatre États membres n'avaient pas d'obligation de mise en conformité aux termes de l'article 7.8 de l'Accord SMC en ce qui concerne ces subventions.⁸⁶ En outre, il a constaté que le fait que les "durées de vie" *ex ante* de certaines subventions avaient ""expiré" passivement" avant la fin de la période de mise en œuvre n'équivalait pas au "retrait" de ces subventions aux fins de l'article 7.8 et que l'Union européenne ne s'était donc pas conformée à l'obligation de "retirer la subvention" aux fins de l'article 7.8.⁸⁷

5.13. S'agissant de l'obligation au titre de l'article 7.8 de prendre des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables, le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté ce qui suit:

- a. les effets directs et indirects des subventions AL/FEM antérieures à l'A350XWB agrégées continuaient d'être une cause réelle et substantielle de la présence actuelle sur le

⁸³ Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis, WT/DS316/23.

⁸⁴ ORD, compte rendu de la réunion tenue le 13 avril 2012, WT/DSB/M/314.

⁸⁵ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.3. Nous notons que deux Groupes spéciaux de la mise en conformité ont été établis dans la procédure DS316 jusqu'à présent. Par souci de commodité, nous appellerons le premier Groupe spécial de la mise en conformité dans le différend DS316 le "Groupe spécial de la mise en conformité". Le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité, que nous ne traitons pas dans la présente décision, a été établi le 15 août 2018 et a fait distribuer son rapport le 2 décembre 2019.

⁸⁶ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.841. Le Groupe spécial de la mise en conformité a en outre constaté que l'Union européenne n'avait pas démontré que la "privatisation partielle alléguée d'Aérospatiale en 1999, les opérations ayant mené à la création d'EADS en 2000 et la vente à EADS en 2006 par BAE Systems de sa participation de 20% dans Airbus SAS étaient des "événements intermédiaires" qui avaient entraîné l'"extinction" de l'avantage conféré par toutes les subventions en cause dans la procédure qui avaient été accordées avant ces opérations, et il a également rejeté les arguments de l'Union européenne concernant l'"extraction" des subventions, qui avaient été rejetés par le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel dans la procédure initiale. (Voir le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 7.1.d. i à vi.)

⁸⁷ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 7.1. d. viii et ix.

marché des A320, A330 et A380, que l'on utilise les scénarios hypothétiques "plausibles" ou les scénarios hypothétiques "improbables" adoptés dans la procédure initiale en ce qui concerne les effets des mêmes subventions sur la période 2001-2006 comme point de départ de l'analyse⁸⁸;

- b. les effets directs et indirects des subventions AL/FEM agrégées (c'est-à-dire y compris les subventions AL/FEM pour l'A350XWB) étaient une cause réelle et substantielle de la présence actuelle sur le marché des A350XWB, que l'on utilise les scénarios hypothétiques "plausibles" ou les scénarios hypothétiques "improbables" adoptés dans la procédure initiale en ce qui concerne les effets des subventions AL/FEM antérieures à l'A350XWB sur la période 2001-2006 comme point de départ de l'analyse; et
- c. ce qu'on appelle les effets "sur les produits" de ces subventions étaient une cause réelle et substantielle:
 - i. du détournement des importations d'un produit similaire des États-Unis des marchés i) des LCA monocouloirs, ii) des LCA bicouloirs, et iii) des aéronefs très gros porteurs (VLA) de l'Union européenne, et/ou de l'entrave à ces importations, au sens de l'article 6.3 a) de l'Accord SMC;
 - ii. du détournement des exportations des marchés i) des LCA monocouloirs de l'Australie, de la Chine et de l'Inde, ii) des LCA bicouloirs de la Chine, de la Corée et de Singapour, et iii) des VLA de l'Australie, de la Chine, de la Corée, des Émirats arabes unis et de Singapour, et/ou de l'entrave à ces exportations, au sens de l'article 6.3 b) de l'Accord SMC; et
 - iii. des pertes notables de ventes sur les marchés mondiaux i) des LCA monocouloirs, ii) des LCA bicouloirs, et iii) des VLA, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC.⁸⁹

5.14. Le Groupe spécial de la mise en conformité a aussi constaté que les effets des subventions non AL/FEM agrégées (c'est-à-dire les subventions sous forme d'apports de capitaux et certains dons régionaux pour le développement) ""complét{aient} et amplifi{aient}"" les effets "sur les produits" des subventions AL/FEM agrégées et étaient donc une cause "réelle" de préjudice grave pour les intérêts des États-Unis au sens de l'article 5 c).⁹⁰

5.15. Ayant constaté que les subventions contestées avaient causé un préjudice grave actuel aux intérêts des États-Unis au sens de l'article 5 c) de l'Accord SMC, le Groupe spécial de la mise en conformité n'a pas formulé de constatations concernant l'allégation conditionnelle des États-Unis selon laquelle les subventions contestées menaçaient de causer un préjudice grave à leurs intérêts.⁹¹

5.16. Le 13 octobre 2016, l'Union européenne a notifié à l'ORD son intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, et a déposé une déclaration d'appel conformément à la règle 20 des Procédures de travail pour l'examen en appel.⁹²

⁸⁸ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 7.1.d.xii.

⁸⁹ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 7.1.d. xiv à xvi.

⁹⁰ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 7.1.d.xvii. Le Groupe spécial de la mise en conformité a toutefois constaté que les États-Unis n'avaient pas démontré que les dons régionaux pour le développement de l'Espagne qui servaient aux activités d'Airbus relatives aux aéronefs militaires apportaient des avantages aux activités d'Airbus relatives aux LCA et n'avaient par-là même pas établi que ces subventions "complét{aient} et amplifi{aient}"" les effets "sur les produits" des subventions AL/FEM. (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 7.1.d.xviii)

⁹¹ Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 7.1.d.xix.

⁹² Notification d'un appel présentée par l'Union européenne, WT/DS316/29. Les États-Unis ont notifié à l'ORD leur intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, et ont déposé le 10 novembre 2016 une déclaration d'appel et une communication en tant qu'autre appelant conformément à la

5.17. En ce qui concerne les aspects des appels relatifs à l'article 7.8 de l'Accord SMC, l'Organe d'appel a infirmé l'interprétation de l'article 7.8 donnée par le Groupe spécial de la mise en conformité. Selon celui-ci, l'obligation au titre de l'article 7.8 de "retirer la subvention" ou de "prendre des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables" devait être comprise comme exigeant du Membre mettant en œuvre qu'il prenne des mesures appropriées en ce qui concerne la subvention ou le marché pertinent qui le mettraient en conformité avec les disciplines fondées sur les effets de l'article 5 de l'Accord SMC. Pour le Groupe spécial de la mise en conformité, tel est le cas indépendamment de la question de savoir si la subvention dont il a été constaté précédemment qu'elle causait des effets défavorables avait "expiré" avant la fin de la période de mise en œuvre pertinente. L'Organe d'appel n'était pas de cet avis et a constaté que l'article 7.8 n'imposait pas d'obligation de mise en conformité en ce qui concerne les subventions qui avaient "expiré" avant la fin de la période de mise en œuvre. Par conséquent, il a conclu que l'Union européenne n'avait pas d'obligation de mise en conformité en ce qui concerne les subventions qui avaient "expiré" avant le 1^{er} décembre 2011.⁹³

5.18. L'Organe d'appel a donc considéré que la question pertinente aux fins de la procédure de mise en conformité était de savoir si les subventions existant pendant la période *postérieure* à la mise en œuvre (c'est-à-dire après le 1^{er} décembre 2011) causaient des effets défavorables. Par conséquent, l'Organe d'appel a axé son examen sur l'analyse et les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité concernant les effets des subventions AL/FEM pour l'A380 et des subventions AL/FEM pour l'A350XWB, en tant que subventions qui existaient pendant la période postérieure à la mise en œuvre.

5.19. Quant à l'appel de l'Union européenne visant les aspects de l'analyse du lien de causalité faite par le Groupe spécial de la mise en conformité concernant les effets des subventions AL/FEM pour l'A380 et des subventions AL/FEM pour l'A350XWB, en tant que seules subventions qui existaient pendant la période postérieure à la mise en œuvre, l'Organe d'appel a constaté que les constatations du Groupe spécial initial, conjointement avec l'analyse du Groupe spécial de la mise en conformité, indiquaient ce qui suit:

- a. 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'A380⁹⁴; et
- b. les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité relatives aux "effets directs" de l'AL/FEM pour l'A350XWB, lues conjointement avec ses constatations relatives aux "effets indirects" de l'AL/FEM pour l'A380, indiquaient aussi 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.⁹⁵

règle 23 des Procédures de travail pour l'examen en appel (Notification d'un appel présentée par les États-Unis, WT/DS316/30).

⁹³ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.11. L'Organe d'appel a confirmé en outre la constatation formulée par le Groupe spécial de la mise en conformité selon laquelle l'Union européenne avait démontré que les "durées de vie" *ex ante* des subventions AL/FEM françaises, allemandes et espagnoles pour l'A300B/B2/B4, l'A300-600, l'A310, l'A320 et l'A330/A340 et des subventions AL/FEM britanniques pour l'A320 et l'A330/A340 avaient "expiré" avant le 1^{er} juin 2011. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.12)

⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.22.

⁹⁵ L'Organe d'appel a considéré que les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité révélaient que les subventions AL/FEM existant pendant la période postérieure à la mise en œuvre, c'est-à-dire les subventions AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB, avaient permis à Airbus de procéder au lancement et au développement de l'A350XWB en temps utile, et de mettre sur le marché et de continuer de développer l'A380, et que ces deux événements avaient été essentiels pour le renouvellement et le maintien de la compétitivité d'Airbus pendant la période postérieure à la mise en œuvre. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.23)

5.20. L'Organe d'appel a infirmé toutes les constatations de pertes notables de ventes et de détournement et/ou d'entrave sur le marché des LCA monocouloirs formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 6.3 a), 6.3 b) et 6.3 c).⁹⁶ L'Organe d'appel a considéré en outre qu'il n'était pas en mesure de compléter l'analyse juridique des allégations des États-Unis concernant un détournement et/ou une entrave sur les marchés des LCA monocouloirs de l'Australie, de la Chine et de l'Inde, et une entrave sur le marché des LCA monocouloirs de l'Union européenne ou, à titre subsidiaire, une menace de détournement ou d'entrave sur ce marché.⁹⁷

5.21. L'Organe d'appel a confirmé les constatations de pertes notables de ventes sur le marché des bicouloirs formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité, sur la base d'un raisonnement modifié, constatant que les commandes d'A350XWB indiquées dans le tableau 19 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité représentaient des pertes notables de ventes pour la branche de production de LCA des États-Unis et, par conséquent, que les subventions AL/FEM existant pendant la période postérieure à la mise en œuvre étaient une cause réelle et substantielle de préjudice grave pour les États-Unis au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC.⁹⁸

5.22. L'Organe d'appel a infirmé les constatations de détournement et/ou d'entrave pour les LCA bicouloirs sur les marchés de pays tiers pertinents formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité.⁹⁹ Il a constaté en outre qu'il n'était pas en mesure de compléter l'analyse juridique des allégations des États-Unis concernant un détournement sur les marchés des bicouloirs de la Chine, de la Corée et de Singapour, et une entrave sur les marchés des bicouloirs de l'Union européenne, de la Chine, de la Corée et de Singapour.¹⁰⁰

5.23. L'Organe d'appel a confirmé les constatations de pertes notables de ventes sur le marché des VLA formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité, sur la base d'un raisonnement modifié, constatant que les ventes d'A380 indiquées dans le tableau 19 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité représentaient des pertes notables de ventes pour la branche de production de

⁹⁶ A cet égard, l'Organe d'appel a noté que les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité relatives aux "effets sur les produits" des subventions AL/FEM sur la présence commerciale de l'A320 concernaient principalement les effets des subventions qui avaient "expiré" avant la fin de la période de mise en œuvre. En raison de l'absence d'analyse du Groupe spécial de la mise en conformité sur le point de savoir si, et dans quelle mesure, la compétitivité d'Airbus sur le marché des LCA monocouloirs, acquise par le biais des subventions AL/FEM antérieures à l'A380, s'était renforcée et maintenue au-delà de la période de référence initiale en raison des subventions que l'Union européenne avait accordées ou maintenues pendant la période postérieure à la mise en œuvre, l'Organe d'appel a infirmé les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 6.3 a), 6.3 b) et 6.3 c) de l'Accord SMC, dans la mesure où elles se rapportaient au marché des LCA monocouloirs. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 6.26 et 6.27).

⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.29.

⁹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.31.

⁹⁹ L'Organe d'appel a indiqué que, alors qu'il ressortait de son examen de la constatation du Groupe spécial de la mise en conformité concernant les "effets sur les produits" des subventions AL/FEM sur l'A350XWB qu'en l'absence des subventions AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB existant pendant la période postérieure à la mise en œuvre, Airbus n'aurait pas pu offrir l'A350XWB au moment où elle l'avait fait et avec les caractéristiques que l'A350XWB présentait, les États-Unis avaient "formulé" leur allégation de détournement et/ou d'entrave sur le marché des LCA bicouloirs sur la base des données relatives aux parts de marché et aux livraisons de LCA d'Airbus et de Boeing pendant la période 2001-2013. Il a expliqué que, comme il n'y avait pas eu de livraisons d'A350XWB pendant cette période, le Groupe spécial de la mise en conformité s'était fondé sur les données relatives aux parts de marché et aux livraisons concernant l'A330, et non sur les commandes d'A350XWB, pour formuler sa constatation. L'Organe d'appel a rappelé en outre que le Groupe spécial de la mise en conformité avait constaté que les "effets sur les produits" des subventions AL/FEM sur l'A330 concernaient principalement les effets des subventions qui avaient "expiré", et que l'Organe d'appel avait constaté que l'Union européenne n'avait pas d'obligation de mise en conformité en ce qui concerne ces subventions arrivées à expiration. Il a conclu que, puisque le Groupe spécial de la mise en conformité n'avait pas examiné, ni n'avait formulé de constatations concernant la question de savoir si et, dans l'affirmative, comment les subventions pour l'A380 et l'A350XWB existant pendant la période postérieure à la mise en œuvre avaient pu contribuer aux livraisons d'A330 effectuées pendant cette période, il infirmerait la conclusion de ce Groupe spécial selon laquelle les "effets sur les produits" des subventions AL/FEM étaient une cause réelle et substantielle du détournement et/ou de l'entrave des LCA des États-Unis sur les marchés des bicouloirs de l'Union européenne, de la Chine, de la Corée et de Singapour. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.33)

¹⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.35.

LCA des États-Unis et que les subventions AL/FEM existant pendant la période postérieure à la mise en œuvre continuaient 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.¹⁰¹

5.24. L'Organe d'appel a infirmé les constatations de détournement pour les VLA sur certains marchés géographiques formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité.¹⁰² Il a constaté en outre qu'il n'était pas en mesure de compléter l'analyse juridique de l'allégation des États Unis concernant un détournement sur ces marchés.¹⁰³

5.25. L'Organe d'appel a constaté que la constatation d'entrave concernant les VLA dans l'Union européenne, en Australie, en Chine, en Corée, à Singapour et aux Émirats arabes unis formulée par le Groupe spécial de la mise en conformité était suffisamment étayée par les éléments de preuve et a donc confirmé (sur une base modifiée) ses constatations d'entrave concernant les VLA sur ces marchés géographiques.¹⁰⁴

5.26. Par conséquent, s'agissant des subventions existant pendant la période postérieure à la mise en œuvre, l'Organe d'appel a confirmé (bien que pour des raisons différentes) les conclusions générales du Groupe spécial de la mise en conformité selon lesquelles en continuant de violer les articles 5 c) et 6.3 a), b) et c) de l'Accord SMC en ce qui concerne les marchés des LCA bicouloirs et des VLA, 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 "prendre{e} des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables ou {de} retirer{} la subvention".

5.27. En résumé, à la suite de l'appel dans la procédure de mise en conformité, les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité en ce qui concerne les subventions indiquées plus haut aux paragraphes 5.13 et 5.14, et les formes de préjudice grave causé par ces subventions indiquées plus haut au paragraphe 5.13.c, ont été modifiées par l'Organe d'appel. Du fait de ces modifications, a) les seules subventions dont l'existence était constatée pendant la période postérieure à la mise en œuvre étaient les subventions AL/FEM pour l'A350XWB et l'A380 et b) les "effets sur les produits" de ces subventions AL/FEM étaient une cause réelle et substantielle de préjudice grave uniquement en ce qui concerne les pertes notables de ventes sur le marché des bicouloirs et le marché des VLA, et l'entrave pour les VLA sur six marchés géographiques.

5.28. Le 28 mai 2018, l'ORD a adopté le rapport de l'Organe d'appel, conjointement avec le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, modifié par le rapport de l'Organe d'appel.¹⁰⁵

¹⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 6.37.

¹⁰² Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 6.39. Alors qu'il ressortait de son examen des constatations du Groupe spécial de la mise en conformité, ainsi que des constatations formulées au cours de la procédure initiale, qu'en l'absence des subventions AL/FEM existant pendant la période postérieure à la mise en œuvre, Airbus n'aurait pas pu offrir l'A380 au moment où elle l'avait fait, l'Organe d'appel a reproché au Groupe spécial de la mise en conformité de ne pas avoir examiné s'il y avait de quelconques tendances discernables concernant les volumes et les parts de marché sur les marchés des VLA en cause, y compris s'il existait des tendances à la baisse qui auraient pu étayer ses constatations. L'Organe d'appel a donc constaté que la constatation du Groupe spécial de la mise en conformité concernant un détournement pour les LCA des États-Unis sur les marchés des VLA de l'Union européenne, de l'Australie, de la Corée et de Singapour n'était pas suffisamment étayée.

¹⁰³ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 6.40.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ 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.

5.3 Procédure d'arbitrage DS316

5.29. Le 13 juillet 2018, les États-Unis ont demandé que l'Arbitre dans l'affaire DS316, qui avait été initialement constitué le 13 janvier 2012, et dont les travaux avaient été suspendus conformément aux termes de l'accord sur la chronologie conclu par les parties, reprenne ses travaux.¹⁰⁶

5.30. Dans sa décision, l'Arbitre dans l'affaire DS316 a déterminé que, conformément à son mandat au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC, il était approprié de déterminer un niveau maximal de contre-mesures que les États-Unis pourraient ensuite imposer annuellement, par référence à la valeur des effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence de décembre 2011 à décembre 2013 utilisée dans la procédure de mise en conformité a été déterminée.¹⁰⁷ Ces effets défavorables étaient: a) trois pertes de ventes de LCA bicouloirs concernant Cathay Pacific Airways, Singapore Airways, et United Airlines; b) deux pertes de ventes de VLA concernant Emirates et Transaero Airlines; et c) des livraisons de VLA entravées en Australie, en Chine, en Corée, aux Émirats arabes unis, à Singapour et dans l'Union européenne. Plus spécifiquement, Airbus a vendu 10 A350XWB-1000 à Cathay Pacific, 30 A350XWB-900 à Singapore Airways, et 10 A350XWB-1000 à United Airlines. Elle a vendu 50 A380 à Emirates et 4 A380 à Transaero. Elle a livré 47 A380 au total à destination de six marchés géographiques au cours de la période de référence. Il convient de noter que l'A350XWB est la famille de LCA bicouloirs la plus avancée d'Airbus et que l'A380 est le plus grand LCA d'Airbus.

5.31. L'Arbitre a déterminé que la valeur de ces effets défavorables correspondait à la valeur totale des LCA que Boeing aurait vendus et livrés si elle avait remporté les cinq ventes perdues dans le contrefactuel, et à la valeur des VLA additionnels que Boeing aurait livrés sur les six marchés géographiques au cours de la période de référence dans le contrefactuel si la société n'avait pas subi d'entrave sur ces marchés géographiques. La première étape technique essentielle de ce processus a été d'identifier les modèles de LCA de Boeing qui auraient été vendus et livrés dans le contrefactuel. L'Arbitre a déterminé cela en identifiant le modèle de Boeing concurrent le plus proche par rapport à chaque modèle de LCA d'Airbus qui était concerné dans les pertes de ventes ou livré sur les six marchés géographiques. En ce qui concerne le marché des produits bicouloirs, l'Arbitre a identifié ces modèles comme étant le 777-300ER et le 787-10 de Boeing (correspondant respectivement à l'A350XWB-1000 et à l'A350XWB-900). En ce qui concerne le marché des produits VLA, l'Arbitre a identifié ce modèle comme étant le 747-8I de Boeing (correspondant à l'A380).¹⁰⁸

5.32. L'étape technique essentielle suivante pour l'Arbitre a été de déterminer le nombre de 777-300ER, de 787-10 et de 747-8I que Boeing aurait vendus à chaque compagnie aérienne dans le contrefactuel si elle avait remporté les ventes perdues, et le nombre de 747-8I additionnels que Boeing aurait livrés sur les six marchés géographiques pendant la période de référence. S'agissant du premier nombre, les parties sont convenues, et l'Arbitre a accepté, que Boeing aurait vendu le même nombre de LCA bicouloirs à chacune des cinq compagnies aériennes dans le contrefactuel qu'Airbus a effectivement vendus à chaque compagnie aérienne dans la réalité.¹⁰⁹ Pour déterminer le deuxième nombre, il fallait une détermination additionnelle. Cela tenait au fait que, de l'avis de l'Arbitre, le Groupe spécial de la mise en conformité n'avait pas précisé combien de 747-8I additionnels de Boeing auraient été livrés sur les six marchés géographiques dans le contrefactuel,

¹⁰⁶ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 1.7 et 1.8. Il est fait mention de l'accord sur la chronologie plus haut au paragraphe 1.10.

¹⁰⁷ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.76.

¹⁰⁸ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.185 à 6.187. Nous notons que le 777-300ER, le 787-10 et le 747-8I de Boeing sont des LCA relativement grands et coûteux.

¹⁰⁹ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.221 (faisant référence au 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).

ayant seulement constaté que le nombre de livraisons de Boeing aurait été "plus important[]" dans le contrefactuel.¹¹⁰ Les parties ont ainsi contesté la mesure dans laquelle les livraisons de Boeing auraient été "plus importantes". L'Arbitre a résolu cette question en effectuant un examen détaillé des constatations adoptées dans le différend ainsi que des éléments de preuve et de l'argumentation figurant dans le dossier qui lui avait été présenté. Cette analyse a conduit l'Arbitre à conclure qu'il était raisonnable de supposer que Boeing aurait livré un nombre additionnel de 747-8I sur les six marchés géographiques qui était égal au nombre d'A380 qu'Airbus avait effectivement livrés sur ces six marchés géographiques au cours de la période de référence (c'est-à-dire 47 747-8I additionnels).

5.33. Afin de déterminer les prix contrefactuels des LCA de Boeing pertinents, l'Arbitre s'est appuyé sur les prix de ses modèles de LCA pertinents provenant de ce qu'on appelle les "commandes servant de comparateur", c'est-à-dire les commandes effectives de modèles de LCA de Boeing passées lors de campagnes de vente jugées par l'Arbitre suffisamment semblables aux campagnes de vente effectives qui correspondent aux ventes et livraisons perdues sur les six marchés géographiques.¹¹¹

5.34. En résumé, l'Arbitre dans l'affaire DS316 a considéré que la valeur des "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" était la somme des valeurs de: a) 47 747-8I qui auraient été livrés sur les six marchés géographiques dans le contrefactuel; et b) de 20 777-300ER que Boeing aurait vendus à Cathay Pacific et United Airlines, de 30 787-10 que Boeing aurait vendus à Singapore Airways, et d'un nombre classé RCC de 747-8I que Boeing aurait vendus à Emirates.¹¹² L'Arbitre a déterminé les prix de livraison de tous ces LCA et, après avoir effectué certains autres ajustements techniques, a ajusté tous ces prix pour les exprimer en dollars EU de l'année 2013 sur une base commune. Il a ensuite divisé la valeur totale en dollars de 2013 par le nombre de mois de la période de référence et a multiplié par 12 la valeur ainsi obtenue pour arriver à une valeur annualisée des "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée". Cette valeur annualisée s'élevait à 7 496,623 millions d'USD.

6 CONTESTATIONS PAR LES ÉTATS-UNIS DU NIVEAU DES CONTRE-MESURES

6.1. Dans cette partie de la décision, nous traitons les contestations des États-Unis concernant le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée par l'Union européenne.¹¹³ Nous présentons d'abord la méthode d'évaluation de l'Union européenne, avant de résumer les principales contestations des États-Unis.¹¹⁴ Nous exposons ensuite l'ordre général de notre analyse et, finalement, procédons à notre évaluation de la méthode de l'Union européenne.

6.1 Présentation de la méthode de l'Union européenne

6.2. La méthode de l'Union européenne quantifie le niveau des contre-mesures sur la base de la valeur des effets défavorables causés par:

- a. la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington fonctionnant selon un mécanisme de causalité lié aux effets sur les prix sur le marché des LCA monocouloirs, ces effets défavorables étant a) trois pertes notables de ventes dont il avait été constaté dans la procédure de mise en conformité qu'elles avaient eu lieu pendant la période

¹¹⁰ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.366.

¹¹¹ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, section 6.3.4.3.6.1.

¹¹² La perte de la vente à Transaero Airlines a été évaluée à zéro. Cela tenait au fait que Transaero avait antérieurement fait faillite et annulé ses quatre commandes d'A380 passées auprès d'Airbus. L'Arbitre a considéré que, dans le contrefactuel, Transaero aurait également annulé ses commandes contrefactuelles de 747-8I. (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.226)

¹¹³ Voir plus haut le paragraphe 1.21.

¹¹⁴ La méthode proposée par l'Union européenne pour déterminer le niveau des contre-mesures est exposée initialement dans sa note méthodologique. Elle a révisé par la suite des aspects de sa méthode en réponse à la communication écrite des États-Unis et à la lumière de la publication la décision de l'Arbitre dans l'affaire DS316. Elle a présenté sa note méthodologique le 25 juillet 2019, les États-Unis ont présenté leur communication écrite le 12 septembre 2019 et l'Arbitre dans l'affaire DS316 a rendu sa décision le 2 octobre 2019.

postérieure à la mise en œuvre¹¹⁵, et b) une menace d'entrave aux importations à destination du marché géographique des États-Unis et aux exportations vers le marché géographique des É.A.U. dont il avait été constaté dans la procédure de mise en conformité qu'elle avait eu lieu pendant la période postérieure à la mise en œuvre¹¹⁶; et

- b. les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 fonctionnant selon un mécanisme de causalité lié aux effets sur la technologie sur le marché des LCA bicouloirs, ces effets défavorables étant des pertes notables de ventes d'A330 et d'A350 original dont l'existence pendant la période de référence 2004-2006 avait été constatée par le Groupe spécial initial dans la procédure initiale.¹¹⁷

6.3. L'Union européenne note que tous ces effets défavorables découlent des constatations selon lesquelles les subventions en question avaient eu pour effet de faire perdre à Airbus certaines campagnes de vente de LCA, et elle propose donc d'évaluer les effets défavorables en quantifiant la valeur pour Airbus de chacune de ces pertes de ventes sous-jacentes.¹¹⁸ Par conséquent, l'Union européenne propose que l'Arbitre calcule les valeurs des pertes de ventes et affecte ces valeurs à la période de référence applicable. Pour les effets défavorables se rapportant à la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington dans la procédure de mise en conformité (les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington postérieurs à la mise en œuvre), l'Union européenne propose que la période de référence soit la période de 33 mois allant de janvier 2013 à septembre 2015. Pour les effets défavorables se rapportant aux subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 constatés dans la procédure initiale (les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006), l'Union européenne propose que la période de référence soit la période de 36 mois allant de 2004 à 2006.¹¹⁹

6.4. Pour les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en œuvre aussi bien que pour les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006, l'Union européenne a) exprime les valeurs des pertes de ventes sur une base commune (dollars EU de 2015), b) les additionne, et c) annualise leurs valeurs totales respectives. Elle additionne ensuite les deux valeurs totales annualisées pour obtenir un niveau annualisé agrégé de contre-mesures qu'elle demande l'autorisation d'imposer pour chaque année future, jusqu'à ce que la faculté d'imposer des contre-mesures cesse conformément à l'article 22:8 du Mémoire d'accord. En d'autres termes, l'Union européenne propose un unique niveau maximal de contre-mesures qu'elle est autorisée à imposer chaque année. Le niveau de contre-mesures refléterait la valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence pendant des périodes de référence antérieures (à savoir 2013-2015 pour les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington postérieurs à la mise en œuvre, et 2004-2006 pour les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006) a été déterminée. Par commodité, nous appelons cette structure de contre-mesures la "suspension annuelle". La structure générale de la méthode de l'Union européenne peut être schématisée comme suit:

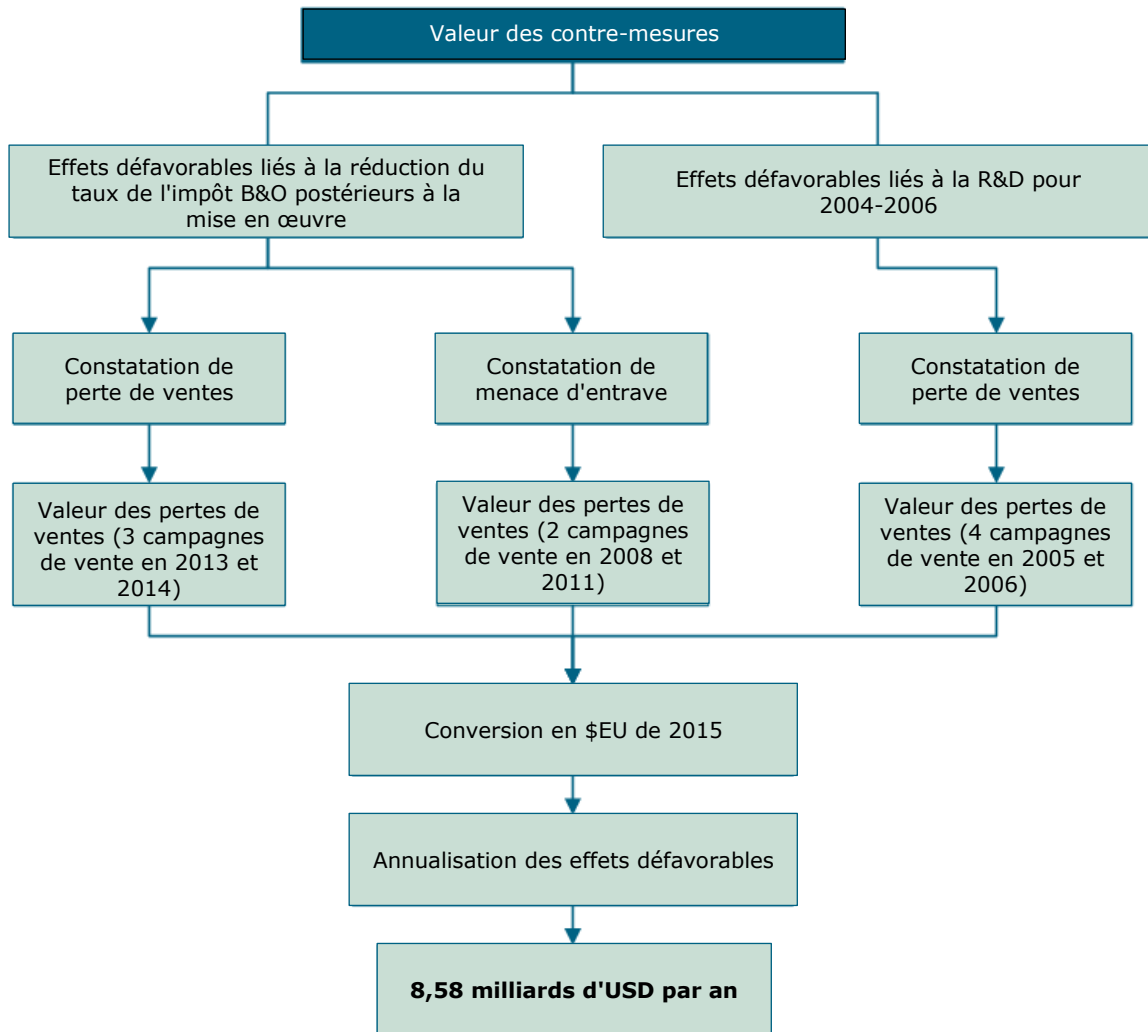
¹¹⁵ Les trois pertes notables de ventes étaient les pertes des ventes à Icelandair et à Air Canada en 2013 et des ventes à Fly Dubai en 2014.

¹¹⁶ La constatation de menace d'entrave sur le marché géographique des États-Unis était fondée sur une constatation intermédiaire concernant une perte de vente à Delta Airlines en 2011, et sur le marché géographique des É.A.U., sur une constatation intermédiaire concernant les pertes des ventes à Fly Dubai en 2008 et 2014. L'Union européenne a indiqué que la perte de la vente à Fly Dubai en 2014 était déjà incluse dans son évaluation des effets défavorables en tant que perte notable de vente et ne serait pas évaluée à nouveau dans le cadre de l'évaluation de la menace d'entrave. (Union européenne, communication écrite, paragraphe 283; et réponse à la question n° 31 de l'Arbitre, paragraphe 131)

¹¹⁷ Ces pertes notables de ventes concernent quatre campagnes de vente de 2005 dans lesquelles le 787 avait été préféré à l'A330 et à l'A350 original pendant la période de référence initiale 2004-2006 (Qantas Airways, Ethiopian Airlines, Icelandair et Kenya Airways). (Union européenne, note méthodologique, paragraphe 177)

¹¹⁸ Nous présentons ici la principale méthode proposée par l'Union européenne pour évaluer les constatations de menace d'entrave qui font partie des effets défavorables liés à la réduction de taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en œuvre. Pour la présentation et l'examen des autres méthodes proposées, voir plus loin la section 6.4.5.3.2.

¹¹⁹ Union européenne, note méthodologique, paragraphes 78, 83, 175 et 181; communication écrite, paragraphes 391, 396 et 403; et réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 269 et 270.

Figure 1: Structure générale de la méthode de l'Union européenne:

6.5. Pour ce qui est de la détermination de la valeur des pertes de ventes sous-tendant les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en œuvre et les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006, les diverses étapes de la méthode de l'Union européenne peuvent être généralement résumées comme suit. Pour chacune des pertes de ventes pertinentes, l'Union européenne:

- suppose un scénario contrefactuel dans lequel Airbus aurait reçu le même nombre de commandes de LCA que les commandes effectives de LCA de Boeing dans ces campagnes de vente (y compris les options, le cas échéant) et dans lequel Airbus aurait livré les LCA selon le même calendrier de livraison que les livraisons effectives de Boeing;
- pour les annulations ayant eu lieu avant 2020, elle ajuste les nombres de livraisons contrefactuelles à la baisse pour tenir compte de ces annulations;
- elle détermine un prix à la date de livraison¹²⁰ pour chaque commande contrefactuelle d'Airbus n'ayant pas fait l'objet d'annulations avant 2020 (en appliquant les facteurs de révision contractuels tirés des offres finales d'Airbus dans chaque campagne de vente

¹²⁰ Nous utilisons parfois le terme "date" et non "année" lorsque nous nous référons à des éléments de la méthode des parties et de l'Arbitre puisque certains des calculs sous-jacents sont propres à un mois donné et ne s'appliquent donc pas à une année donnée dans son ensemble.

au prix usine net indiqué dans l'offre finale d'Airbus), et elle ajuste ensuite ce prix au moyen d'un taux de survie pour rendre compte du risque d'annulation future de livraisons;

- d. elle actualise les prix à la date de livraison ajustés en les ramenant à la date à laquelle la perte de vente a eu lieu (en utilisant le coût de la dette d'Airbus comme facteur d'actualisation) pour déterminer la valeur de chaque commande de LCA au moment de la commande; et
- e. elle effectue un ajustement temporel pour réexprimer toutes les valeurs à la date de la commande sur une base commune en dollars EU de 2015 en utilisant l'Indice d'inflation pour les LCA d'Airbus (IILA)¹²¹, 2015 étant la dernière année de la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité, pour obtenir une valeur pour chaque perte de vente (en dollars EU de 2015).

6.6. Une fois obtenues les valeurs en dollars EU de 2015 de chaque perte de ventes, l'Union européenne:

- a. calcule les valeurs totales des effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en œuvre et des effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 en agrégeant les valeurs des pertes de ventes relatives à chacun des effets;
- b. elle divise les valeurs des effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en œuvre et des effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 par le nombre de mois dans la période d'annualisation applicable, et multiplie ces montants par 12, pour obtenir les valeurs annualisées des effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en œuvre et des effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006¹²²; et
- c. elle fait la somme des valeurs annualisées des effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en œuvre et des effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 et elle détermine le niveau de la suspension annuelle (8 581 019 068 USD).¹²³

¹²¹ L'Union européenne indique qu'elle a compilé l'IILA sur la base des formules types de révision des prix contractuels d'Airbus et elle fait valoir que l'IILA reflète donc les variations [[***]] des coûts de la main-d'œuvre et du matériel résultant de l'inflation et d'autres changements économiques au cours du temps. (Union européenne, note méthodologique, paragraphe 101; et communication écrite, paragraphe 396, sixième point)

¹²² Pour les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en œuvre, les valeurs a) des 3 pertes notables de ventes dont l'existence pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité a été constatée et b) des 2 pertes de ventes sous-tendant les constatations de menace d'entrave pendant la période de référence (pertes de ventes qui ont eu lieu avant l'expiration de la période de mise en œuvre) sont additionnées, divisées par la période de 33 mois qui, comme l'affirme l'Union européenne, était la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité, puis multipliées par 12 (c'est-à-dire le nombre de mois dans une année). Comme il sera examiné plus en détail plus loin dans la section 6.4.5.3, l'Union européenne a proposé un certain nombre de méthodes d'évaluation pour les constatations de menace d'entrave. La méthode décrite ici est la méthode qu'elle a proposée dans sa communication écrite. Pour les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006, les valeurs des 4 pertes notables de ventes sont divisées par la période de 36 mois qui était la période de référence du Groupe spécial initial puis multipliées par 12.

¹²³ Union européenne, communication écrite, paragraphes 407 et 408. Au cours de la procédure, l'Union européenne a présenté d'autres méthodes de calcul du niveau annuel des effets défavorables donnant lieu à différents niveaux de suspension annuelle proposés. (Voir, par exemple, Union européenne, réponse à la question n° 10; Valuation of lost sales in the single-aisle market based on delivery numbers contained in Airbus' final offers (pièce EU-62 (RCES)); Valuation of lost sales in the twin-aisle market based on delivery numbers contained in Airbus' final offers (pièce EU-63 (RCES)); 2RPQ valuation of single-aisle lost sales – Airbus delivery schedules (pièce EU-85 (RCES)); 2RPQ valuation of single-aisle threat of impedance – Airbus delivery schedules (pièce EU-77 (RCES)); 2RPQ valuation of twin-aisle lost sales – Airbus delivery schedules (pièce EU-87 (RCES)); 2RPQ valuation of single-aisle threat of impedance – Boeing delivery schedules (pièce EU-76 (RCES)); 2RPQ valuation of single-aisle lost sales – Boeing delivery schedules (pièce EU-84 (RCES)); et 2RPQ valuation of twin-aisle lost sales – Boeing delivery schedules (pièce EU-86 (RCES)).) Les avantages des autres méthodes d'évaluation proposées sont examinés plus loin dans la présente décision. Voir plus loin la section 6.4.

6.7. L'Union européenne avait proposé initialement que le montant de la suspension annuelle soit ajusté pour tenir compte de l'inflation et exprimé en dollars EU d'avril 2020 et que les contre-mesures pour chaque année ultérieure à 2020 soient ajustées tous les ans pour tenir compte de l'inflation. Toutefois, elle a indiqué ultérieurement que, compte tenu du fait que l'Arbitre dans l'affaire DS316 avait rejeté la demande des États-Unis visant à ce que des ajustements analogues en fonction de l'inflation soient apportés aux contre-mesures que les États-Unis ont été autorisés à imposer à la suite de cette procédure, et afin d'assurer l'impartialité entre les deux procédures, elle ne propose plus ces ajustements en fonction de l'inflation.¹²⁴

6.2 Réponse des États-Unis

6.8. Les États-Unis ne contestent pas les contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle d'un niveau qui reflète la valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence pendant une période de référence antérieure a été déterminée. Toutefois, ils font valoir que l'Arbitre ne peut pas évaluer les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 parce qu'ils n'entrent pas dans le champ du membre de phrase "{l}es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" aux fins de l'article 7.10 dans les circonstances de la présente procédure.

6.9. S'agissant de l'évaluation des effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en œuvre, les États-Unis font valoir que la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité était la période de 36 mois allant de septembre 2012 à septembre 2015 et non la période de 33 mois allant de janvier 2013 à septembre 2015 avancée par l'Union européenne. Ils ne contestent pas l'évaluation par l'Union européenne des effets défavorables sous la forme d'une menace d'entrave sur la base des pertes de ventes sous-jacentes, et ils proposent eux-mêmes que les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en conformité soient tous évalués en tant que pertes de ventes. Toutefois, ils font valoir que lorsque les valeurs totales des cinq pertes de ventes sont annualisées, le dénominateur doit refléter le fait que deux des cinq pertes de ventes ont eu lieu avant l'expiration de la période de mise en œuvre (2008 et 2011, respectivement), et ils proposent ainsi que le calcul d'annualisation reflète cette période plus longue comprise entre 2007 et 2015 au cours de laquelle les pertes de ventes ont eu lieu.¹²⁵

6.10. Les États-Unis formulent aussi un certain nombre de contestations visant des aspects plus techniques des évaluations des cinq pertes de ventes relatives aux effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en œuvre. Avant tout, ils contestent l'hypothèse de l'Union européenne selon laquelle, dans le contrefactuel, Airbus aurait remporté chacune des campagnes de vente. Selon eux, les constatations relatives au lien de causalité formulées lors de la procédure de mise en conformité n'établissent pas qu'en l'absence de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, Airbus aurait remporté chacune des campagnes de vente. Les États-Unis proposent donc que la valeur de chacune des pertes de ventes inclue un ajustement probabiliste pour tenir compte de l'incertitude concernant le fait qu'Airbus remporte effectivement chacune des campagnes de vente dans le contrefactuel.

6.11. En outre, s'agissant du nombre de LCA d'Airbus qui devraient être évalués dans le cadre de chacune des pertes de ventes sous-jacentes, les États-Unis contestent la proposition de l'Union européenne visant à ce que l'Arbitre inclue la valeur de certaines options en matière de LCA figurant dans les offres finales d'Airbus ou les accords d'achat de Boeing, principalement au motif que faire cela serait contraire aux constatations du Groupe spécial de la mise en conformité, qui avait établi une distinction entre les commandes fermes et les options. En outre, les États-Unis considèrent que les nombres de commandes contrefactuelles devraient être fondés sur le nombre de commandes fermes de LCA d'Airbus que celle-ci a proposé dans ses offres finales aux clients, et non sur le nombre effectif de commandes obtenues par Boeing dans ses accords d'achat, et que les calendriers

¹²⁴ Union européenne, réponse à la question n° 40 de l'Arbitre, paragraphe 159 et note de bas de page 165 y relative. Voir aussi plus loin la section 6.5.1.

¹²⁵ États-Unis, communication écrite, paragraphes 103 à 106. Les États-Unis expliquent que, puisque le Groupe spécial de la mise en conformité a examiné tous les éléments de preuve concernant les campagnes de vente à compter de la fin de la période de référence 2004-2006 dans la procédure initiale jusqu'à la date limite de prise en compte des éléments de preuve pour la procédure de mise en conformité (septembre 2015), l'évaluation des cinq pertes de ventes devrait être annualisée sur une période commençant en 2007, et non en 2008, qui est la date de la première perte de vente. (États-Unis, communication écrite, paragraphe 101 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 9.381))

de livraison contrefactuels pour les LCA d'Airbus devraient correspondre aux calendriers de livraison figurant dans les offres finales d'Airbus. S'agissant de la prise en compte de l'annulation effective ou potentielle des commandes de LCA le contrefactuel, les États-Unis proposent l'application de "taux de survie" estimés qui diffèrent à plusieurs égards des estimations des taux de survie proposées par l'Union européenne.

6.12. Les États-Unis souscrivent d'une manière générale à la proposition de l'Union européenne d'évaluer les pertes de ventes en fonction de la valeur de la perte de vente en question au moment de la commande, en calculant les valeurs des LCA à la date de livraison conformément aux formules de révision contractuelles figurant dans les offres finales d'Airbus, en actualisant ces valeurs pour les ramener au moment de la commande pertinente et en les soumettant ensuite à un ajustement temporel prospectif pour qu'elles soient exprimées en dollars EU de 2015 sur une base commune. Toutefois, ils contestent l'inclusion d'un élément de coût particulier dans les prix des LCA d'Airbus utilisés pour ces calculs (à savoir [[***]]) au motif que cet élément, bien qu'il fasse partie du prix usine net d'Airbus, n'est pas pris en compte dans les recettes d'Airbus, et ne devrait donc pas faire partie de l'évaluation des effets défavorables. Ils proposent aussi que l'Arbitre utilise le coût moyen pondéré du capital (CMPC) d'Airbus comme indice approprié pour actualiser les prix à la date de livraison en les ramenant à leurs valeurs à la date de la commande.

6.13. Les États-Unis proposent que, après correction des erreurs alléguées figurant dans la méthode de l'Union européenne et prise en compte des données récentes concernant certains de ces effets défavorables, le niveau de contre-mesures que l'Union européenne peut être autorisée à imposer ne puisse pas dépasser 411,8 millions d'USD.¹²⁶

6.3 Ordre d'analyse

6.14. Sur la base de la méthode proposée par l'Union européenne et des contestations des États-Unis, nous structurons notre évaluation de la manière suivante:

- a. nous examinons d'abord si les "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" dans la présente procédure incluent les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 (dans la section 6.4.1);
- b. nous examinons ensuite des questions concernant la structure générale des contre-mesures en ce qui concerne les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en œuvre. La première question porte sur le caractère approprié d'une détermination du niveau maximal des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle sur la base de la valeur des effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en œuvre dont l'existence pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité a été déterminée (section 6.4.2). Nous examinons aussi la question litigieuse des dates de début et de fin de la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité (section 6.4.3) et des questions concernant notre prise en considération d'événements se produisant après la période de référence (section 6.4.4);
- c. nous examinons ensuite des questions conceptuelles relatives aux méthodes de l'Union européenne concernant les pertes notables de ventes et la menace d'entrave. Plus spécifiquement, nous examinons si les approches générales proposées par l'Union européenne s'agissant de l'évaluation de ces effets défavorables sont acceptables compte tenu de la nature de ces effets défavorables (section 6.4.5);
- d. nous examinons ensuite des questions techniques relatives à l'évaluation qui sont communes aux évaluations des deux formes d'effets défavorables, à savoir les pertes

¹²⁶ États-Unis, communication écrite, paragraphe 174; et Corrected Annualized Value of the Adverse Effects in 2014 and March 2019 Dollars (pièce USA-25 (RCES)). Au cours de la procédure, les États-Unis ont révisé ultérieurement, pour diverses raisons, leur calcul de la suspension annuelle pouvant être autorisée. (Voir États-Unis, réponse à la question n° 33 de l'Arbitre, paragraphes 97 à 106; Corrected Annualized Value of the Adverse Effects in July 2015 Dollars (pièce USA-44 (RCES))); États-Unis, réponse aux questions n° 57, 66 et 85 de l'Arbitre; Annualized Value of the Adverse Effects in 2015 Dollars (révision) (pièce USA-60 (RCES))); États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 85 de l'Arbitre, paragraphe 214; et Annualized Value of the Adverse Effects in 2015 Dollars (révision) (pièce USA-105 (RCES)).

de ventes et la menace d'entrave (section 6.4.6), puis les autres questions techniques propres à l'évaluation des pertes notables de ventes (section 6.4.7) et de la menace d'entrave (section 6.4.8);

- e. compte tenu de toutes les décisions antérieures prises jusqu'à présent, nous résumons ensuite la méthode technique que nous suivrons pour évaluer les pertes notables de ventes et la menace d'entrave (section 6.4.9);
- f. dans la section 6.5, nous présentons notre évaluation de la valeur annualisée agrégée des effets défavorables; et
- g. dans la section 7, nous formulons quelques observations sur l'allégation des États-Unis concernant la rétorsion croisée conformément à l'article 22:3 du Mémoire d'accord avant d'exposer nos conclusions dans la section 8.

6.4 Évaluation de la méthode de l'Union européenne

6.4.1 Évaluation des effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 dans le cadre des "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" entrant dans le champ de la présente procédure

6.15. L'Union européenne fait valoir que l'Arbitre doit évaluer certains des effets défavorables dont le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel ont déterminé qu'ils étaient causés par les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 pendant la période de référence utilisée dans la procédure initiale, c'est-à-dire 2004-2006 (les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006).¹²⁷ Selon elle, cela tient au fait que les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 figurent parmi "les effets défavorables dont l'existence a été déterminée" au sens de l'article 7.10 de l'Accord SMC dans les circonstances de la présente procédure. L'Union européenne soutient que la "condition de déclenchement" régissant son droit d'imposer des contre-mesures pour ce qui est des effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 figure à l'article 7.9 de l'Accord SMC, qui commence par le membre de phrase suivant: "Dans le cas où le Membre {ne se sera pas mis en conformité} dans un délai de six mois ...".¹²⁸ L'Union européenne fait valoir qu'il a été satisfait à cette "condition de déclenchement" énoncée à l'article 7.9 de trois manières différentes, chacune prise individuellement permettant à l'Arbitre d'évaluer les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006.¹²⁹

6.16. En tout premier lieu, l'Union européenne fait valoir qu'il a été satisfait à la condition de déclenchement "du fait de l'*infirmation* par l'Organe d'appel de la constatation du Groupe spécial de la mise en conformité selon laquelle les États-Unis s'étaient mis en conformité en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007, laissant exécutoires les recommandations multilatérales de l'ORD visant la mise en conformité issues de la procédure initiale".¹³⁰ Plus spécifiquement, elle note que cette infirmation signifie que les recommandations et décisions de l'ORD issues de la procédure initiale (c'est-à-dire le fait que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre des articles 5 et 6.3 de l'Accord SMC en

¹²⁷ Les effets défavorables que l'Union européenne demande à l'Arbitre d'évaluer dans ce contexte sont certaines pertes de ventes au titre de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC qui se sont produites sur le marché des produits LCA de 200 à 300 sièges (se rapportant spécifiquement aux ventes concernant le Boeing 787). (Voir Union européenne, note méthodologique, paragraphes 177 à 213; et Valuation of twin-aisle LCA lost sales (pièce EU-25 (RCES)).)

¹²⁸ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 de l'Arbitre, paragraphe 17. L'Union européenne a également affirmé, toutefois, que ce libellé signifiait simplement "que, normalement, l'on s'attendrait à ce que la demande de mesures de rétorsion soit présentée et à ce que l'arbitre soit convoqué après la période de mise en œuvre de six mois". (Union européenne, réponse à la question n° 44 de l'Arbitre, paragraphe 47) Elle affirme également que le terme "nature" figurant à l'article 7.9 et 7.10 "appelle l'examen du type *particulier* d'effets défavorables" dont l'existence a été déterminée en raison de la mesure *spécifique* pour laquelle l'autorisation de prendre des contre-mesures est demandée". (Union européenne, réponse à la question n° 43 de l'Arbitre, paragraphe 35 (citant la décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), paragraphe 4.43) (italique ajouté par l'Union européenne))

¹²⁹ L'Union européenne "ne partage pas l'avis selon lequel, en vertu de l'article 7.9 de l'Accord SMC, le fondement de l'autorisation de prendre des contre-mesures est le manquement à l'obligation de mise en conformité après la fin du" délai de mise en conformité. (Union européenne, réponse à la question n° 44 de l'Arbitre, paragraphe 42)

¹³⁰ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 de l'Arbitre, paragraphe 18. (italique dans l'original)

ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 et le fait qu'ils devraient se mettre en conformité avec ces obligations) sont toujours exécutoires. De l'avis de l'Union européenne, donc, "en l'absence d'une constatation de mise en conformité "confirmée d'une manière multilatérale", la position par défaut n'est pas la mise en conformité, mais celle qui est exprimée par la recommandation des Membres siégeant collectivement en tant qu'ORD, c'est-à-dire la non-mise en conformité".¹³¹ L'Union européenne affirme que les États-Unis ne peuvent pas contourner cette "position par défaut" de non-mise en conformité en alléguant unilatéralement qu'il y a eu mise en conformité, puisque cela serait contraire au Mémoire d'accord, qui privilégie la prise de mesures multilatérales plutôt qu'unilatérales par les Membres, et à l'objet et au but des contre-mesures, qui sont d'inciter un défendeur à se mettre en conformité. En fait, selon elle, les États-Unis doivent obtenir une "constatation multilatérale de mise en conformité"¹³², et "{à} ce jour, le mécanisme de règlement des différends n'est pas arrivé à "une solution positive {du} différend{}}", conformément à l'article 3:7 du Mémoire d'accord, et il reste une "raison valable" de demander et d'autoriser des contre-mesures".¹³³

6.17. L'Union européenne souligne dans ce contexte que l'article 7.9 "n'exige pas une constatation de non-mise en conformité en ce qui concerne une période de référence après la fin de la période de mise en œuvre"¹³⁴, et que, par conséquent, les "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" ne doivent pas nécessairement être ceux identifiés pendant une période temporelle postérieure à la période de mise en œuvre. À son avis, cela tient au fait que le membre de phrase "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" figurant à l'article 7.9 n'est "pas grammaticalement lié" au libellé de la "condition de déclenchement" et, de manière connexe, ni l'article 7.9 ni l'article 7.10 n'indiquent que les "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" doivent être des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée dans une procédure de mise en conformité à l'exclusion de ceux dont l'existence aura été déterminée dans une procédure initiale. L'Union européenne souscrit encore à ce raisonnement en affirmant que, dans un cas où les parties conviennent qu'aucune mise en conformité ne s'est produite à la suite d'une procédure initiale, les effets défavorables identifiés dans cette procédure pourraient être les seuls "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" devant un arbitre. Elle fait donc valoir que si l'article 7.9 et l'article 7.10 devaient être interprétés comme exigeant une constatation positive de non-mise en conformité pendant la période postérieure à la mise en œuvre en tant que condition préalable à l'autorisation de contre-mesures, cela aurait de "graves conséquences systémiques". Notamment, l'Union européenne fait valoir qu'une telle interprétation diminuerait les droits et obligations énoncés dans les accords visés, ce qui serait contraire à l'article 3:2 du Mémoire d'accord.¹³⁵

6.18. L'Union européenne fait valoir que les dispositions pertinentes du Mémoire d'accord fournissent des éléments contextuels à l'appui de sa position telle qu'elle est exposée plus haut. En particulier, elle note que: a) dans le cadre de "l'application normale et en temps opportun des dispositions pertinentes relatives au règlement des différends", "cela ne pose pas du tout problème ... que les contre-mesures soient jugées proportionnelles aussi, dans les cas appropriés, comme en l'espèce, aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée par les organes juridictionnels

¹³¹ Union européenne, réponse à la question n° 42 de l'Arbitre, paragraphe 7. (note de bas de page et italiques omis) Voir aussi Union européenne, réponse à la question n° 44 de l'Arbitre; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 45 de l'Arbitre, paragraphe 67 ("Il s'ensuit que les recommandations multilatérales de l'ORD "restent exécutoires ... jusqu'à ce que le "problème" ait été entièrement "régulé") (citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*, paragraphe 7.36) (italique dans l'original))

¹³² Union européenne, réponse à la question n° 42 de l'Arbitre, paragraphe 10. (italique omis)

¹³³ Union européenne, réponse à la question n° 42 de l'Arbitre, paragraphe 10 (citant la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – États Unis)*, paragraphe 6.52). Voir aussi Union européenne, note méthodologique, paragraphe 174; communication écrite, paragraphes 292 à 344; réponse aux questions de l'Arbitre n° 2, paragraphes 6 à 9, 11 et 16, n° 42, paragraphes 7 à 9, n° 43, paragraphes 36 à 39, n° 44 et n° 46; et observations sur la réponse des États-Unis aux questions de l'Arbitre n° 43, paragraphes 25 à 27, n° 44, paragraphes 50 et 51, et n° 45, paragraphe 66.

¹³⁴ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 44 de l'Arbitre, paragraphe 31. Voir aussi Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 44 de l'Arbitre, paragraphe 33.

¹³⁵ Union européenne, réponse à la question n° 42 de l'Arbitre, paragraphes 6 et 11. Voir aussi Union européenne, observations sur les réponses des États-Unis aux questions n° 42 et n° 43 de l'Arbitre. L'Union européenne déclare en outre que les Membres de l'OMC conviennent que les accords visés ne traitent pas expressément cette "question de chronologie" s'agissant des procédures de mise en conformité et des procédures d'arbitrage. (Union européenne, réponse à la question n° 42 de l'Arbitre, paragraphe 18)

initiaux"¹³⁶; et que b) l'article 22:6 du Mémorandum d'accord dispose que les arbitrages seront assurés par le "groupe spécial initial", et non par le groupe spécial de la mise en conformité.¹³⁷

6.19. La deuxième façon dont l'Union européenne fait valoir qu'il a été satisfait à la "condition de déclenchement" énoncée à l'article 7.9 est que "l'Union européenne a établi la non-mise en conformité *dans la procédure de mise en conformité* en ce qui concerne la réduction du taux de l'impôt B&O".¹³⁸ Elle fait valoir que "{s}pécifiquement, l'Union européenne est parvenue à démontrer que ... les États-Unis continu{aient} d'accorder à Boeing des subventions incompatibles avec les règles de l'OMC qui caus{aient} des effets défavorables pour les intérêts de l'UE {et} que la réduction du taux de l'impôt B&O caus{ait} des effets défavorables pour l'Union européenne".¹³⁹ En fait, il apparaît qu'elle fait valoir que la constatation adoptée dans la procédure de mise en conformité selon laquelle les États-Unis ne se sont pas mis en conformité en ce qui concerne la *subvention B&O de l'État de Washington* signifie qu'il devrait être considéré qu'il a été satisfait à la "condition de déclenchement" énoncée à l'article 7.9 en ce qui concerne les *subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007* également.

6.20. Troisièmement, et en dernier lieu, l'Union européenne évoque la possibilité qu'il ait été satisfait à la "condition de déclenchement" énoncée à l'article 7.9 parce que "l'Union européenne a établi la non-mise en conformité *dans la présente procédure de groupe spécial d'arbitrage* en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007".¹⁴⁰ Toutefois, "l'Union européenne considère que l'Arbitre ne devrait pas s'engager sur la voie de l'établissement de sa propre détermination de l'existence d'effets défavorables".¹⁴¹ L'Union européenne souligne que "l'article 7.10 de l'Accord SMC ne donne pas pour instruction à un {arbitre} de faire une détermination *de novo* de l'existence d'effets défavorables".¹⁴² Qui plus est, de l'avis de l'Union européenne, "{a}gir ainsi amalgamerait de manière inappropriée le rôle {de l'arbitre} avec celui d'un groupe spécial de la mise en conformité"¹⁴³ parce qu'en cas de "désaccord entre les parties quant à la situation du défendeur au regard de la mise en conformité, la question doit être examinée au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, devant un organe juridictionnel différent".¹⁴⁴ Elle souligne également que si l'Arbitre devait examiner cette question de mise en conformité, il lui faudrait "s'acquitt{er} de son devoir, au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, de mener à bien le présent arbitrage de manière accélérée".¹⁴⁵ En résumé, "l'Union européenne n'est pas d'avis que, dans les circonstances procédurales de l'espèce, l'Arbitre est chargé, ou même en droit, de faire une détermination concernant le *point de savoir si* les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 causent des effets défavorables"¹⁴⁶; et même si l'Arbitre devait examiner cette question, l'Union européenne soutient que les travaux de l'Arbitre ne devraient pas retarder la procédure.¹⁴⁷

6.21. Nonobstant cet argument, l'Union européenne affirme qu'elle a fourni avec sa communication écrite des éléments de preuve démontrant que les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 continuaient de causer des effets défavorables après la fin de la période de mise en œuvre.¹⁴⁸

¹³⁶ Union européenne, réponse à la question n° 42 de l'Arbitre, paragraphe 19.

¹³⁷ Union européenne, réponse à la question n° 42 de l'Arbitre, paragraphe 20.

¹³⁸ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 de l'Arbitre, paragraphe 19. (italique dans l'original)

¹³⁹ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 44 de l'Arbitre, paragraphes 40 à 42.

¹⁴⁰ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 de l'Arbitre, paragraphe 19. (italique dans l'original)

¹⁴¹ Union européenne, communication écrite, paragraphe 357.

¹⁴² Union européenne, réponse à la question n° 2 de l'Arbitre, paragraphe 6.

¹⁴³ Union européenne, réponse à la question n° 4 de l'Arbitre, paragraphe 28.

¹⁴⁴ Union européenne, réponse à la question n° 4 de l'Arbitre, paragraphe 29.

¹⁴⁵ Union européenne, communication écrite, paragraphe 356. (guillemets internes et référence omis)

¹⁴⁶ Union européenne, réponse à la question n° 5 de l'Arbitre, paragraphe 32. (italique dans l'original)

¹⁴⁷ Voir, par exemple, Union européenne, déclaration liminaire à la réunion de l'Arbitre avec les parties, paragraphe 137.

¹⁴⁸ L'Union européenne a déposé à nouveau ses communications présentées dans le cadre de la procédure du Groupe spécial de la mise en conformité en tant que pièces jointes à sa communication écrite, en faisant valoir qu'elles "cont{enaient} des éléments de preuve et des arguments passés sous silence par les États-Unis dans cette procédure en ce qui concerne la persistance du préjudice grave causé par les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 pendant la période postérieure à la mise en œuvre par le biais d'un mécanisme de causalité lié aux effets sur la technologie". (Union européenne, communication écrite, paragraphe 358)

Selon l'Union européenne, si l'Arbitre "décide que, pour que la condition de déclenchement énoncée à l'article 7.9 soit remplie, une constatation de non-mise en conformité *après* la fin de la période de mise en œuvre *s'agissant des subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007* est une condition préalable", il doit conclure que cette condition préalable n'a pas été remplie. Cela tient, d'après elle, à ce que les États-Unis n'ont pas examiné ou réfuté ces éléments de preuve, et l'Arbitre doit de ce fait constater que l'Union européenne a démontré la non-mise en conformité des États-Unis en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 pendant la période postérieure à la mise en œuvre.¹⁴⁹ Si l'Arbitre ne formulait pas cette constatation, l'Union européenne fait valoir qu'il "plaiderait la cause" des États-Unis. C'est d'autant plus vrai, selon elle, qu'il incomberait aux États-Unis dans la présente procédure la charge de démontrer que les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 ne causaient plus d'effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre, et que les États-Unis ne se sont pas acquittés de cette charge.¹⁵⁰

6.22. Les États-Unis font valoir que l'Arbitre ne peut pas évaluer les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 parce qu'ils n'entrent pas dans le champ du membre de phrase "{l}es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" aux fins de l'article 7.10 dans les circonstances de la présente procédure. Ils affirment que le membre de phrase "{l}es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" a le même sens à l'article 7.9 et à l'article 7.10. La raison en est que l'objectif procédural d'un arbitrage mené au titre de l'article 7.10 est d'indiquer à l'ORD quelles sont les contre-mesures, proportionnelles "{aux} effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" que celui-ci peut autoriser au titre de l'article 7.9.. Les États-Unis soulignent la prescription figurant à l'article 7.9 de l'Accord SMC selon laquelle l'ORD accordera l'autorisation de prendre des contre-mesures "{d}ans le cas où le Membre n'aura pas pris des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables de la subvention ou retirer la subvention". Ils font valoir que cela crée une condition prescrivant que, avant d'autoriser des contre-mesures en ce qui concerne une subvention particulière, il doit être établi que la partie défenderesse n'a ni pris des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables causés par cette subvention ni retiré la subvention. Ils font en outre valoir que cette condition n'a pas été établie en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007.¹⁵¹

6.23. Les États-Unis font valoir que, en ce qui concerne une subvention particulière, la condition de déclenchement créée à l'article 7.9 pourrait être établie de l'une des trois façons suivantes. Premièrement, ils affirment que les parties peuvent convenir que le défendeur ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions de l'ORD, mais ils notent que ce n'est pas le cas en l'espèce. Deuxièmement, ils affirment qu'un arbitre établi au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord pourrait être en mesure d'examiner des questions de mise en conformité. À leur avis, toutefois, la capacité d'un arbitre de faire cela est contestée entre les Membres. En outre, les États-Unis affirment que l'Union européenne a expliqué qu'elle ne retenait pas cette option, a présenté des éléments de preuve insuffisants à l'appui d'une démonstration de non-mise en conformité dans la présente procédure d'arbitrage et, dans la mesure où elle a présenté ces éléments de preuve, elle l'a fait à un moment inapproprié. Ils font également valoir que le choix de cette option par l'Union européenne serait inapproprié compte tenu de l'accord sur la chronologie conclu par les parties. Troisièmement, et en dernier lieu, les États-Unis affirment qu'un groupe spécial de la mise en conformité peut établir la non-mise en conformité du défendeur après la fin de la période de mise en œuvre. Ils notent que cela ne s'est pas produit en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 et soulignent dans ce contexte que l'Union européenne avait la charge dans la procédure de mise en conformité de démontrer la non-mise en conformité persistante des États-Unis pendant la période postérieure à la mise en œuvre, charge dont elle ne s'était pas acquittée. Compte tenu des deux premières options examinées dans le présent paragraphe, les États-Unis soulignent qu'ils ne font donc pas valoir que les "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" peuvent

¹⁴⁹ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 44 de l'Arbitre, paragraphe 50 c).

¹⁵⁰ Voir Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 44 de l'Arbitre, paragraphes 41 à 51.

¹⁵¹ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 42 de l'Arbitre, paragraphe 3. Voir aussi États-Unis, réponse aux questions de l'Arbitre n° 43, n° 44, paragraphe 11, et n° 45; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 42 de l'Arbitre.

uniquement être ceux identifiés dans une procédure de mise en conformité, comme l'Union européenne l'allègue.¹⁵²

6.24. Les États-Unis soulignent que les constatations formulées dans une procédure initiale selon lesquelles une subvention particulière est incompatible avec les articles 5 et 6 de l'Accord SMC ne peuvent pas à elles seules satisfaire à la condition de déclenchement énoncée à l'article 7.9 en ce qui concerne cette subvention, comme l'Union européenne le fait valoir. La raison en est, selon eux, qu'un groupe spécial initial ne peut pas, par définition, établir la non-mise en conformité d'un défendeur après la période de mise en œuvre qui suit le rapport du groupe spécial initial. Les États-Unis font donc valoir que, dans la mesure où l'Union européenne s'appuie sur les constatations d'incompatibilité avec les articles 5 et 6 de l'Accord SMC adoptées dans la procédure initiale pour satisfaire à la condition de déclenchement énoncée à l'article 7.9, elle demande, dans les faits, à l'Arbitre de constater que les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 continuent d'exister pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Ils notent que l'Union européenne a tenté, mais en vain, de prouver cette affirmation dans la procédure de mise en conformité. Par ailleurs, selon les États-Unis, il serait incongru d'adopter cette hypothèse parce que les principales conditions du marché ont évolué entre la période de référence 2004-2006 et la période postérieure à la mise en œuvre.¹⁵³

6.25. De plus, les États-Unis a) affirment que l'accord sur la chronologie entre les parties démontre que l'Union européenne souscrivait à l'interprétation de l'article 7.9 et 7.10 avancée par les États-Unis jusqu'à l'engagement de la présente procédure d'arbitrage; b) rejettent les arguments de l'Union européenne relatifs aux aspects contextuels du Mémoire d'accord parce que ces considérations ne suppriment nullement la condition de déclenchement énoncée à l'article 7.9; et c) font valoir que l'Union européenne fait une description erronée d'extraits de décisions arbitrales et de rapports de groupes spéciaux antérieurs dans ses arguments.¹⁵⁴

6.26. En réponse à certains arguments des États-Unis, l'Union européenne a) précise que sa position n'est pas que les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 continuent d'exister pendant la période postérieure à la mise en œuvre, mais plutôt que l'Arbitre devrait évaluer les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 même en l'absence d'une constatation positive de non-mise en conformité pendant la période postérieure à la mise en œuvre; b) dit que l'accord sur la chronologie entre les parties ne peut pas être interprété comme indiquant que l'Union européenne a renoncé à l'un quelconque de ses droits pertinents au titre du Mémoire d'accord ou de l'Accord SMC; et c) rejette l'idée apparemment exprimée par les États-Unis que l'attribution de la charge de la preuve dans une procédure de mise en conformité est une considération importante dans ce contexte.¹⁵⁵

6.27. L'Arbitre rappelle qu'à la fin de la procédure de mise en conformité, l'Organe d'appel a infirmé les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité selon lesquelles l'Union européenne n'avait pas établi que les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 causaient toujours des effets défavorables après la fin de la période de mise en œuvre. Il n'a toutefois pas été en mesure de compléter l'analyse sur le point de savoir s'il subsistait des effets d'accélération des subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 pendant la période postérieure à la mise en œuvre.¹⁵⁶ Par conséquent, à l'heure actuelle, il n'y a aucune constatation adoptée par l'ORD sur le point de savoir si les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 causent des effets

¹⁵² États-Unis, communication écrite, paragraphes 53, 54 et 69 à 81; réponse aux questions de l'Arbitre n° 2, paragraphe 7 et 9, n° 4 et n° 44; et observations sur la réponse de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre n° 42, paragraphes 8 et 9, et n° 43, paragraphe 18. Les États-Unis affirment également que l'attribution de la charge de la preuve dans une procédure de mise en conformité "pourrait affecter la nature de ces constatations et l'interprétation que leur donnerait un organe juridictionnel ultérieur", et en particulier "le point de savoir si le rapport de mise en conformité établi par l'Union européenne pendant la période postérieure à la mise en œuvre". (États-Unis, réponse à la question n° 47 de l'Arbitre, paragraphe 30) (italique omis) Voir aussi États-Unis, communication écrite, paragraphe 70.

¹⁵³ États-Unis, réponse aux questions de l'Arbitre n° 2, paragraphe 9 et 14, n° 41, n° 44, paragraphes 18 à 20, et n° 45.

¹⁵⁴ États-Unis, réponse à la question n° 45 de l'Arbitre, paragraphe 28; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 42 de l'Arbitre.

¹⁵⁵ Union européenne, réponse à la question n° 42 de l'Arbitre, paragraphe 25; et observations sur la réponse des États-Unis aux questions de l'Arbitre n° 41, paragraphes 1 et 2, n° 45, paragraphes 68 et 69, et n° 47.

¹⁵⁶ Voir plus haut le paragraphe 1.17; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphes 5.146, 5.420, 5.421, 5.443 et 6.11.

défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre. De manière connexe, il n'y a pas non plus de constatation adoptée par l'ORD sur le point de savoir si les États-Unis ont rendu les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 conformes aux recommandations et décisions de l'ORD formulées à l'issue de la procédure initiale avant la fin de la période de mise en œuvre.¹⁵⁷

6.28. Compte tenu de cela, à notre avis, les arguments des parties soulèvent deux questions essentielles:

- a. *premièrement*, la question de savoir si l'article 7.9 crée une condition selon laquelle "{l}es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" au sens de l'article 7.10 doivent être ceux causés pendant la période postérieure à la mise en œuvre par une subvention pour laquelle un défendeur initial ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions antérieures de l'ORD. Il est essentiel de comprendre la relation entre l'article 7.9 et l'article 7.10 pour déterminer de quelle latitude, le cas échéant, l'Arbitre dispose dans les limites de son mandat pour évaluer les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 parce que, comme l'Union européenne le fait valoir, l'article 7.10, qui établit le mandat de l'Arbitre, n'impose pas de limites explicites quant au champ de ce que peuvent comprendre les "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée; et
- b. *deuxièmement*, si l'article 7.9 crée bien la condition mentionnée dans le paragraphe a)ci-dessus (à savoir que "les effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" sont ceux causés pendant la période postérieure à la mise en œuvre par une subvention que le défendeur n'a pas rendue conforme), la question de savoir si la présence des effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 peut servir à établir l'existence des effets défavorables pendant la *période postérieure à la mise en œuvre* causés par une subvention pour laquelle un défendeur se s'est pas conformé aux recommandations et décisions de l'ORD.

6.29. Nous examinons ces questions l'une après l'autre.

6.4.1.1 Question de savoir si "{l}es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" doivent être ceux causés pendant la période postérieure à la mise en œuvre par une subvention pour laquelle un défendeur initial ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions antérieures de l'ORD

6.30. L'article 7.10 de l'Accord SMC contient le mandat de l'Arbitre:

Dans le cas où une partie au différend demandera un arbitrage conformément au paragraphe 6 de l'article 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, l'arbitre déterminera si les contre-mesures sont proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée.

6.31. L'article 7.10 ne précise pas si "{l}es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" doivent être ceux causés pendant la période postérieure à la mise en œuvre par une subvention pour laquelle le défendeur ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions antérieures de l'ORD. Toutefois, nous notons que le terme "contre-mesures" a été interprété (à notre avis, de manière instructive) par les deux Arbitres antérieurs agissant au titre de l'article 7.10 comme désignant des "mesures prises pour "faire contrepoids" à quelque chose et en particulier ... 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*".¹⁵⁸ Il apparaît qu'il s'agit d'une interprétation raisonnable eu égard au but des contre-mesures, qui est d'inciter un défendeur à se mettre en conformité.¹⁵⁹ Par conséquent, la

¹⁵⁷ Voir plus haut les paragraphes 1.16 et 1.17 (expliquant ces constatations).

¹⁵⁸ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 5.2 (mentionnant *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.26). (pas d'italique dans l'original)

¹⁵⁹ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 5.2 ("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.").

nature des contre-mesures donne à penser que des contre-mesures devraient uniquement être déterminées et appliquées par rapport à une subvention pour laquelle le défendeur ne s'est pas mis en conformité avant la fin de la période de mise en œuvre, à savoir une subvention qui n'a pas été retirée et qui cause toujours des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre.

6.32. Nous examinons ensuite le contexte de l'article 7.10. L'article 7.10 est le dernier paragraphe de l'article 7 de l'Accord SMC, qui traite des "Voies de recours" pour les subventions pouvant donner lieu à une action. Les paragraphes de l'article 7 prévoient une chronologie générale des événements au cours d'un différend. De ce fait, ces paragraphes sont liés entre eux tout comme le sont les étapes d'un différend.¹⁶⁰ Nous prenons donc note spécifiquement de l'article 7.9, qui constitue le contexte le plus immédiat pour l'interprétation de l'article 7.10. Il dispose ce qui suit:

Dans le cas où le Membre n'aura pas pris des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables de la subvention ou retirer la subvention dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle l'ORD aura adopté le rapport du groupe spécial ou le rapport de l'Organe d'appel, et en l'absence d'accord sur une compensation, 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.

6.33. L'article 7.9 est constitué de deux parties pertinentes. La dernière partie de l'article 7.9 constitue le fondement qui permet à l'ORD d'"accorder{} 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". La première partie subordonne l'autorisation de l'ORD de prendre ces contre-mesures en ce qui concerne une "subvention" donnée à la survenue d'un "événement" par rapport à cette subvention, que les parties appellent un événement "déclencheur". Cet événement "déclencheur" est l'absence de mise en conformité du défendeur avec les recommandations et décisions formulées par l'ORD à l'issue d'une procédure initiale avant la fin de la période de mise en œuvre de six mois mentionnée à l'article 7.8.¹⁶¹ Selon les termes de l'article 7.8, cette situation de non-mise en conformité survient si le défendeur n'a ni retiré la subvention ni pris de mesures appropriées pour éliminer ses effets défavorables. Il s'ensuit donc que l'article 7.9 prévoit que, pour que des contre-mesures soient autorisées en ce qui concerne une subvention particulière, cette subvention doit continuer à causer des effets défavorables *pendant la période postérieure à la mise en œuvre*. Par conséquent, "{l}es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée", au sens de l'article 7.9, doivent être ceux causés *pendant la période postérieure à la mise en œuvre* par une subvention pour laquelle un défendeur ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions de l'ORD.

6.34. Compte tenu des observations qui précèdent concernant l'article 7.9, nous notons que l'article 7.9 et l'article 7.10 sont étroitement liés et devraient être lus ensemble. Les procédures qu'ils prescrivent sont liées entre elles aussi bien sur le plan temporel que sur le fond. De fait, un arbitrage au titre de l'article 7.10 est une étape qui survient *avant* que l'ORD n'autorise des contre-mesures conformément à la dernière partie de l'article 7.9. De plus, l'objectif procédural primordial d'un arbitrage mené au titre de l'article 7.10 est d'indiquer à l'ORD ce qui constitue "des contre-mesures proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée".¹⁶² Nous considérons donc que le membre de phrase "{l}es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" devrait être interprété de la même manière à l'article 7.9

¹⁶⁰ Le libellé de l'article 7 reflète cette interconnectivité. Par exemple, les paragraphes font des renvois les uns aux autres (voir, par exemple, l'article 7.2 de l'Accord SMC (renvoyant aux "consultations au titre du paragraphe 1")) et/ou présupposent la connaissance des paragraphes précédents (voir, par exemple, l'article 7.5 de l'Accord SMC (disposant que "{l}e groupe spécial examinera la question et présentera son rapport final aux parties au différend", "le groupe spécial" étant le groupe spécial mentionné dans les paragraphes précédents)).

¹⁶¹ Le contexte de l'article 7.9 indique en outre que cet article est centré sur les "effets défavorables" causés par une "subvention" particulière qui n'a pas été rendue conforme à la fin de la période de mise en œuvre de six mois mentionnée à l'article 7.8. L'article 7 parle constamment d'une "subvention" au singulier, y compris l'article 7.8, qui fait également référence aux "effets défavorables" causés par une "subvention" particulière.

¹⁶² L'article 22:7 du Mémoire d'accord dispose que "{l}'ORD ... accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations *dans les cas où la demande sera compatible avec la décision de l'arbitre*". (pas d'italique dans l'original)

et 7.10. De ce fait, nous considérons que le champ du membre de phrase "{l}es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" dans le contexte de l'article 7.9 et 7.10 se limite aux effets défavorables causés pendant la période postérieure à la mise en œuvre par une subvention pour laquelle un défendeur ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions précédemment rendues par l'ORD. En effet, si tel n'était pas le cas, l'article 7.10 pourrait donner pour instruction de manière incongrue à un arbitre d'indiquer à l'ORD d'autoriser quelque chose que celui-ci ne peut pas autoriser aux termes de l'article 7.9.¹⁶³

6.35. Il convient également de rappeler que le présent arbitrage est régi à la fois par l'article 7.10 de l'Accord SMC et par l'article 22:6 du Mémoire d'accord, auquel l'article 7.10 renvoie.¹⁶⁴ Il convient de rappeler en outre que l'article 22:2 et 22:6 du Mémoire d'accord contient un libellé conditionnel semblable à celui de l'article 7.9 de l'Accord SMC.¹⁶⁵ L'Arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)* a expliqué que le libellé de l'article 22:2 et 22:6 du Mémoire d'accord "confirm{ait}" que "toute évaluation du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages {prescrite par l'article 22:7 du Mémoire d'accord} présuppos{ait} une évaluation de la compatibilité ou de l'incompatibilité avec les règles de l'OMC des mesures de mise en œuvre prises par le{ } {défendeur}".¹⁶⁶ En d'autres termes, "l'annulation ou ... la réduction d'avantages" qui devrait être évaluée par un arbitre au titre de l'article 22:7 est celle qui est causée par: a) une mesure à l'égard de laquelle il y a eu une évaluation concernant le point de savoir si le Membre défendeur ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions de l'ORD; et b) qui existe à la fin du délai pour la mise en conformité.¹⁶⁷ Nous souscrivons à cette interprétation de l'article 22:2 et 22:6. Nous rappelons en outre que la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord et les contre-mesures autorisées au titre de l'article 7 de l'Accord SMC ont le même but, à savoir celui d'inciter à la mise en conformité.¹⁶⁸ Ainsi, nous observons qu'il n'y a aucune raison impérieuse de conclure que l'article 22 du Mémoire d'accord et l'article 7 de l'Accord SMC devraient être interprétés

¹⁶³ Nous notons que si le membre de phrase "{l}es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" au sens de l'article 7.10 est lu isolément, on ne voit pas très bien pourquoi l'Arbitre évaluerait, par exemple, et comme les deux parties admettent qu'il devrait le faire, les effets défavorables causés par la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington identifiés dans la procédure de *mise en conformité* et non ceux identifiés dans la procédure *initiale*, étant donné qu'il s'agit dans les deux cas littéralement d'"effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée".

¹⁶⁴ Décisions de l'Arbitre dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.4 ("Le présent arbitrage est régi à la fois par l'article 7.10 et par l'article 22:6."); et dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphe 4.19 ("l'article 22:6 du Mémoire d'accord reste pertinent, en tant que fondement juridique général pour la conduite de la procédure").

¹⁶⁵ Voir l'article 22:6 ("*Lorsque la situation décrite au paragraphe 2 se produira, l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable*") (pas d'italique dans l'original) et l'article 22:2 ("*Si le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable ... Si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, toute partie ... pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés.*"). (pas d'italique dans l'original) La partie pertinente de l'article 22.7, lequel énonce le mandat d'un arbitre, est ainsi libellée: "L'Arbitre, agissant en vertu du paragraphe 6, ... déterminera si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages."

¹⁶⁶ Décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphes 4.3 et 4.4. (pas d'italique dans l'original)

¹⁶⁷ L'Arbitre *Bananes III (États-Unis)* a rejeté l'idée qu'il "pourr{ait} recourir à l'option consistant à mesurer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages sur la base de {ses} constatations dans le différend initial, modifiées par l'Organe d'appel et adoptées par l'ORD", parce que "{p}rocéder ainsi serait ignorer purement et simplement le fait incontesté que le{ } {défendeur} {a} pris des mesures pour réviser {la mesure en cause}. Tel n'est certainement pas le mandat que l'ORD {lui} a confié". (Décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 4.7) Voir aussi la décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, note de bas de page 55 ("Nous considérons que le "niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages" dont il est question à l'article 22:7 est le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages causée par la mesure initiale ou de mise en conformité incompatible avec les règles de l'OMC qui existait au moment de l'expiration du délai raisonnable"); et la décision de l'Arbitre *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, paragraphe 4.19 (expliquant que "{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"). (notes de bas de page omises)

¹⁶⁸ Voir plus haut la note de bas de page 159.

différemment dans ce contexte spécifique (c'est-à-dire qu'au titre des deux dispositions, les arbitres devraient évaluer les effets de mesures qui se produisent du fait de l'absence de mise en conformité du défendeur avec les recommandations et décisions pertinentes de l'ORD).

6.36. Il apparaît en outre que notre interprétation de l'article 7.9 et 7.10 est compatible avec des aspects instructifs de la manière dont les deux Arbitres antérieurs ayant mené des arbitrages au titre de l'article 7.10 ont interprété leurs mandats. Lorsque l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)* – le premier arbitre ayant mené un arbitrage au titre de l'article 7.10 – a interprété son mandat, il a interprété les termes "contre-mesures", "proportionnelles" et "degré et ... nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" par référence à ces termes tels qu'ils figurent à l'article 7.9¹⁶⁹, même si l'article 7.10 contient le mandat de l'arbitre. Cela n'illustre pas seulement le lien étroit censé exister entre l'article 7.9 et l'article 7.10, d'une manière générale, mais laisse aussi entendre que l'arbitre a considéré que le membre de phrase "{l}es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée", spécifiquement, devrait être interprété de la même façon dans les contextes de l'article 7.9 et 7.10. En circonscrivant son mandat au titre de l'article 7.10, l'Arbitre dans l'affaire DS316 a dit que "ce qui pouss{ait} une partie plaignante à demander l'autorisation de prendre des contre-mesures ou de suspendre des concessions ou d'autres obligations, c'{'était} le fait qu'une partie défenderesse ne rend{ait} pas ses mesures conformes à ses obligations pertinentes dans le cadre de l'OMC après que l'ORD lui {avait} recommandé de le faire".¹⁷⁰ Il a ajouté:

Nous estimons qu'aux fins de la présente procédure d'arbitrage, les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel pertinents {identifiant les "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" que l'Arbitre devrait évaluer} *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*.¹⁷¹ (pas d'italique dans l'original)

6.37. Notre interprétation de l'article 7.10 est également compatible avec la pratique antérieure instructive de l'Arbitre concernant le choix des périodes de référence utilisées pour déterminer les niveaux de suspension annuelle. Nous rappelons ainsi que les "niveaux de ... suspension annuelle ont généralement été déterminés sur la base des effets sur le commerce des mesures pertinentes pendant des périodes antérieures ...". 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*. Des arbitres ... ont formulé des observations sur le caractère approprié de {cette méthode}, observant que *le but fondamental d'une procédure d'arbitrage était de déterminer le dommage causé à la partie plaignante par ce manquement précis*".¹⁷² L'évaluation du tort économique causé par le manquement du défendeur à l'obligation de se mettre en conformité dans le délai nécessaire présuppose un certain type d'évaluation sur le point de savoir si ce manquement s'est produit. En d'autres termes, il apparaît que la pratique consistant à utiliser une période de référence unique correspondant au moment ou à peu près au moment

¹⁶⁹ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, section IV.C.1 (examinant les termes textuels pertinents dans une rubrique intitulée "Termes de l'article 7.9 de l'Accord SMC").

¹⁷⁰ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 5.2 (mentionnant l'article 22:2 et 22:6 du Mémoire d'accord; l'article 7.9 de l'Accord SMC; et la décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.20).

¹⁷¹ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 5.5. Voir aussi *ibid.*, note de bas de page 67 (indiquant qu'un arbitrage au titre de l'article 7.10 est "li{é} ... 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"); et la décision de l'Arbitre *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 4.3 (indiquant que l'expression "contre-mesures appropriées" au sens de l'article 4.11 devrait être interprétée d'une manière conforme aux "paramètres de ce qui est admissible en vertu de" l'article 4.10, qui permet à l'ORD d'autoriser ces contre-mesures).

¹⁷² Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.56 et note de bas de page 162 y relative. (pas d'italique dans l'original)

auquel un défendeur aurait dû se mettre en conformité¹⁷³ pour déterminer les niveaux maximaux de suspension annuelle découle d'une interprétation touchant davantage le fond de l'objet et du but d'une procédure d'arbitrage, c'est-à-dire l'évaluation du tort résultant de la survenue de la "situation" et/ou de l'"événement" mentionné à l'article 22:6 du Mémoire d'accord et à l'article 7.9 de l'Accord SMC.¹⁷⁴

6.38. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que "{l}es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" au sens de l'article 7.10 de l'Accord SMC sont ceux causés pendant la période postérieure à la mise en œuvre par une subvention pour laquelle un défendeur ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions de l'ORD.¹⁷⁵

6.4.1.2 Question de savoir si les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 relèvent du champ "des effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" selon les termes de l'article 7.10

6.39. Dans la section précédente, nous avons constaté que "{l}es effets défavorables dont l'existence {avait} été déterminée", au sens de l'article 7.10, étaient ceux causés pendant la période postérieure à la mise en œuvre par une subvention pour laquelle un défendeur ne s'était pas conformé aux recommandations et décisions de l'ORD. La présente section examine donc si les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 peuvent être considérés comme faisant partie de ces "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" ou comme les représentant d'une certaine manière. L'Union européenne a présenté deux façons dont nous pourrions déterminer que cela était le cas. Nous examinons chacune d'elles l'une après l'autre.

6.40. Premièrement, le principal argument de l'Union européenne dans ce contexte est que les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 peuvent être qualifiés d'"effets défavorables dont l'existence a été déterminée" au sens de l'article 7.10 parce que l'Organe d'appel a infirmé les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité selon lesquelles l'Union européenne n'avait pas démontré que les États-Unis n'avaient pas rendu conformes les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007. En d'autres termes, l'Union européenne fait valoir que la non-mise en conformité des États-Unis pendant la période postérieure à la mise en œuvre (c'est-à-dire le respect de la "condition de déclenchement" figurant à l'article 7.9) est établie par la validité persistante des constatations du Groupe spécial initial selon lesquelles les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 étaient incompatibles avec les articles 5 et 6 de l'Accord SMC. À titre formel, nous observons d'abord que la procédure initiale n'a pas permis de déterminer et en fait, ne pouvait pas permettre de déterminer, si les États-Unis ne s'étaient pas conformés aux recommandations et décisions de l'ORD découlant de cette procédure initiale ni, de manière connexe, si les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 causaient des effets défavorables

¹⁷³ Nous notons que l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – États-Unis)* n'a pas évalué "{l}es effets défavorables dont l'existence {avait} été déterminée" pendant la période de référence utilisée dans la procédure initiale. C'était le cas même si "{l}es effets défavorables dont l'existence {avait} été déterminée" dans la procédure initiale et la procédure de mise en conformité dans l'affaire DS316 différaient aussi bien du point de vue de la nature (par exemple, l'existence d'un détournement avait été constatée dans la procédure initiale et non dans la procédure de mise en conformité) que du point de vue du degré (par exemple, l'existence d'effets défavorables avait été constatée dans différents ensembles de marchés de produits). De plus, l'Union européenne n'a pas fait valoir que nous devrions évaluer "{l}es effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" dans la procédure initiale qui étaient causés par la subvention B&O de l'État de Washington.

¹⁷⁴ Voir aussi plus haut la note de bas de page 167. Des arbitres antérieurs ont également souligné que les dispositions de l'article 22 du Mémoire d'accord imposaient la conclusion que c'étaient les effets de la mesure qui existaient au moment où le délai raisonnable pour la mise en conformité arrivait à expiration qui devraient être examinés au moment d'évaluer les niveaux proposés de la suspension de concessions, et non les effets de la mesure telle qu'elle a pu exister au moment d'une procédure initiale ou ceux d'une mesure ayant commencé à exister après l'expiration de la période de mise en œuvre.

¹⁷⁵ Nous rappelons que l'Union européenne note que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a déclaré que "{t}ant que la mise en conformité sur le fond n'aura{it} pas été réalisée et confirmée d'une manière multilatérale ou qu'une solution mutuellement convenue n'aura{it} pas été trouvée, il rest{ait} une raison valable d'accorder une suspension annuelle et de la maintenir au niveau autorisé". (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.52) Cette citation est dénuée de pertinence. En faisant cette déclaration, l'Arbitre ne déterminait pas si des contre-mesures pouvaient être accordées par référence aux effets causés par une subvention particulière, mais traitait du caractère approprié d'accorder des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle, spécifiquement.

pendant la période postérieure à la mise en œuvre.¹⁷⁶ À part cette observation, nous notons que le Groupe spécial initial a identifié les effets défavorables causés par les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 au cours de la période 2004-2006, à savoir les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006. La fin de cette période temporelle a eu lieu des années avant la fin de la période de mise en œuvre (à savoir en septembre 2012). Compte tenu de ces circonstances, et rappelant que les "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" sont ceux causés pendant la période postérieure à la mise en œuvre par une subvention pour laquelle un défendeur ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions de l'ORD, nous ne voyons aucune raison de constater que les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 peuvent être considérés comme faisant partie "des effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" dans la présente procédure sur la base des constatations formulées dans la procédure initiale ou comme les représentant d'une certaine manière.¹⁷⁷

6.41. Deuxièmement, l'Union européenne fait aussi valoir que les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 peuvent être qualifiés d'"effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" au sens de l'article 7.10 parce que "l'Union européenne a établi la non-mise en conformité *dans la procédure de mise en conformité* en ce qui concerne la réduction du taux de l'impôt B&O".¹⁷⁸ "Spécifiquement, l'Union européenne est parvenue à démontrer que ... les États-Unis continu{aient} d'accorder à Boeing des subventions incompatibles avec les règles de l'OMC qui caus{aient} des effets défavorables pour les intérêts de l'UE" et "que la réduction du taux de l'impôt B&O caus{ait} des effets défavorables pour l'Union européenne".¹⁷⁹ Cette observation, bien qu'exacte, n'est, à notre avis, pas pertinente dans ce contexte. Comme il a été indiqué plus haut, l'article 7.9 et 7.10 fonctionne à l'égard d'une "subvention" particulière. Les subventions particulières en l'espèce sont les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007, et *non* la réduction de l'impôt B&O dont il a été constaté dans la procédure de mise en conformité qu'elle continuait de causer des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Nous ne voyons donc aucune raison de conclure que les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité concernant les effets défavorables causés par la réduction du taux de l'impôt B&O impliquent que les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 peuvent aussi être considérés comme faisant partie "des effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" aux fins de la présente procédure ou comme les représentant d'une certaine manière.¹⁸⁰

6.42. L'Union européenne évoque aussi la possibilité que l'Arbitre détermine s'il a été satisfait à la condition de "déclenchement" énoncée à l'article 7.9 en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007, c'est-à-dire la question de savoir si ces subventions causent des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre, mais dans le même temps, elle a aussi indiqué que l'Arbitre n'avait pas le mandat pour faire cela. Les États-Unis évoquent de

¹⁷⁶ Nous rappelons en outre que l'Organe d'appel a expliqué que les "effets d'une subvention se dissip{aient} généralement avec le temps" et, également, qu'un défendeur pouvait ne pas avoir d'obligation de mise en conformité à l'égard d'une subvention indépendamment de la question de savoir si la subvention causait toujours des effets défavorables. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 5.373 et note de bas de page 932)

¹⁷⁷ Nous notons que l'Union européenne a mentionné les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)* à l'appui de l'affirmation selon laquelle les recommandations et décisions issues de la procédure initiale restent "exécutoires" jusqu'à ce que le "problème ait été entièrement réglé" (c'est-à-dire jusqu'à ce que la mise en conformité ait été réalisée). Même s'il s'agit d'une affirmation générale exacte, comme il a été expliqué plus haut, les constatations du Groupe spécial initial ne résolvent toujours pas, dans ces circonstances, les questions essentielles dont nous sommes saisis, à savoir les questions relatives à la mise en conformité qui découlent des recommandations et décisions résultant du rapport du Groupe spécial initial.

¹⁷⁸ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 de l'Arbitre, paragraphe 18. (italique dans l'original)

¹⁷⁹ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 44 de l'Arbitre, paragraphes 40 à 42.

¹⁸⁰ Nous reconnaissons que les États-Unis évoquent la possibilité qu'un accord entre les parties puisse suffire pour satisfaire aux conditions pertinentes imposées par l'article 7.9 de l'Accord SMC. Nous n'excluons pas la possibilité que des accords des parties (ou peut-être même l'absence de désaccords) en ce qui concerne des questions relatives à la mise en conformité puissent être pris en compte par un arbitre. Toutefois, il n'existe en l'espèce aucun accord en ce qui concerne le point de savoir si les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 causent des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre. En outre, dans la procédure de mise en conformité, les parties ont vigoureusement contesté le point de savoir si les États-Unis s'étaient mis en conformité en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 en éliminant les effets défavorables pertinents avant la fin de la période de mise en œuvre. Cette possibilité est donc sans intérêt pour les fins qui nous occupent.

façon analogue la possibilité générale qu'un arbitre puisse examiner des questions relatives à la mise en conformité.

6.43. Notre mandat au titre de l'article 7.10 ne dit rien quant à la détermination de la situation d'un défendeur au regard de la mise en conformité, détermination qui implique, en l'espèce, d'évaluer si les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 causent des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Nous considérons donc que nous ne sommes pas tenus d'examiner cette question de mise en conformité. Nous considérons en outre que nous n'avons pas besoin de déterminer si un arbitre agissant au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC a le pouvoir discrétionnaire d'effectuer des examens de ce type relatifs à la mise en conformité, parce que même si nous avions ce pouvoir¹⁸¹, nous nous abstiendrions de l'exercer dans les circonstances de l'espèce. Premièrement, nous notons que l'examen de questions de mise en conformité ferait l'amalgame entre notre rôle et celui d'un groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord.¹⁸² Par ailleurs, les procédures d'arbitrage sont censées se dérouler selon un calendrier accéléré et l'examen des questions de mise en conformité pertinentes entraînerait, selon notre estimation, des retards importants et inévitables.¹⁸³ À cet égard, le Groupe spécial de la mise en conformité a mené de longues et complexes analyses pour faire des déterminations concernant les effets des subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007. Il nous apparaît clairement que nous aurions également besoin de mener des analyses factuelles complexes si nous devions examiner cette question relative à la mise en conformité.¹⁸⁴ Nous considérons que cela obligerait à demander aux deux parties d'exposer leurs vues sur cette question, à leur demander un complément d'information et à leur poser des questions, en plus de rédiger les constatations pertinentes.¹⁸⁵

¹⁸¹ Il convient de rappeler que le mandat de l'Arbitre consiste à évaluer "l'existence aura été déterminée". Des arbitres antérieurs ont interprété ce membre de phrase comme désignant les effets défavorables identifiés par des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel. (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 5.5 (mentionnant, entre autres, la décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphes 4.49 et 4.50))

¹⁸² Voir, par exemple, les décisions de l'Arbitre dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.65 ("{S}i 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."); et dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.52 ("L'arbitre note que l'existence de l'article 21:5 en tant que disposition distincte donne à penser que, d'une manière générale, les questions de mise en conformité devraient être traitées séparément de l'évaluation du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages, par un groupe spécial de la mise en conformité."). Un des premiers arbitres, agissant au titre de l'article 22:7 du Mémoire d'accord et en l'absence de procédure de mise en conformité antérieure, a bien examiné des questions relatives à la mise en conformité, apparemment contraint de le faire par des instructions spéciales lui ayant été adressées par l'ORD et par le besoin ressenti de déterminer l'"équivalence" entre le niveau proposé de suspension et "l'annulation et la réduction d'avantages" causés par le manquement allégué du défendeur à l'obligation de se mettre en conformité dans le délai nécessaire. (Décision de l'Arbitre *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, section IV et paragraphe 4.15 (indiquant que l'approche de l'Arbitre était liée aux "circonstances spéciales de l'espèce")) Nous ne voyons pas de "circonstances spéciales" semblables dans la présente procédure.

¹⁸³ Voir la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 6.65 (expliquant qu'"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").

¹⁸⁴ Sur la base des arguments présentés par les parties dans la procédure de mise en conformité et la présente procédure, le règlement de cette question dépendrait probablement de la détermination de la mesure précise dans laquelle les effets d'accélération des subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 avaient eu une incidence non seulement sur le moment du lancement du 787, mais aussi sur le moment de sa première livraisons. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.415) L'Union européenne allègue en outre que les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 ont également affecté la présence sur le marché du 777X et du 737 MAX. (Union européenne, communication écrite, paragraphe 359)

¹⁸⁵ Dans la présente procédure, l'Union européenne a présenté ses communications faisant partie de la procédure de mise en conformité et a aussi offert de présenter ses pièces afférentes à cette procédure. Nous relevons que ces communications sont de nature argumentative. En outre, ces communications et pièces se rapportent à la période de référence allant de septembre 2012 à septembre 2015. Si nous devions traiter la question de la mise en conformité, il n'est pas certain que nous examinerions uniquement la même période de référence, examinant en substance un renvoi de la première procédure de mise en conformité. Il apparaît plutôt que la prise en considération d'une période de référence actualisée serait plus compatible avec le rôle d'un organe juridictionnel de la mise en conformité. (Voir le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1443 (expliquant qu'"{i}l est

6.44. Nous notons en outre que, dans la présente procédure, aucune partie n'a exprimé son plein soutien pour que l'Arbitre détermine les effets des subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 pendant la période postérieure à la mise en œuvre dans les circonstances de l'espèce. Nous rappelons spécifiquement que l'Union européenne a indiqué qu'"elle} considér{ait} que l'{Arbitre} ne devrait pas s'engager sur la voie de l'établissement de sa propre détermination de l'existence d'effets défavorables".¹⁸⁶ Elle a en outre indiqué qu'"elle} n'{était} pas d'avis que, dans les circonstances procédurales de l'espèce, l'{Arbitre} {était} chargé, *ou même en droit*, de faire une détermination concernant le *point de savoir si* les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 caus{aient} des effets défavorables"¹⁸⁷, et que même si l'Arbitre examinait effectivement cette question, l'Union européenne affirmait que cela "ne pourrait pas entraîner un retard dans la présente procédure"¹⁸⁸ (ce qui, comme il a été indiqué, est impossible dans la pratique). Les États-Unis ont également indiqué qu'ils jugeaient inapproprié que l'Arbitre examine cette question de mise en conformité dans les circonstances de l'espèce.¹⁸⁹

6.45. Enfin, nous jugeons pertinent qu'en l'espèce, conformément à l'accord sur la chronologie conclu par les parties, une procédure de mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord a été menée à bien. Dans cette procédure de mise en conformité, l'Union européenne a tenté, mais sans finalement y parvenir, d'établir que les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 causaient des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Par conséquent, l'Union européenne n'a pas réussi à établir le bien-fondé de sa thèse voulant que les États-Unis ne se soient pas conformés aux recommandations et décisions de l'ORD en ce qui concerne ces subventions.

6.46. En résumé, nous constatons que nous ne sommes pas tenus selon les termes de l'article 7.10 de déterminer si les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 causent des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Même si l'article 7.10 nous donnait le pouvoir discrétionnaire de le faire, nous nous abstiendrions d'exercer ce pouvoir au vu, selon notre estimation, de l'ensemble de circonstances impérieuses indiquées plus haut.¹⁹⁰

bien établi qu'un groupe spécial chargé d'examiner le bien-fondé d'allégations formulées au titre de l'article 6.3 a), b) et c) de l'Accord SMC doit s'efforcer avant tout de déterminer dans quelle mesure les subventions contestées sont une cause "réelle et substantielle" de préjudice grave *actuellement*"). (italique dans l'original) Si l'Arbitre devait examiner la mise en conformité *actuelle*, il pourrait aussi devoir examiner si les États-Unis ont maintenant "retir{é}" les subventions au sens de l'article 7.8. Cet examen pourrait aussi nécessiter: a) une détermination sur le point de savoir si ces subventions avaient cessé d'exister (voir le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 5.383 et 6.11.a (expliquant que l'obligation de "prendre{e} des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables ou {de} retirer{ } la subvention" concerne uniquement les subventions qui continuent d'être accordées ou maintenues par le Membre mettant en œuvre à la fin de la période de mise en œuvre, et qu'un Membre ne peut pas être tenu de retirer une subvention qui a cessé d'exister)) et/ou b) l'examen de toutes "mesures {alléguées} prises pour se conformer" au sens de l'article 21:5 du Mémoire d'accord. (Voir les 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.)

¹⁸⁶ Union européenne, communication écrite, paragraphe 357.

¹⁸⁷ Union européenne, réponse à la question n° 5 de l'Arbitre, paragraphe 32. (premier italique ajouté)

¹⁸⁸ Voir, par exemple, Union européenne, déclaration liminaire, paragraphe 137. Nous notons l'idée de l'Union européenne selon laquelle l'Arbitre pourrait examiner cette question relative à la mise en conformité et éviter des retards considérables dans la procédure. À son avis, cela tient au fait que les États-Unis n'ont pas examiné l'argumentation ou les éléments de preuve qu'elle avait présentés en ce qui concerne cet examen relatif à la mise en conformité. Ainsi, l'Union européenne affirme que l'Arbitre "plaiderait la cause" des États-Unis s'il devait s'abstenir de constater que l'Union européenne a démontré, dans le présent arbitrage, la non-mise en conformité des États-Unis après la période de mise en œuvre en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007. Nous notons, cependant, que nous jugerions inapproprié d'accepter simplement les arguments de l'Union européenne à ce sujet sans étudier plus avant et de manière approfondie la question de la mise en conformité avec les parties. Comme il a été noté, l'examen de questions de mise en conformité n'est pas spécifié dans notre mandat. Nous ne pouvons donc pas supposer que les États-Unis auraient dû examiner l'argumentation relative à la mise en conformité sans que nous les y incitions. Par conséquent, nous ne pensons pas que l'approche suggérée par l'Union européenne pourrait éviter des retards importants dans la présente procédure.

¹⁸⁹ États-Unis, réponse aux questions de l'Arbitre n° 4, paragraphe 29, et n° 44, paragraphe 13.

¹⁹⁰ Nous ne déterminons pas, et n'avons pas besoin de déterminer, si les effets défavorables dont l'existence a été constatée dans une procédure initiale peuvent servir d'éléments de preuve concernant "{l}es effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" dans un arbitrage ultérieur.

6.4.1.3 Conclusion

6.47. Compte tenu de ce qui précède, nous nous abstenons d'évaluer les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 parce que nous ne voyons aucune raison de conclure que ces effets défavorables sont, ou représentent d'une certaine manière, des effets défavorables causés pendant la période postérieure à la mise en œuvre par une subvention pour laquelle un défendeur ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions de l'ORD.¹⁹¹ Les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006 ne relèvent donc pas de ce qui constitue "{l}es effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" aux fins de la présente procédure spécifique.

6.4.2 Structure des contre-mesures en ce qui concerne les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington postérieurs à la mise en œuvre

6.48. Comme il a été indiqué précédemment, l'Union européenne propose des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle fondée sur les effets défavorables dont l'existence a été déterminée au cours d'une période antérieure, celle-ci étant, d'une manière pertinente pour les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en œuvre, la période de référence utilisée par le Groupe spécial de la mise en conformité pour déterminer l'existence d'effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Les États-Unis souscrivent à cette forme proposée de contre-mesures.

6.49. Dans la procédure d'arbitrage dans l'affaire DS316, 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 annuelle sur la base de la valeur des effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité dans ce différend (décembre 2011-2013) avait été déterminée.¹⁹²

6.50. L'Arbitre dans l'affaire DS316 a expliqué, entre autres choses, que les constatations issues de la procédure de mise en conformité dans ce différend étaient que les AL/FEM pour les programmes relatifs à l'A380 et à l'A350XWB avaient causé des effets défavorables sous la forme de pertes notables de ventes 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. Il a conclu qu'il était compatible avec son mandat au titre de l'article 7.10 de déterminer le niveau maximal des contre-mesures sur la base des cas de pertes de ventes et d'entrave dont l'existence pendant la période de référence examinée par le Groupe spécial de la mise en conformité avait été déterminée et de considérer que "{c'étaient} les "effets défavorables dont l'existence {avait} été déterminée" aux fins de cette procédure.¹⁹³ Par ailleurs, l'Arbitre dans l'affaire DS316 a considéré que, en vertu de l'Accord SMC et du Mémoire d'accord, le niveau maximal des contre-mesures ou de la suspension de concessions pouvant être autorisé pouvait être fonction des effets des mesures pertinentes pendant une période de référence antérieure. Toutefois, le maintien d'une suspension de concessions à ce niveau maximal était subordonné, non pas aux effets persistants des mesures pertinentes, mais au fait que la partie défenderesse continuait de ne pas se mettre en conformité.¹⁹⁴ Par conséquent, il a conclu qu'il était 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 temporellement circonscrite

¹⁹¹ Nous soulignons que, en faisant cette constatation, nous ne formulons aucune hypothèse concernant le point de savoir si les États-Unis se sont conformés ou non aux recommandations et décisions pertinentes de l'ORD (et de manière connexe, sur le point de savoir si les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 causent des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre). Nous notons aussi que, puisque nous n'abordons pas la question de la mise en conformité, nous ne "plaid{ons} la cause" d'aucune des deux parties en ce qui concerne cette question. (Voir Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 44 de l'Arbitre, paragraphe 50 c).)

¹⁹² Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.31.

¹⁹³ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.44.

¹⁹⁴ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.46 à 6.60. Pour une analyse plus détaillée de cette question, voir la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, annexe C-1, Communication de l'Arbitre – Décision préliminaire (conclusion).

examinée par le Groupe spécial de la mise en conformité avait été déterminée et d'accorder des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle.¹⁹⁵

6.51. Nous souscrivons à l'analyse et au raisonnement de l'Arbitre dans l'affaire DS316 à cet égard.¹⁹⁶ Dans la présente procédure, les deux parties préconisent aussi que nous évaluions les effets défavorables dont l'existence a été déterminée sur la base d'une période de référence antérieure et que nous utilisions la valeur annualisée de ces effets défavorables en tant que niveau maximal de la suspension annuelle.¹⁹⁷ Plus haut dans la section 6.4.1, nous avons expliqué pourquoi nous nous abstenons d'évaluer les effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006. Notre évaluation des "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" dans la présente procédure concerne donc les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington postérieurs à la mise en œuvre.

6.4.3 Période de référence pour les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington postérieurs à la mise en œuvre

6.52. Dans la présente section, nous examinons une question de fait concernant la période temporelle sur laquelle le Groupe spécial de la mise en conformité a évalué l'existence d'effets défavorables causés par la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington (appelée "période de référence"). Le règlement de cette question est pertinent pour la tâche qui nous incombe d'évaluer le niveau de contre-mesures proposé parce que les deux parties conviennent, comme c'est notre cas, que la valeur des effets défavorables doit être *annualisée* pour concevoir un niveau "proportionnel" de suspension *annuelle*. La longueur de la période de référence correspond à la période sur laquelle les deux parties conviennent qu'au moins certains des effets défavorables dont l'existence a été déterminée devraient être annualisés (voir plus loin les sections 6.4.5, 6.4.5.1, 6.4.7.3 et 6.4.8.2).

6.53. L'Union européenne fait valoir que la période de référence utilisée par le Groupe spécial de la mise en conformité pour déterminer l'existence des effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington postérieurs à la mise en œuvre était une période de 33 mois allant de janvier 2013 à septembre 2015. Elle considère que, bien que le délai raisonnable pour la mise en œuvre au titre de l'article 7.9 (que nous appellerons d'une manière générale la "période de mise en œuvre") soit arrivé à expiration le 23 septembre 2012, le Groupe spécial de la mise en conformité a adopté une période de référence qui a commencé en janvier 2013. Elle fonde cet argument sur la déclaration du Groupe spécial de la mise en conformité figurant dans la note de bas de page 3368 de son rapport (faisant référence à une "période de référence de 2013-2015").¹⁹⁸ Elle mentionne également des références semblables de l'Organe d'appel à une "période de référence 2013-2015".¹⁹⁹

6.54. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial de la mise en conformité a évalué l'existence d'effets défavorables sur une période de 36 mois qui a commencé à l'expiration de la période de mise en œuvre en septembre 2012 et s'est poursuivie jusqu'en septembre 2015. Ils considèrent que la référence par le Groupe spécial de la mise en conformité dans la note de bas de page 3368 de son rapport à une "période de référence de 2013-2015" est un "raccourci approximatif utile" pour

¹⁹⁵ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.76.

¹⁹⁶ Cette analyse et ce raisonnement sont également compatibles avec le raisonnement sous-tendant la décision de l'Arbitre de déclinier la demande des États-Unis visant à être autorisés à déposer une communication additionnelle concernant la prétendue élimination de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington au 1^{er} avril 2020. (Voir la décision de l'Arbitre concernant la demande des États-Unis visant à être autorisés à déposer une communication additionnelle concernant les implications de la prétendue élimination de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington sur le niveau autorisé des contre-mesures, datée du 17 juin 2020, annexe C-7.)

¹⁹⁷ Nous notons en outre, comme l'a fait l'Arbitre dans l'affaire DS316, que "{n}ous 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. (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, note de bas de page 188)

¹⁹⁸ Voir Union européenne, communication écrite, paragraphe 153.

¹⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 5.480, 5.494 et 5.497 et note de bas de page 1117 y relative.

désigner la période postérieure à la mise en œuvre.²⁰⁰ De plus, ils font valoir que les références par le Groupe spécial de la mise en conformité ailleurs dans son rapport à la "période postérieure à la mise en œuvre" appuient leur position selon laquelle le Groupe spécial de la mise en conformité a considéré que la période de référence postérieure à la mise en œuvre était la période postérieure au 23 septembre 2012.²⁰¹

6.55. L'Arbitre note que, hormis la référence unique dans la note de bas de page 3368 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité à une "période de référence de 2013-2015", ce dernier n'utilise pas le concept de période de référence dans son analyse ou ses constatations. Le Groupe spécial de la mise en conformité ne définit pas non plus cette période.²⁰² En fait, il fait constamment référence tout au long de son analyse à la "période postérieure à la mise en œuvre".²⁰³ La période postérieure à la mise en œuvre à laquelle il fait référence a commencé le 24 septembre 2012 parce qu'il s'agit du jour suivant l'expiration de la période de mise en œuvre.²⁰⁴

6.56. La question est donc de savoir si le Groupe spécial de la mise en conformité, pour ce qui est de déterminer si l'Union européenne avait démontré que les subventions non retirées causaient des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre, a néanmoins examiné l'existence de ces effets défavorables pendant une période qui a commencé seulement en janvier 2013 et non à partir de l'expiration de la période de mise en œuvre en septembre 2012.

6.57. Comme nous l'expliquons plus en détail plus loin, nous ne voyons rien dans les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité qui donne à penser que l'examen par ce dernier de l'existence des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre se limitait à une période qui avait commencé en janvier 2013 seulement, par opposition à septembre 2012.

6.58. En tant que contexte, dans sa première communication écrite dans la procédure de mise en conformité, l'Union européenne avait présenté des éléments de preuve concernant des pertes de ventes, un détournement et une entrave visant des importations et des exportations ainsi qu'un empêchement de hausses de prix allégués, sur la base de campagnes de vente qui avaient eu lieu pendant la période 2007-2012.²⁰⁵ En septembre 2015, le Groupe spécial de la mise en conformité a demandé à l'Union européenne d'actualiser les renseignements sur lesquels elle s'appuyait pour démontrer ses allégations d'effets défavorables afin d'inclure 2013 et 2014 et, dans la mesure du possible, la partie de 2015 écoulée.²⁰⁶ L'Union européenne a présenté ces renseignements, qui incluaient les résultats des campagnes de vente de LCA depuis septembre 2012 qui étaient selon

²⁰⁰ États-Unis, communication écrite, paragraphe 109. Les États-Unis font valoir en outre que la période 2013-2015 mentionnée dans la note de bas de page 3368 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité est également une période 36 mois. (États-Unis, communication écrite, paragraphe 110)

²⁰¹ États-Unis, réponse à la question n° 37 de l'Arbitre, paragraphe 117 (faisant référence au paragraphe 9.37 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité). Comme il est noté plus haut au paragraphe 6.9, les États-Unis proposent que les effets défavorables liés à la réduction du taux de l'impôt B&O postérieurs à la mise en conformité soient tous évalués en tant que pertes de ventes et que la valeur totale soit annualisée, non pas sur la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité, mais sur la période de 105 mois sur laquelle ces ventes ont eu lieu.

²⁰² L'Union européenne a employé l'expression "période de référence" dans son argumentation devant le Groupe spécial de la mise en conformité, et en réponse à une question du Groupe spécial, elle a précisé que la période de référence, afin de déterminer si l'une quelconque des subventions non retirées causait actuellement des effets défavorables, était la période écoulée depuis la fin de la période de mise en œuvre. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.97)

²⁰³ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.13 à 9.15, 9.89, 9.107, 9.108, 9.109, 9.117, 9.122, 9.336, 9.342, 9.376, 9.402, 9.407, 9.426, 9.427, et note de bas de page 3362 y relative, 9.438, 9.444 et 9.467, tableau 12, et notes de bas de page 3335 et 3380. Les constatations de l'Organe d'appel font également référence à l'existence d'effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre, et non pendant une "période de référence". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 6.13)

²⁰⁴ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.101.

²⁰⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.98 et 9.99.

²⁰⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.103.

elle des pertes notables de ventes additionnelles, ainsi que des données relatives aux commandes et aux livraisons fondées sur les renseignements dont elle disposait en septembre 2015.²⁰⁷

6.59. Le Groupe spécial de la mise en conformité a examiné tous les renseignements concernant les campagnes de vente de monocouloirs ayant eu lieu entre 2007 et 2015 que l'Union européenne avait présentés en tant qu'éléments de preuve concernant les effets défavorables des subventions.²⁰⁸ Dans la section 9.2.4 de son rapport²⁰⁹, le Groupe spécial de la mise en conformité a expliqué que ses conclusions sur le point de savoir si l'Union européenne avait démontré que l'une quelconque ou la totalité des subventions des États-Unis que ceux-ci n'avaient pas retirées, au sens de l'article 7.8, causaient des effets défavorables, "seraient centrées sur les données relatives au préjudice grave présentées par les parties pour la période postérieure à la mise en œuvre, car c'était seulement par rapport aux effets dont l'existence aurait été constatée pendant cette période qu'il pourrait être constaté que les États-Unis avaient manqué à leur obligation au titre de l'article 7.8 de prendre des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables".²¹⁰ Le Groupe spécial de la mise en conformité a donc indiqué que ses constatations d'effets défavorables concernaient des effets défavorables dont l'existence à un certain moment après le 23 septembre 2011 a été démontrée.

6.60. Parmi les campagnes de vente de monocouloirs, le Groupe spécial de la mise en conformité en a identifié cinq pendant la période 2007-2015 dans lesquelles le résultat de la campagne avait dépendu des prix offerts par Airbus et Boeing et non d'autres facteurs.²¹¹ Aucune campagne de vente "sensible aux prix" de ce type n'avait été identifiée pour 2012, y compris pour le dernier trimestre de 2012.²¹² Toutefois, le fait que la première campagne de vente sensible aux prix ayant été identifiée par le Groupe spécial de la mise en conformité pendant la période postérieure à la mise en œuvre avait eu lieu en 2013 seulement (et non pendant le dernier trimestre de 2012) ne signifie pas que le Groupe spécial de la mise en conformité a déterminé l'existence des effets défavorables à partir de janvier 2013 seulement plutôt qu'à partir de l'expiration de la période de mise en œuvre en septembre 2012. Cela ne signifie pas non plus que le Groupe spécial de la mise en conformité a déterminé si les États-Unis s'étaient acquittés de leur obligation au titre de l'article 7.8 de l'Accord SMC à partir de janvier 2013 seulement. Cela serait en contradiction avec les nombreux endroits dans le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité où les constatations sont formulées expressément du point de vue des effets défavorables dont l'existence pendant la période postérieure à la mise en œuvre a été constatée, sans réserve.

6.61. Nous concluons donc que la période sur laquelle le Groupe spécial de la mise en conformité a examiné l'existence d'effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre a commencé au début de cette période (septembre 2012) et s'est poursuivie jusqu'à la date à laquelle les dernières données pertinentes relatives aux campagnes de vente, commandes et livraisons ont été communiquées, soit septembre 2015. Par conséquent, nous considérons que la période sur laquelle le Groupe spécial de la mise en conformité a déterminé l'existence d'effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre est la période de 36 mois allant de septembre 2012 à septembre 2015. Dans la suite de la présente décision, nous appellerons cette période de 36 mois la "période de référence".

²⁰⁷ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), note de bas de page 3274 (pièce EU-1568), note de bas de page 3303 (pièce EU-1658) et note de bas de page 3369 (pièces EU-1660 et EU-1659).

²⁰⁸ Voir les tableaux 9 et 10 pour les campagnes de vente de bicouloirs (rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.244) et le tableau 12 pour les campagnes de vente de monocouloirs (rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.381).

²⁰⁹ Cette section du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité s'intitule "Période pertinente sur laquelle évaluer si l'Union européenne a démontré que les États-Unis n'avaient pas pris de mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables".

²¹⁰ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.107. (pas d'italique dans l'original)

²¹¹ Ces cinq campagnes de vente étaient les suivantes: Fly Dubai 2008, Delta Airlines 2011, Air Canada 2013, Icelandair 2013 et Fly Dubai 2014. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphes 9.378 à 9.385)

²¹² Par ailleurs, il apparaissait que l'Union européenne avait présenté au moins une campagne de vente dans le cadre de laquelle la commande avait été passée pendant le quatrième trimestre de 2012 (US – Large Civil Aircraft (21.5 – EU), EU First Written Submission, 28 March 2013, (pièce EU-51 (RCES)), paragraphe 1694).

6.4.4 Prise en considération d'événements se produisant après la période de référence

6.62. Nous rappelons 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 {a} été déterminée", ce qui, dans la présente procédure, correspond à la valeur des pertes de ventes et de la menace d'entrave identifiées. Une question qui se pose dans ce contexte est celle de savoir si des éléments de preuve concernant des événements se rapportant à ces pertes de ventes et à cette entrave à l'état de menace qui se sont produits *après* la période de référence et, par conséquent, n'étaient pas à la disposition des organes juridictionnels de la mise en conformité, peuvent être pris en compte pour la détermination de la valeur de ces effets défavorables. Nous notons que les deux parties ont pris en compte des événements qui se sont produits après la période de référence pour déterminer la valeur des effets défavorables et qu'il apparaît donc qu'elles conviennent implicitement que l'Arbitre devrait tenir compte des renseignements les plus récents relatifs aux pertes de ventes et à l'entrave à l'état de menace pour déterminer la valeur de ces effets défavorables.²¹³

6.63. Nous observons qu'il n'y a aucun obstacle juridique dans l'Accord SMC ou le Mémoire d'accord à la prise en considération par l'Arbitre de faits qui ne figuraient pas dans le dossier d'une procédure menée antérieurement dans le présent différend. En outre, comme l'Arbitre dans l'affaire DS316 l'a noté, du fait que l'enjeu d'une procédure d'arbitrage est différent de celui d'une procédure initiale ou d'une procédure de mise en conformité, les renseignements factuels qui sont versés au dossier de l'arbitre pourraient différer des renseignements factuels qui font partie des dossiers des éléments de preuve des procédures initiales ou de mise en conformité antérieures.²¹⁴ Par conséquent, il n'y a aucune raison de ne pas prendre en compte certains renseignements dans l'exercice d'évaluation de l'arbitre uniquement parce qu'ils n'étaient pas à la disposition des organes juridictionnels antérieurs dans cette procédure.

6.64. Nous ne voyons non plus aucune façon dont la prise en considération d'événements qui se sont produits après la période de référence modifie d'une quelconque manière les constatations quelles qu'elles soient du Groupe spécial de la mise en conformité concernant des pertes notables de ventes ou une entrave à l'état de menace. À notre avis, les faits relatifs à des événements qui se seraient produits après que la commande de LCA pertinente a été passée (que cette commande ait constitué le fondement de la constatation de pertes notables de vente ou de celle de menace d'entrave), y compris les faits survenus après la période de référence (par exemple l'annulation d'une livraison) pourraient avoir une incidence sur la valeur finale tirée par Airbus de ses commandes et livraisons contrefactuelles.²¹⁵ Par conséquent, s'il y a des éléments de preuve versés au dossier indiquant que la valeur finale tirée d'une commande ou d'une livraison contrefactuelle aurait été affectée par un événement ultérieur, nous jugeons approprié de prendre en considération ces éléments de preuve pour déterminer la valeur de la perte de vente ou de la livraison entravée à l'état de menace identifiées. De fait, comme l'Arbitre dans l'affaire DS316 l'a reconnu, la non-prise

²¹³ L'Union européenne a, par exemple, produit des éléments de preuve montrant qu'une livraison associée à la campagne de vente de Fly Dubai de 2014 avait été annulée en raison de décisions et d'actions propres à la compagnie aérienne et postérieures à la commande, de sorte que cette livraison devrait être évaluée à zéro. (Union européenne, communication écrite, paragraphe 216; et réponse à la question n° 61 de l'Arbitre, paragraphe 157. Voir aussi Union européenne, note méthodologique, note de bas de page 16 (notant que "la quantification de l'UE s'appuie sur les données les plus récentes".) Les États-Unis ont également tenu compte de l'annulation d'une livraison associée à la campagne de vente de Fly Dubai de 2014 pour calculer la valeur de cette perte de vente. (Expected Value of the 2014 Fly Dubai Lost Sale in Order Year Dollars (révision) (pièce USA-59 (RCES))) De plus, les États-Unis ont ajusté leur calcul de la perte de la vente à [[***]] pour tenir compte d'une [[***]] associée à cette campagne de vente. (États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 85 de l'Arbitre, paragraphe 214; et Expected Value of the [[***]] Lost Sale in Order Year Dollars (révision) (pièce USA-104 (RCES)))

²¹⁴ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.209.

²¹⁵ 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); et la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.105 (notant que "{d}es faits nouveaux postérieurs aux commandes peuvent influencer sur la valeur finale qu'un constructeur de LCA tire d'une commande de LCA. Ces faits nouveaux comprennent les annulations, les retards de livraison, voire même la renégociation des modalités de la vente. Ces facteurs peuvent entrer en ligne de compte au moment d'évaluer la valeur finale que {le constructeur de LCA} aurait obtenue {s'il} avait remporté les ventes perdues").

en compte de ces éléments de preuve pourrait entraîner l'octroi de contre-mesures à la partie plaignante en réponse à une quantité d'effets défavorables dont l'existence aurait été déterminée et qu'elle n'aurait pas subis dans le contrefactuel, et ne serait pas conforme à l'article 7.10.²¹⁶

6.65. Enfin, nous soulignons que, dans la mesure où nous tenons compte d'éléments de preuve qui n'étaient pas disponibles pendant la période de référence, nous le faisons pour donner une valeur aussi exacte qu'il est raisonnablement possible aux effets défavorables identifiés dans la procédure de mise en conformité, et non pour modifier des effets défavorables dont l'existence a déjà été constatée dans la procédure de mise en conformité ou 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 a été déterminée et nous aident par conséquent à déterminer un niveau de contre-mesures qui est proportionnel au degré et à la nature de ces effets défavorables.

6.4.5 Questions conceptuelles concernant les évaluations des pertes notables de ventes et de la menace d'entrave

6.66. Nous examinons ensuite certaines questions conceptuelles soulevées par la méthode proposée par l'Union européenne. Ce faisant, nous examinons en premier lieu le concept d'annualisation, un outil dont les deux parties conviennent qu'il doit être utilisé pour la détermination d'un niveau maximal de suspension annuelle proportionnel au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée. En deuxième et troisième lieux, nous examinons si les méthodes générales proposées par l'Union européenne pour l'évaluation des constatations de pertes notables de ventes et de menace d'entrave sont compatibles avec notre mandat.

6.4.5.1 Annualisation

6.67. Il est rappelé que plus haut, dans la section 6.4.2, nous avons fait droit à la demande de l'Union européenne visant à ce que les contre-mesures soient structurées sous la forme d'une suspension annuelle, c'est-à-dire au moyen de la fixation d'un niveau maximal de contre-mesures que l'Union européenne pourra appliquer annuellement jusqu'à ce que l'autorisation de prendre ces contre-mesures devienne caduque. Les États-Unis ne se sont pas opposés à l'octroi de contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle, et les deux parties calculent des niveaux de contre-mesures proposés en ayant cette structure à l'esprit. Dans ce contexte, les deux parties conviennent que le niveau maximal de la suspension annuelle n'est pas la valeur agrégée totale des effets défavorables dont l'existence a été déterminée mais, plutôt, leur valeur *annualisée* (c'est-à-dire la valeur des effets défavorables dont l'existence a été déterminée divisée par le nombre de mois pertinent et multipliée par 12). Toutefois, comme cela sera expliqué dans des sections ultérieures, les parties sont en désaccord sur la période sur laquelle il conviendrait d'annualiser la valeur de certains effets défavorables. Nous jugeons donc approprié à ce stade de clarifier notre interprétation de l'annualisation, ce qui nous aidera à choisir des périodes d'annualisation appropriées dans les sections suivantes.

6.68. Notre interprétation de la fonction, et du caractère approprié, de l'annualisation découle de notre mandat. L'article 7.10 de l'Accord SMC prescrit que le niveau des contre-mesures soit *proportionnel au degré et à la nature* des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée. Le terme "proportionnel" indique un "rapport de correspondance et de proportionnalité entre les deux éléments", qui peut être "qualitati[f] aussi bien que quantitati[f]".²¹⁷ Il est rappelé en outre que le but des contre-mesures est d'inciter à la mise en conformité et, plus concrètement, de permettre au Membre plaignant d'infliger un tort économique au défendeur pour l'inciter à se mettre en conformité. Par conséquent, nous observons qu'en vertu de notre mandat, il devrait y avoir un "rapport de correspondance et de proportionnalité" entre le niveau maximal de la suspension annuelle et la valeur *annualisée* des effets défavorables dont l'existence a été déterminée. En d'autres termes, le niveau maximal de la suspension annuelle devrait être "proportionnel à"

²¹⁶ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.214. Pour la même raison, nous estimons que la non-prise en compte de ces éléments de preuve pourrait dans certains cas entraîner l'octroi à la partie plaignante de contre-mesures ne couvrant pas la totalité du tort économique résultant des effets défavorables dont l'existence a été constatée.

²¹⁷ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 5.4. (guillemets internes et référence omis)

l'incidence économique sur un an des effets défavorables dont l'existence a été déterminée, telle qu'elle aura été évaluée par l'Arbitre.

6.69. Nous notons que cette approche est conforme à la pratique des arbitres antérieurs. En particulier, les arbitres qui ont établi des niveaux maximaux de suspension annuelle l'ont fait par référence à la période sur laquelle les effets économiques pertinents des mesures évaluées se produisaient, y compris les deux Arbitres antérieurs agissant au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC.²¹⁸

6.70. Nous concluons par conséquent que, dans la présente procédure, le choix d'une période d'annualisation appropriée devrait être fait par référence à une période sur laquelle le tort économique mesuré s'est produit.

6.4.5.2 Pertes de ventes

6.71. Comme il a été indiqué précédemment, l'Union européenne propose d'évaluer les pertes notables de ventes de LCA monocouloirs qui ont eu lieu pendant la période postérieure à la mise en œuvre, c'est-à-dire les pertes des ventes à Air Canada en 2013, à Icelandair en 2013 et à Fly Dubai en 2014, en actualisant à la date de la commande de LCA pertinente les prix nets à la date de livraison du nombre total de LCA d'Airbus qui auraient été livrés dans le contrefactuel si Airbus avait obtenu la commande. Après avoir exprimé les valeurs actualisées en dollars EU de 2015, elle annualise ensuite ces évaluations sur la période de 33 mois qui constitue, selon elle, la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité.²¹⁹

6.72. Le prix net à la date de livraison d'un LCA s'entend généralement du prix que le client paie en fin de compte au moment où il prend livraison de l'aéronef. Il représente le prix net de l'aéronef convenu entre le client et le constructeur de LCA à la date de l'accord d'achat. Le prix net de l'aéronef est le prix que le client paierait s'il devait prendre livraison de l'aéronef à la date à laquelle il le commande. Le prix net à la date de livraison est le prix net de l'aéronef ajusté compte tenu des augmentations des coûts de la main-d'œuvre et du matériel au moyen de formules de révision négociées. Cet ajustement est nécessaire étant donné que la livraison effective a lieu un certain temps après la date de la commande (dans certains cas, plusieurs années).²²⁰

6.73. Nous rappelons que, comme dans la procédure DS316, l'existence des pertes de ventes a été déterminée à la fois dans la procédure initiale et dans la procédure de mise en conformité sur la base du fait qu'une perte de vente de LCA a lieu au moment de la commande des LCA.²²¹ L'évaluation d'une perte de vente au moment de la commande est la valeur pour le constructeur de LCA des flux de trésorerie futurs attendus de la livraison ultérieure de tous les LCA que ce constructeur aurait livrés s'il avait obtenu la commande. En l'espèce, les pertes notables de ventes qui ont eu lieu pendant la période de référence concernaient des commandes fermes de 163 LCA monocouloirs de Boeing qui devaient être livrés à un horizon temporel allant au-delà de la période de référence.

²¹⁸ Décisions des Arbitres *États-Unis – Méthodes antidumping (Chine)* (article 22:6 – États-Unis); *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE); *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); *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). Voir aussi la procédure *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – Brésil), dans laquelle, 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)

²¹⁹ Voir plus haut la section 6.1.

²²⁰ Voir les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), notes de bas de page 2723 et 3383; et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1719 et note de bas de page 5199.

²²¹ Voir les rapports 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 pouvait être identifiée à l'aide des "seules données relatives aux commandes"); *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{aient}" les pertes de ventes); *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 1230; et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1217 (notant qu'"une évaluation des pertes de ventes axée sur un examen de campagnes de vente spécifiques {pouvait} être appropriée").

Toutefois, parce qu'une perte de vente a lieu au moment de la commande, l'évaluation d'une perte de vente ayant eu lieu pendant la période de référence est l'évaluation, au moment de la commande, des flux de trésorerie futurs qu'Airbus attendait des livraisons de tous les LCA qui faisaient partie de la vente perdue, livraisons qu'elle aurait effectuées si elle avait remporté la vente. Nous observons en outre que le Groupe spécial de la mise en conformité a identifié la survenue des pertes de ventes pertinentes (c'est-à-dire les événements économiques que nous évaluons dans le présent contexte) pendant la période postérieure à la mise en œuvre sur une période temporelle particulière, à savoir la période de référence.²²²

6.74. Nous estimons donc que la méthode générale utilisée par l'Union européenne pour évaluer les pertes notables de ventes en l'espèce, c'est-à-dire l'actualisation à la date de la commande des prix nets à la date de livraison de tous les LCA d'Airbus qui auraient été livrés dans le contrefactuel pour chaque perte de vente, puis l'annualisation de ces valeurs sur la période de référence, est compatible avec notre mandat. En d'autres termes, cette méthode produira un niveau maximal de suspension annuelle qui est proportionnel au degré et à la nature des pertes de ventes dont l'existence a été déterminée dans la procédure de mise en conformité.²²³ Elle est également compatible avec la méthode proposée par les États-Unis dans la procédure d'arbitrage DS316 et adoptée par l'Arbitre dans l'affaire DS316 pour évaluer les pertes notables de ventes dans la procédure en question.²²⁴

6.4.5.3 Menace d'entrave

6.4.5.3.1 Méthode principale de l'UE fondée sur la valeur des pertes de ventes sous-jacentes

6.75. Dans sa note méthodologique, l'Union européenne a initialement proposé des méthodes d'évaluation distinctes pour l'entrave à l'état de menace sur les marchés géographiques des États-Unis et des É.A.U. Toutefois, eu égard à la communication écrite des États-Unis, elle a ensuite proposé, dans sa communication écrite et ses communications ultérieures, que l'Arbitre évalue l'entrave à l'état de menace sur les deux marchés géographiques des États-Unis et des É.A.U. en utilisant une approche dite des "pertes de ventes".²²⁵ Par conséquent, nous considérons que l'approche des pertes de ventes est la méthode principale que l'Union européenne propose pour l'évaluation de l'entrave à l'état de menace.²²⁶

6.76. L'Union européenne estime qu'une approche de l'évaluation fondée sur les pertes de ventes est appropriée dans les circonstances de l'espèce parce que les constatations de menace d'entrave s'agissant à la fois du marché géographique des États-Unis et de celui des É.A.U. étaient spécifiquement fondées sur des constatations intermédiaires de pertes de ventes, à savoir la perte de la vente à Delta Airlines de 2011 (s'agissant du marché géographique des États-Unis) et les pertes des ventes à Fly Dubai de 2008 et 2014 (s'agissant du marché géographique des É.A.U.).

6.77. Suivant son approche des pertes de ventes, l'Union européenne évalue la menace d'entrave sur les marchés des États-Unis et des É.A.U., en se fondant sur les pertes des ventes à Delta Airlines de 2011 et à Fly Dubai de 2008, respectivement, de la même manière qu'elle évalue les constatations de pertes notables de ventes s'agissant des trois pertes de ventes qui ont eu lieu pendant la période postérieure à la mise en œuvre (à Icelandair en 2013, Air Canada en 2013 et Fly Dubai en 2014).²²⁷

²²² La période de référence est examinée plus haut dans la section 6.4.3.

²²³ Voir plus loin la section 6.4.7.3 (expliquant plus en détail la question de l'annualisation dans le contexte des pertes de ventes).

²²⁴ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.159 et 6.200 et section 6.3.3.2.1.

²²⁵ L'Union européenne estime que les parties conviennent que la meilleure façon d'évaluer la menace d'entrave sur le marché des États-Unis est de suivre la même approche que celle qui a été appliquée aux constatations de pertes notables de ventes, et elle ne "s'oppose pas à" la proposition des États-Unis visant l'application d'une approche des "pertes de ventes" pour l'évaluation de la menace d'entrave sur le marché des É.A.U. (Union européenne, communication écrite, paragraphes 250, 283 et 390 (deuxième point); déclaration liminaire, paragraphe 14; mais voir la réponse à la question n° 85 de l'Arbitre, paragraphe 458 (troisième point). Voir aussi Union européenne, résumé analytique, paragraphe 35.)

²²⁶ "Puisque les parties conviennent qu'il est approprié d'adopter une approche des "pertes de ventes" pour évaluer les constatations de menace d'entrave, {l'Arbitre} devrait adopter cette approche". (Union européenne, réponse à la question n° 30 de l'Arbitre, paragraphe 120)

²²⁷ L'Union européenne évalue la menace d'entrave sur le marché géographique des États-Unis sur la base de la perte de la vente à Delta Airlines de 2011, et la menace d'entrave sur le marché géographique des É.A.U. sur la base de la perte de la vente à Fly Dubai de 2008 (et non sur la base aussi de la perte de la vente

En conséquence, elle calcule les prix nets à la date de livraison de tous les LCA d'Airbus qui auraient été livrés dans le contrefactuel dans le cadre des campagnes 2011 de Delta Airlines et 2008 de Fly Dubai si Airbus, et non Boeing, avait remporté ces campagnes de vente, et elle actualise ces valeurs à la date de la commande pertinente pour arriver à la valeur attendue des ventes perdues en question au moment de la commande. Après avoir converti les évaluations en dollars EU de 2015, elle les annualise sur la période de 33 mois qui constitue, selon elle, la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité.²²⁸

6.78. Les États-Unis estiment qu'il est approprié d'évaluer les constatations spécifiques de menace d'entrave formulées dans la procédure de mise en conformité sur la base des pertes de ventes sous-tendant ces constatations. Toutefois, ils font valoir qu'annualiser ces valeurs sur la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité (qu'elle soit de 33 mois ou de 36 mois), au lieu des 105 mois sur lesquels les 5 pertes de ventes à la base des constatations d'effets défavorables ont eu lieu, *est contraire* aux constatations du Groupe spécial de la mise en conformité.²²⁹ Ils notent à cet égard qu'il n'a pas été constaté que les campagnes 2011 de Delta Airlines et 2008 de Fly Dubai étaient une constatation de pertes notables de ventes parce que les commandes n'avaient pas eu lieu pendant la période postérieure à la mise en œuvre, et ils soutiennent qu'évaluer la menace d'entrave liée à la perte de ces ventes par Airbus comme si celles-ci avaient constitué des pertes notables de ventes ayant eu lieu pendant la période de référence "gomme la distinction temporelle" qui a amené le Groupe spécial de la mise en conformité à constater l'existence de deux formes différentes d'effets défavorables.²³⁰

6.79. L'Union européenne rejette l'argument selon lequel évaluer les constatations de menace d'entrave sur la base des pertes de ventes sous-jacentes et annualiser les valeurs sur la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité ne serait pas compatible avec l'article 7.9 et 7.10 de l'Accord SMC. Elle soutient qu'il est "parfaitement possible" que l'évaluation d'une menace d'entrave aboutisse au même niveau de contre-mesures que l'évaluation d'une perte de vente pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Spécifiquement, s'agissant de la perte de la vente à Delta Airlines de 2011, elle fait valoir ce qui suit:

"En droit, le fait que la même transaction sous-jacente (à savoir la perte de la vente à Delta Airlines de 2011) aboutit à la même valeur de contre-mesures, qu'elle soit qualifiée i) de "perte de vente" survenue pendant la période de référence relative à la mise en conformité (dans l'hypothèse où elle serait effectivement survenue pendant la période de référence) ou ii) de menace d'entrave apparue pendant la période de référence, ne fait pas de la méthode d'évaluation en question une méthode qui serait "incompatible" avec l'article 7.10 et 7.9 de l'Accord SMC."²³¹

6.80. En outre, l'Union européenne note qu'en fait, toutes les livraisons dans le cadre de la vente à Delta Airlines de 2011 restaient à effectuer au début de la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité. Dans cette situation, elle estime qu'il est "parfaitement logique que le *même* phénomène précisément produise le *même* niveau de tort, indépendamment de la question de savoir s'il est qualifié a) de menace d'entrave pendant la période de référence ou b) de perte de vente pendant la période de référence (dans l'hypothèse où il se serait produit pendant la période de référence)".²³²

à Fly Dubai de 2014). (Union européenne, réponse à la question n° 34 de l'Arbitre, paragraphe 132) Elle reconnaît que, suivant une approche des pertes de ventes, les effets défavorables de la perte de la vente à Fly Dubai de 2014 sont déjà évalués en tant que perte notable de ventes. (Union européenne, communication écrite, paragraphe 400 (premier point); réponse à la question n° 31 de l'Arbitre, paragraphe 131; et déclaration liminaire, paragraphe 14)

²²⁸ Union européenne, communication écrite, paragraphes 399 et 400; et réponse aux questions de l'Arbitre n° 35, paragraphes 134 à 136, et n° 36, paragraphes 140 à 149.

²²⁹ États-Unis, communication écrite, paragraphes 104 à 106.

²³⁰ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 71 de l'Arbitre, paragraphe 163. Voir plus loin le paragraphe 6.97 pour l'argument des États-Unis concernant la distinction temporelle entre le préjudice grave actuel et le préjudice grave à l'état de menace.

²³¹ Union européenne, réponse à la question n° 71 de l'Arbitre, paragraphe 339 (souligné dans l'original). Voir aussi Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 70 de l'Arbitre, paragraphes 339 et 342.

²³² Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 70 de l'Arbitre, paragraphe 342. (souligné et italique dans l'original). Voir aussi Union européenne, réponse à la question n° 71 de l'Arbitre, paragraphe 340. L'Union européenne ne traite pas le problème posé par le fait que l'approche des

6.81. Les parties proposent toutes les deux que l'Arbitre aborde l'évaluation de la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité du point de vue des pertes de ventes sous-jacentes dans une première étape. Autrement dit, elles conviennent que toutes les livraisons associées aux commandes sous-jacentes, indépendamment du moment où ces livraisons ont eu lieu, feraient partie de l'évaluation.²³³ Toutefois, elles sont en désaccord sur la deuxième étape de l'évaluation, c'est-à-dire la période sur laquelle il faudrait appliquer l'évaluation ainsi obtenue pour produire une valeur *annualisée* de la menace d'entrave dont l'existence pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité a été constatée.

6.82. Notre mandat au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC exige qu'un niveau maximal de suspension annuelle soit proportionnel à la *nature* des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée. Comme cela est expliqué dans la section 6.4.5.2, les pertes de ventes ont lieu au moment de la commande des LCA. L'évaluation d'une perte de vente est donc centrée sur les commandes, et porte logiquement sur la valeur de la commande au moment où celle-ci a été passée. Par contre, l'entrave fait référence à un phénomène qui fait que 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, ou n'ont pas du tout eu lieu parce que la production a été freinée par le produit subventionné.²³⁴ Dans le contexte de la branche de production des LCA, les importations et les exportations de LCA sont synonymes de *livraisons* de LCA aux clients.²³⁵ L'évaluation de l'entrave porte donc logiquement sur la valeur d'une *livraison* au moment où celle-ci a eu lieu.²³⁶

6.83. Nous estimons qu'une évaluation de la menace d'*entrave* qui est fondée sur l'évaluation des pertes de ventes sous-jacentes, en tant que pertes de ventes, est incompatible avec la nature de

pertes de ventes qu'elle propose aboutirait à une évaluation de la menace d'entrave qui serait la même que l'évaluation d'une constatation de pertes notables de ventes pendant la période postérieure à la mise en œuvre s'agissant spécifiquement du marché géographique des É.A.U., même lorsque les livraisons découlant de la campagne 2008 de Fly Dubai auraient été effectuées avant la fin de la période de mise en œuvre. En revanche, dans la note de bas de page 437 relative à ses observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 71 de l'Arbitre, elle indique qu'aucune préoccupation évidente concernant le fait que son approche des pertes de ventes aboutirait à une évaluation annualisée de la menace d'entrave pour les pertes de ventes de 2011 et de 2008 qui serait la même que celle de ces pertes de ventes particulières en tant que pertes notables de ventes ayant eu lieu pendant la période postérieure à la mise en œuvre n'existerait dans le cadre d'une approche différente, à savoir une approche de la "menace d'entrave" telle que celle que l'Union européenne a proposée par la suite. L'approche de la "menace d'entrave" proposée par la suite par l'Union européenne est analysée plus en détail plus loin dans la section 6.4.5.3.3, en même temps que les conditions auxquelles l'Union européenne subordonne son acceptation d'une évaluation sur cette base.

²³³ Union européenne, réponse à la question n° 30 de l'Arbitre, paragraphe 123; et États-Unis, réponse à la question n° 30 de l'Arbitre, paragraphe 88. Une approche de l'évaluation fondée sur les pertes de ventes inclurait donc les valeurs des commandes de LCA en lien avec les livraisons contrefactuelles qui seraient effectuées avant, pendant et après la période de référence.

²³⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.419 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1161; et *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* paragraphes 11071 et 1086).

²³⁵ Dans la procédure de mise en conformité DS316, les constatations de détournement et/ou d'entrave formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité étaient fondées sur les données relatives aux livraisons (rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.1805 et tableaux 20, 21 et 22). De la même façon, le Groupe spécial initial dans le présent différend a indiqué que l'existence d'un détournement et d'une entrave ne pouvait être établie définitivement que par les données pertinentes relatives aux livraisons (rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 7.1686) et le Groupe spécial de la mise en conformité a examiné l'existence d'un détournement, d'une entrave, et de menaces de détournement et d'entrave sur la base des renseignements relatifs aux parts de marché montrant les livraisons effectives et prévues de LCA. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.432)

²³⁶ Par conséquent, dans la procédure d'arbitrage DS316, l'Arbitre a évalué les effets défavorables sous la forme d'une entrave pendant la période de référence de décembre 2011-2013 sur la base d'une "approche centrée sur les livraisons" qui portait sur la valeur des *livraisons* contrefactuelles effectuées sur le marché géographique pertinent pendant la période de référence de 25 mois. "{N}ous 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". (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.117 et section 6.4.3)

l'entrave en tant que phénomène sur le marché portant sur les livraisons de LCA au moment où elles ont eu lieu.²³⁷ Pour dire les choses simplement, l'approche des pertes de ventes évalue une menace d'entrave sur la base du mauvais événement (la commande des LCA au lieu des livraisons qui en résultent) ayant lieu au mauvais moment (au moment de la commande des LCA au lieu du moment où les livraisons ont lieu). Nous sommes conscients que les constatations spécifiques de menace d'entrave formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité étaient subordonnées à des constatations de pertes de ventes sous-jacentes. Toutefois, ce fait ne signifie pas, selon nous, qu'il est raisonnable d'évaluer l'effet défavorable d'une menace d'entrave (concernant les livraisons de LCA) comme s'il s'agissait de l'effet défavorable de pertes de ventes (concernant la perte d'une commande de LCA). En outre, en arrivant à cette conclusion, nous reconnaissons que la valeur d'une commande de LCA peut, en dernière analyse, être établie à partir des prix de livraison. Cependant, pour obtenir la valeur de cette commande, on doit tout de même ajuster temporellement ces prix pour les ramener au moment de la commande, et les agréger à ce moment-là. Cet ajustement temporel coordonné et l'agrégation qui lui est associée n'ont pas de sens si l'on se concentre sur les livraisons elles-mêmes prises indépendamment du moment où est passée la commande qui leur est associée. De plus, nous ne voyons pas de base permettant d'utiliser une approche des pertes de ventes comme une sorte d'approche technique acceptable à la place de la valeur des livraisons au moment de la livraison.²³⁸

6.84. Nous rejetons donc la proposition de l'Union européenne visant une évaluation de la menace d'entrave à l'aide d'une approche des pertes de ventes. Cela étant, nous examinons ensuite, en tant que solutions de rechange, les méthodes d'évaluation que l'Union européenne avait initialement proposées dans sa note méthodologique.

6.4.5.3.2 Méthodes de rechange de l'UE fondées sur la valeur des livraisons

6.85. Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, dans sa note méthodologique, l'Union européenne a proposé des approches distinctes pour l'évaluation de la menace d'entrave sur le marché géographique des États-Unis et sur le marché géographique des É.A.U. Pour le marché géographique des États-Unis (sur la base de la perte de la vente à Delta Airlines de 2011), elle a proposé que l'Arbitre évalue toutes les *livraisons* contrefactuelles des LCA d'Airbus pertinents qui auraient été effectuées si Airbus avait obtenu la commande (indépendamment de la question de savoir si ces livraisons auraient lieu pendant la période de mise en œuvre, pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité ou après la période de référence), et que la valeur soit annualisée sur la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité.²³⁹

²³⁷ Nous notons à cet égard que l'effet défavorable pertinent dont l'existence pendant la période postérieure à la mise en œuvre a été déterminée est la menace d'*entrave*, non les pertes de ventes intermédiaires, qui ont eu lieu avant le début de cette période.

²³⁸ À cet égard, nous rappelons l'argument de l'Union européenne selon lequel "l'Union européenne n'y a pas de base permettant de réduire le tort économique causé par la *même* transaction, parce qu'il constitue une menace d'entrave pendant la période de référence relative à la mise en conformité et une perte de vente *avant* la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité". (Union européenne, réponse à la question n° 71 de l'Arbitre, paragraphe 341 (italique dans l'original)) La façon dont l'Union européenne formule cet argument suppose déjà que le tort économique qui est qualifié au titre des articles 5 c) et 6.3 de menace d'entrave pendant la période postérieure à la mise en œuvre est le même que le tort économique qui est qualifié de perte de vente avant cette période. Toutefois, il n'y a pas de raison pour qu'il doive nécessairement en être ainsi – même dans les cas où toutes les livraisons resteraient à effectuer au début de la période postérieure à la mise en œuvre. En fait, c'est la qualification juridique du tort économique (et non la transaction sous-jacente) qui détermine la nature et l'étendue de ce tort économique qu'un arbitre doit évaluer au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC. Notre évaluation des effets défavorables dont l'existence a été déterminée doit être fondée sur le degré et la nature des effets que le Groupe spécial de la mise en conformité a identifiés, même si ces effets ont trait à une transaction sous-jacente commune. En effet, suivant l'approche centrée sur les livraisons dont nous estimons qu'elle produirait des contre-mesures proportionnelles au degré et à la nature de la menace d'entrave identifiée dans la procédure de mise en conformité (examinée plus loin dans la section 6.4.9.2), nous calculons des évaluations pour la menace d'entrave qui ne coïncident avec aucune des évaluations obtenues par les parties suivant une approche centrée sur les commandes. Nous ajouterions que le fait que des formes d'effets défavorables différentes puissent donner lieu à des évaluations différentes, bien qu'elles soient fondées sur la même transaction sous-jacente, ne signifie pas qu'une menace d'entrave constitue nécessairement un "effet défavorable de second plan" en comparaison d'une perte de vente. (Voir Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 71 de l'Arbitre, paragraphe 341.)

²³⁹ L'Union européenne explique qu'elle calcule le prix net de chaque LCA d'Airbus qui aurait été livré si Airbus avait remporté la vente, au moment de la livraison (c'est-à-dire le prix usine net ajusté selon la formule

6.86. Pour le marché géographique des É.A.U., l'évaluation de l'Union européenne était fondée sur les prix de livraison de tous les LCA monocouloirs qu'Airbus aurait livrés sur ce marché à compter d'aujourd'hui (2020) jusqu'en 2030, dans l'hypothèse où la part de marché contrefactuelle d'Airbus était de 100%. L'utilisation par l'Union européenne d'une part de marché contrefactuelle d'Airbus de 100% de 2020 à 2030 était fondée sur la conclusion formulée par le Groupe spécial de la mise en conformité d'après les éléments de preuve dont il disposait selon laquelle, tant sur la période 2009-2016 que sur la période "postérieure à 2016", Airbus réaliserait 100% des livraisons sur le marché des É.A.U.²⁴⁰ Dans sa note méthodologique, l'Union européenne actualisait les renseignements relatifs aux prévisions de livraisons pour les livraisons prévues de monocouloirs sur le marché des É.A.U. entre 2017 et 2030 (y compris les livraisons liées aux nouvelles commandes passées dans le cadre d'une campagne de vente qui avait eu lieu après septembre 2015, date limite de prise en compte des éléments de preuve dans la procédure de mise en conformité). Elle calculait ensuite, sur la base des renseignements relatifs aux prévisions de livraisons actualisés, le nombre d'aéronefs additionnels qu'Airbus aurait livrés sur cette période, à supposer qu'elle conserve la part de marché de 100% à laquelle le Groupe spécial de la mise en conformité avait fait référence.²⁴¹

6.87. L'Union européenne a choisi 2020 comme première année à partir de laquelle mesurer l'entrave à l'état de menace au motif que 2020 serait la première année pendant laquelle elle serait autorisée à mettre en œuvre des contre-mesures et que c'était donc "un point de départ approprié pour quantifier la valeur annuelle moyenne des livraisons qu'Airbus aurait pu s'attendre à réaliser en l'absence des subventions des États-Unis en faveur de Boeing."²⁴² Elle a annualisé la valeur du nombre correspondant de livraisons contrefactuelles d'Airbus attendues pour 2020-2030 sur une période de 11 ans, "afin de tenir compte du nombre d'années de la période allant de 2020 à 2030."²⁴³

6.88. Les États-Unis ont répondu aux méthodes d'évaluation initiales de l'Union européenne pour les constatations de menace d'entrave en proposant, ainsi qu'il a été précédemment indiqué dans la section 6.4.5.3.1, que les pertes de ventes sous-jacentes soient évaluées sur la même base que les trois pertes notables de ventes qui avaient eu lieu pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Toutefois, comme il a été dit précédemment, la proposition des États-Unis imposait aussi que la période sur laquelle on diviserait ensuite ces valeurs pour produire une valeur annualisée de la menace d'entrave dont l'existence pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité avait été constatée corresponde à la période totale sur laquelle les cinq pertes de ventes avaient eu lieu, c'est-à-dire 2007-2015 (105 mois), et non à la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité, comme le proposait l'Union européenne.²⁴⁴

6.89. S'agissant de leur marché géographique en particulier, les États-Unis ont noté que nombre des livraisons de LCA découlant de la vente perdue à Delta Airlines de 2011 avaient été effectuées pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité. Selon eux, toute évaluation de la menace d'entrave fondée sur les livraisons pertinentes, par opposition aux pertes de ventes, devrait donc exclure les livraisons effectuées au cours de la période de mise en œuvre et de la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité. Cela tient au fait que ces livraisons seraient, tout au plus, des éléments de preuve indiquant une entrave *actuelle*, et non une menace d'entrave.²⁴⁵

6.90. S'agissant du marché géographique des É.A.U., les États-Unis ont fait valoir que les nombres de livraisons contrefactuelles de l'Union européenne étaient fondés sur a) des livraisons associées à la perte de la vente à Fly Dubai de 2014, qui étaient déjà évaluées dans le cadre de l'évaluation des pertes notables de ventes et ne pouvaient pas être comptées de nouveau, et b) une campagne de vente de monocouloirs de Fly Dubai en 2017 remportée par Boeing, qui avait eu lieu après la procédure de mise en conformité et ne faisait l'objet d'aucune constatation dans la procédure de

de révision contractuelle pour déterminer les prix de livraison de 2013-2019, qui sont ensuite ajustés temporellement en dollars d'avril 2020 (à l'aide de l'IILA pour les mois et années de livraison pertinents) et annualisés sur une période de référence de 33 mois). (Voir Union européenne, note méthodologique, paragraphes 132 à 140.)

²⁴⁰ Union européenne, note méthodologique, paragraphes 144 et 145; et communication écrite, paragraphe 285.

²⁴¹ Union européenne, note méthodologique, paragraphes 148 et 149 et tableau 7.

²⁴² Union européenne, note méthodologique, paragraphe 150.

²⁴³ Union européenne, note méthodologique, paragraphes 152 et 159.

²⁴⁴ États-Unis, communication écrite, paragraphes 105 et 106.

²⁴⁵ États-Unis, communication écrite, paragraphe 148, note de bas de page 171.

mise en conformité.²⁴⁶ Ils ont fait valoir que les constatations issues de la procédure de mise en conformité n'étaient pas l'hypothèse qu'en l'absence de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, Airbus conserverait 100% de la part contrefactuelle du marché des É.A.U. à compter de 2009 et pendant toute la période postérieure à la mise en œuvre, de sorte qu'on pourrait implicitement supposer que la campagne de vente 2017 de Fly Dubai constituait une perte de vente imputable à la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington.²⁴⁷

6.91. La méthode d'évaluation initialement proposée par l'Union européenne pour la menace d'entrave sur le marché géographique des États-Unis a) évalue toutes les livraisons de LCA associées à la vente perdue à Delta Airlines de 2011, indépendamment de la question de savoir si les livraisons en question ont eu lieu au cours de la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité ou après, et b) annualise l'évaluation ainsi obtenue sur la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité.²⁴⁸ Nous observons que cette méthode présente des caractéristiques semblables à celles que l'Union européenne a proposée ultérieurement dans son approche de l'évaluation de la "menace d'entrave", que nous donnons une appréciation détaillée plus loin.²⁴⁹ Nous estimons donc que notre appréciation de l'approche suivie par l'Union européenne pour l'évaluation de la menace d'entrave tranchera effectivement aussi la question du caractère approprié de cette approche.²⁵⁰

6.92. La méthode d'évaluation initialement proposée par l'Union européenne pour la menace d'entrave sur le marché géographique des É.A.U. porte sur la valeur des livraisons au moment où celles-ci ont eu lieu (et non sur la valeur de la commande qui a donné lieu aux livraisons au moment où la commande a été passée). À cet égard, cela est conforme à la nature des effets défavorables sous la forme d'une menace d'entrave. Toutefois, la quantification par l'Union européenne des livraisons contrefactuelles pertinentes est fondée en partie sur des livraisons effectuées dans le cadre d'une campagne de vente 2017 de Fly Dubai qui n'était pas l'une des cinq campagnes de vente de LCA sensibles aux prix dont il avait été constaté qu'elles avaient été perdues par Airbus en raison de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington. Nous rappelons que les constatations de menace d'entrave formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité étaient subordonnées à l'existence d'un lien de causalité entre la subvention et l'entrave à l'état de menace.²⁵¹ Le seul lien de causalité identifié par le Groupe spécial de la mise en conformité était les constatations de pertes de ventes concernant ces campagnes spécifiques sensibles aux prix.²⁵² La campagne de vente 2017 de Fly Dubai n'était pas soumise au Groupe spécial de la mise en conformité parce qu'elle avait eu lieu après la date limite de septembre 2015 pour la prise en compte par le Groupe spécial des éléments de preuve, et n'était pas donc pas identifiée comme une "campagne de vente sensible aux prix" ni comme une perte de vente qui était l'effet des subventions des États-Unis. Nous n'estimons donc pas qu'il y ait une base permettant à l'Arbitre d'évaluer les livraisons associées à la campagne de vente 2017 de Fly Dubai dans le cadre des constatations de menace d'entrave formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité pour le marché géographique des É.A.U. Par conséquent,

²⁴⁶ États-Unis, communication écrite, paragraphes 148 à 151. L'Union européenne rejette l'argument selon lequel sa méthode comporterait un "double comptage" indu des livraisons liées à la vente perdue à Fly Dubai de 2014, faisant valoir que le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté que la perte de cette vente et la menace d'entrave sur le marché des É.A.U. étaient des "effets défavorables distincts", que l'Arbitre doit évaluer séparément. (Union européenne, communication écrite, paragraphe 286, note de bas de page 389) De plus, elle fait valoir que les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité étaient fondées sur des éléments de preuve concernant les tendances des parts de marché sur le marché des É.A.U. (et pas seulement sur les éléments de preuve concernant les pertes des ventes de 2008 et de 2014), de sorte que l'approche de l'évaluation proposée pour le marché des É.A.U. est étayée par l'Accord SMC. (Union européenne, communication écrite, paragraphes 285 et 286)

²⁴⁷ États-Unis, communication écrite, paragraphes 153 à 156.

²⁴⁸ Union européenne, note méthodologique, paragraphe 130. La principale différence par rapport aux évaluations des pertes notables de ventes est que l'Union européenne ne propose pas d'actualiser les prix à la date de livraison en les ramenant à leur équivalent à la date de la commande mais, au lieu de cela, leur applique un ajustement prospectif pour les convertir en leur équivalent d'avril 2020. (Union européenne, note méthodologique, paragraphe 137)

²⁴⁹ Voir les paragraphes 6.93 et suivants.

²⁵⁰ Voir plus loin la note de bas de page 330.

²⁵¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.427 à 9.432.

²⁵² Nous ne souscrivons donc pas à l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle l'analyse du *lien de causalité* par le Groupe spécial de la mise en conformité pour le marché des É.A.U. n'était pas fondée entièrement sur les constatations antérieures de pertes de ventes mais était fondée aussi sur les tendances des parts de marché. (Voir Union européenne, première communication écrite, paragraphe 285.) Voir aussi plus loin le paragraphe 6.126.

nous ne pouvons admettre la méthode de rechange proposée par l'Union européenne pour l'évaluation de la constatation de menace d'entrave sur le marché des É.A.U. mais, comme c'était le cas s'agissant de la méthode de rechange proposée pour le marché des États-Unis, nous discernons certains aspects de la méthode qui sont semblables à l'approche dite "centrée sur les livraisons" que nous examinons ci-après.

6.4.5.3.3 Approche "centrée sur les livraisons" proposée par l'Arbitre

6.93. Après la réunion avec les parties, l'Arbitre a invité celles-ci à proposer des méthodes pour évaluer la menace d'entrave sur la base de la valeur des livraisons contrefactuelles découlant des deux pertes de ventes au moment de la livraison, approche qu'il a qualifiée de "centrée sur les livraisons".²⁵³

6.94. L'Union européenne a répondu qu'elle accepterait que l'Arbitre évalue une menace d'entrave (c'est-à-dire une menace de livraisons) *apparue à un moment quelconque de la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité* même si l'un quelconque des LCA en question était livré par la suite pendant la période de référence et tienne compte de la valeur des livraisons devant avoir lieu après la période de référence.²⁵⁴ Toutefois, elle a spécifié que la période sur laquelle la valeur obtenue des livraisons à l'état de menace serait annualisée devait être la "période de référence de 33 mois adoptée par les organes juridictionnels de la mise en conformité".²⁵⁵

6.95. L'Union européenne fait valoir que les constatations de menace d'entrave sur les marchés des États-Unis et des É.A.U. formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité se situaient, d'un point de vue temporel, au moment et à compter du moment des pertes de vente (survenues en 2011 et 2008 respectivement) et que la menace d'entrave *est apparue et a continué d'exister* pendant la période de référence.²⁵⁶ Elle fait donc valoir que la perspective temporelle correcte, et

²⁵³ Voir, par exemple, les questions n° 66, n° 69 et n° 70 de l'Arbitre.

²⁵⁴ Union européenne, réponse à la question n° 67 de l'Arbitre, paragraphe 286. L'Union européenne estime que l'expression "centrée sur les livraisons" ne qualifie pas correctement la solution de remplacement de l'approche des pertes de ventes parce qu'elle donne à tort à penser que l'Arbitre évaluerait une constatation d'entrave "effective", alors qu'il doit évaluer les constatations de *menace* d'entrave. Elle désigne donc la solution de remplacement de l'approche des pertes de ventes qu'elle propose sous le nom d'approche de la "menace d'entrave" (Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 188 et 189); comparer avec Union européenne, observations sur les réponse des États-Unis à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 215, où l'Union européenne désigne son approche sous le nom d'approche de la "menace de livraisons".

²⁵⁵ Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 236 et 239. Comme il est indiqué plus loin au paragraphe 6.102, l'Union européenne consent à l'adoption par l'Arbitre d'une approche de l'évaluation fondée sur la "menace d'entrave" sous réserve expressément de certaines conditions, dont l'une est que la période d'annualisation soit de 33 mois.

²⁵⁶ Par exemple, pour le marché des États-Unis (Delta Airlines 2011), l'Union européenne fait valoir ce qui suit:

Il importe de noter que la constatation précise des organes juridictionnels de la mise en conformité est une constatation de menace d'entrave résultant de la commande de 100 aéronefs passée le 25 août 2011 par Delta Airline. ... Cette menace d'entrave, qui a commencé à exister le 25 août 2011, a continué d'exister au moins jusqu'au moment où les aéronefs ont été livrés. Pendant la première partie de la période de référence, du 1^{er} janvier 2013 à la date de la première livraison (septembre 2013), une menace d'entrave couvrant toutes ces livraisons à l'état de menace existait.

Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 199. Voir aussi la réponse à la question n° 67 de l'Arbitre, paragraphes 307 et 308; et les observations combinées sur les réponses des États-Unis aux questions de l'Arbitre n° 66 a) et n° 69, paragraphe 233. Pour le marché des É.A.U. (Fly Dubai 2008), l'Union européenne fait valoir ce qui suit:

Comme dans le cas du marché des États-Unis, le point de vue temporel correct, et celui adopté par le Groupe spécial de la mise en conformité, était aussi, par définition, la date à laquelle la transaction de 2008 avec Fly Dubai avait été conclue (le 14 juillet 2008) (faisant exister la menace d'entrave) et donc, dans la mesure où cela est juridiquement pertinent, le début de la période de référence (le 1^{er} janvier 2013), lorsqu'une menace d'entrave continuait d'exister. Là encore, le Groupe spécial de la mise en conformité ne s'est *pas* situé à la fin de la période de référence (le 30 septembre 2015) pour examiner si une menace était apparue pendant la période de référence (1^{er} janvier 2013 à 30 septembre 2015) en raison des livraisons qui étaient "clairement prévues et imminentes" après la période de référence (c'est-à-dire après le 30 septembre 2015). Cette affirmation contredit catégoriquement les constatations effectivement formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité.

celle adoptée par le Groupe spécial de la mise en conformité, est que la menace d'entrave "est apparue" à la date à laquelle la commande pertinente a été perdue et "a continué d'exister, dans son intégralité, pendant la période de référence".²⁵⁷ De ce point de vue, la menace d'entrave qui existait pendant la période de référence englobait toutes les livraisons futures qui n'avaient pas été effectuées à un moment quelconque de la période de référence, et la période appropriée d'annualisation de la menace d'entrave serait donc la période de référence.

6.96. Les États-Unis font valoir que, dans le cadre d'une approche centrée sur les livraisons pour l'évaluation de la menace d'entrave, l'Arbitre devrait a) inclure seulement les livraisons ayant lieu *après* la fin de la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité²⁵⁸; et b) annualiser l'évaluation correspondante sur la période pendant laquelle les livraisons contrefactuelles d'Airbus auraient dû avoir lieu (toutes *après* la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité).

6.97. Pour étayer cette position, les États-Unis font une distinction entre le préjudice grave survenant actuellement sur la base du dommage *actuel*, et le préjudice grave survenant actuellement sur la base du dommage à *l'état de menace* dans l'avenir imminent et clairement prévisible.²⁵⁹ Ils font valoir que les constatations de menace sont fondées sur un dommage futur imminent qui ne s'est pas encore concrétisé.²⁶⁰ Pour eux, il s'ensuit donc qu'une constatation de menace de préjudice grave n'inclut pas une constatation concernant la forme actuelle de ce préjudice grave; de fait, les constatations de menace sont formulées lorsqu'il n'y a pas d'effets défavorables actuels persistants sous la forme pertinente.²⁶¹ Les États-Unis estiment que les livraisons effectuées pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité constitueraient la base d'une constatation d'entrave *actuelle*, que le Groupe spécial de la mise en conformité n'a pas formulée en l'espèce.²⁶² Selon eux, s'il y avait eu constatation d'entrave actuelle, il ne ferait pas de doute que l'évaluation de cette constatation par l'Arbitre devrait être limitée aux livraisons contrefactuelles effectuées *pendant* la période de référence. De même, il ne saurait faire de doute que l'évaluation des constatations de menace d'entrave devrait être limitée aux livraisons contrefactuelles ayant lieu *après* la période de référence.²⁶³

6.98. Les États-Unis opposent aussi les constatations formulées devant l'Arbitre aux constatations dont était saisi l'Arbitre dans l'affaire DS316. Ils notent que dans la procédure de mise en conformité dans l'affaire DS316, le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté l'existence d'une entrave actuelle sur la base des livraisons qui avaient eu lieu pendant la période de référence de la procédure de mise en conformité (mais non l'existence d'une menace d'entrave s'agissant des livraisons devant avoir lieu après la fin de la période de référence).²⁶⁴ L'Arbitre dans l'affaire DS316 a évalué ces livraisons effectuées durant la période de référence en tant qu'entrave *actuelle* et n'a évalué aucune livraison future devant avoir lieu après la fin de la période de référence du Groupe spécial de la mise

Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 205 (souligné et italique dans l'original; note de bas de page omise) Voir aussi Union européenne, observations combinées sur les réponses des États-Unis aux questions de l'Arbitre n° 66 a) et n° 69, paragraphes 234 et 250.

²⁵⁷ Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 200 et 203; réponse à la question n° 67 de l'Arbitre, paragraphes 299 et 301; et observations combinées sur les réponses des États-Unis aux questions n° 66 a) et n° 69 de l'Arbitre, paragraphe 231.

²⁵⁸ États-Unis, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 84. Les États-Unis expliquent que cela signifierait que seules les livraisons dans le cadre des campagnes 2011 de Delta Airlines et 2008 de Fly Dubai ayant lieu après la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité seraient incluses dans l'évaluation. Les livraisons dans le cadre des campagnes 2014 de Fly Dubai auraient déjà été évaluées dans le cadre de l'évaluation des pertes de ventes à Fly Dubai en 2014 et ne seraient pas comptées deux fois. (États-Unis, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 86)

²⁵⁹ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 111.

²⁶⁰ Les États-Unis expliquent ce qui suit: "Par conséquent, les constatations de menace d'entrave sont nécessairement prospectives. Elles sont fondées sur une situation actuelle où il n'est pas encore fait obstacle aux livraisons de LCA d'Airbus ou elles ne sont pas encore gênées ou freinées mais où elles subiront de façon imminente un changement de circonstances qui fera qu'il leur sera fait obstacle/qu'elles seront gênées/freinées *dans le futur*". (États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 95. (italique dans l'original))

²⁶¹ États-Unis, réponse à la question n° 69 de l'Arbitre, paragraphe 108.

²⁶² États-Unis, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 85 et 87; et réponse à la question n° 69 de l'Arbitre, paragraphe 109.

²⁶³ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 98.

²⁶⁴ États-Unis, réponse à la question n° 69 de l'Arbitre, paragraphe 110.

en conformité parce qu'il n'y avait pas eu de constatation de menace d'entrave formulée dans la procédure de mise en conformité.²⁶⁵ Les États-Unis notent que dans la présente procédure d'arbitrage, par contre, il n'y a pas de constatations d'entrave actuelle formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité mais seulement des constatations de menace d'entrave. Ils font valoir que, du fait qu'il n'y a pas de constatation d'entrave actuelle, l'Arbitre ne devrait évaluer aucune livraison effectuée pendant la période de référence. Ils estiment qu'en demandant à l'Arbitre d'évaluer des livraisons qui ont lieu à la fois pendant et après la période de référence en tant que menace d'entrave, l'Union européenne lui demande en réalité de considérer que le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté l'existence à la fois d'une entrave actuelle et d'une menace d'entrave, ce qui est clairement erroné et aboutirait à des contre-mesures qui ne seraient pas proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée.²⁶⁶

6.99. Nous commençons par observer qu'en fait, toutes les livraisons contrefactuelles liées à la perte de vente à Delta Airlines de 2011 auraient eu lieu soit pendant soit après la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité. S'agissant de la perte de vente à Fly Dubai de 2008, certaines livraisons contrefactuelles auraient eu lieu *avant* la fin de la période de mise en œuvre, ainsi que pendant la période de référence. En outre, dans les cas où le calendrier de livraison de Boeing est utilisé pour identifier le calendrier de livraison des livraisons contrefactuelles d'Airbus, il n'y aurait pas eu de livraisons après la période de référence dans le cadre de la vente perdue à Fly Dubai de 2008.

6.100. Aucune partie ne conteste que, dans le cadre de son évaluation des constatations de menace d'entrave, l'Arbitre devrait évaluer les livraisons contrefactuelles pertinentes qui seraient devenues manifestes *après* la période de référence.²⁶⁷ La question que nous devons trancher est celle de savoir si l'évaluation par l'Arbitre des constatations de menace d'entrave devrait *aussi* inclure la valeur de toutes livraisons contrefactuelles qui seraient devenues manifestes *pendant* la période de référence (et, éventuellement, de celles qui seraient devenues manifestes *avant* l'expiration de la période de mise en œuvre).

6.101. Nous considérons que l'argument juridique de l'Union européenne est que la menace d'entrave qui "apparaît" pendant la période de référence englobe toutes les livraisons ultérieurement effectuées pendant, et après, la période de référence.²⁶⁸ En d'autres termes, le fait que l'une quelconque des livraisons de LCA à l'état de menace qui "apparaissent" pendant la période de référence puisse ultérieurement être effectuée aussi pendant la période de référence (et donc aurait *aussi* pu constituer une entrave actuelle) ne signifie pas que ces livraisons à l'état de menace devraient être exclues de l'évaluation de la menace d'entrave.²⁶⁹

6.102. L'Union européenne dit aussi que, sous réserve du respect des "conditions" suivantes (et seulement dans ce cas), elle consentirait à ce que l'Arbitre exclue de son évaluation de la menace d'entrave sur le marché géographique des É.A.U. les livraisons dans le cadre de la vente à Fly Dubai de 2008 qui auraient eu lieu avant la fin de la période de mise en œuvre²⁷⁰:

- a. le numérateur pour l'évaluation de la menace d'entrave sur chaque marché géographique englobe la "menace de livraisons" se produisant pendant et après la période de référence,

²⁶⁵ États-Unis, réponse à la question n° 69 de l'Arbitre, paragraphe 110.

²⁶⁶ États-Unis, réponse à la question n° 69 de l'Arbitre, paragraphe 112.

²⁶⁷ Voir, par exemple, Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 194; et États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 92. En revanche, les parties sont en désaccord sur la période appropriée sur laquelle les valeurs obtenues devraient être annualisées.

²⁶⁸ Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 190 et 191.

²⁶⁹ Voir Union européenne, observations combinées sur les réponses des États-Unis aux questions n° 66 a) et n° 69 de l'Arbitre, paragraphe 215; et réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 231. À cet égard, l'Union européenne souligne que l'évaluation de l'Arbitre ne devrait pas être fondée sur une "constatation *fictive* d'entrave *effective*", mais sur les constatations de menace d'entrave adoptées qui concernent la menace de livraisons découlant des pertes de ventes de 2011 et 2008 qui est bel et bien "***apparue pendant***" la période de référence et "a continué d'exister, dans son intégralité, pendant la période de référence". (Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 188, 189 et 198 à 200 (soulignage et caractères gras dans l'original))

²⁷⁰ Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 189 à 193.

- b. le dénominateur pour chaque évaluation (c'est-à-dire la période d'annualisation) est la période de référence de 33 mois, et
- c. l'Arbitre rejette l'argument des États-Unis selon lequel l'évaluation des recettes perdues découlant de chaque campagne de vente devrait inclure un ajustement probabiliste pour tenir compte de l'incertitude quant au fait qu'Airbus aurait remporté chaque campagne de vente dans le contrefactuel.²⁷¹

6.103. Pour les fins qui nous occupent²⁷², il est clair que les parties sont donc en désaccord sur:

- a. le point de savoir si l'Arbitre devrait évaluer, dans le cadre des constatations de menace d'entrave du Groupe spécial de la mise en conformité, les livraisons contrefactuelles qui auraient eu lieu pendant la période de référence, et (en lien étroit avec cela)
- b. la période d'annualisation appropriée pour l'évaluation des livraisons contrefactuelles qui constituent les constatations de menace d'entrave.

6.104. Le désaccord susmentionné est, quant à lui, fondé sur des points de vue différents quant au moment où le Groupe spécial de la mise en conformité s'est situé lorsqu'il a formulé les constatations de menace d'entrave et, plus généralement, à la nature de la *menace* d'entrave en tant que forme spécifique de tort économique.

6.105. L'Union européenne fait valoir que le Groupe spécial de la mise en conformité s'est situé, d'un point de vue temporel, *au moment des pertes de ventes* (c'est-à-dire en 2011 et 2008, respectivement) lorsqu'il a constaté que ces pertes de ventes donnaient lieu à une menace d'entrave qui "était apparue" pendant la période de référence.²⁷³ Elle souligne qu'elle ne fait pas valoir que le Groupe spécial de la mise en conformité a adopté un "instantané de la situation du marché" au premier jour de la période de référence.²⁷⁴ Le Groupe spécial de la mise en conformité a plutôt

²⁷¹ Cette question est traitée plus loin dans la section 6.4.6.1.

²⁷² Dans sa réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, l'Union européenne indique que le désaccord entre les parties concerne l'évaluation des livraisons ayant eu lieu pendant la période de référence dans le cadre des constatations de menace d'entrave (Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 194) Nous estimons donc que l'Union européenne ne demande pas à l'Arbitre, suivant une approche de la "menace d'entrave", d'évaluer en plus les livraisons à l'état de menace qui se sont produites avant l'expiration de la période de mise en œuvre (c'est-à-dire les livraisons dans le cadre de la vente à Fly Dubai de 2008 qui ont eu lieu avant l'expiration de la période de mise en œuvre). Il n'est pas nécessaire de déterminer, d'après les communications de l'Union européenne, si le fait qu'elle consent à ce que l'Arbitre exclue les livraisons dans le cadre de la vente à Fly Dubai de 2008 qui auraient eu lieu avant la fin de la période de mise en œuvre découle de son argument juridique ou est une concession subordonnée au respect des trois conditions susmentionnées, ou les deux.

²⁷³ Voir Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, s'agissant du marché des États-Unis: "Par conséquent, le point de vue temporel correct, et celui adopté par le Groupe spécial de la mise en conformité dans ce cas particulier, et compte tenu du fondement particulier de la constatation de menace d'entrave, est que la menace d'entrave est apparue le 25 août 2011 et a continué d'exister, dans son intégralité, pendant la période de référence" (Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 200); "la menace d'entrave est apparue le 25 août 2011 en raison de la transaction de 2011 avec Delta Airlines et "il {y aura}, dans cette mesure, {un} obstacle ... ou {une gêne} ou {un frein}" (*ibid.*, paragraphe 201) (soulignage, italique et caractères gras omis); et "{e}n fait, les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité, selon leurs propres termes, établissent que le moment particulier pertinent était le 25 août 2011, lorsque la menace d'entrave était apparue. Les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité concernaient le futur par rapport à ce moment (le 25 août 2011) et, dans la mesure où cela est juridiquement pertinent, le début de la période de référence (le 1^{er} janvier 2013)" (*ibid.*, paragraphe 203). S'agissant du marché des É.A.U.: "Comme dans le cas du marché des États-Unis, le point de vue temporel correct, et celui adopté par le Groupe spécial de la mise en conformité, était aussi, par définition, la date à laquelle la transaction de 2008 avec Fly Dubai avait été conclue (le 14 juillet 2008) (faisant exister la menace d'entrave) et donc, dans la mesure où cela est juridiquement pertinent, le début de la période de référence (le 1^{er} janvier 2013), lorsqu'une menace d'entrave continuait d'exister." (*Ibid.*, paragraphe 205 (soulignage omis)); "{S}elon ses propres termes, la constatation de menace d'entrave du Groupe spécial de la mise en conformité reposait, entre autres choses, sur la transaction de 2008 avec Fly Dubai conclue le 14 juillet 2008, qui constitue donc par définition le point de vue temporel pertinent pour cette transaction." (*Ibid.*, paragraphe 210). Voir aussi Union européenne, observations combinées sur les réponses des États-Unis aux questions n° 66 a) et n° 69 de l'Arbitre, paragraphe 231.

²⁷⁴ Union européenne, observations combinées sur les réponses des États-Unis aux questions n° 66 a) et n° 69 de l'Arbitre, paragraphes 235 et 236. Voir, cependant, Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 198 ("Au début de la période de référence, le 1^{er} janvier 2013 ... toutes les livraisons

"évalué et établi la présence d'effets défavorables et d'une menace d'effets défavorables, *apparaissant à n'importe quel moment pendant la période de référence*".²⁷⁵ En d'autres termes, l'Union européenne estime que la menace de livraisons "*apparaissant à n'importe quel moment pendant la période de référence fait partie intégrante* des constatations de menace d'entrave et doit donc être évaluée par {l'Arbitre}".²⁷⁶ Les États-Unis, en revanche, estiment que les constatations de menace d'entrave du Groupe spécial de la mise en conformité sont prospectives *au moment de la constatation*, relevant que le Groupe spécial de la mise en conformité a remis son rapport en décembre 2016 après avoir examiné des éléments de preuve jusqu'à la fin de 2015.²⁷⁷ Pour eux, les constatations de menace d'entrave du Groupe spécial de la mise en conformité signifient que, du moins à la fin de 2015, l'entrave ne s'était pas concrétisée.²⁷⁸

6.106. La position de l'Union européenne donne à penser qu'elle considère que la menace d'entrave est le tort économique représenté par le *spectre* de livraisons entravées découlant des pertes de ventes à Delta Airlines en 2011 et à Fly Dubai en 2008, qui, au début de la période de référence, "planait sur la tête d'Airbus telle une puissante vague attendant de s'abattre sur elle".²⁷⁹ Le tort économique que l'Union européenne assimile à la menace d'entrave est, en d'autres termes, le tort causé à Airbus par la vague imminente de futures livraisons de LCA entravées, qui est apparue pendant la période de référence, par opposition au tort causé à Airbus par les livraisons entravées de LCA d'Airbus au moment où ces livraisons auraient eu lieu (c'est-à-dire pendant la période de référence ou après cette période). Les États-Unis, en revanche, considèrent que le tort économique sous la forme d'une menace d'entrave est le même tort que l'entrave actuelle, mais d'un point de vue prospectif. Ainsi, pour eux, l'entrave actuelle et la menace d'entrave concernent toutes les deux le tort causé par les livraisons de LCA entravées au moment où ces livraisons ont lieu, la seule différence étant temporelle; autrement dit, l'entrave actuelle concerne les livraisons entravées qui ont lieu pendant la période de référence, tandis que la menace d'entrave concerne les livraisons entravées qui ont lieu après la période de référence.

6.107. Nous rappelons à nouveau que notre mandat au titre de l'article 7.10 exige que le niveau des contre-mesures soit proportionnel au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée.²⁸⁰ Nous avons déjà examiné plus haut la nature de l'entrave.²⁸¹ Étant donné notre mandat et le fait que la *menace* d'entrave est la forme de préjudice grave pertinente, nous estimons en outre qu'il est approprié (et plus efficace) d'évaluer les points de vues différents des parties quant à la nature d'une *menace* d'entrave en tant que forme spécifique de tort économique et au moment où le Groupe spécial de la mise en conformité s'est situé lorsqu'il a formulé les constatations de menace d'entrave.

6.108. L'analyse qui suit est donc divisée en trois parties. Nous examinons d'abord la nature d'une *menace* de préjudice grave en général, sur la base d'une analyse textuelle de ce concept tel qu'il apparaît dans la note de bas de page 13 relative au paragraphe c) de l'article 5 de l'Accord SMC. Nous examinons ensuite les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité, spécifiquement afin de déterminer si, comme l'Union européenne le fait valoir, le Groupe spécial de la mise en conformité s'est situé, d'un point de vue temporel, au moment des pertes de ventes

liées à la transaction de 2011 avec Delta Airlines restaient à effectuer et menaçaient d'entraver les importations de LCA d'Airbus aux États-Unis."), paragraphe 199 ("Au cours de la première partie de la période de référence, du 1^{er} janvier 2013 à la date de la première livraison (septembre 2013), une menace d'entrave couvrant toutes les livraisons à l'état de menace existait."), paragraphe 203 ("Par conséquent, en fait et en droit, l'exercice d'évaluation {de l'Arbitre} doit évaluer la menace d'entrave qui était "nettement prévu{e} et imminent{e}" le 1^{er} janvier 2013") (italique omis)

²⁷⁵ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 236. (italique dans l'original)

²⁷⁶ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 243. (italique dans l'original)

²⁷⁷ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre n° 68, paragraphe 132, et n° 66, paragraphe 102. Les États-Unis font valoir que les constatations de menace d'entrave sont fondées sur une situation actuelle où il n'est pas encore fait obstacle aux livraisons de LCA d'Airbus ou ces livraisons ne sont pas encore gênées ou freinées, mais où elles subiront de façon imminente un changement de circonstances qui fera qu'il leur sera fait obstacle/qu'elles seront gênées/freinées *dans le futur*. (États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 95)

²⁷⁸ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 68 de l'Arbitre, paragraphe 132.

²⁷⁹ Union européenne, déclaration liminaire, paragraphe 108.

²⁸⁰ Voir plus haut la section 3.

²⁸¹ Voir plus haut les paragraphes 6.82 et 6.83.

considérées en 2011 et 2008 lorsqu'il a formulé ses constatations de menace d'entrave. Enfin, à la lumière des deux premières parties, nous expliquons nos conclusions sur le point de savoir si l'évaluation par l'Arbitre des constatations de menace d'entrave devrait inclure la valeur de toutes livraisons contrefactuelles qui seraient également devenues manifestes pendant la période de référence.

6.4.5.3.3.1 Nature de la "menace"

6.109. L'article 6.3 de l'Accord SMC est formulé au présent ("la subvention a pour effet") lorsqu'il indique les formes spécifiques de tort économique qui constituent un préjudice grave aux fins de l'article 5 c), y compris l'entrave aux importations et aux exportations au titre de l'article 6.3 a) et b). La note de bas de page 13 relative au paragraphe c) de l'article 5 dispose que l'expression "préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre" est utilisée dans l'Accord SMC avec le même sens qu'au paragraphe 1 de l'article XVI du GATT de 1994 et "s'entend également de la menace d'un préjudice grave".

6.110. La note de bas de page 13 fait aussi référence à l'article XVI du GATT de 1994, qui dispose ce qui suit (dans la section A):

Si un {Membre} accorde ou maintient une subvention, y compris toute forme de soutien des revenus ou des prix, qui a directement ou indirectement pour effet d'accroître les exportations d'un produit du territoire de ladite partie contractante ou de réduire les importations de ce produit sur son territoire, {ce Membre} fera connaître par écrit ... l'importance et la nature de cette subvention, les effets qu'il est permis d'en escompter sur les quantités du ou des produits en question importés ou exportés par {lui} et les circonstances qui rendent la subvention nécessaire. *Dans tous les cas où il sera établi qu'une telle subvention cause ou menace de causer un préjudice grave aux intérêts d'un {} autre {Membre}, l{}e {Membre} qui l'accorde examinera, lorsqu'{}il y sera invité {}, avec l'autre {Membre} ou les autres {Membres} intéressé{s} ..., la possibilité de limiter la subvention.*²⁸²

6.111. La référence à l'article XVI du GATT de 1994 figurant dans la note de bas de page 13, conjuguée à l'expression au présent du préjudice grave à l'article 6.3, indique que le champ du préjudice grave au titre de l'Accord SMC inclut à la fois le préjudice grave actuel et le préjudice grave à l'état de menace, de sorte qu'il est aligné sur l'article XVI du GATT de 1994.²⁸³ L'Accord SMC ne définit pas la menace de préjudice grave et n'explique pas non plus la relation entre le préjudice grave tel qu'il est défini à l'article 6.3 et la menace de préjudice grave, sinon comme cela est indiqué dans la note de bas de page 13.

6.112. Par "threat" (menace), on entend habituellement "an indication of impending evil" (l'indication d'un mal imminent).²⁸⁴ Quelque chose est "impending" (imminent) lorsque cette chose

²⁸² Pas d'italique dans l'original.

²⁸³ Nous observons une structure similaire s'agissant du concept de dommage à l'article 5 a): la note de bas de page 11 relative au paragraphe a) de l'article 5 dispose que l'expression "dommage causé à une branche de production nationale" est utilisée avec le même sens que dans la Partie V de l'Accord SMC. La Partie V (note de bas de page 45 relative à l'article 15) dispose que, sauf indication contraire, le terme "dommage" s'entend à la fois d'un dommage important actuel et d'une "menace de dommage important". L'Accord antidumping est structuré d'une manière semblable, la note de bas de page 9 disposant que le terme "dommage", sauf indication contraire, s'entendra d'un dommage important causé à une branche de production nationale, d'une menace de dommage important pour une branche de production nationale ou d'un retard important dans la création d'une branche de production nationale. L'article 10.3 de l'Accord antidumping (qui traite de la rétroactivité) dispose que, sous réserve des dispositions du paragraphe 2, "en cas de détermination de l'existence d'une menace de dommage ou d'un retard important (sans qu'il y ait encore dommage), un droit antidumping définitif ne pourra être imposé qu'à compter de la date de la détermination de l'existence de la menace de dommage ou du retard important", ce qui donne à penser que la menace de dommage apparaît dans les cas où un dommage important n'existe pas encore. L'Accord sur les sauvegardes définit également séparément le "dommage grave" et la "menace de dommage grave", l'expression "dommage grave" s'entendant d'une dégradation générale notable de la situation d'une branche de production nationale, alors que l'expression "menace de dommage grave" s'entend de "l'imminence évidente d'un dommage grave conformément aux dispositions du paragraphe 2."

²⁸⁴ Oxford English Dictionary en ligne, définition de "threat", <https://www.oed.com/view/Entry/201152?rskey=wUnlWk&result=1&isAdvanced=false#eid> (consulté le 21 septembre 2020).

"is about to fall or happen; hanging over one's head; imminent; or near at hand" (est sur le point d'arriver ou de se produire; plane au-dessus de quelqu'un; est immédiate; ou toute proche).²⁸⁵ Une menace d'entrave, à notre avis, est donc un concept prospectif, c'est-à-dire une entrave qui ne s'est pas encore produite mais se produira bientôt.

6.113. Les indications utiles de l'Organe d'appel concordent avec cette interprétation. L'Organe d'appel a analysé le concept de "menace" dans le contexte de l'interprétation du membre de phrase "menace de dommage grave" figurant à l'article 4:1 b) de l'Accord sur les sauvegardes, expliquant que la "menace" faisait référence à quelque chose qui "ne s'[était] pas encore produit, mais demeur[ait] un phénomène futur dont la concrétisation effective ne [pouvait] pas, en fait, être assurée avec certitude".²⁸⁶ Cette interprétation de la menace comme étant une chose qui ne s'est pas produite au moment considéré mais qui se produira à un moment dans le futur est aussi compatible avec la nature de la menace de dommage important visée à l'article 3.7 de l'Accord antidumping et à l'article 15.7 de l'Accord SMC.²⁸⁷ Nous ne voyons aucune raison de penser que la nature de la "menace" dans ces accords et la nature de la menace de préjudice grave dans l'Accord SMC devraient être interprétées différemment.

6.114. En effet, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a indiqué une interprétation semblable du terme "menace" dans le contexte de la menace de préjudice grave dans l'Accord SMC. Il a observé que ni l'article 6.3 a) ni l'article 6.3 b) ne faisait expressément référence à une "menace de détournement". De fait, la note de bas de page 13 relative à l'article 5 c) dispose que l'expression "préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre", telle qu'elle est utilisée dans l'Accord SMC, "s'entend également de la menace d'un préjudice grave".²⁸⁸ L'Organe d'appel a fait référence à l'article 15.7 de l'Accord SMC (qui concerne une menace de dommage important) et il a dit que cet article fournissait des indications pertinentes pour comprendre le concept de menace de préjudice grave visé à l'article 5 c), indiquant ce qui suit:

Par conséquent, comme pour une détermination de l'existence d'une menace de dommage important, nous estimons qu'il est raisonnable d'exiger que la détermination de l'existence d'une menace de préjudice grave "se fonde{ } sur des faits, et non pas seulement sur des allégations, des conjectures ou de lointaines possibilités" et que "{ }e changement de circonstances" qui *créerait* une situation où la subvention *causerait* un dommage "{soit} nettement prévu et imminent".²⁸⁹

²⁸⁵ Oxford English Dictionary en ligne, définition de "impending", <https://www.oed.com/view/Entry/92216?rskey=nFapJK&result=3&isAdvanced=false#eid> (consulté le 21 septembre 2020).

²⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Viande d'agneau*, paragraphe 125. (italique dans l'original) Dans le contexte de l'Accord antidumping, l'Organe d'appel a expliqué ce qui suit: "Eu égard à la progression continue d'une situation de dommage pour une branche de production nationale qui va d'une "menace de dommage grave" à un "dommage grave", nous considérons qu'un "dommage grave" – parce que cela va *au-delà* d'une "menace" – *inclut* nécessairement le concept de "menace" et *dépasse* l'existence d'une "menace". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation*, paragraphe 170) (italique dans l'original))

²⁸⁷ L'article 3.7 de l'Accord antidumping indique le fondement d'une détermination de l'existence d'une menace de dommage important, ainsi qu'une liste non exhaustive de facteurs que l'autorité chargée de l'enquête devrait examiner pour formuler cette détermination. Sa partie pertinente dispose que la totalité des facteurs considérés "doit amener à conclure que d'autres exportations faisant l'objet d'un dumping sont imminentes et qu'un dommage important se produirait à moins que des mesures de protection ne soient prises." Le texte de l'article 15.7 de l'Accord SMC correspond en grande partie à celui de l'article 3.7 de l'Accord antidumping, sans la note de bas de page 10 et avec l'ajout d'un facteur que l'autorité chargée de l'enquête devrait examiner, à savoir la nature de la subvention et les effets qu'elle aura probablement sur le commerce (article 15.7 i)). Des groupes spéciaux antérieurs ont conclu que les décisions concernant l'article 3.7 de l'Accord antidumping éclairaient l'interprétation de l'article 15.7 de l'Accord SMC et vice-versa. (Voir les rapports des Groupes spéciaux *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.2157; *États-Unis – Papiers couchés (Indonésie)*, paragraphe 7.259.)

²⁸⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1171.

²⁸⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1171 (pas d'italique dans l'original). Le Groupe spécial dans la procédure initiale concernant l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* avait constaté l'existence d'une menace de détournement sur le marché indien sur la base d'une commande de 225 LCA d'Airbus passée en 2005, contre 98 commandes de LCA de Boeing, ce qui représentait une "augmentation massive sur le marché indien" et indiquait que "étant donné que ces LCA {seraient} livrés au cours des années suivantes, il {était} probable

6.115. Par la suite, dans l'appel initial dans le présent différend, l'Organe d'appel a indiqué au sujet du paragraphe ci-dessus de son rapport antérieur qu'il reconnaissait que, bien que le terme "menace" ne soit pas expressément inclus dans le texte de l'article 6.3 b), une constatation formulée au titre de cette disposition pouvait viser des situations dans lesquelles il y avait simplement une menace de détournement.²⁹⁰ Son utilisation, dans la version anglaise, du conditionnel (*could include*) dans l'explication susmentionnée d'une menace de préjudice grave, ainsi que la prescription imposant que le changement de circonstances qui conduirait à l'existence d'un détournement soit nettement prévu et *imminent* pour que l'existence d'une menace de détournement soit démontrée, donne à penser que l'Organe d'appel a interprété une menace de détournement comme une situation dans laquelle le détournement n'existait pas dans le présent mais existerait dans le futur.

6.116. Plus généralement, la formulation au présent des types de tort économique qui constituent un préjudice grave à l'article 6.3, lorsqu'elle est lue avec la note de bas de page 13 (qui indique que le préjudice grave s'entend également de la menace d'un préjudice grave), donne à penser que la relation entre le préjudice grave actuel visé à l'article 6.3 et la menace de préjudice grave est temporelle. Nous notons que la manière dont l'Organe d'appel a fait référence à la relation entre le préjudice grave à l'état de menace et le préjudice grave actuel est compatible avec cette interprétation:

Une allégation de préjudice grave actuel concerne l'existence d'un préjudice dans le passé, dans le présent, et qui peut continuer dans le futur. Par contre, une allégation de menace de préjudice grave concerne un préjudice qui *n'existe pas encore* mais qui est imminent, de sorte qu'il se matérialisera dans un futur proche. Par conséquent, une allégation de menace de préjudice grave ne permet pas nécessairement d'appréhender et d'envisager une mesure corrective pour le même scénario qu'une allégation de préjudice grave actuel.²⁹¹

6.117. Nous prenons note aussi des déclarations faites par l'Organe d'appel lorsqu'il a interprété la "menace" dans le contexte d'autres accords de l'OMC, qui sont également compatibles avec l'idée qu'une menace fait référence à quelque chose qui ne s'est pas encore produit ou qui n'existe pas encore.²⁹²

6.118. Enfin, nous examinons l'objet et le but de l'inclusion de la menace de préjudice grave dans le cadre du préjudice grave au sens de l'article 5 c) de l'Accord SMC. La partie III de l'Accord SMC ("Subventions pouvant donner lieu à une action") dispose que des subventions spécifiques donnent lieu aux mesures correctives énoncées à l'article 7 *seulement* dans les cas où il est démontré (*a posteriori*) qu'elles causent des effets défavorables pour les intérêts d'un Membre plaignant. Le préjudice grave est l'une de ces formes d'effets défavorables visées aux articles 5 c) et 6.3. La formulation au présent employée pour le préjudice grave à l'article 6.3 signifie que l'évaluation du préjudice grave (et donc de la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une subvention visée dans la partie III) est fondamentalement *rétrospective*.²⁹³

qu'Airbus détient une part du marché indien nettement plus grande que Boeing". (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1784) Les données relatives aux commandes et aux livraisons dont le Groupe spécial disposait pour ce marché géographique couvraient la période 2001-2006, ce qui indiquait qu'il avait fondé sa constatation de menace de détournement sur une situation de détournement qui se produirait au cours d'une période (future) postérieure à 2006. L'Organe d'appel a finalement infirmé la constatation de menace de détournement formulée par le Groupe spécial au motif que les tendances de la part de marché basées sur les commandes ne fournissaient pas une base suffisante pour une constatation de menace de détournement. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1202)

²⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, note de bas de page 2215.

²⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 244. (pas d'italique dans l'original) D'après ce que nous comprenons, en disant qu'une menace de préjudice grave "ne permet pas nécessairement d'appréhender et d'envisager une mesure corrective pour le même scénario qu'une allégation de préjudice grave actuel", l'Organe d'appel veut dire qu'une menace de préjudice grave n'inclut pas nécessairement un préjudice grave actuel parce que, par définition, une menace se rapporte à quelque chose qui n'existe pas encore.

²⁹² Voir plus haut le paragraphe 6.113.

²⁹³ La discipline fondée sur les effets figurant dans la Partie III de l'Accord SMC peut être opposée à la discipline applicable aux subventions prohibées figurant dans la Partie II, où la compatibilité de la subvention

6.119. L'inclusion de la menace de préjudice grave dans le champ du préjudice grave, dans le contexte de la discipline fondée sur les effets figurant dans la Partie III de l'Accord SMC, permet aux Membres d'obtenir des mesures correctives au titre de l'article 7 en ce qui concerne un préjudice grave qui n'existe pas actuellement mais existera dans le futur. Une allégation de menace de préjudice grave est donc un moyen de traiter le subventionnement qui menace de façon imminente de causer un tort économique, sans devoir attendre que ce tort se manifeste effectivement. Interprétée dans ce contexte, une menace de préjudice grave n'est pas une forme de tort distincte de la forme actuelle des phénomènes particuliers de préjudice grave énoncés à l'article 6.3. En fait, elle concerne le même tort que les phénomènes énoncés à l'article 6.3, mais d'un point de vue prospectif parce qu'elle ne s'est pas encore produite mais que l'on peut s'attendre à ce qu'elle se produise de manière imminente.²⁹⁴ Cette différence temporelle entre le préjudice grave à l'état de menace et le préjudice grave actuel signifie aussi que l'argumentation et les éléments de preuve à l'appui d'une allégation de menace de préjudice grave différeront de ceux qui sont requis pour étayer une allégation de préjudice grave actuel.²⁹⁵

6.120. Les considérations qui précèdent nous amènent à nous attendre à ce que lorsqu'une menace d'entrave est identifiée par un organe juridictionnel de l'OMC appliquant les disciplines de la Partie III de l'Accord SMC, cet organe fasse référence à une situation dans laquelle l'entrave à l'état de menace ne s'est pas encore manifestée en tant qu'entrave pendant la période examinée par ledit organe. Autrement dit, nous nous attendrions à ce qu'un groupe spécial formule une constatation de menace d'entrave lorsqu'il ne serait pas encore en mesure d'observer la manifestation de l'entrave à l'état de menace (c'est-à-dire l'entrave). De fait, s'il n'en était pas ainsi, il nous apparaîtrait que la distinction entre des constatations de menace de préjudice grave et de préjudice grave actuel serait à tout le moins notablement gommée.²⁹⁶

6.121. Nous rappelons en outre que l'Union européenne fait valoir, et nous partageons son avis, que dans la présente procédure, les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité concernant la menace doivent être examinées en elles-mêmes et être respectées. Nous examinons donc les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité de façon plus détaillée.

6.4.5.3.3.2 Constatations formulées dans la procédure de mise en conformité

6.122. Pour mémoire, l'Union européenne fait valoir que le Groupe spécial de la mise en conformité s'est situé, d'un point de vue temporel, au moment des pertes de ventes de 2011 et de 2008 lorsqu'il a formulé ses constatations de menace d'entrave. En formulant cet argument, elle accorde une importance particulière aux membres de phrase "sera, dans cette mesure" et "apparaît ... pendant la période postérieure à la mise en œuvre" figurant aux paragraphes 9.437 et 9.438, respectivement, du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité. Avant d'examiner ces paragraphes, nous rappelons d'abord le contexte dans lequel ce dernier a examiné les allégations formulées par l'Union

avec les règles de l'OMC est subordonnée à la question de savoir si cette subvention remplit les critères juridiques énoncés à l'article 3.1, et non à une démonstration de ses effets sur le marché.

²⁹⁴ Il est raisonnable de penser que, si les rédacteurs avaient voulu qu'une menace de préjudice grave constitue une forme de tort distincte des phénomènes énoncés à l'article 6.3, ils l'auraient fait en ajoutant à l'article 6.3 un alinéa e) indiquant ce qui suit: "la subvention a pour effet la menace des effets exposés aux alinéas a) à d) du présent article". Au contraire, la référence à la menace de préjudice grave qui figure dans une note de bas de page relative à l'article 5 c), disposition énonçant l'obligation de ne pas causer d'effets défavorables en recourant à une subvention, donne à penser que l'existence du préjudice grave visé à l'article 5 c) peut être établie dans les cas où le tort sur le marché spécifié à l'article 6.3 n'existe pas encore, et non pas seulement lorsqu'il s'est déjà produit.

²⁹⁵ Voir le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.124 (indiquant que "{b}ien qu'un préjudice grave effectif ou actuel soit un phénomène distinct d'une menace de préjudice grave, et que les éléments de preuve exigés pour la démonstration de l'un et de l'autre soient nécessairement différents, nous notons que, du point de vue de l'interprétation du droit, l'expression "préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre" utilisée dans l'Accord SMC s'entend explicitement de la menace d'un préjudice grave").

²⁹⁶ L'Union européenne fait valoir qu'"en droit et en fait, il est tout à fait possible d'avoir une situation dans laquelle les faits et les éléments de preuve pourraient étayer des constatations de l'existence de deux types différents d'effets défavorables alternativement." (Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 242) Nous comprenons d'après le contexte de cet argument que l'Union européenne voulait dire que les éléments de preuve dont disposait le Groupe spécial de la mise en conformité étayaient des constatations de menace d'entrave, ainsi que des constatations d'entrave actuelle. Nous examinons plus avant les éléments de preuve dont disposait le Groupe spécial de la mise en conformité plus loin dans la section 6.4.5.3.3.2.

européenne au titre de l'article 7.8 de l'Accord SMC en ce qui concerne l'existence de l'entrave actuelle et de la menace d'entrave sur les marchés géographiques pertinents pendant la période postérieure à la mise en œuvre.

6.123. Premièrement, en présentant ses arguments relatifs au préjudice grave, l'Union européenne avait proposé deux marchés de produits distincts sur lesquels les LCA monocouloirs étaient en concurrence: a) un marché des produits utilisant les "technologies existantes" (constitué de l'A320ceo et du 737NG); et b) un marché des produits utilisant les "nouvelles technologies" (constitué de l'A320neo et du 737 MAX). Elle avait formulé des arguments distincts pour chaque marché *de produits* allégué. Elle avait étayé ses arguments par des données distinctes relatives aux commandes et aux livraisons pour, respectivement, les LCA utilisant les technologies existantes et les LCA utilisant les nouvelles technologies, sur chacun des marchés géographiques en cause. En outre, pour actualiser les renseignements étayant ses allégations de préjudice grave (communiqués en octobre 2015 en réponse à la question n° 169 du Groupe spécial), elle avait fourni des données relatives aux livraisons et des données relatives aux livraisons prévues (futures), dans chaque cas valables au 22 septembre 2015.²⁹⁷ Le Groupe spécial de la mise en conformité a rejeté la délimitation des deux marchés de produits établie par l'Union européenne, constatant que les LCA monocouloirs utilisant les technologies existantes et les LCA monocouloirs utilisant les nouvelles technologies étaient les uns et les autres en concurrence sur le même marché de produits.²⁹⁸ Il a donc examiné les allégations de détournement, d'entrave et de menaces de détournement et d'entrave formulées par l'Union européenne sur la base des données agrégées concernant les parts de marché pour chacun des marchés géographiques.²⁹⁹

6.124. Les allégations et éléments de preuve de l'Union européenne étaient aussi structurés autour d'une distinction temporelle entre le détournement et l'entrave actuels et le détournement et l'entrave à l'état de menace:

- a. Pour le marché géographique des États-Unis: L'Union européenne avait allégué que les subventions des États-Unis causaient une *menace d'entrave* sur le marché géographique des États-Unis relatif aux nouvelles technologies, en faisant référence à *l'avantage en matière de livraisons futures* dont jouissait Boeing, sur la base des commandes actuelles.³⁰⁰ Elle avait allégué aussi que les subventions des États-Unis causaient une *entrave actuelle et une menace d'entrave* sur le marché géographique des États-Unis relatif aux technologies existantes.³⁰¹
- b. Pour le marché géographique des É.A.U.: L'Union européenne avait allégué que les subventions des États-Unis causaient une *menace d'entrave* sur le marché géographique des É.A.U. relatif aux nouvelles technologies, en faisant référence à *l'avantage en matière de livraisons futures* dont jouissait Boeing, sur la base des commandes actuelles.³⁰² Elle

²⁹⁷ *US – Large Civil Aircraft (Article 21.5 – EU)*, EU Responses to Panel Questions, 8 October 2015 (pièce EU-54 (RCES); réponse de l'UE à la question n° 169 du Groupe spécial, faisant référence à la base de données d'Ascend, deliveries made, données demandées le 22 septembre 2015 (pièce EU-1659 dans la procédure de mise en conformité) et à la base de données d'Ascend, deliveries due, données demandées le 22 septembre 2015 (pièce EU-1660 dans la procédure de mise en conformité).

²⁹⁸ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphes 9.39 et 9.40.

²⁹⁹ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphes 9.434 à 9.439 et tableaux 15, 16, 17 et 18.

³⁰⁰ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.410. Voir aussi les éléments de preuve présentés à l'appui en octobre 2015 dans la communication au Groupe spécial de la mise en conformité dans laquelle l'Union européenne actualisait les éléments de preuve sur lesquels elle s'appuyait. *US – Large Civil Aircraft (Article 21.5 – EU)*, EU Responses to Panel Questions, 8 October 2015 (pièce EU-54 (RCES), réponse de l'Union européenne à la question n° 169 du Groupe spécial, paragraphes 491 et 492).

³⁰¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.412. Voir aussi les éléments de preuve présentés à l'appui en octobre 2015 dans la communication au Groupe spécial de la mise en conformité dans laquelle l'Union européenne actualisait les éléments de preuve sur lesquels elle s'appuyait. *(US – Large Civil Aircraft (Article 21.5 – EU)*, EU Responses to Panel Questions, 8 October 2015 (pièce EU-54 (RCES), réponse de l'Union européenne à la question n° 169 du Groupe spécial, paragraphe 510).

³⁰² Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.410. Voir aussi les éléments de preuve présentés à l'appui en octobre 2015 dans la communication au Groupe spécial de la mise en conformité dans laquelle l'Union européenne actualisait les éléments de preuve sur lesquels elle s'appuyait. *US – Large Civil Aircraft (Article 21.5 – EU)*, EU Responses to

avait allégué aussi que les subventions des États-Unis causaient *un détournement, une entrave et des menaces de détournement et d'entrave* sur le marché géographique des É.A.U. relatif aux technologies existantes.³⁰³

6.125. Le Groupe spécial de la mise en conformité a examiné les phénomènes de détournement et d'entrave, ainsi que les éléments "pertinents ou nécessaires pour étayer l'existence de chaque phénomène", sur la base de déclarations antérieures de l'Organe d'appel.³⁰⁴ À cet égard, il a fait référence à des déclarations antérieures de l'Organe d'appel tirées de la procédure initiale dans le présent différend et du différend DS316 selon lesquelles des éléments de preuve concernant des tendances discernables des parts de marché étaient nécessaires pour étayer des constatations de détournement et d'entrave.³⁰⁵ Le Groupe spécial de la mise en conformité a aussi reconnu que l'Organe d'appel dans la procédure initiale n'avait expressément pas souscrit à l'implication du raisonnement du Groupe spécial initial selon lequel les phénomènes de détournement et d'entrave découlaient nécessairement d'une constatation de pertes de ventes.³⁰⁶

6.126. Le Groupe spécial de la mise en conformité a ensuite rappelé sa conclusion antérieure selon laquelle il y avait eu cinq campagnes de vente de LCA visant le 737MAX/737NG et l'A320neo/A320ceo entre 2007 et 2015 qui étaient sensibles aux prix en ce sens que Boeing subissait une pression particulière en vue de réduire ses prix afin d'obtenir les ventes, et qu'il n'y avait pas de facteurs autres que les prix qui expliquaient que Boeing avait réussi à obtenir les ventes.³⁰⁷ Sur la base de cette conclusion, il a constaté que, *dans ces campagnes de vente*, la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington avait contribué d'une manière réelle et substantielle à la réduction des prix de Boeing et que cette subvention avait eu pour effet de faire perdre à Airbus trois ventes de LCA monocouloirs à fuselage étroit dans une mesure notable pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Il a indiqué que son évaluation des allégations d'"entrave aux importations et/ou exportations de LCA monocouloirs d'Airbus et/ou [de] détournement de ces importations et/ou exportations (et/ou [de] menace d'entrave et/ou de détournement) pendant la période postérieure à la mise en œuvre" formulées par l'Union européenne partirait nécessairement de sa conclusion et de ses constatations antérieures selon lesquelles la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington avait eu pour effet trois pertes notables de ventes pendant la période postérieure à la mise en œuvre, et cinq pertes notables de ventes entre 2007 et 2015.³⁰⁸ Le Groupe

Panel Questions, 8 October 2015 (pièce EU-54 (RCES), réponse de l'Union européenne à la question n° 169 du Groupe spécial, paragraphes 505 et 506).

³⁰³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.412. Voir aussi les éléments de preuve présentés à l'appui en octobre 2015 dans la communication au Groupe spécial de la mise en conformité dans laquelle l'Union européenne actualisait les éléments de preuve sur lesquels elle s'appuyait. *US – Large Civil Aircraft (Article 21.5 – EU)*, EU Responses to Panel Questions, 8 October 2015 (pièce EU-54 (RCES), Union européenne, réponse à la question n° 169 du Groupe spécial, paragraphes 527 et 528)).

³⁰⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.416 à 9.421.

³⁰⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.418 à 9.420 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 1086: "Nous observons que l'article 6.4 de l'Accord SMC, qui s'applique aux deux phénomènes visés à l'article 6.3 a) et b), prescrit que, comme pour le détournement, une constatation d'entrave soit étayée par des éléments de preuve indiquant que la part relative du marché s'est modifiée en faveur du produit subventionné, sur une période suffisamment représentative, pour démontrer des "tendances manifestes" dans l'évolution du marché considéré"). L'Organe d'appel avait infirmé les constatations de menace de détournement et d'entrave formulées par le Groupe spécial initial (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphes 1089 et 1090) parce que les données n'étaient pas suffisantes pour démontrer ces tendances manifestes sur les marchés de pays tiers en cause, comme l'exigeait l'article 6.4.

³⁰⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.421. Nous comprenons donc que le Groupe spécial de la mise en conformité était conscient qu'une constatation d'entrave ne pouvait pas être formulée sur la seule base de l'existence d'une perte de vente, mais exigerait également la démonstration de tendances manifestes de la part de marché.

³⁰⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.426.

³⁰⁸ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.427. Le Groupe spécial de la mise en conformité a observé que l'Union européenne n'avait pas fourni de théorie du lien de causalité à l'appui de ses allégations de détournement et d'entrave (et/ou de menace de détournement et d'entrave) en dehors de celle qu'elle avait avancée à l'appui de ses allégations de pertes notables de ventes. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.428 et 9.431) Il a rejeté l'argument de l'Union européenne selon lequel pour des marchés de LCA "à grands volumes", il pouvait être supposé que les deux duopoles bénéficieraient

spécial de la mise en conformité a conclu qu'il n'y avait pas de base lui permettant d'examiner les allégations de détournement et d'entrave formulées par l'Union européenne pour les marchés de pays autres que ceux qui étaient concernés par les cinq pertes notables de ventes qui étaient des effets de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington.³⁰⁹

6.127. Le Groupe spécial de la mise en conformité a expliqué que, pour ces quatre marchés géographiques, l'existence d'un lien de causalité avait été établie, *s'agissant des cinq campagnes de vente de LCA*, entre la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington et les prix des LCA de Boeing. Son évaluation des allégations de détournement et/ou d'entrave (et/ou de menace de détournement ou d'entrave) formulées par l'Union européenne comportait donc une comparaison des parts de marché des LCA monocouloirs d'Airbus et des LCA monocouloirs de Boeing fondée sur "les livraisons effectives et prévues de LCA monocouloirs d'Airbus et de Boeing sur la période allant de 2007 à 2025."³¹⁰ Le Groupe spécial de la mise en conformité a accepté d'une manière générale la distinction temporelle entre les formes de détournement et d'entrave actuelles et à l'état de menace et les éléments de preuve pertinents pour la démonstration de chacune de ces formes, comme cela est indiqué dans la note de bas de page 3368:

Comme le Groupe spécial initial l'a expliqué, le détournement des *importations* ou des *exportations* de la partie plaignante, l'entrave à ces *importations* ou *exportations*, et la menace de détournement et d'entrave impliquent forcément l'existence de marchandises qui franchissent des frontières. Pour le marché des LCA, sur lequel il s'écoule souvent un laps de temps considérable entre la commande et la livraison, cela signifie que toute démonstration concernant les tendances des parts de marché aux fins d'une allégation de détournement, d'entrave ou de menace de détournement ou d'entrave devrait être fondée sur les données relatives aux livraisons plutôt que sur celles relatives aux commandes. (Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphes 7.1683 à 7.1686.) S'agissant de la période sur laquelle nous évaluons l'existence de tendances des parts de marché, la période 2007 à 2025 est celle sur laquelle l'Union européenne présente ses données relatives aux parts de marché. Nous relevons que cette période commence avant la période de référence de 2013-2015 que nous utilisons ailleurs dans nos constatations et s'étend au-delà de celle-ci. Nous prenons cette période plus longue afin de veiller, conformément aux indications données par l'Organe d'appel, à ce que les effets de la subvention soient examinés sur une période suffisamment longue pour discerner l'existence de tendances manifestes. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 1081 (citant les rapports de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1166; et *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 478)) Cela est particulièrement important pour les allégations de l'Union européenne concernant la menace de détournement et d'entrave, qui requièrent nécessairement des éléments de preuve concernant les livraisons futures prévues.³¹¹

6.128. Par conséquent, eu égard à ces observations, nous relevons que l'Union européenne a présenté ses allégations d'entrave, d'une part, et de menace d'entrave, d'autre part, sur la base d'une distinction claire entre les données relatives aux livraisons effectives pour la période "actuelle" allant jusqu'à septembre 2015 et les données relatives aux livraisons prévues (d'après les commandes) pour une période "future" postérieure à septembre 2015. Le Groupe spécial de la mise en conformité a accepté cette distinction temporelle entre le détournement et l'entrave actuels et le

chacun d'une part de marché d'à peu près 50% et selon lequel tout écart notable par rapport à une part de marché de 50% pendant plusieurs années d'affilée, conjugué à d'autres éléments de preuve indiquant l'existence d'un lien de causalité, étayait la constatation selon laquelle l'écart était un effet de la subvention. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphes 9.429 et 9.430)

³⁰⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.432 et note de bas de page 3366 y relative. Ces marchés de pays étaient les États-Unis (Delta Airlines 2011); les Émirats arabes unis (Fly Dubai 2008 et 2014); le Canada (Air Canada 2013) et l'Islande (Icelandair 2013).

³¹⁰ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.432.

³¹¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), note de bas de page 3368. (italique dans l'original; non souligné dans l'original)

détournement et l'entrave à l'état de menace dans la note de bas de page 3368 dans le contexte de son examen des tendances pertinentes des parts de marché pour la période 2007-2025.

Marché géographique des États-Unis

6.129. Pour examiner les allégations d'entrave et de menace d'entrave sur le marché géographique des États-Unis formulées par l'Union européenne, le Groupe spécial de la mise en conformité a pris en considération des données agrégées concernant les parts des marchés relatifs aux nouvelles technologies et aux technologies existantes qui montraient les livraisons effectives jusqu'en septembre 2015 et les livraisons prévues à partir de septembre 2015.³¹² Il a observé que Boeing avait détenu la majeure partie de la part de marché pour les livraisons de LCA monocouloirs entre 2007 et 2016 et que, avec des fluctuations mineures prévues en 2017 et 2018, Boeing avait été, et dans l'ensemble demeurerait, le duopoleur dominant pour les livraisons de LCA monocouloirs sur le marché des États-Unis jusqu'en 2021, date à laquelle il était prévu qu'Airbus la devance.³¹³ Il a en conséquence estimé que la tendance qui semblait se dessiner était plutôt que "pour les quelques années suivantes jusqu'en 2021", la part de marché d'Airbus (et non celle de Boeing) augmenterait.³¹⁴

6.130. Le Groupe spécial de la mise en conformité a noté ensuite que la seule vente de Boeing à un acheteur de LCA qui "[avait] un lien de causalité" avec la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington était la commande de 100 aéronefs 737NG passée par Delta Airlines en 2011".³¹⁵ Aux paragraphes 9.437 et 9.438 de son rapport, il a dit ensuite ce qui suit:

Bien qu'il nous semble logique que du fait qu'Airbus a perdu la campagne de vente 2011 de Delta Airlines en raison des effets de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, il sera, dans cette mesure, fait obstacle aux importations de LCA monocouloirs d'Airbus sur le marché des États-Unis ou celles-ci seront gênées ou freinées, nous ne perdons pas de vue que le phénomène d'entrave n'est pas synonyme de celui de perte de ventes. En tout état de cause, le Groupe spécial aurait peu intérêt à formuler une constatation d'entrave aux importations en ce qui concerne uniquement des pertes de ventes qui font déjà l'objet d'une constatation de pertes notables de ventes.

Cependant, dans ce cas particulier, du fait que la commande de Delta Airlines a été passée en 2011, la campagne 2011 de Delta Airlines ne fait pas partie de la constatation de pertes notables de ventes pendant la période postérieure à la mise en œuvre formulée par le Groupe spécial. La menace d'entrave aux importations d'A320ceo sur le marché des États-Unis qui découle de la perte de ventes de la campagne 2011 de Delta Airlines apparaît toutefois pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Dans ces circonstances, nous jugeons approprié de formuler une constatation concernant la menace d'entrave résultant de cette perte de ventes. Nous constatons donc que la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington a pour effet une menace d'entrave aux importations de LCA monocouloirs d'Airbus sur le marché des États-Unis.³¹⁶

6.131. L'emploi de l'expression "sera, dans cette mesure" au paragraphe 9.437 fait référence au lien logique entre la perte de la vente à Delta Airlines et les livraisons détournées ou entravées qui découleront de cette perte de vente, nonobstant le fait que la perte de vente n'était pas elle-même un élément de preuve suffisant de l'existence d'un détournement ou d'une entrave.³¹⁷ Nous ne considérons pas qu'en formulant cette observation logique, le Groupe spécial de la mise en

³¹² Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), tableau 15.

³¹³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.435. En d'autres termes, il n'y avait pas de tendance discernable étayant des constatations de détournement ou d'entrave ou de menace de détournement ou d'entrave au titre de l'article 6.3 a).

³¹⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.435.

³¹⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.436.

³¹⁶ Italique dans l'original, non souligné dans l'original.

³¹⁷ Voir plus haut le paragraphe 6.125 et la note de bas de page 305 y relative.

conformité se soit nécessairement situé en 2011 lorsqu'il a formulé la constatation de menace d'entrave.

6.132. En outre, nous lisons la référence au membre de phrase "apparaît ... pendant la période postérieure à la mise en œuvre" qui figure au paragraphe 9.438 du rapport, dans le contexte du paragraphe 9.437 et de la première phrase du paragraphe 9.438, comme indiquant que, bien que la perte de la vente à Delta Airlines ne soit pas une constatation de perte notable de vente ayant eu lieu pendant la période postérieure à la mise en œuvre, il y "aurait des importations entravées" découlant des livraisons associées à cette perte de vente pendant la période postérieure à la mise en œuvre et que cela rendait une constatation de menace d'entrave en relation avec cette perte de vente "appropriée" dans les circonstances.³¹⁸

6.133. Nous ne voyons donc rien dans les constatations formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité aux paragraphes 9.437 et 9.438 de son rapport qui donnerait à penser qu'il s'est situé au moment de la perte de la vente à Delta Airlines en 2011 lorsqu'il a formulé la constatation de menace d'entrave sur le marché géographique des États-Unis. En revanche, nous comprenons d'après les paragraphes 9.437 et 9.438 que le Groupe spécial de la mise en conformité justifiait le fait que a) bien que l'Organe d'appel ait indiqué que l'entrave ne pouvait pas être présumée à partir du fait d'une perte de ventes, et même en l'absence des tendances manifestes requises de la part de marché, il y avait un lien logique entre la perte de la vente à Delta Airlines et l'entrave aux livraisons futures d'Airbus sur le marché des États-Unis, dans la mesure des livraisons devant être effectuées conformément à cette vente perdue, et b) puisque la perte de la vente à Delta Airlines ne pouvait pas elle-même constituer la base d'une constatation selon laquelle les États-Unis n'avaient pas éliminé les effets défavorables de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, "{d}ans ces circonstances", le Groupe spécial de la mise en conformité "jug{eait} approprié" de formuler une constatation de menace d'entrave.³¹⁹

6.134. En outre, même si les constatations formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité aux paragraphes 9.437 et 9.438 pouvaient potentiellement être interprétées, isolément, comme signifiant que le Groupe spécial de la mise en conformité considérait que la menace d'entrave était constituée par toutes les livraisons futures découlant de la perte de la vente à Delta de 2011 qui devaient avoir lieu au début de la période de référence (comme l'Union européenne le fait valoir), le contexte dans lequel ces constatations ont été formulées, selon nous, exclut cette interprétation.³²⁰ Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 6.124, l'Union européenne avait présenté ses allégations d'entrave, d'une part, et de menace d'entrave, d'autre part, sur la base d'une distinction claire entre les données relatives aux livraisons effectives pour la période "actuelle" allant jusqu'à septembre 2015 et les données relatives aux livraisons prévues (d'après les commandes) pour une période "future" postérieure à septembre 2015. Étant donné que le Groupe spécial de la mise en conformité avait auparavant accepté la distinction temporelle entre le détournement et l'entrave actuels et le détournement et l'entrave à l'état de menace dans l'argumentation de l'Union européenne³²¹, il aurait été absurde qu'il ait, sans autre explication, formulé ses constatations de menace d'entrave sur le marché géographique des États-Unis par rapport à autre chose que les données relatives aux "livraisons futures prévues" dont il disposait (c'est-à-dire les livraisons dont il était prévu qu'elles aient lieu après la période de référence) et dont il avait dit qu'elles étaient "nécessaires" pour étayer une allégation de menace d'entrave.³²²

³¹⁸ Et ce, bien que l'Organe d'appel ait averti que les phénomènes de détournement et d'entrave ne découlaient pas nécessairement d'une constatation de pertes notables de ventes en l'absence de tendances claires de la part de marché.

³¹⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.438.

³²⁰ Voir plus haut les paragraphes 6.94 et 6.95 pour les arguments de l'Union européenne à cet égard.

³²¹ Voir plus haut le paragraphe 6.127, faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, note de bas de page 3368, où le Groupe spécial expliquait qu'il examinerait les données pour la période 2007-2025 dans sa totalité afin d'identifier les tendances des parts de marché qui étaient requises à l'appui des constatations de détournement, d'entrave et de menace de détournement ou d'entrave, et indiquait spécifiquement qu'un examen de données allant au-delà de la période de référence était particulièrement important pour l'examen des allégations de menace de détournement et de menace d'entrave, "qui requ{éraient} nécessairement des éléments de preuve concernant les livraisons futures prévues".

³²² Voir plus haut le paragraphe 6.128. À cet égard, nous notons que le Groupe spécial de la mise en conformité a expressément reconnu que c'était uniquement par rapport aux effets défavorables dont l'existence pendant la période postérieure à la mise en œuvre avait été constatée qu'il pourrait être constaté

Marché géographique des É.A.U.

6.135. Le tableau 18 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité présente des données relatives à la part de marché en ce qui concerne le marché des monocouloirs des É.A.U. pour la période 2007-2025, sous la forme de données relatives aux livraisons jusqu'en septembre 2015 et de données relatives aux commandes (c'est-à-dire aux livraisons futures prévues) pour la période postérieure à septembre 2015. Le Groupe spécial de la mise en conformité a noté qu'il n'y avait pas de tendance de la part de marché favorable à Boeing (et défavorable à Airbus) jusqu'en 2017. Toutefois, il a observé ensuite une tendance manifeste, à compter de 2017, à l'accroissement des livraisons de monocouloirs de Boeing entre 2017 et 2022.³²³ Il a spécifiquement relié cette évolution de la tendance de la part de marché à compter de 2017 aux livraisons de 737 MAX qui devaient commencer en 2017 et qui se rapportaient à la campagne de vente de Fly Dubai de 2014:

En 2017, au moment où les livraisons du 737 MAX doivent commencer, Boeing devancera Airbus et conservera une part de marché de 70 à 100% au cours des six années suivantes. Nous constatons aussi que les commandes de 50 737NG et de 75 737 MAX passées par Fly Dubai en 2008 et 2014, respectivement, sont des pertes notables de ventes pour Airbus. Sur la base des éléments de preuve concernant les tendances des parts de marché sur le marché des Émirats arabes unis et des éléments de preuve concernant ces pertes de ventes, nous concluons que la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington a pour effet une menace d'entrave sur le marché des Émirats arabes unis pendant la période postérieure à la mise en œuvre.³²⁴

6.136. Le Groupe spécial de la mise en conformité a relié la tendance à l'accroissement des livraisons de monocouloirs de Boeing de 2017 à 2022 aux livraisons de 737 MAX qui devaient commencer en 2017. Cependant, il ressort clairement de la dernière phrase de l'extrait susmentionné des constatations du Groupe spécial de la mise en conformité que ce dernier a aussi mentionné la campagne 2008 de Fly Dubai en tant que perte notable de vente et a fondé sa constatation de menace d'entrave en partie sur les éléments de preuve relatifs à cette perte de vente.

6.137. L'Union européenne souligne qu'en septembre 2015, Boeing avait effectué toutes ses livraisons de 737NG en relation avec la vente perdue à Fly Dubai de 2008. Elle estime que, vu que Boeing avait effectué toutes les livraisons dans le cadre de la vente perdue à Fly Dubai de 2008 avant la fin de la période de référence, et que la perte de la vente était explicitement mentionnée en tant que fondement de la constatation de menace d'entrave, le point de vue temporel du Groupe spécial de la mise en conformité n'avait pas pu être la fin de la période de référence, et que l'Arbitre doit évaluer les livraisons dans le cadre de la vente à Fly Dubai de 2008 qui ont eu lieu pendant la période de référence dans le cadre de la constatation de menace d'entrave.

6.138. Il ressort des éléments de preuve présentés à l'Arbitre au cours de la présente procédure que la dernière livraison effectuée par Boeing dans le cadre de la campagne 2008 de Fly Dubai a été effectuée le 14 septembre 2015; c'est-à-dire au cours de la période de référence du Groupe spécial

que les États-Unis avaient manqué à leur obligation au titre de l'article 7.8 de prendre des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.107) Ainsi, il est difficile de comprendre pourquoi, sans autre explication, le Groupe spécial de la mise en conformité se serait situé bien avant l'expiration de la période de mise en œuvre (c'est-à-dire en 2011) pour formuler sa constatation de menace d'entrave. De plus, le Groupe spécial de la mise en conformité a utilisé le passé pour décrire la façon dont les événements pendant la période de référence, spécifiquement les commandes de LCA remportées par Boeing aux dépens d'Airbus, étayaient sa constatation de pertes de ventes actuelles. (Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.404) Comme les États-Unis le soulignent, il apparaîtrait incohérent et illogique que le Groupe spécial de la mise en conformité – sans explication – ait formulé des constatations de pertes notables de ventes pendant la période de référence au passé mais ait analysé l'existence d'une menace d'entrave du point de vue d'un moment antérieur. (États-Unis, observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions de l'Arbitre n° 66, paragraphes 103 et 104, et n° 68, paragraphe 142)

³²³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.443.

³²⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.443. (notes de bas de page omises)

de la mise en conformité.³²⁵ En outre, il était raisonnable d'inférer que, comme le Groupe spécial de la mise en conformité disposait d'éléments de preuve relatifs aux livraisons reposant sur une demande de données du 22 septembre 2015 (présentées en tant que pièce EU-1659 dans la procédure de mise en conformité), il disposait également d'éléments de preuve qui lui auraient permis de déterminer que la dernière livraison de Boeing dans le cadre de la campagne 2008 de Fly Dubai avait eu lieu le 14 septembre 2015. Toutefois, nous ne pouvons pas déterminer d'après les éléments de preuve dont nous disposons dans la présente procédure si le Groupe spécial de la mise en conformité disposait aussi d'éléments de preuve concernant le calendrier de livraison qu'Airbus avait proposé dans son offre finale de 2008 à Fly Dubai ou si le calendrier de livraison d'Airbus prévoyait des livraisons après la période de référence.³²⁶ Il n'est donc pas possible de déterminer précisément à quel moment le Groupe spécial de la mise en conformité pensait que les livraisons contrefactuelles d'Airbus auraient eu lieu si Airbus avait remporté la campagne de vente 2008 de Fly Dubai.

6.139. En outre, nous notons que la référence faite par le Groupe spécial de la mise en conformité à la perte de la vente à Fly Dubai de 2008 en lien avec sa constatation de menace d'entrave sur le marché géographique des É.A.U. a été faite dans un contexte particulier décrit dans un appendice RCES du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité.³²⁷ D'après notre examen de l'appendice RCES, et eu égard à ce contexte, nous ne considérons pas que la référence du Groupe spécial de la mise en conformité à la perte de la vente à Fly Dubai de 2008 en lien avec sa constatation de menace d'entrave sur le marché des É.A.U. montre nécessairement qu'il s'est forcément situé au moment de cette perte de vente lorsqu'il a formulé la constatation. Au contraire, les efforts du Groupe spécial de la mise en conformité pour identifier une tendance pertinente au cours de l'année 2017 alors à venir étaye la conclusion selon laquelle le Groupe spécial a distingué le "présent" du "futur" suivant la date limite de septembre 2015 pour la prise en compte des éléments de preuve. En d'autres termes, nous interprétons les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité comme étant compatibles avec le fait qu'il a constaté l'existence de la menace d'entrave sur la base de données relatives aux livraisons futures prévues à compter de septembre 2015. En conséquence, les constatations de menace d'entrave sur le marché des É.A.U. formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité font référence à une entrave après la période de référence et sont donc constituées par des livraisons pendant la période postérieure à la période de référence.

Résumé – constatations du Groupe spécial de la mise en conformité

6.140. À la lumière de notre analyse des constatations de menace d'entrave formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité pour les marchés géographiques des États-Unis et des É.A.U., nous concluons que ces constatations reflètent une distinction temporelle entre les livraisons jusqu'en septembre 2015 et les livraisons prévues après septembre 2015. Cela est vrai même si le Groupe spécial de la mise en conformité a fondé ses constatations de menace d'entrave sur les livraisons entravées qui découleraient de certaines campagnes de vente perdues en 2011 pour le marché des États-Unis et, en partie, en 2008 pour le marché des É.A.U.. Les constatations de menace d'entrave du Groupe spécial de la mise en conformité ont été formulées par référence aux livraisons postérieures à 2015.³²⁸ En particulier, cette conclusion cadre avec la façon dont l'Union européenne

³²⁵ Voir 2 RPQ Ascend Database Update (pièce EU-75); et Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 204, 226, 322, 326 et 330. Voir aussi 2008 Fly Dubai Purchase Agreement (pièce USA-77 (RCES), pages 35 à 37), et Boeing [***] for 2008 Fly Dubai and 2011 Delta Sales Campaigns (pièce USA-87 (RCES)).

³²⁶ Bien que l'Union européenne ait présenté à l'Arbitre dans la présente procédure ses communications au Groupe spécial de la mise en conformité dans la procédure de mise en conformité, les titres des pièces pertinentes étaient supprimés parce que RCES. Si ce n'est avec les pièces spécifiquement évoquées dans l'appendice RCES du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, il n'est pas possible de déterminer si les éléments de preuve dont disposait le Groupe spécial de la mise en conformité incluaient les offres finales d'Airbus pour la campagne de vente 2008 de Fly Dubai.

³²⁷ Voir *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint) – Recourse to Article 21.5 of the DSU by the EU (WT/DS353-Art.21.5)*, Report from the Panel, Appendix 2 (pièce EU-65 (RCES), paragraphes 160 à 166 et 266 à 271). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 5.516 et 5.517, où l'Organe d'appel a rejeté l'appel des États-Unis concernant la constatation de perte de vente formulée par le Groupe spécial de la mise en conformité concernant la campagne de vente 2014 de Fly Dubai au motif que "le résultat de la contestation concernant cette campagne de vente dépend{ait} de la même question que celle qui {avait} été soulevée pour les campagnes de vente de Fly Dubai en 2008 et de Delta Airlines en 2011".

³²⁸ Le Groupe spécial de la mise en conformité n'a pas formulé de constatations de détournement ou d'entrave *actuels* et n'a pas fourni de raison spécifique pour ne pas l'avoir fait.

a structuré les arguments et éléments de preuve qu'elle a présentés au Groupe spécial de la mise en conformité, l'acceptation par ce dernier de cette structure et son exposé de ces éléments de preuve. Nous ne traitons donc pas l'argument de l'Union européenne selon lequel, en principe, il est possible que les faits et les éléments de preuve dont un groupe spécial dispose puissent étayer des constatations de l'existence de deux types différents d'effets défavorables alternativement. Comme il est expliqué plus haut, nous considérons qu'en l'espèce, le Groupe spécial de la mise en conformité a fondé son analyse sur une distinction entre les éléments de preuve qui étaient pertinents pour les allégations de détournement et d'entrave *actuels*, d'une part, et pour les allégations de *menace* de détournement et d'entrave, d'autre part.

6.141. En outre, nous ne trouvons pas d'indications pertinentes dans les constatations du Groupe spécial qui apparaissent incompatibles avec cette conclusion. Bien que nous parvenions à nos conclusions concernant les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité sur la base d'une analyse indépendante de ces constatations, nous relevons que notre interprétation des constatations du Groupe spécial de la mise en conformité cadre également avec la nature générale d'une menace. Comme il est indiqué plus haut dans la section 6.4.5.3.3.1, l'objet et le but du concept de "menace" est de permettre à celui qui prend une décision d'identifier la survenue future probable de formes de préjudice grave évoquées à l'article 6 de l'Accord SMC. Conformément à cet objet et à ce but, le Groupe spécial de la mise en conformité a identifié une entrave, alors future, probable.³²⁹

6.4.5.3.4 Conclusions

6.142. À la lumière de notre analyse ci-dessus de l'approche de l'évaluation centrée sur les livraisons, nous devons rejeter la demande de l'Union européenne visant à ce que les livraisons ayant eu lieu avant la fin de la période de référence soient évaluées dans le cadre des constatations de menace d'entrave.³³⁰

6.143. Nous notons que l'Union européenne s'est vigoureusement opposée à une évaluation des constatations de menace d'entrave qui serait effectuée sur la base de toute approche suivant laquelle il ne serait pas tenu compte de la valeur des livraisons à l'état de menace pendant la période de référence.³³¹ Nous sommes parvenus à notre conclusion après un examen objectif, sérieux et exhaustif des arguments de l'Union européenne et de l'analyse de la menace d'entrave par le Groupe spécial de la mise en conformité. Nous avons en outre noté que les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité étaient compatibles avec les concepts de préjudice grave pertinents figurant dans l'Accord SMC, eu égard aux décisions instructives des organes juridictionnels de l'OMC et conformément aux règles coutumières d'interprétation des traités. Nous sommes conscients du fait que l'Union européenne a insisté pour obtenir l'autorisation d'imposer des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle en ce qui concerne une "menace d'entrave" qui évalue toutes les livraisons futures découlant des ventes perdues à Delta Airlines en 2011 et à Fly Dubai en 2008, que

³²⁹ Nous ne pouvons donc pas souscrire à l'avis de l'Union européenne selon lequel notre évaluation des constatations de menace d'entrave "déduit" la valeur des livraisons effectuées pendant la période de référence et, par là-même, invalide ou altère le fondement ayant permis au Groupe spécial de la mise en conformité de constater l'existence de la menace d'entrave. (Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 216 à 219, 227 et 231) Cet argument repose sur le fait que les constatations de menace d'entrave du Groupe spécial de la mise en conformité sont prospectives à compter du moment des pertes de ventes correspondantes.

³³⁰ Compte tenu de cette conclusion, nous n'avons pas besoin d'examiner plus avant à ce stade la proposition de l'Union européenne visant à ce que, suivant son approche de la "menace d'entrave", l'Arbitre annualise sur la période de référence la menace de livraisons qui est apparue et a continué d'exister pendant la période de référence. L'explication de l'Arbitre concernant la façon dont il annualise les valeurs des constatations de menace d'entrave, conformément à la fonction et au caractère approprié de l'annualisation (dont nous discutons plus haut dans la section 6.4.5.1) figure plus loin dans la section 6.4.8.2. Nous notons en outre que, du fait des conclusions auxquelles nous parvenons dans la présente section, nous constaterions également que nous ne pouvons admettre la méthode de l'Union européenne décrite plus haut au paragraphe 6.85, initialement proposée dans sa note méthodologique, parce que cette méthode est aussi fondée sur l'évaluation des livraisons effectuées pendant la période de référence.

³³¹ Union européenne, réponse aux questions de l'Arbitre n° 67, paragraphe 332, et n° 70, paragraphe 335; observations combinées sur les réponses des États-Unis aux questions n° 66 a) et n° 69, paragraphes 216 et 259 à 261; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 70 de l'Arbitre, paragraphe 330 (concernant les livraisons effectuées dans le cadre de la transaction de 2011 avec Delta Airlines ayant eu lieu pendant la période de référence). Comparer avec États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 68 de l'Arbitre, paragraphe 131.

ces livraisons se soient manifestées pendant ou après la période de référence.³³² Toutefois, comme cela a été expliqué plus haut, nous estimons que les méthodes d'évaluation proposées par l'Union européenne n'évaluent pas les constatations de menace d'entrave et entraîneraient donc des contre-mesures qui ne seraient pas proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée dans le cadre de la procédure de mise en conformité – résultat qui serait incompatible avec notre mandat.³³³

6.144. Nous soulignons donc que nous évaluerons la menace d'entrave telle que le Groupe spécial de la mise en conformité a déterminé qu'elle existait, c'est-à-dire en ce qui concerne les livraisons contrefactuelles découlant des ventes perdues à Delta Airlines de 2011 et à Fly Dubai de 2008 qui auraient eu lieu pendant la période de référence.³³⁴ Comme il est indiqué plus haut, la constatation de menace d'entrave nous oriente vers la période postérieure à la période de référence pendant laquelle l'entrave attendue se produirait. Nous évaluerons donc cette entrave alors attendue, en actualisation notre compréhension de la façon dont cette entrave alors attendue s'est produite à l'aide de renseignements actualisés comme nous l'avons expliqué plus haut dans la section 6.4.4.

6.145. Par conséquent, conformément à notre mandat au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC consistant à garantir que le niveau des contre-mesures est proportionnel au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée, nous utilisons les méthodes globales suivantes pour évaluer les effets défavorables dont l'existence a été déterminée dans la procédure de mise en conformité:

- a. Pour les effets défavorables sous la forme de pertes notables de ventes, nous adoptons une approche "centrée sur les commandes" dans laquelle nous évaluons les prix nets à la date de livraison de tous les LCA d'Airbus qui auraient été livrés dans le contrefactuel pour chacune des pertes de ventes au moment de la commande de LCA pertinente.
- b. Pour les effets défavorables sous la forme d'une menace d'entrave, nous adoptons une approche "centrée sur les livraisons" dans laquelle nous évaluons les prix nets à la date de livraison de tous les LCA d'Airbus qui auraient été livrés après la période de référence dans le contrefactuel pour les pertes des ventes à Delta Airlines de 2011 et à Fly Dubai de 2008.³³⁵

6.146. Il reste diverses questions plus techniques concernant le nombre d'aéronefs à évaluer dans le cadre des pertes de ventes et de la menace d'entrave, respectivement, le moment où les livraisons contrefactuelles auraient eu lieu, les prix nets à la date de livraison pertinents et la question de savoir si et comment il est procédé à l'opération d'actualisation, qui sont examinées plus loin dans les sections 6.4.6, 6.4.7 et 6.4.8.

³³² L'Union européenne insiste également pour que le niveau de la suspension annuelle soit aussi calculé sur la base de l'annualisation de la valeur totale de la menace d'entrave sur la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité. Nous traitons la question de l'annualisation des évaluations de la menace d'entrave plus loin dans la section 6.4.8.2.

³³³ Le fait que l'interprétation par l'Arbitre des constatations de menace d'entrave formulées dans la procédure de mise en conformité n'est pas compatible avec l'interprétation demandée par l'Union européenne ne signifie pas, selon nous, que l'Arbitre, de ce fait, ne tient pas compte de ces constatations ou les altèrent, ou agit d'une manière incompatible avec son mandat. Comparer avec Union européenne, réponse à la question n° 67 de l'Arbitre, paragraphe 332; réponse à la question n° 70 de l'Arbitre, paragraphe 335; observations combinées sur les réponses des États-Unis aux questions n° 66 a) et 69 de l'Arbitre, paragraphes 216 et 259 à 261; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 70 de l'Arbitre, paragraphe 330 (concernant les livraisons dans le cadre de la vente à Delta Airlines de 2011 qui ont eu lieu pendant la période de référence).

³³⁴ Nous ne partageons donc pas l'avis de l'Union européenne selon lequel une approche "centrée sur les livraisons" indique que l'Arbitre évalue de manière inappropriée une constatation d'entrave "actuelle" et non de "menace" d'entrave. Comme cela a été expliqué dans le détail plus haut, une "menace" de préjudice grave n'est pas une forme de tort économique différente de la forme actuelle des phénomènes particuliers de préjudice grave visés à l'article 6.3. La menace fait plutôt référence à la survenue future probable du type de préjudice grave qui est à l'état de menace. Suivant cette interprétation, nous évaluons l'entrave à l'état de menace (c'est-à-dire postérieure à la période de référence) dont le Groupe spécial de la mise en conformité a indiqué qu'elle se produirait probablement.

³³⁵ Nous traitons les périodes d'annualisation appropriées pour les évaluations de chacune des constatations de menace d'entrave plus loin dans la section 6.4.8.2.

6.4.6 Questions techniques communes à l'évaluation des deux formes d'effets défavorables

6.147. Dans cette partie de la décision, nous traitons des aspects plus techniques de la méthode de l'Union européenne qui sont communs aux évaluations des effets défavorables sous la forme de pertes notables de ventes et d'une menace d'entrave. Ces aspects concernent a) la question de savoir si, conformément aux constatations relatives au lien de causalité formulées dans la procédure de mise en conformité, il convient de procéder à un ajustement probabiliste des pertes de recettes d'Airbus découlant de chacune des cinq campagnes de vente pour tenir compte de l'incertitude alléguée concernant le fait qu'Airbus remporte chaque campagne dans le contrefactuel, b) la question de savoir s'il y a lieu d'évaluer les options, c) la détermination du nombre de commandes contrefactuelles et des calendriers de livraison contrefactuels d'Airbus, d) la manière de tenir compte de la possibilité d'annulation de commandes contrefactuelles, e) la question de savoir s'il y a lieu d'exclure la valeur des [[***]] des prix de livraison, et f) les autres questions concernant les prix de livraison. Nous examinons ces questions l'une après l'autre.

6.4.6.1 Probabilité qu'Airbus aurait remporté chacune des cinq campagnes de vente dans le contrefactuel

6.148. Les États-Unis contestent la méthode utilisée par l'Union européenne pour évaluer les effets défavorables parce que celle-ci repose sur le postulat selon lequel, dans le contrefactuel, Airbus aurait remporté chacune des cinq campagnes de vente de monocouloirs. Selon eux, ce postulat n'a pas été établi dans la procédure de mise en conformité et n'est pas exact. En outre, les États-Unis font valoir que, en incorporant cette hypothèse dans l'évaluation, la méthode de l'Union européenne gonfle les contre-mesures proposées au-delà de ce qui serait proportionnel au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée.³³⁶

6.149. Les États-Unis font référence à la constatation de l'Organe d'appel concernant le critère du lien de causalité "réel et substantiel" énoncé à l'article 6.3, à savoir que la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington devait uniquement *contribuer* à ce que Boeing remporte une campagne de vente (et non être une cause "en l'absence de") afin d'être une cause réelle et substantielle de la perte de vente. Selon eux, cette constatation de l'Organe d'appel montre que les constatations de pertes notables de ventes n'étaient pas fondées sur des constatations explicites établissant que l'avantage en matière de prix accordé à Boeing par la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington était supérieur à l'écart de prix entre les prix nets des offres finales d'Airbus et de Boeing dans l'une quelconque des cinq campagnes de vente.³³⁷ Pour les États-Unis, l'analyse du lien de causalité dans la procédure de mise en conformité a donc laissé ouverte la question de savoir quel constructeur de LCA aurait remporté les campagnes de vente pertinentes en l'absence de la subvention.³³⁸ De ce fait, les États-Unis font valoir que rien ne permet de supposer, pour l'évaluation des effets défavorables dans la présente procédure, qu'Airbus aurait remporté ces campagnes dans le contrefactuel.

6.150. Les États-Unis proposent que l'évaluation par l'Arbitre des pertes de recettes d'Airbus découlant de chaque campagne de vente comprenne un ajustement probabiliste pour tenir compte de l'incertitude concernant le fait qu'Airbus remporte cette campagne de vente dans le contrefactuel. Sur la base de leur modélisation empirique, ils proposent que l'Arbitre multiplie la valeur actuelle nette (VAN) des pertes de recettes découlant de chaque campagne de vente par [[***]] pour tenir compte de la probabilité, dont il est allégué qu'elle a été calculée avec prudence, qu'en l'absence de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington Airbus n'aurait pas remporté la campagne de vente.³³⁹

³³⁶ États-Unis, communication écrite, paragraphes 83 à 90.

³³⁷ États-Unis, communication écrite, paragraphe 85.

³³⁸ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 48 de l'Arbitre, paragraphe 28.

³³⁹ États-Unis, communication écrite, paragraphes 84 et 97. Les États-Unis soulignent que cette probabilité n'est pas une estimation du pourcentage du "tort" subi par Airbus du fait de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington (c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'une mesure de la contribution de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington aux pertes notables de ventes). Il s'agit plutôt d'une tentative d'évaluer les effets défavorables qui reflète "les multiples résultats contrefactuels inhérents aux constatations adoptées dans la procédure de mise en conformité". (États-Unis, réponse aux questions de l'Arbitre n° 13, paragraphes 58 et 59, et n° 14, paragraphe 62)

6.151. L'Union européenne ne souscrit pas à la proposition des États-Unis pour plusieurs motifs. Premièrement, elle fait valoir que tout ajustement de ce type invaliderait et modifierait les constatations adoptées dans la procédure de mise en conformité selon lesquelles "l'effet de la subvention" aux fins de l'article 6.3 était des pertes notable de ventes.³⁴⁰ Elle rappelle que l'Organe d'appel a déclaré que le concept de "pertes de ventes" figurant à l'article 6.3 c) désignait les ventes que les fournisseurs d'un plaignant "n'[avaient] pas obtenues" et qui, au lieu de cela, avaient été remportées par les fournisseurs du défendeur.³⁴¹ En constatant que la subvention avait pour effet des pertes notables de ventes, le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel ont donc constaté que les campagnes de vente pertinentes étaient celles qu'Airbus n'avait pas obtenues par l'effet de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington. Pour l'Union européenne, ces constatations adoptées dans la procédure de mise en conformité empêchent les États-Unis de faire valoir de nouveau dans la présente procédure d'arbitrage que, dans le contrefactuel, Boeing avait néanmoins encore une chance de [[***]] de remporter chacune des cinq campagnes de vente. L'Union européenne fait valoir que conclure autrement reviendrait à réviser les constatations relatives au lien de causalité formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel, ce qui ne fait pas partie du mandat de l'Arbitre.³⁴²

6.152. Deuxièmement, l'Union européenne fait valoir que l'argument des États-Unis est également contraire aux constatations de fait sous-tendant les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité et de l'Organe d'appel. Spécifiquement, elle souligne le fait que, dans son analyse du lien de causalité, le Groupe spécial de la mise en conformité a isolé un sous-ensemble particulier de campagnes de vente de LCA qui étaient "sensibles aux prix". Il s'agissait de campagnes dans lesquelles le résultat reposait principalement sur la différence de prix entre les avions offerts par Airbus et Boeing. Il n'y avait pas de facteurs autres que le prix qui avaient un tel effet sur le résultat. L'Union européenne considère que, de ce point de vue, le Groupe spécial de la mise en conformité a éliminé la possibilité que Boeing aurait pu l'emporter dans ces campagnes de vente en l'absence de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington.³⁴³

6.153. Enfin, l'Union européenne conteste le caractère approprié du modèle de simulation présenté par les États-Unis afin de procéder à un ajustement pour tenir compte de la probabilité que Boeing remporte les campagnes de vente en l'absence de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, en mentionnant diverses lacunes conceptuelles et techniques qui, selon elle, rendent le modèle peu fiable.³⁴⁴

6.154. L'Arbitre doit déterminer si, conformément à l'analyse du lien de causalité effectuée dans la procédure de mise en conformité, il devrait inclure un ajustement probabiliste de la valeur attendue des pertes de recettes découlant de chacune des campagnes de vente pour tenir compte de l'incertitude alléguée concernant le fait qu'Airbus remporte ces campagnes de vente dans le contrefactuel.

6.155. Les États-Unis font valoir que la méthode de l'Union européenne dans la présente procédure suppose que, en l'absence de la subvention, Airbus aurait remporté chacune des campagnes de vente pertinentes, et reflète donc une approche du lien de causalité "en l'absence de". Cela donne à penser que l'approche "en l'absence de" est plus exigeante que le critère "réel et substantiel" accepté dans la procédure de mise en conformité. Selon eux, le contrefactuel employé dans la présente procédure pour évaluer le degré et la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée doit refléter les constatations relatives au lien de causalité formulées dans la procédure de mise en conformité. Les États-Unis affirment donc que le contrefactuel ne peut pas reposer sur des constatations selon lesquelles la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington était une cause "en l'absence de" de la perte des campagnes de vente par Airbus, alors que les

³⁴⁰ Union européenne, communication écrite, paragraphes 40, 42 et 44.

³⁴¹ Union européenne, communication écrite, paragraphe 36 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Avions civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.331).

³⁴² Union européenne, déclaration liminaire, paragraphe 28; et réponse à la question n° 48 de l'Arbitre, paragraphe 65. L'Union européenne ajoute que les implications systémiques de l'argument des États-Unis sont les suivantes: sauf si le groupe spécial et l'Organe d'appel constatent qu'une subvention est la *seule* cause d'un phénomène de préjudice grave, un arbitre au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC réviserait implicitement les constatations relatives au lien de causalité adoptées en évaluant le degré de contribution d'une subvention à un phénomène sur le marché. (Union européenne, déclaration liminaire, paragraphe 30)

³⁴³ Union européenne, communication écrite, paragraphes 44, 86; et réponse à la question n° 48 de l'Arbitre, paragraphes 67 à 73.

³⁴⁴ Union européenne, communication écrite, paragraphes 87 à 123.

constatations effectives relatives au lien de causalité établissaient uniquement que cette réduction du taux de l'impôt était une "cause contributive".³⁴⁵

6.156. Nous rappelons, tout d'abord, que, pour établir sa constatation selon laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington était une cause réelle et substantielle de pertes notables de ventes en ce qui concerne les cinq campagnes de vente de LCA monocouloirs, le Groupe spécial de la mise en conformité a d'abord formulé des constatations de fait selon lesquelles ces campagnes étaient "sensibles aux prix". Cela signifiait que Boeing avait subi une pression particulière en vue de réduire ses prix afin d'obtenir les ventes, et qu'il n'y avait pas eu de facteurs autres que le prix qui expliquaient que Boeing avait réussi à obtenir les ventes.³⁴⁶ Les États-Unis avaient fait valoir lors de la procédure de mise en conformité qu'afin d'étayer une constatation de pertes notables de ventes, il fallait démontrer que l'importance de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington par aéronef était suffisante pour couvrir la différence entre les prix nets finals de Boeing et d'Airbus dans chacune de ces campagnes de vente.³⁴⁷ Aucun élément de preuve direct concernant les prix nets finals de Boeing et d'Airbus dans les campagnes de vente n'a été porté à la connaissance du Groupe spécial de la mise en conformité.³⁴⁸ Celui-ci a évalué les éléments de preuve concernant les différences approximatives de prix nets entre les offres concurrentes d'Airbus et de Boeing lorsque des données concernant ces différences approximatives étaient disponibles. Il a également comparé son estimation du montant de subventionnement par aéronef représenté par la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington aux éléments de preuve versés au dossier concernant une différence de VAN qui "pouvait être déterminante pour le résultat" des ventes de monocouloirs.³⁴⁹ Il a conclu que l'importance de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington "pouvait contribuer à une partie au moins de l'avantage de Boeing en matière de prix, et lui permettre dans une mesure importante de remporter" les cinq campagnes de vente et, par conséquent, que cette réduction "[avait] contribué d'une manière réelle et substantielle à déterminer le résultat {de ces} campagnes de vente sensibles aux prix".³⁵⁰

6.157. Plus haut dans son rapport, le Groupe spécial de la mise en conformité avait expliqué assez longuement le critère du lien de causalité "réel et substantiel" que l'Organe d'appel avait précédemment énoncé comme étant le critère approprié pour établir que la subvention était la cause des phénomènes sur le marché indiqués à l'article 6.3.³⁵¹ En particulier, il a expliqué que l'Organe d'appel avait déclaré dans la procédure initiale qu'il n'était pas nécessaire qu'une subvention soit la seule cause, ou la seule cause substantielle, de ces phénomènes sur le marché pour qu'il soit constaté qu'elle était une cause réelle et substantielle.³⁵² Il a appliqué ce critère pour parvenir à sa

³⁴⁵ Les États-Unis font valoir que l'article 7.10 de l'Accord SMC exige que les contre-mesures "reflètent les constatations de la procédure de mise en conformité, qui comprennent la constatation selon laquelle la subvention a contribué à ce qu'Airbus perde la vente, mais n'a pas été établie comme étant une cause "en l'absence de" de la perte de la vente par Airbus". (États-Unis, réponse à la question n° 13 de l'Arbitre, paragraphe 56 (pas d'italique dans l'original)) Voir aussi États-Unis, communication écrite, paragraphes 85 à 90.

³⁴⁶ Des exemples de ces facteurs autres que le prix comprennent la position de Boeing en tant que fournisseur en place et l'avantage qui en découle en matière de frais de changement de fournisseur, l'adéquation de l'aéronef aux exigences du client considéré (s'agissant de la distance franchissable, de la capacité et de la livrabilité). (Rapport du Groupe spécial États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphes 9.383 à 9.385)

³⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 5.503.

³⁴⁸ Voir le rapport du Groupe spécial États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 9.403 et note de bas de page 3322 y relative.

³⁴⁹ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 9.402.

³⁵⁰ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphes 9.403, 9.404 et note de bas de page 3329 y relative. (pas d'italique dans l'original)

³⁵¹ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphes 9.58 à 9.61 et note de bas de page 2742 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel États-Unis – Coton upland, paragraphe 438; États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil), paragraphe 374; CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs, paragraphe 1232; et États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte), paragraphe 913 (énonçant ce critère de causalité au titre des articles 5 c) et 6.3 de l'Accord SMC)).

³⁵² Voir le rapport du Groupe spécial États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 9.61 et note de bas de page 2747 y relative (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 914).

conclusion susmentionnée concernant le lien de causalité entre la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington et les pertes notables de ventes.

6.158. Devant l'Organe d'appel, les États-Unis ont fait valoir que le Groupe spécial de la mise en conformité ne pouvait pas formuler de constatations de pertes notables de ventes au titre de l'article 6.3 de l'Accord SMC, sauf s'il pouvait être démontré que, en l'absence de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, les prix de Boeing auraient été suffisamment supérieurs pour qu'Airbus remporte les campagnes de vente.³⁵³ Selon eux, l'application correcte du critère du lien de causalité "réel et substantiel" exigeait que le Groupe spécial de la mise en conformité détermine que le montant de la subvention par avion représentée par la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington était suffisant pour couvrir la totalité de l'écart de prix entre les offres finales respectives d'Airbus et de Boeing pour chacune des campagnes de vente.³⁵⁴

6.159. L'Organe d'appel a assimilé l'argument des États-Unis à un critère "en l'absence de", et a observé qu'il avait précédemment émis des réserves au sujet de l'utilisation de ce critère pour déterminer l'existence d'un lien de causalité aux fins de l'article 6.3 selon le critère "réel et substantiel".³⁵⁵ Il a expliqué qu'il en était ainsi parce qu'un critère "en l'absence de" pouvait être "trop peu exigeant" si la subvention était "nécessaire, mais ... pas suffisante, pour provoquer" un phénomène sur le marché et, au contraire, "trop rigoureux" s'il exigeait que la subvention soit la seule cause.³⁵⁶ Il a ensuite indiqué ce qui suit:

À la lumière de ces considérations, nous n'estimons pas que, si un groupe spécial choisit de faire une comparaison entre le degré de la réduction du prix disponible grâce à l'utilisation de la subvention dans une vente particulière, d'une part, et le degré de la différence de prix pouvant modifier le résultat de cette vente, d'autre part, aux fins de l'évaluation du lien de causalité, il soit tenu d'établir que le premier est supérieur au second pour pouvoir conclure que la subvention a contribué d'une manière réelle et substantielle au fait que l'entreprise subventionnée a remporté la vente. Par exemple, dans une situation où le prix est effectivement le seul élément pris en considération dans la décision du client d'acheter le produit de l'entreprise subventionnée plutôt que celui de l'entreprise concurrente – comme dans les campagnes de vente particulièrement sensibles aux prix identifiées par le Groupe spécial – il peut ne pas être nécessaire que la subvention corresponde à la totalité de l'avantage en matière de prix dont bénéficie l'entreprise subventionnée. En fait, exiger que la subvention explique la totalité de l'avantage en matière de prix dans un tel cas peut équivaloir à une prescription imposant que la subvention constitue la cause *unique* de l'obtention de la vente par l'entreprise subventionnée.³⁵⁷

6.160. De plus, l'Organe d'appel a noté que a) une comparaison stricte des prix nets des modèles d'avions concurrents ne constituait pas un indicateur exclusif permettant de déterminer si la subvention avait contribué d'une manière réelle et substantielle au résultat de campagnes de vente de LCA particulières³⁵⁸, et b) le Groupe spécial de la mise en conformité avait également fondé ses constatations de pertes de ventes sur des éléments de preuve se rapportant aux différences entre les VAN et pas seulement sur une comparaison entre les montants par avion de la subvention et les écarts entre les prix nets dans les campagnes de vente pertinentes.³⁵⁹ En définitive, il a rejeté

³⁵³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.503.

³⁵⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.503.

³⁵⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.507.

³⁵⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, (article 21:5 – UE), paragraphe 5.507 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 374).

³⁵⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.508. (italique dans l'original)

³⁵⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.509.

³⁵⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.510. L'Organe d'appel a également rejeté les appels des États-Unis alléguant une erreur au titre des articles 5 c) et 6.3 de l'Accord SMC concernant les constatations spécifiques de pertes de ventes formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité pour chacune des cinq campagnes de vente, et alléguant un manquement à l'obligation de procéder à une évaluation objective au titre de l'article 11 du

tous les points d'appel des États-Unis concernant les effets de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington sur le marché des monocouloirs.³⁶⁰ Par conséquent, l'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial de la mise en conformité n'avait pas fait erreur en constatant que la subvention avait pour effet des pertes notables de ventes au sens de l'article 6.3 c), sans être nécessairement convaincu que le montant de la subvention par aéronef était lui-même suffisamment important pour "couvrir la marge de victoire" entre les prix finals nets d'Airbus et de Boeing dans chaque campagne de vente.³⁶¹

6.161. Comme il a été expliqué précédemment, notre mandat au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC est de déterminer si les contre-mesures proposées par l'Union européenne sont "proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée".³⁶² Les effets défavorables en question sont des pertes notables de ventes, au sens de l'article 6.3 c), et les importations et exportations entravées à l'état de menace, au sens de l'article 6.3 a) et b) (sur la base des pertes de ventes sous-jacentes).

6.162. L'Organe d'appel a précédemment 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.³⁶³ Il a expliqué en outre qu'une évaluation des pertes de ventes supposait en temps normal une évaluation contrefactuelle, visant à établir que "les ventes remportées par l'entreprise (les entreprises) subventionnée(s) du Membre défendeur *auraient été effectuées à la place* par l'entreprise (les entreprises) concurrente(s) du Membre plaignant".³⁶⁴ Les constatations de pertes notables de ventes formulées dans la procédure de mise en conformité en l'espèce étaient fondées sur une évaluation contrefactuelle selon laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington avait contribué d'une manière réelle et substantielle à déterminer le résultat des campagnes de vente pertinentes.³⁶⁵

6.163. Comme il a été observé précédemment, les États-Unis font valoir que les constatations relatives au lien de causalité formulées dans la procédure de mise en conformité ne fournissent pas de base à l'hypothèse selon laquelle Airbus aurait remporté les campagnes de vente pertinentes dans le contrefactuel. Il apparaît toutefois que cet argument est fondé sur le postulat selon lequel le critère du lien de causalité pertinent, tel qu'il a été appliqué par le Groupe spécial de la mise en conformité dans le cadre de son évaluation contrefactuelle, aurait dû être compatible avec l'examen "en l'absence de" proposé par les États-Unis. L'analyse effectuée plus haut montre toutefois que ce postulat a été rejeté par l'Organe d'appel. En fait, celui-ci a constaté que, pour formuler des constatations de pertes notables de ventes, le Groupe spécial de la mise en conformité devait uniquement avoir constaté que la subvention en question était une cause "réelle et substantielle" de pertes de ventes. En faisant désormais valoir que l'évaluation de l'Arbitre devrait refléter leur approche "en l'absence de", les États-Unis cherchent effectivement à revenir sur une question contre laquelle l'Organe d'appel s'était prononcé (c'est-à-dire la question de savoir si l'application correcte du critère du lien de causalité "réel et substantiel" exigeait qu'il soit démontré qu'"en l'absence de" la subvention, Airbus aurait remporté la vente). Nous ne considérons pas que nous pouvons

Mémoire d'accord pour ce qui est des campagnes de vente de Fly Dubai en 2014, d'Icelandair en 2013 et d'Air Canada en 2013. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphes 5.515, 5.517, 5.520, 5.524 et 5.526).

³⁶⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphes 5.515, 5.525 et 5.526. En d'autres termes, les États-Unis n'ont pas persuadé l'Organe d'appel que, pour déterminer le lien de causalité selon le critère du lien de causalité "réel et substantiel", le Groupe spécial de la mise en conformité devait être convaincu que le montant de la subvention par aéronef était supérieur à l'écart de prix entre les prix nets finals de Boeing et d'Airbus dans chacune des campagnes de vente.

³⁶¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 5.503.

³⁶² Voir plus haut la section 3.

³⁶³ Rapports de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1220; et *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 5.331.

³⁶⁴ Rapports de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1216; et *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 5.331. (pas d'italique dans l'original)

³⁶⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 9.404; et rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 5.526.

réexaminer cette question sans revenir, par conséquent, sur les constatations relatives au lien de causalité formulées dans la procédure de mise en conformité et sans modifier ces constatations.

6.164. En résumé, et comme il est expliqué plus haut, l'évaluation contrefactuelle reflétée dans les constatations adoptées dans la procédure de mise en conformité est que, en l'absence de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, Airbus aurait remporté les cinq campagnes de vente en question. Une fois qu'il est constaté juridiquement qu'une subvention cause des pertes notables de ventes au sens de l'article 6.3 c), il s'ensuit que les ventes en question sont des ventes qui auraient été remportées par le Membre plaignant, en l'absence de la subvention.³⁶⁶ L'Organe d'appel a confirmé les constatations relatives au lien de causalité formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité, *selon le critère du lien de causalité réel et substantiel*. La méthode de l'Union européenne dans la présente procédure est compatible avec l'évaluation contrefactuelle effectuée dans la procédure de mise en conformité, ainsi qu'avec les constatations de pertes notables de ventes.

6.165. Nous rejetons donc la proposition des États-Unis visant à inclure dans notre évaluation des effets défavorables un ajustement probabiliste de la valeur attendue de chacune des campagnes de vente pour tenir compte de l'incertitude alléguée concernant le fait qu'Airbus remporte cette campagne de vente dans le contrefactuel. Comme cela a été expliqué plus haut, faire cela serait incompatible avec le degré et la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée.

6.4.6.2 Évaluation des options

6.166. L'Union européenne fait valoir que, pour déterminer un niveau maximal de la suspension annuelle, l'Arbitre devrait inclure la valeur de certaines options en matière de LCA figurant dans a) les offres finales d'Airbus ou b) des accords d'achat de Boeing en rapport avec les cinq campagnes de vente perdues qui sous-tendent les constatations de menace d'entrave et de pertes de ventes formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité. Plus concrètement, selon elle, si l'Arbitre s'appuie sur les offres finales d'Airbus présentées dans les campagnes de vente pertinentes pour déterminer le nombre d'aéronefs qu'Airbus aurait vendus dans le contrefactuel, alors l'Arbitre devrait également évaluer les options figurant dans ces offres finales comme si elles représentaient des commandes fermes contrefactuelles additionnelles. L'Union européenne fait valoir qu'il en est ainsi parce que: a) il est nécessaire de le faire "compte tenu du besoin exprès de la compagnie aérienne en ce qui concerne le nombre spécifique d'aéronefs de Boeing effectivement commandés"³⁶⁷; et b) les options font partie intégrante des accords d'achat de LCA et reflètent ce qu'Airbus considérerait comme étant les exigences, préférences et vues du client, ainsi que les contraintes propres à Airbus. À titre subsidiaire, selon l'Union européenne, si l'Arbitre s'appuie sur les accords d'achat de Boeing dans les campagnes de vente pertinentes pour déterminer le nombre d'aéronefs qu'Airbus aurait vendus dans le contrefactuel, alors l'Arbitre devrait évaluer 30 options exercées par suite de la vente à Delta Airlines en 2011.³⁶⁸

6.167. Les États-Unis font valoir que la demande de l'Union européenne visant à ce que les options soient évaluées devrait être rejetée principalement parce qu'elle est contraire aux constatations du Groupe spécial de la mise en conformité. Ils affirment que le Groupe spécial de la mise en conformité a distingué les commandes fermes des options lorsqu'il a rejeté l'allégation de l'Union européenne selon laquelle l'existence d'options négociées en rapport avec certains accords d'achat de Boeing devrait donner lieu à une constatation de menace de pertes notables de ventes. Ils font également valoir que, s'agissant de la campagne 2011 de Delta Airlines, en fait, aucune des options associées à cette vente n'a jamais été exercée. Ils estiment que l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle 30 options faisaient partie de la commande de Delta Airlines passée en 2011 est incorrecte du point de vue des faits parce qu'elle est fondée sur une interprétation erronée des documents contractuels entre Delta Airlines et Boeing.³⁶⁹

³⁶⁶ À cet égard, il apparaît que les États-Unis amalgament le critère selon lequel les constatations d'effets défavorables ont été formulées avec les constatations elles-mêmes. Le rôle de l'Arbitre est simplement d'évaluer les constatations qui ont été formulées, non de réexaminer la question du critère selon lequel elles l'ont été, qui est une question qui n'a pas été soulevée et examinée en appel.

³⁶⁷ Union européenne, communication écrite, paragraphe 231.

³⁶⁸ Union européenne, communication écrite, paragraphes 231, 232, et 251 à 277; et réponse à la question n° 10 de l'Arbitre.

³⁶⁹ États-Unis, communication écrite, paragraphes 157 et 158; et réponse aux questions de l'Arbitre n° 15, 32 et 50, paragraphes 41 et 42, et n° 72.

6.168. En réponse à l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle le besoin de la compagnie aérienne pertinente en ce qui concerne le nombre spécifique d'aéronefs de Boeing commandés étaye l'inclusion d'options dans l'évaluation par l'Arbitre des pertes de ventes en question, les États-Unis font valoir que le fait qu'une compagnie aérienne a commandé un nombre spécifique d'aéronefs de Boeing ne signifie pas qu'Airbus aurait vendu le même nombre d'aéronefs à cette compagnie aérienne. Les États-Unis concluent donc qu'il n'y a aucune raison d'ajouter les options proposées au nombre de commandes fermes qu'Airbus a offertes pour compenser une quelconque différence entre le nombre de LCA de Boeing effectivement commandés et de LCA d'Airbus offerts dans toute campagne de vente. Ils affirment également que bien que de nombreuses choses fassent partie "intégrante" d'accords d'achat de LCA, le Groupe spécial de la mise en conformité a reconnu que toutes ces choses n'étaient pas identiques et qu'il y avait une différence entre une commande ferme et une option.³⁷⁰

6.169. En réponse aux arguments des États-Unis, l'Union européenne fait valoir que l'évaluation au moins des options de Delta Airlines est compatible avec les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité. Il en est ainsi, selon elle, parce que le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté que la campagne de vente 2011 de Delta Airlines était une "perte de vente" et, par conséquent, l'Arbitre devait évaluer toutes les livraisons qui en découlaient. En outre, l'Union européenne fait valoir que les constatations pertinentes du Groupe spécial de la mise en conformité auxquelles les États-Unis font référence ne portent pas sur des options en rapport avec la perte de la vente à Delta Airlines en 2011, mais sur son allégation de "menace de pertes notables de ventes" fondée sur l'existence d'options en rapport avec les pertes des ventes à Icelandair et à Air Canada en 2013 et de la vente à Fly Dubai en 2014. En tout état de cause, elle est d'avis que les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité auxquelles les États-Unis font référence ne sont pas pertinentes parce que celui-ci a déclaré qu'il ne "dispos[ait] pas de renseignements suffisants concernant la nature de ces options et droits d'achat, y compris les conditions dans lesquelles ils [pouvaient] être exercés, pour qu'il soit justifié de les traiter comme des commandes fermes qui attend[aient] de se concrétiser"³⁷¹, mais le présent Arbitre a suffisamment de renseignements qui montrent que les 30 options en rapport avec la perte de la vente à Delta Airlines en 2011 ont toutes été exercées. Elle rejette en outre la position des États-Unis, voulant que son affirmation selon laquelle 30 options faisaient partie de la commande de Delta Airlines passée en 2011 était incorrecte du point de vue des faits parce qu'elle était fondée sur une interprétation erronée des documents contractuels entre Delta Airlines et Boeing, en faisant valoir que son interprétation des documents pertinents était correcte.³⁷²

6.170. L'Union européenne développe deux arguments additionnels dont elle estime qu'ils plaident en faveur de l'évaluation des options pertinentes: a) tout comme l'Arbitre dans l'affaire DS316 a tenu compte des annulations survenues après le moment de la commande, le présent Arbitre, selon la même logique, doit évaluer les options qui ont été exercées après la commande passée par Delta Airlines en 2011; et b) contrairement au Groupe spécial de la mise en conformité, dont la tâche était de déterminer l'*existence* d'effets défavorables, le présent Arbitre doit *quantifier* ces effets défavorables en prenant en considération les éléments de preuve disponibles les plus récents, y compris les renseignements sur l'exercice des options.³⁷³

6.171. L'Arbitre juge utile de définir d'abord la question pertinente. L'Union européenne fait valoir que l'Arbitre peut évaluer des options³⁷⁴ en rapport avec les campagnes de vente sous-tendant les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité concernant à la fois les pertes notables de ventes et la menace d'entrave. On se souviendra que les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité concernant la menace d'entrave reposaient expressément sur les constatations selon

³⁷⁰ États Unis, réponse à la question n° 15 de l'Arbitre.

³⁷¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), note de bas de page 3330.

³⁷² Union européenne, communication écrite, paragraphes 253 à 272; réponse à la question n° 56 de l'Arbitre, paragraphe 135; réponse orale à la question n° 71 de l'Arbitre à la réunion de l'Arbitre; et observations sur la réponse des États-Unis aux questions de l'Arbitre n° 50, paragraphes 96 à 99, et n° 72.

³⁷³ Union européenne, communication écrite, paragraphes 273 à 275.

³⁷⁴ Dans la suite du document, nous désignerons par le terme "options" à la fois les "options" et les "droits d'achat". L'Union européenne a expliqué que la seule différence entre les deux était que les accords d'achat fixaient des calendriers de livraison pour les premières mais pas pour ces derniers. (Union européenne, réponse à la question n° 10 de l'Arbitre, paragraphe 59)

lesquelles certaines campagnes de vente ont impliqué des pertes notables de ventes pour Airbus.³⁷⁵ En résumé, toutes les constatations pertinentes du Groupe spécial de la mise en conformité sont fondées sur des constatations de pertes notables de ventes. Nous notons également que l'Union européenne fait valoir que l'Arbitre peut, selon qu'il fonde le nombre de commandes contrefactuelles additionnelles d'Airbus sur les offres finales d'Airbus ou les accords d'achat de Boeing, évaluer les options en elles-mêmes et à elles seules (c'est-à-dire en tant que clauses contractuelles représentant effectivement des ventes de LCA³⁷⁶) ou telles qu'elles ont effectivement été exercées (c'est-à-dire les options de Delta). Ainsi, la question que nous devons résoudre dans ce contexte est celle de savoir si les options figurant soit dans les accords d'achat de Boeing soit dans les offres finales d'Airbus, qu'elles aient été exercées ou non, peuvent être considérées comme faisant partie des "pertes de ventes" pertinentes identifiées par le Groupe spécial de la mise en conformité.

6.172. Nous répondons à cette question par la négative. Ce faisant, nous notons tout d'abord que nous ne voyons rien qui puisse être pris comme base pour évaluer les options contractuelles dans le cadre des "pertes de ventes" pertinentes, comme l'Union européenne nous suggère de le faire. Nous admettons qu'en perdant les campagnes de vente en question, Airbus a pu perdre des ventes d'options contractuelles aux compagnies aériennes clientes. Des options sont vendues dans de nombreux contextes commerciaux et ont elles-mêmes une valeur.³⁷⁷ Toutefois, la partie pertinente du présent différend concerne le subventionnement des LCA de Boeing et, par conséquent, les pertes de ventes de LCA d'Airbus. Il s'agit donc pour nous d'évaluer les pertes de ventes de LCA d'Airbus, et non d'options contractuelles. Tout au long du présent différend (et du différend *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*), les parties, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont identifié les pertes de ventes de LCA par référence aux commandes de LCA découlant de campagnes de vente.³⁷⁸

6.173. La question est donc désormais de savoir si le Groupe spécial de la mise en conformité a considéré les "pertes de ventes" de LCA d'Airbus comme étant: a) des commandes qui auraient été passées à Airbus à la place de Boeing dans le contrefactuel en rapport avec les cinq campagnes de vente pertinentes à la fin de ces campagnes (en pratique, dans les s d'achat contrefactuels d'Airbus); ou b) toute commande qui aurait été passée à Airbus dans le contrefactuel à la place de Boeing à tout moment, si Airbus avait remporté les campagnes de vente en question (au moins dans la mesure où ces commandes auraient découlé de l'exercice d'options qu'Airbus aurait obtenues en rapport avec ces campagnes de vente).³⁷⁹ La position de l'Union européenne dans ce contexte dépend de cette dernière interprétation.

³⁷⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.428, 9.438, et 9.478 à 9.482.

³⁷⁶ Nous notons que le nombre d'options dans les offres finales d'Airbus est un RCES.

³⁷⁷ Union européenne, réponse à la question n° 52 de l'Arbitre, paragraphe 88 (expliquant que "dans les accords d'achat d'Airbus, [[***]] pour une compagnie aérienne" parce que [[***]]); et États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 56 de l'Arbitre, paragraphe 68 (notant que les options [[***]]).

³⁷⁸ Nous notons également que "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). (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.98 (citant *Shorter Oxford English Dictionary*, 6^{ème} édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 2, page 2652)) Il apparaît qu'il est problématique de considérer qu'une option d'achat d'un LCA à un prix spécifique devant être exercée dans le futur, en particulier lorsqu'elle est à la seule discrétion de l'acheteur, constitue un "consent{ement} à donner {un LCA} à un{-} {acheteur de LCA} contre de l'argent". En effet, il est possible que l'option ne soit jamais exercée ou que la décision du client d'acheter des aéronefs additionnels, ce qu'il pourrait faire en exerçant une option, puisse générer une concurrence dans le cadre de laquelle le constructeur de LCA concurrent obtiendrait ces commandes à sa place. (Declaration of [[***]] (Feb. 28, 2020) (pièce USA-51 (RCC)) paragraphe 6)

³⁷⁹ Les seules commandes contrefactuelles pertinentes dont l'Union européenne fait valoir spécifiquement qu'elles auraient été obtenues par Airbus par suite de l'exercice d'options (c'est-à-dire en sus de ce qu'Airbus aurait obtenu dans ses 5 accords d'achat contrefactuels additionnels) sont les 30 options qui, selon l'Union européenne, ont été exercées et qui découlaient de la campagne de vente 2011 de Delta Airlines. (Voir plus loin la section 6.4.6.3, où il est constaté qu'Airbus aurait obtenu plus de commandes fermes dans les campagnes de vente [[***]] que ce qu'elle avait proposé dans ses offres finales parce que ces commandes additionnelles auraient été des commandes fermes passées au moment où les campagnes de vente avaient été perdues, plutôt qu'en raison de l'exercice d'options.) Nous notons que ces commandes ont été passées à Boeing après la fin de la période de référence utilisée dans la procédure de mise en conformité et, par

6.174. Nous rappelons que, dans ses analyses des pertes de ventes, le Groupe spécial de la mise en conformité s'est généralement concentré sur la mesure dans laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington a aidé Boeing à l'emporter dans les cinq campagnes de vente pertinentes.³⁸⁰ À première vue, ce mode d'analyse pourrait donner à penser que les constatations de pertes de ventes formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité sont suffisamment larges pour comprendre toute commande (y compris une commande découlant de l'exercice ultérieur d'options) qu'Airbus aurait remportée à la place de Boeing dans le contrefactuel si Airbus avait remporté les campagnes de vente. Il en est ainsi essentiellement parce que la valeur totale liée au fait de remporter une campagne de vente pourrait être interprétée comme étant la valeur de toutes les commandes, sans exception, qu'Airbus aurait obtenues si elle avait remporté la campagne, quels que soient la manière dont, ou le moment dans le futur où, ces commandes auraient été passées.³⁸¹ Toutefois, après un examen plus approfondi des constatations du Groupe spécial de la mise en conformité, il est suffisamment clair pour nous que celui-ci a limité ses constatations de pertes de ventes aux commandes qu'Airbus aurait obtenues au moment où les campagnes de vente pertinentes ont été perdues.

6.175. Nous rappelons la note de bas de page 3330 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité:

L'Union européenne fait valoir en outre que les subventions des États-Unis apportant des avantages au 737 MAX et au 737NG causent une *menace actuelle de pertes notables de ventes*, au sens de l'article 6.3 c) et de la note de bas de page 13 de l'Accord SMC. ... À l'appui de son argument, l'Union européenne se fonde sur des éléments de preuve de l'existence d'*options et de droits d'achat* négociés en rapport avec les commandes pertinentes ... L'Union européenne formule cet argument relatif à la menace de pertes notables de ventes en ce qui concerne les campagnes de vente suivantes dont nous constatons qu'elles prouvent l'existence de pertes notables de ventes: Icelandair 2013 ..., Air Canada 2013 ... et Fly Dubai 2014 ...³⁸² (pas d'italique dans l'original)

6.176. Le Groupe spécial de la mise en conformité a ensuite ajouté:

Nous ne considérons pas que le simple fait qu'il a en plus été accordé des options ou des droits d'achat à un acheteur de LCA soit suffisant pour démontrer que *les pertes de ventes relatives à ces options et droits sont nettement prévues et imminentes, et*

conséquent, le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité ne mentionne jamais ces commandes. (Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 72 de l'Arbitre)

³⁸⁰ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 9.385 (indiquant que la subvention sous la forme d'une réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington "avait influé sur le comportement de Boeing en matière de fixation des prix du 737 MAX et du 737NG dans cinq campagnes de vente sensibles aux prix qui ont eu lieu entre 2007 et 2015"); paragraphe 9.400 (traitant la "mesure dans laquelle une réduction de prix comparativement faible peut déterminer le résultat d'une campagne de vente"); paragraphe 9.404 ("Nous sommes donc convaincus que la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, par le biais de ses effets sur la fixation des prix de Boeing, a contribué d'une manière réelle et substantielle à déterminer le résultat des campagnes de vente sensibles aux prix visant le 737 MAX et le 737NG, et l'A320neo et l'A320ceo dans les campagnes 2014 de Fly Dubai, 2013 d'Air Canada et 2013 d'Icelandair"); paragraphe 9.407 ("Nous constatons que la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington est une cause réelle et substantielle de préjudice grave sous la forme de pertes notables de ventes de LCA des familles A320neo et A320ceo pendant la période postérieure à la mise en œuvre, en ce qui concerne les campagnes de vente 2014 de Fly Dubai, 2013 d'Air Canada et 2013 d'Icelandair"); paragraphe 9.479 ("Le Groupe spécial constate que la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington est une cause réelle et substantielle de préjudice grave sous la forme de pertes notables de ventes de LCA des familles A320neo et A320ceo pendant la période postérieure à la mise en œuvre, en ce qui concerne les campagnes de vente 2014 de Fly Dubai, 2013 d'Air Canada et 2013 d'Icelandair"); paragraphe 11.8 c) (contenant des déclarations semblables); et note de bas de page 3329 ("Nous considérons aussi que la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington était une cause réelle et substantielle de pertes de ventes d'A320ceo dans les campagnes de vente de Fly Dubai en 2008 et de Delta Airlines en 2011").

³⁸¹ Nous notons que, selon cette interprétation, la valeur des campagnes de vente pourrait également inclure les commandes complémentaires que le constructeur d'aéronefs ayant remporté la vente a obtenues grâce, par exemple, aux avantages de fournisseur en place résultant de la campagne de vente. Cependant, nous ne voyons rien dans le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité qui indique que cette interprétation était voulue.

³⁸² Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), note de bas de page 3330.

donnent donc lieu à une menace de pertes notables de ventes. Le Groupe spécial ne dispose pas de renseignements suffisants concernant la nature de ces options et droits d'achat, y compris les conditions dans lesquelles ils peuvent être exercés, *pour qu'il soit justifié de les traiter comme des commandes fermes qui attendent de se concrétiser.* En effet, il nous a été présenté des éléments de preuve qui laissent penser que les options ne seront pas toutes exercées. ... Nous ne sommes donc pas convaincus que l'Union européenne a démontré que *d'autres pertes notables de ventes* étaient probables et "imminentes".³⁸³ (pas d'italique dans l'original)

6.177. Deux points clés ressortent du passage ci-dessus: a) le Groupe spécial de la mise en conformité a considéré les commandes fermes, mais non les options contractuelles, comme étant des "ventes" de LCA; et b) les commandes fermes résultant de l'exercice d'options, si et quand elles peuvent avoir lieu après la période de référence, ne relèvent pas du champ des "pertes de ventes" que le Groupe spécial de la mise en conformité a identifiées. Il en est ainsi parce que celui-ci a implicitement accepté que la présence d'options pourrait constituer la base d'une constatation de *menace* d'"autres" pertes de ventes, mais uniquement s'il était suffisamment clair que les options seraient exercées et donneraient donc lieu à *des commandes fermes*. En d'autres termes, et en toute logique, le Groupe spécial de la mise en conformité a nécessairement traité les "pertes de ventes" en rapport avec des options (c'est-à-dire des futures commandes fermes) comme étant distinctes des "pertes de ventes" qu'il a identifiées en rapport avec les campagnes de vente perdues pertinentes. En effet, s'il avait considéré les options et/ou les commandes fermes résultant de leur exercice potentiel comme faisant partie intégrante des "pertes de ventes" qu'il a identifiées, la note de bas de page 3330 serait dénuée de sens – il n'y aurait eu absolument aucune base logique permettant d'analyser les options comme constituant "d'autres pertes notables de ventes" potentielles. C'est-à-dire, à moins qu'on puisse qualifier les options comme comprenant à la fois les pertes de ventes en elles-mêmes et à elles seules au moment de leur exercice et comme faisant partie de pertes de ventes antérieures à un moment antérieur. Toutefois, il apparaît que cette qualification est illogique et n'est pas étayée par les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité.

6.178. Nous reconnaissons que la note de bas de page 3330 concerne les options conclues par Boeing en rapport avec les campagnes de vente 2013 d'Icelandair, 2013 d'Air Canada et 2014 de Fly Dubai. En particulier, elle ne mentionne pas la campagne de vente 2011 de Delta Airlines ni les éventuelles options que Boeing aurait pu obtenir lors de cette campagne. Cependant, l'Union européenne n'a signalé, et nous ne voyons, aucun élément dans le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité qui donne à penser que ce dernier aurait traité ces options différemment et constaté qu'elles entraient dans le champ de ses constatations de pertes de ventes. En effet, s'agissant des options liées à Delta Airlines dont l'Union européenne souhaite que nous évaluions l'exercice, nous notons que le Groupe spécial de la mise en conformité a souligné que la "perte de ventes" de la campagne 2011 de Delta Airlines avait eu lieu *avant* la période postérieure à la mise en œuvre – déclaration que nous trouvons difficile à concilier avec l'idée que nous devrions évaluer l'exercice d'options faisant prétendument partie de cette "perte de ventes" ayant eu lieu *pendant* la période postérieure à la mise en œuvre. Nous notons également que le Groupe spécial de la mise en conformité n'a même pas mentionné ces options lorsqu'il a résumé les "principaux renseignements détaillés" de cette campagne de vente.³⁸⁴

6.179. Certains aspects clés de l'analyse du Groupe spécial de la mise en conformité concernant les pertes notables de ventes pendant la période de référence sont également compatibles avec l'interprétation selon laquelle celui-ci a limité ses constatations de pertes de ventes aux commandes qu'Airbus aurait obtenues au moment où les campagnes de vente pertinentes ont été perdues. Le Groupe spécial de la mise en conformité a identifié les ventes perdues pendant la période de référence en identifiant les campagnes de vente de LCA sensibles aux prix que Boeing avait remportées, et en évaluant ensuite la mesure dans laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington avait permis à Boeing de l'emporter dans ces campagnes en lui permettant de baisser les prix de ses LCA. Comme il est noté plus haut à la section 6.4.6.1, dans le cadre de cette analyse, le Groupe spécial de la mise en conformité a calculé un "taux de subventionnement par aéronef" pour les aéronefs que Boeing a vendus dans les campagnes 2014 de Fly Dubai, 2013 d'Air

³⁸³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), note de bas de page 3330.

³⁸⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), tableau 12 et paragraphes 9.436, 9.438 et 9.481.

Canada et 2013 d'Icelandair.³⁸⁵ Il a calculé ce taux en divisant le montant annuel moyen des subventions accordées au titre de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington par "la moyenne de 54,3 aéronefs monocouloirs commandés par année pour la période 2013-2015 (calculée à partir d'un total de 11 737NG et de 152 737 MAX commandés pendant les campagnes de Fly Dubai de 2014, d'Air Canada de 2013 et d'Icelandair de 2013, divisé ensuite par trois)".³⁸⁶ Ces chiffres mentionnés par le Groupe spécial de la mise en conformité sont des *commandes fermes*. Celui-ci n'a rien dit concernant les options dans ce contexte, ce qui indique qu'il s'est concentré sur la capacité de la réduction du taux B&O de l'État de Washington à permettre à Boeing de baisser ses prix afin de remporter (et à faire en sorte qu'Airbus perde) des commandes fermes, spécifiquement. Ceci est important parce que le Groupe spécial de la mise en conformité était bien conscient que Boeing avait conclu des options en rapport à la fois avec la campagne de vente de Fly Dubai de 2014 et avec celle d'Air Canada de 2013.³⁸⁷

6.180. En outre, le raisonnement du Groupe spécial de la mise en conformité quant à la raison pour laquelle les pertes de ventes à Fly Dubai en 2014, à Air Canada en 2013 et à Icelandair en 2013 étaient "notables" au sens de l'article 6.3 c) est compatible avec l'interprétation selon laquelle celui-ci a limité ses constatations de pertes de ventes aux commandes qu'Airbus aurait obtenues au moment où les campagnes de vente pertinentes ont été perdues. Le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté que ces trois pertes de ventes étaient "notables" en raison de l'"ordre de grandeur des commandes que Boeing avait obtenues" et du fait que les campagnes de vente avaient "une importance stratégique pour Boeing et Airbus".³⁸⁸ Lors de l'examen de la première considération, il a noté que "{l}es campagnes de vente de Fly Dubai, d'Air Canada et d'Icelandair port{aient} sur des commandes d'environ 152 737 MAX et 11 737NG."³⁸⁹ Ces "commandes" constituent le nombre de *commandes fermes*. Le Groupe spécial de la mise en conformité n'a pas mentionné d'options dans ce contexte, ce qui indique que le "caractère notable" des pertes de ventes résidait dans le caractère notable des commandes obtenues à la fin de la campagne de vente uniquement.³⁹⁰ Ceci est important parce que, comme il a déjà été indiqué plus haut, le Groupe spécial de la mise en conformité était bien conscient que Boeing avait conclu des options en rapport à la fois avec la campagne de vente de Fly Dubai de 2014 et avec celle d'Air Canada de 2013.

6.181. S'agissant de l'analyse du Groupe spécial de la mise en conformité concernant la menace d'entrave (qui, comme cela a été expliqué, reposait sur des constatations de certaines pertes notables de ventes), celui-ci a constaté "que les commandes de 50 737NG et de 75 737 MAX passées par Fly Dubai en 2008 et 2014, respectivement, {étaient} des pertes notables de ventes pour Airbus".³⁹¹ On se souviendra que par suite de la campagne de vente de Fly Dubai en 2014, Boeing a non seulement obtenu 75 commandes fermes de LCA 737 MAX, mais aussi 25 droits d'achat de LCA 737 MAX, ce dont le Groupe spécial de la mise en conformité était bien conscient.³⁹² Une fois encore, dans ce contexte, le Groupe spécial de la mise en conformité s'est donc concentré uniquement sur les commandes fermes versées au dossier dont il disposait lorsqu'il a formulé les

³⁸⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.402.

³⁸⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, note de bas de page 3321. (pas d'italique dans l'original)

³⁸⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, tableau 12; 2013 Air Canada Purchase Agreement (pièce USA-81 (RCES)), pages 144 à 148 (contenant des renseignements sur la fixation des prix des options); Air Canada final offer, **[[RCES]]** (pièce EU-3 (RCES)), pages 2, 8 et 37 et listes 3 à 5 (contenant des renseignements sur la fixation des prix des options); 2014 Fly Dubai Purchase Agreement (pièce USA-85 (RCES)), pages 154 et 155 (contenant des renseignements sur la fixation des prix des options); et Fly Dubai 2014 final offer, **[[RCES]]** (pièce EU-6 (RCES)), pages 15 et 28 (contenant des renseignements sur la fixation des prix des options)).

³⁸⁸ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.405 et 9.406.

³⁸⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.406. (pas d'italique dans l'original)

³⁹⁰ Le Groupe spécial de la mise en conformité a également constaté que les ventes à Delta Airlines en 2011 et à Fly Dubai en 2008 étaient "notables", mais n'a pas donné de précisions à ce sujet. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, note de bas de page 3335)

³⁹¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.443. En 2014, Fly Dubai a aussi commandé 11 737NG dans le cadre de cette campagne de vente. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, tableau 12 et note de bas de page 3321)

³⁹² Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, tableau 12.

constatations de pertes de ventes, et non sur les options ou les commandes fermes qui auraient pu découler des commandes fermes versées au dossier dans l'avenir.

6.182. Enfin, nous soulignons que nous ne voyons aucun endroit dans le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité où celui-ci aurait indiqué d'une quelconque façon valable qu'il considérait l'exercice éventuel d'options comme faisant partie intégrante des "pertes de ventes" qu'il avait identifiées par ailleurs.³⁹³ Comme nous l'avons vu plus haut, nous trouvons uniquement des déclarations indiquant le contraire.

6.183. Pour les raisons qui précèdent, l'Arbitre constate que les options pertinentes, qu'elles soient exercées ou non, ne relèvent pas du champ des constatations de pertes de ventes pertinentes formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité. Évaluer ces options serait donc incompatible avec le degré et la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée. Nous nous abstenons donc de prendre en considération ces options, qu'elles soient exercées ou non, dans la détermination par l'Arbitre d'un niveau maximal de la suspension annuelle.

6.4.6.3 Nombre de commandes fermes dans le contrefactuel et dates des livraisons

6.184. L'Union européenne fait valoir que, dans le contrefactuel, il convient de supposer que les compagnies aériennes concernées dans les cinq campagnes de vente pertinentes auraient passé le même nombre de commandes fermes de LCA d'Airbus que celles qu'elles ont effectivement passées à Boeing, et non le nombre de commandes fermes proposées dans les offres finales d'Airbus dans ces campagnes. À son avis, cette approche est compatible avec la manière dont l'Arbitre dans l'affaire DS316 a évalué les pertes de ventes et avec les constatations adoptées dans la procédure de mise en conformité dans le présent différend. L'Union européenne affirme également que "le meilleur indicateur des résultats de négociation contrefactuels, en termes de nombre de livraisons d'aéronefs, se trouve non pas dans les offres finales d'Airbus, mais dans la demande avérée de chaque compagnie aérienne, comme en témoignent les résultats effectifs de la négociation menée entre Boeing et chaque compagnie aérienne".³⁹⁴ Selon elle, il en est ainsi car, bien que les offres finales d'Airbus reflètent les retours d'information des compagnies aériennes, elles représentent uniquement un "aperçu des négociations bilatérales effectives menées entre Airbus et chaque compagnie aérienne à un moment donné"³⁹⁵, négociations qui se seraient poursuivies et se seraient finalement conclues s'il n'y avait pas eu les subventions pertinentes.

6.185. Dans les cas où l'offre finale d'Airbus contenait moins de commandes fermes proposées que ce que Boeing a obtenu (c'est-à-dire dans les campagnes de vente [[***]]), l'Union européenne explique qu'Airbus était incitée au niveau commercial d'obtenir des commandes additionnelles et avait la capacité de production lui permettant de les honorer, comme le démontrait la présence d'options dans les offres finales pertinentes. En outre, l'Union européenne fait valoir que les modèles de Boeing et d'Airbus en cause dans toute campagne de vente particulière sont substituables, et qu'il est donc raisonnable de penser que les clients auraient commandé le même nombre de LCA à Airbus dans le contrefactuel que ceux qu'ils ont commandés à Boeing. Cela est d'autant plus vrai, selon elle, que dans les [[***]] campagnes pertinentes, "les [[***]] compagnies aériennes auraient uniquement pu satisfaire leur demande de capacité en sièges avérée en commandant le même nombre de LCA d'Airbus que ce qui a effectivement été commandé à Boeing".³⁹⁶ Selon l'Union

³⁹³ Nous notons également que l'Organe d'appel a expliqué que, dans certaines circonstances, les "options ou ... droits d'achat ... pourraient indiquer un phénomène persistant de pertes de ventes" qui s'étendait temporellement au-delà des "transactions" pertinentes initiales, mais la question de savoir si ce "phénomène persistant" existait exigeait un examen factuel. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.333) Ni le Groupe spécial de la mise en conformité ni l'Organe d'appel n'ont procédé à de quelconques examens factuels concernant la question de savoir si, et encore moins établissant que, les "pertes de ventes" pertinentes identifiées par le Groupe spécial de la mise en conformité "persisteraient" pendant toute la période d'exercice des options ou jusqu'après le moment où les campagnes de vente auraient été perdues définitivement. En outre, nous sommes conscients que toute constatation de notre part indiquant que ce "phénomène persistant de pertes de ventes" (par exemple jusqu'au moment de quelconques exercices d'options) existait en ce qui concerne les pertes de ventes en question pourrait être considérée comme se rapportant en substance aux obligations de mise en conformité temporelle des États-Unis en ce qui concerne ces pertes de ventes.

³⁹⁴ Union européenne, réponse à la question n° 51 de l'Arbitre, paragraphe 83. (soulignage omis; guillemets internes omis; note de bas de page omise)

³⁹⁵ Union européenne, réponse à la question n° 51 de l'Arbitre, paragraphe 82. (italique omis)

³⁹⁶ Union européenne, réponse à la question n° 54 de l'Arbitre, paragraphe 99. (les crochets RCC ont été ajoutés; italique omis)

européenne, ces [[***]] compagnies aériennes auraient pu le faire soit en passant des commandes fermes additionnelles dans le cadre du contrat d'achat soit en exerçant les options figurant dans les accords d'achat. L'Union européenne affirme en outre que la manière dont Boeing a négocié avec [[***]] étaye sa position dans ce contexte. Elle fait également valoir que l'affirmation des États-Unis selon laquelle les clients pertinents auraient réduit le nombre de commandes fermes proposées dans les offres finales d'Airbus pertinentes est contraire aux réalités commerciales de la branche de production de LCA et n'est pas étayée par des éléments de preuve matériels.³⁹⁷

6.186. S'agissant des calendriers de livraison contrefactuels, l'Union européenne fait valoir qu'Airbus aurait livré ses LCA conformément aux calendriers de livraison dont Boeing et la compagnie aérienne étaient convenues dans les accords d'achat pertinents. Selon elle, il est raisonnable de conclure que les pressions pertinentes du côté de la demande auraient conduit Airbus à accepter les mêmes calendriers de livraison que ceux qui figuraient dans ces accords d'achat. L'Union européenne affirme en outre que cette approche est compatible avec celle qui a été utilisée dans l'arbitrage dans l'affaire DS316, dans lequel l'Arbitre a supposé que le calendrier de livraison contrefactuel serait le calendrier de livraison qu'Airbus (c'est-à-dire la société qui a effectivement remporté les campagnes pertinentes) a effectivement obtenu dans les campagnes de vente pertinentes. Selon elle, l'impartialité oblige l'Arbitre à utiliser cette même approche en l'espèce.³⁹⁸

6.187. Les États-Unis font valoir que, dans le contrefactuel, il convient de supposer que les compagnies aériennes concernées dans les cinq campagnes de vente pertinentes auraient passé le nombre de commandes fermes de LCA d'Airbus que celle-ci a proposé dans ses offres finales aux compagnies aériennes, et qu'Airbus aurait livré ces aéronefs conformément au calendrier de livraison figurant dans chacune de ces offres finales. Ils font valoir que cela est compatible avec les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité, parce que le Groupe spécial de la mise en conformité n'a jamais précisé le nombre de commandes fermes qu'Airbus aurait obtenues dans le contrefactuel. Ils font également valoir que l'approche adoptée dans l'arbitrage dans l'affaire DS316 en ce qui concerne les nombres de commandes et les calendriers de livraison contrefactuels n'a pas à être suivie en l'espèce parce que les constatations et éléments de preuve pertinents dans le présent arbitrage sont différents de ceux de l'arbitrage dans l'affaire DS316. En outre, ils affirment que les offres finales d'Airbus représentaient le résultat d'un processus de négociation dans le cadre duquel celle-ci comprenait les besoins du client par rapport à ses contraintes du côté de l'offre. En outre, à leur avis, les compagnies aériennes augmentent rarement le nombre de commandes fermes entre la réception de l'offre finale et la signature d'un contrat d'achat ultérieur, en particulier parce que celles-ci solliciteront plus souvent des offres concernant un plus grand nombre d'aéronefs que ce dont elles ont effectivement besoin dans l'espoir d'obtenir des remises en fonction du volume. Les États-Unis affirment également que la présence d'options dans les offres finales d'Airbus n'établit pas que celle-ci disposait d'une capacité de production suffisante pour exécuter plus de commandes fermes que ce qui était proposé dans les offres finales parce que les constructeurs de LCA, dans le cadre de ce qu'ils appellent des pratiques de "gestion à l'horizon" [[***]]. En outre, selon eux, les clients sont incités à obtenir des options plutôt que des commandes fermes d'Airbus parce que les premières [[***]] pour les compagnies aériennes que les commandes fermes.

6.188. Les États-Unis affirment également que les LCA monocouloirs d'Airbus et de Boeing sont des produits différenciés (y compris en ce qui concerne les capacités en sièges) et que les clients peuvent donc vouloir des nombres différents de LCA monocouloirs de Boeing et d'Airbus. En outre, ils affirment que la livrabilité peut différer entre les LCA d'Airbus et de Boeing, ce qui peut amener une compagnie aérienne à souhaiter des nombres différents de LCA d'Airbus ou de Boeing à un moment donné. Enfin, en ce qui concerne la campagne de vente de [[***]], ils expliquent que la taille de la commande du client à Boeing reflétait des considérations propres à celle-ci. Ils font donc valoir que toute constatation selon laquelle Airbus aurait obtenu le même nombre de commandes fermes dans

³⁹⁷ Union européenne, communication écrite, paragraphes 221 à 229; réponses aux questions de l'Arbitre n° 8, paragraphe 46, et n° 9, 10, et 51 à 56; et observations sur les réponses des États-Unis aux questions n° 50, et 54 à 56 de l'Arbitre.

³⁹⁸ Union européenne, communication écrite, paragraphes 221 et 222; et réponse à la question n° 9 de l'Arbitre. L'Union européenne rappelle que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a constaté qu'il était moins problématique d'utiliser comme calendriers de livraison contrefactuels de Boeing les calendriers de livraison convenus entre Airbus et les compagnies aériennes clientes car ceux-ci "refl{étaient} les pressions qui s'exer{çaient} effectivement du côté de la demande parce qu'ils {avaient} été acceptés par les clients ayant participé aux ventes perdues en cause". (Union européenne, communication écrite, paragraphe 226 (mentionnant la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.263))

les campagnes de vente pertinentes que celles que Boeing a effectivement obtenues serait fondée sur des spéculations.³⁹⁹

6.189. L'Arbitre note que les parties sont en désaccord sur deux sujets connexes dans ce contexte, c'est-à-dire le nombre de commandes contrefactuelles qu'Airbus aurait reçues par suite des cinq campagnes de vente pertinentes et les calendriers de livraison qui auraient régi les livraisons de ces commandes. Nous examinons chaque question l'une après l'autre ci-après.

a. Nombres de commandes contrefactuelles

6.190. Dans la présente section, nous abordons la question du nombre de commandes fermes qu'Airbus aurait reçues dans les cinq campagnes de vente pertinentes dans le contrefactuel.

6.191. Nous rappelons tout d'abord l'argument de l'Union européenne selon lequel les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité établissent que, dans le contrefactuel, les compagnies aériennes concernées dans les cinq campagnes de vente pertinentes auraient commandé le même nombre de LCA à Airbus que ceux qu'elles ont commandés à Boeing en réalité. Il en est ainsi parce que, selon l'Union européenne, le Groupe spécial de la mise en conformité a précisé que le nombre de commandes fermes que Boeing a reçues par suite des cinq campagnes de vente pertinentes, et dont ce Groupe spécial avait connaissance, étaient elles-mêmes les "ventes perdues".⁴⁰⁰ Nous observons que certaines des constatations du Groupe spécial de la mise en conformité concernant les campagnes de vente pertinentes le donnent effectivement à penser⁴⁰¹ alors que les constatations concernant d'autres campagnes de vente sont plus ambiguës.⁴⁰² Nous considérons toutefois que, même si le Groupe spécial de la mise en conformité n'a spécifié le nombre de "ventes perdues" pour aucune campagne de vente particulière, d'autres constatations adoptées dans le présent différend et les éléments de preuve versés au dossier de la présente procédure d'arbitrage établissent qu'il est raisonnable de supposer que, dans le contrefactuel, Airbus aurait obtenu le même nombre de commandes fermes dans ses accords d'achat dans chacune des cinq campagnes de vente pertinentes que celles que Boeing a obtenues dans ses accords d'achat effectifs.

6.192. En examinant ces constatations et éléments de preuve, nous notons d'abord que l'Union européenne et les États-Unis font porter leurs arguments dans ce contexte sur les campagnes de vente [[***]] car, dans chacune de ces campagnes, Airbus a proposé moins de commandes fermes dans son offre finale que celles que Boeing a obtenues dans ses accords d'achat avec chacune de ces compagnies aériennes. Nous portons ici notre attention sur ces [[***]] campagnes de vente pour la même raison.⁴⁰³

6.193. S'agissant de ces [[***]] campagnes de vente, nous rappelons que tous les LCA de Boeing et d'Airbus concernés sont en concurrence sur le même marché de produits (à savoir le marché des produits LCA monocouloirs) et sont "suffisamment substituables".⁴⁰⁴ En outre, nous notons que les [[***]] compagnies aériennes ont déterminé qu'elles avaient besoin en fait du nombre de LCA monocouloirs qui figurait dans les accords d'achat de Boeing. Nous considérons ces facteurs comme des éléments de preuve solides établissant que chaque compagnie aérienne aurait probablement

³⁹⁹ États-Unis, communication écrite, section VIII et paragraphes 135 à 142; réponses aux questions de l'Arbitre n° 8 à 10, 50, et 54 à 56; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions n° 51 à 54 et 56 de l'Arbitre.

⁴⁰⁰ Voir, par exemple, Union européenne, réponse à la question n° 54 de l'Arbitre, paragraphe 96 et points d'accompagnement (indiquant, entre autres choses, que "selon les constatations des organes juridictionnels de la mise en conformité, Airbus a subi des pertes de ventes concernant 16 LCA dans la campagne d'Icelandair et 86 LCA dans la campagne de Fly Dubai de 2014". (soulignage et caractères gras omis))

⁴⁰¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.443 (indiquant que "les commandes de 50 737NG et de 75 737 MAX passées par Fly Dubai en 2008 et 2014, respectivement, sont des pertes notables de ventes pour Airbus" (pas d'italique dans l'original)).

⁴⁰² Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.404. ("Par conséquent, nous considérons que la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington a eu pour effet de faire perdre des ventes d'A320neo et d'A320ceo dans les campagnes de vente de Fly Dubai, d'Air Canada et d'Icelandair au cours de la période 2013-2015.") (*Ibid.*, note de bas de page omise)

⁴⁰³ Cette question [[***]] pour les autres [[***]]. ([[***]])

⁴⁰⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.33 et 9.47.

commandé un nombre égal de LCA monocouloirs d'Airbus dans le contrefactuel. Les États-Unis font toutefois valoir que le fait qu'Airbus a proposé moins de commandes fermes dans ses offres finales pertinentes que celles que Boeing a effectivement obtenues démontre que chaque compagnie aérienne aurait seulement commandé ce nombre proposé de LCA à Airbus. Ils présentent cinq arguments principaux à l'appui de leur position.

6.194. Premièrement, et en ce qui concerne la campagne de vente [[***]], les États-Unis font valoir que la compagnie aérienne aurait pu vouloir moins de LCA d'Airbus parce que la capacité globale en sièges des LCA de Boeing commandés était inférieure à la capacité globale en sièges d'un nombre équivalent de LCA d'Airbus.⁴⁰⁵ Pour commencer, nous notons que l'importance de la capacité *globale* en sièges des multiples LCA offerts à [[***]] n'est pas immédiatement manifeste pour nous. Comme les États-Unis le font remarquer eux-mêmes, "les compagnies aériennes font voler des avions, pas des sièges".⁴⁰⁶ Par conséquent, même si les capacités globales en sièges des LCA pertinents d'Airbus et de Boeing avaient été quelque peu différentes, nous ne considérons pas qu'il s'ensuivait nécessairement que la compagnie aérienne aurait voulu des nombres différents de LCA des constructeurs pour assurer les liaisons souhaitées, comme les États-Unis le donnent à penser. Dans la mesure où [[***]] aurait souhaité obtenir des capacités globales en sièges semblables entre les LCA d'Airbus et de Boeing, toutefois, nous considérons que les éléments de preuve indiquent qu'il est raisonnable de supposer [[***]] aurait quand même voulu le même nombre de LCA d'Airbus et de Boeing, pour les raisons examinées dans le paragraphe suivant.

6.195. Selon un [[***]], les [[***]] LCA [[***]] commandés avaient une capacité de 153 sièges chacun (pour un total de [[***]] sièges) et les [[***]] LCA [[***]] avaient une capacité de 172 sièges (pour un total de [[***]] sièges).⁴⁰⁷ Bien que l'offre finale d'Airbus à [[***]], l'Union européenne a fourni la configuration "type" des sièges la plus courante pour les LCA d'Airbus pertinents.⁴⁰⁸ Une comparaison de la capacité en sièges des [[***]] LCA de Boeing [[***]] a effectivement commandés et de la capacité type en sièges des LCA d'Airbus pertinents démontre [[***]] aurait pu égaler la capacité en sièges des avions de Boeing uniquement en commandant le même nombre de LCA d'Airbus que ceux qu'elle a commandés à Boeing.⁴⁰⁹ À la lumière de ces

⁴⁰⁵ États-Unis, réponse à la question n° 54 de l'Arbitre, paragraphe 44.

⁴⁰⁶ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 54 de l'Arbitre, paragraphe 64. Cela signifie, selon les États-Unis, qu'il y a des caractéristiques autres que la capacité globale en sièges, en soi, qu'un client prendrait en considération lorsqu'il passe une commande, telles que le [[***]], des facteurs qui peuvent toutefois être liés dans une certaine mesure à la capacité en sièges.

⁴⁰⁷ [[***]].

⁴⁰⁸ Les États-Unis ne contestent pas l'exactitude de la capacité type en sièges des LCA d'Airbus fournie par l'Union européenne. Au lieu de cela, ils fournissent la capacité *maximale* en sièges d'un modèle de LCA d'Airbus pertinent pour démontrer que ce LCA d'Airbus aurait eu plus de sièges que le LCA de Boeing qu'[[***]] a effectivement commandé et établir par conséquent qu'[[***]] aurait commandé moins de LCA à Airbus qu'elle en a commandés à Boeing. (États-Unis, réponse à la question n° 54 de l'Arbitre, paragraphe 44) Nous ne voyons guère de raison d'utiliser ces capacités maximales en sièges, étant donné qu'elles dépassent non seulement les capacités types en sièges des LCA de Boeing et d'Airbus en question, mais aussi les capacités en sièges réellement disponibles des LCA de Boeing vendus à [[***]]. (Voir Union européenne, réponse à la question n° 54 de l'Arbitre, paragraphes 100 à 109, tableau 3 (mentionnant le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Avions civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, tableau 16); observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 54 de l'Arbitre, paragraphes 114 et 115 (faisant des observations semblables); et États-Unis, réponse à la question n° 54 de l'Arbitre, note de bas de page 43.) Par conséquent, afin d'assurer une comparaison équitable dans ce contexte, nous considérons qu'il est très raisonnable de supposer que les capacités en sièges des modèles de LCA d'Airbus [[***]] aurait commandés auraient été leurs capacités types (et non maximales), qui sont également plus proches des capacités en sièges réellement disponibles des LCA de Boeing effectivement commandés.

⁴⁰⁹ L'Union européenne réalise des comparaisons semblables dans ce contexte alors qu'elle compare la capacité *type* en sièges des modèles de Boeing commandés par [[***]] (qui est semblable aux capacités en sièges réellement disponibles des modèles de Boeing commandés par [[***]]) avec la capacité *type* en sièges des LCA d'Airbus pertinents, en formulant certaines hypothèses au sujet des modèles de LCA d'Airbus spécifiques [[***]] aurait commandés si [[***]] avait commandé des LCA d'Airbus additionnels, et arrive à la même conclusion que celle à laquelle nous sommes arrivés dans le corps du texte ci-dessus (c'est-à-dire en ce qui concerne le besoin [[***]] de commander le même nombre de LCA d'Airbus et de Boeing). (Union européenne, réponse à la question n° 54 de l'Arbitre, paragraphes 100 à 109) Il apparaît que ces hypothèses ne sont pas incompatibles avec la manière que les États-Unis eux-mêmes ont préconisée dans d'autres contextes pour déterminer les prix du ou des modèles de LCA d'Airbus additionnels qui auraient été commandés dans le contrefactuel de cette campagne de vente. (Voir États-Unis, réponse à la question n° 58 de l'Arbitre, paragraphe 57.) Nous utilisons donc les mêmes hypothèses dans nos calculs mentionnés dans le corps du texte. Les États-Unis laissent entendre à un moment donné que la combinaison de modèles d'Airbus additionnels devrait être considérée comme étant différente dans ce contexte spécifique, toutefois, pour des

observations, nous n'estimons pas qu'il a été raisonnablement démontré [[***]] aurait souhaité moins de LCA d'Airbus que de Boeing pour des raisons liées à la capacité en sièges.

6.196. Deuxièmement, et spécifiquement en ce qui concerne la campagne de vente de [[***]], les États-Unis notent que la compagnie aérienne a commandé [[***]] à Boeing. Ils expliquent que la compagnie aérienne a commandé les "[[***]]".⁴¹⁰ Ainsi, Boeing [***].⁴¹¹ À notre avis, cependant, ces éléments de preuve indiquent que la compagnie aérienne voulait qu'un certain nombre de LCA monocouloirs soient livrés [[***]] (ce que Boeing et Airbus pouvaient faire toutes les deux), et non que la compagnie aérienne souhaitait un nombre différent de LCA d'Airbus et de Boeing dans ce [[***]]. En effet, bien que les États-Unis présentent apparemment la vente des [[***]] comme une [[***]], nous notons que celle-ci les a quand même achetés avec tous les autres LCA [[***]]. Les États-Unis ne nous renvoient pas non plus à un quelconque élément de preuve versé au dossier indiquant que les LCA [[***]], une fois reçus, [[***]]. Pour dire les choses simplement, [[***]] voulait, et a reçu, [[***]] LCA monocouloirs de Boeing. En fin de compte, par conséquent, nous considérons que cet argument des États-Unis n'est pas pertinent pour la question de savoir si [[***]] aurait voulu un nombre différent de LCA d'Airbus.

6.197. Troisièmement, les États-Unis font valoir qu'il se pouvait qu'Airbus n'ait pas disposé de la capacité de production lui permettant d'inclure des commandes additionnelles dans les accords d'achat contrefactuels [[***]], et que la présence d'options dans ces offres finales ne démontre pas nécessairement l'existence d'une capacité de production additionnelle suffisante parce que Boeing et Airbus [[***]].⁴¹² Ils n'apportent toutefois aucun élément de preuve indiquant qu'Airbus ne disposait pas en fait d'une capacité de production pertinente additionnelle à un quelconque moment donné. Nous notons en outre que l'Union européenne a présenté un document de [[***]] chez Airbus, attestant que celle-ci disposait d'une capacité de production suffisante pour honorer les commandes de tous les [[***]] figurant dans les offres finales d'Airbus dans les campagnes de vente [[***]] si les compagnies aériennes [[***]].⁴¹³ Le nombre de ces [[***]] dans chaque cas était supérieur au nombre de commandes additionnelles nécessaires pour augmenter le nombre de commandes fermes figurant dans les offres finales pour atteindre celui des commandes fermes que Boeing a effectivement reçues dans chaque campagne. Nous ne voyons aucune raison de douter de la véracité des éléments de preuve présentés par l'Union européenne concernant la capacité de production d'Airbus dans ce contexte, et considérons donc qu'il est raisonnable de conclure qu'Airbus aurait disposé d'une capacité de production suffisante pour inclure des commandes fermes additionnelles dans les campagnes de vente [[***]] si elles avaient été passées par les compagnies aériennes, de sorte qu'Airbus aurait pu égaler le nombre de commandes fermes que Boeing a obtenues en réalité de chaque compagnie aérienne.

6.198. Quatrièmement, les États-Unis font valoir que les LCA d'Airbus et de Boeing sont des produits différenciés présentant des capacités techniques différentes. Outre les questions déjà examinées plus haut, ils notent que certaines caractéristiques techniques diffèrent entre les LCA d'Airbus et de Boeing pertinents.⁴¹⁴ Toutefois, nous ne voyons aucun élément de preuve versé au dossier indiquant pourquoi [[***]] aurait conclu, sur la base de ces différences, qu'elle aurait préféré un nombre différent de LCA d'Airbus et de Boeing. En définitive, par conséquent, et compte tenu de la nature suffisamment substituable des LCA d'Airbus et de Boeing concernés, nous ne considérons pas que l'existence de ces différences techniques soit une considération importante dans le présent contexte.

6.199. Enfin, les États-Unis font valoir que la situation dans laquelle une compagnie aérienne, après avoir accepté une offre finale d'un constructeur de LCA, négocierait des commandes fermes additionnelles entre l'acceptation de cette offre finale et la conclusion d'un contrat d'achat "se produit

raisons qui sont RCES. (États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 54 de l'Arbitre, paragraphe 64, avant-dernière phrase) Cependant, il apparaît que les raisons sous-tendant l'affirmation des États-Unis indiquent que les LCA d'Airbus additionnels devraient avoir [[***]] de capacité en sièges que ce que nous supposons dans nos calculs de cette capacité, un raisonnement qui ne modifierait donc pas nos conclusions pertinentes concernant ces capacités. Nous considérons donc, en définitive, que l'affirmation des États-Unis dans ce contexte n'est pas pertinente.

⁴¹⁰ États-Unis, réponse à la question n° 54 de l'Arbitre, paragraphe 45.

⁴¹¹ États-Unis, réponse à la question n° 54 de l'Arbitre, paragraphe 45; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 54 de l'Arbitre, paragraphe 65.

⁴¹² États-Unis, réponse à la question n° 50 de l'Arbitre, paragraphes 37 à 39.

⁴¹³ Déclaration by [[***]], 21 February 2020 ("capacité de production d'Airbus"), pièce EU-66 (RCC).

⁴¹⁴ États-Unis, réponse à la question n° 54 de l'Arbitre; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 54 de l'Arbitre.

rarement, voire jamais".⁴¹⁵ Selon eux, il en est ainsi parce que, [[***]]. En outre, les parties négociantes ne sont généralement pas disposées à revenir sur des "conditions essentielles" de l'accord à ce stade.⁴¹⁶ Les États-Unis affirment que l'Union européenne est d'accord sur ce dernier point.⁴¹⁷ L'Union européenne répond qu'il n'est "pas rare" que les négociations qui ont lieu après l'acceptation d'une offre finale puissent conduire les parties à convenir, dans un contrat d'achat ultérieur, [[*]].⁴¹⁸ Elle conteste également l'affirmation des États-Unis selon laquelle il convient de s'attendre à ce que les compagnies aériennes négocient le nombre de commandes à la baisse après l'acceptation de l'offre finale, en faisant valoir qu'il est peu probable que les constructeurs de LCA soient induits en erreur par un client de cette manière et que cette stratégie de négociation de la part d'un client peut se retourner contre lui et entraîner une révision de l'ensemble des conditions de l'accord.⁴¹⁹

6.200. Nous notons que les parties conviennent que, de manière générale, les négociations entre un acheteur et un constructeur de LCA se poursuivent après la présentation d'une offre finale. Aucune des deux parties ne fait valoir qu'une augmentation des commandes fermes résultant de la poursuite de ces négociations est courante. Nous observons cependant que ces augmentations se produisent parfois. Des éléments de preuve RCES présentés par l'Union européenne étayaient son affirmation selon laquelle, dans de multiples cas concernant Airbus, ces négociations ont conduit une compagnie aérienne à passer plus de commandes fermes de LCA que ce qui était proposé dans une offre finale précédente. Cela a parfois impliqué [[***]].⁴²⁰ Nous notons donc que, dans les campagnes de vente [[***]], les offres finales d'Airbus contiennent [[***]].⁴²¹ Les États-Unis ne contestent pas que, dans les 3 cas mentionnés par l'Union européenne dans ses éléments de preuve RCES, la compagnie aérienne a ajusté le nombre de [[***]] après la réception d'une offre finale, mais font valoir que ces cas se sont produits sur une période de 10 ans et, de ce fait, que cela montre que [[***]].⁴²²

6.201. Eu égard aux analyses qui précèdent, nous considérons que, tout compte fait, il est raisonnable de supposer que, si Airbus avait achevé ses négociations avec [[***]] dans les campagnes de vente pertinentes dans le contrefactuel, les accords d'achat en résultant auraient contenu un nombre de commandes fermes égal à celui qui figurait dans les accords d'achat correspondants de Boeing. Nous reconnaissons que ces augmentations de commandes fermes (c'est-à-dire, qui se produisent après la réception d'une offre finale) peuvent être rares. Nous notons en outre que les offres finales d'Airbus dans les [[***]] campagnes de vente pertinentes étaient [[***]] fondées sur la compréhension qu'avait Airbus des besoins des compagnies aériennes d'après, entre autres choses, les avis de ces compagnies, et les pressions concurrentielles de Boeing.⁴²³ Toutefois, nous considérons que la demande des clients démontrée concernant un nombre particulier de LCA monocouloirs de Boeing suffisamment substituables est convaincante, en particulier lorsqu'elle est combinée au fait que des augmentations des nombres de commandes fermes dans une offre postérieure à l'offre finale peuvent avoir lieu et ont lieu en fait, et en l'absence de tout élément de preuve spécifique indiquant pourquoi [[***]] aurait souhaité des nombres différents de LCA d'Airbus et de Boeing. En outre, en ce qui concerne la campagne de vente [[***]], nous jugeons particulièrement significatifs les éléments de preuve indiquant [[***]] a augmenté le nombre de commandes fermes passées à Boeing après l'offre finale de celle-ci.⁴²⁴ Nous ne voyons

⁴¹⁵ Boeing E-mail regarding Question 10, (pièce USA-32 (RCC)).

⁴¹⁶ États-Unis, réponse à la question n° 56 de l'Arbitre, paragraphe 49 (mentionnant Declaration of [[***]] (Feb. 28, 2020) (pièce USA-51 (RCC))). Voir aussi États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 53 de l'Arbitre.

⁴¹⁷ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 56 de l'Arbitre, paragraphe 66; les États-Unis indiquent qu'une compagnie aérienne peut parfois tenter de [[***]]. (Declaration of [[***]] (Feb. 28, 2020), (pièce USA-51 (RCC)), paragraphe 15)

⁴¹⁸ Union européenne, réponse à la question n° 51 de l'Arbitre, paragraphe 84. Voir aussi Union européenne, réponse à la question n° 56 de l'Arbitre.

⁴¹⁹ Union européenne, réponse à la question n° 53 de l'Arbitre.

⁴²⁰ Voir IndiGo, [[RCES]] (pièce EU-67 (RCES)) et IndiGo, [[RCES]] (pièce EU-68 (RCES)); [[RCES]] (pièce EU-69 (RCES)) [[RCES]] (pièce EU-70 (RCES)) et [[RCES]] (pièce EU-71 (RCES)); et, Avianca [[RCES]] (pièce EU-72 (RCES)) et Avianca [[RCES]] (pièce EU-73 (RCES)).

⁴²¹ Voir [[***]].

⁴²² États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 56 de l'Arbitre, paragraphe 69.

⁴²³ Union européenne, réponse à la question n° 51 de l'Arbitre, paragraphe 80.

⁴²⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, tableau 12; [[***]].

rien dans le dossier indiquant que ce changement était le produit de facteurs propres à Boeing, et qu'il n'aurait donc pas également eu lieu dans le contrefactuel si Airbus avait remporté la campagne.

b. Calendriers de livraison contrefactuels

6.202. En ce qui concerne les calendriers de livraison contrefactuels d'Airbus, nous pouvons faire l'un des deux choix suivants: a) utiliser les véritables calendriers de livraison de Boeing en rapport avec les cinq campagnes de vente pertinentes (comme le préconise l'Union européenne) ou b) utiliser les calendriers de livraison figurant dans les offres finales d'Airbus dans les cinq campagnes de vente pertinentes (comme le préconisent les États-Unis). Nous notons pour commencer que l'Union européenne fait valoir que le principe de "l'impartialité" oblige l'Arbitre à utiliser les véritables calendriers de livraison de Boeing parce que l'Arbitre dans l'affaire DS316, dans le contexte de l'évaluation de pertes de ventes, a utilisé les véritables calendriers de livraison d'Airbus régissant les campagnes de vente pertinentes comme calendriers de livraison contrefactuels de Boeing si celle-ci avait remporté les ventes à la place d'Airbus. Comme il s'agit ici de la situation inverse, et par souci de cohérence entre les deux arbitrages, l'Union européenne affirme que l'Arbitre devrait utiliser les véritables calendriers de livraison de Boeing.

6.203. Nous considérons qu'il y a des différences importantes entre les dossiers de la présente procédure d'arbitrage et de la procédure d'arbitrage DS316. L'Arbitre dans l'affaire DS316, dans ce contexte, a formulé son choix comme consistant à utiliser pour les calendriers de livraison contrefactuels de Boeing soit les calendriers de livraison figurant dans les accords d'achat d'Airbus dans les campagnes de vente perdues soit les calendriers de livraison des "commandes {de Boeing} servant de comparateur" (c'est-à-dire les commandes effectives que Boeing avait obtenues de clients dans des campagnes de vente jugées généralement comparables aux campagnes de vente en cause). Il a estimé qu'"en l'absence d'éléments de preuve directs concernant les résultats contrefactuels des négociations {entre Boeing et les clients dans les campagnes de vente pertinentes}, {il} juge{ait} 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".⁴²⁵ Il en était ainsi parce qu'il était "raisonnable de supposer {que les véritables calendriers d'Airbus} refl{étaient} les pressions qui s'exer{çaient} effectivement du côté de la demande parce qu'ils {avaient} été acceptés par les clients ayant participé aux ventes perdues en cause".⁴²⁶ De plus, l'Arbitre a constaté qu'il était "peu probable que Boeing, qui dispos{ait} 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".⁴²⁷ L'Arbitre a toutefois noté de manière instructive que les calendriers de livraison contractuels d'Airbus présentaient l'inconvénient de tenir compte uniquement des contraintes importantes du côté de l'offre pour ce qui était d'Airbus, et non de Boeing, mais "ils représent{aient} au moins un compromis qui était acceptable par les parties négociantes au moment de la commande"⁴²⁸, et il ne pouvait "{voir}, pour élaborer les calendriers de livraison contrefactuels pertinents de Boeing, aucune autre possibilité qui permettrait, à {son} avis, d'obtenir un résultat plus fiable qu'avec l'utilisation des calendriers de livraison d'Airbus convenus contractuellement".⁴²⁹

6.204. Contrairement à la situation décrite par l'Arbitre dans la procédure d'arbitrage DS316, l'Arbitre, en l'espèce, dispose d'"éléments de preuve directs concernant les résultats contrefactuels des négociations" entre Airbus et les clients pertinents dans chacune des campagnes de vente spécifiques en cause, c'est-à-dire les calendriers de livraison figurant dans les offres finales d'Airbus. Bien que nous reconnaissons que ces résultats de négociation n'étaient pas finals dans le sens où ils figuraient dans des offres finales plutôt que dans des accords contractuels d'achat, nous notons qu'ils étaient le produit non seulement de "la compréhension globale qu'avait Airbus des besoins des compagnies aériennes" mais aussi "du retour d'information et de la contribution active de {ces

⁴²⁵ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.263.

⁴²⁶ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.263.

⁴²⁷ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.263.

⁴²⁸ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.263.

⁴²⁹ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.263.

compagnies} ".⁴³⁰ A notre avis, ils représentent donc une indication raisonnablement fiable de ce qu'auraient été les calendriers de livraison définitifs entre Airbus et les clients pertinents si celle-ci avait achevé les négociations avec les clients. Nous notons également que les calendriers de livraison de Boeing rendent compte des contraintes du côté de l'offre de cette société mais, fait important, pas de celles d'Airbus. Ainsi, nous considérons que les calendriers de livraison figurant dans les offres finales d'Airbus rendent compte le plus raisonnablement des pressions pertinentes qui s'exercent du côté de la demande et de l'offre, ce que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a indiqué souhaiter, mais ne pas pouvoir, faire dans les circonstances auxquelles il a été confronté.

6.205. Compte tenu de ce qui précède, nous estimons que les calendriers de livraison figurant dans les offres finales d'Airbus reflètent mieux les pressions qui se seraient exercées tant du côté de la demande que de l'offre⁴³¹ dans les négociations pertinentes si Airbus avait remporté les ventes perdues que ne le font les calendriers de livraison de Boeing, et il est donc raisonnable de les choisir comme calendriers de livraison contrefactuels d'Airbus dans les circonstances dont nous sommes saisis.

6.206. Nous reconnaissons que, dans la sous-section qui précède, nous avons conclu que, dans le contrefactuel, Airbus aurait reçu le même nombre de commandes fermes de chaque client dans les cinq campagnes de vente pertinentes que celles que Boeing a reçues dans ses accords d'achat pertinents, même si dans les campagnes de vente [[***]], Airbus a proposé moins de commandes fermes dans ses offres finales que celles que Boeing a obtenues dans les accords d'achat avec ces clients.⁴³² Ainsi, en ce qui concerne ces [[***]] campagnes de vente, nous devons ajouter un nombre RCES de créneaux de livraison additionnels dans les calendriers de livraison d'Airbus figurant dans les offres finales que celle-ci a présentées à [[***]]. Pour ce faire, les États-Unis proposent que "l'Arbitre ... calcule un délai moyen entre les livraisons sur la base du calendrier d'Airbus, et qu'il suppose ensuite que les livraisons additionnelles se font dans cet intervalle après la date de livraison finale figurant dans l'offre finale d'Airbus".⁴³³ Ils font valoir que cette méthode présente l'avantage de "suivre de plus près les offres finales d'Airbus".⁴³⁴ L'Union européenne propose que l'Arbitre suppose qu'Airbus aurait livré les aéronefs additionnels "selon le même calendrier de livraison que les livraisons effectives de Boeing".⁴³⁵ Plus spécifiquement, pour chaque campagne de vente, les livraisons du nombre additionnel de LCA d'Airbus seraient supposées être [[***]].⁴³⁶ L'Union européenne fait valoir que cette méthode est préférable à l'approche des États-Unis parce que sa méthode rend compte des pressions du côté de la demande, c'est-à-dire qu'elle reflète des créneaux de livraison qui étaient acceptables pour les compagnies aériennes pertinentes en ce qui concerne ces LCA additionnels.⁴³⁷

6.207. Nous considérons que la proposition de l'Union européenne est raisonnable et par conséquent nous l'adoptons. Airbus [[***]] pour les commandes fermes additionnelles pertinentes figurant dans ses offres finales pertinentes. Nous observons toutefois que les dates de ces livraisons de Boeing représentaient un arrangement acceptable entre les parties négociantes.⁴³⁸ En outre, nous ne voyons rien dans le dossier qui nous indique que l'utilisation de l'approche des États-Unis conduirait à un résultat plus fiable.

⁴³⁰ Union européenne, réponse à la question n° 51 de l'Arbitre, paragraphe 80.

⁴³¹ Les pressions du côté de l'offre dans ce contexte font référence au fait que Boeing et Airbus ont une capacité de production limitée à un moment donné et que, par conséquent, les deux constructeurs de LCA peuvent ne pas toujours être en mesure de répondre aux demandes spécifiques de leurs clients concernant des calendriers de livraison particuliers.

⁴³² Voir plus haut le paragraphe 6.201.

⁴³³ États Unis, réponse à la question n° 58 de l'Arbitre. Voir aussi États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 58 de l'Arbitre, paragraphes 75 et 76.

⁴³⁴ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 58 de l'Arbitre, paragraphe 76.

⁴³⁵ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 58 de l'Arbitre, paragraphe 148. Voir aussi Union européenne, réponse à la question n° 58 de l'Arbitre.

⁴³⁶ Union européenne, réponse à la question n° 58 de l'Arbitre, tableaux 13 et 14.

⁴³⁷ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 58 de l'Arbitre, paragraphes 148 et 149.

⁴³⁸ Voir la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.263.

6.4.6.4 Ajustements visant à tenir compte des annulations effectives et des annulations futures potentielles

6.208. L'Union européenne affirme qu'il est raisonnable d'ajuster la valeur des commandes qu'Airbus aurait remportées dans le contrefactuel par suite des cinq ventes perdues pertinentes pour tenir compte du risque que ces commandes auraient été annulées dans le contrefactuel, conformément à l'approche suivie dans l'arbitrage DS316. L'Union européenne traite le risque d'annulation différemment en ce qui concerne trois groupes de livraisons contrefactuelles: a) celles qui auraient certainement été annulées dans le contrefactuel; b) celles qui auraient dû avoir lieu avant aujourd'hui (c'est-à-dire avant janvier 2020); et c) celles qui auraient dû avoir lieu après aujourd'hui (c'est-à-dire après décembre 2019).

6.209. En ce qui concerne les livraisons contrefactuelles du groupe a), l'Union européenne fait valoir qu'une seule livraison contrefactuelle associée à la campagne de ventes de Fly Dubai de 2014 aurait été annulée dans le contrefactuel. Elle reconnaît que cette livraison devrait donc être évaluée à zéro.⁴³⁹ En ce qui concerne les livraisons contrefactuelles restantes relevant du groupe b), l'Union européenne propose que l'Arbitre suppose que la livraison de toute commande qui devait avoir lieu jusqu'à aujourd'hui selon le calendrier de livraison choisi par l'Arbitre soit supposée avoir déjà eu lieu dans le contrefactuel et devrait donc se voir attribuer un risque d'annulation de 0%. En ce qui concerne les livraisons contrefactuelles restantes relevant du groupe c), l'Union européenne fait valoir que l'Arbitre devrait ajuster leur valeur en multipliant le prix de livraison de chacune par un "taux de survie", c'est-à-dire la possibilité que ces livraisons ne seraient *pas* annulées (l'Union européenne attribue une possibilité d'annulation de 0% à toutes ces livraisons jusqu'en 2019). L'Union européenne affirme que l'Arbitre devrait calculer ce taux de survie en utilisant un taux d'annulation moyen pour les modèles de LCA monocouloirs d'Airbus des années 2009 à 2012. De l'avis de l'Union européenne, cette méthode de construction est appropriée car, premièrement, les taux d'annulation pour les modèles monocouloirs reflètent le plus exactement la possibilité que la livraison du modèle de LCA monocouloirs d'Airbus en cause aurait été annulée, car les taux d'annulation antérieurs pour les LCA monocouloirs et ceux des autres types de LCA sont différents, reflétant différentes raisons pour lesquelles les compagnies aériennes peuvent annuler des commandes de certains types de LCA. Deuxièmement, l'Arbitre dans l'affaire DS316 a utilisé des données relatives aux annulations antérieures se rapportant à une période non affectée par les commandes contrefactuelles additionnelles passées et, par conséquent, "seules des données d'*avant* la période de référence allant de 2013 à 2015 devraient être utilisées aux fins de la quantification des taux d'annulation, des taux de survie effectifs et des taux de survie estimés". La raison en est que les données relatives aux annulations se rapportant aux années pendant lesquelles les pertes de ventes pertinentes ont eu lieu (c'est-à-dire 2013-2017) "auraient probablement changé dans le monde contrefactuel, dans lequel Airbus aurait effectué des ventes additionnelles".⁴⁴⁰ Toutefois, l'Union européenne fait aussi valoir que "les renseignements relatifs aux annulations antérieures les plus granulaires, les plus spécifiques et, de fait, les plus pertinents se trouvent dans les *annulations effectives* que Boeing a subies *dans le cadre des cinq transactions sensibles aux prix visant des aéronefs monocouloirs en cause*".⁴⁴¹

6.210. Les États-Unis font aussi valoir qu'il convient de prendre en compte le risque d'annulations en appliquant un taux de survie aux prix de livraison des livraisons contrefactuelles pertinentes d'Airbus.⁴⁴² À la différence de l'approche de l'Union européenne, les États-Unis appliquent leur méthode la plus récente dans ce contexte par référence à deux, et non trois, groupes de livraisons de LCA contrefactuelles, à savoir a) les livraisons contrefactuelles qui devaient avoir lieu avant aujourd'hui (c'est-à-dire avant 2020 mais pas au cours de cette l'année; et b) celles qui auraient dû avoir lieu en 2020 et après. Selon la méthode qu'ils ont proposée le plus récemment, en ce qui

⁴³⁹ L'Union européenne allègue que Fly Dubai a annulé une livraison d'un LCA de Boeing en rapport avec cette campagne de vente "en raison d'événements exogènes sous la forme de décisions et d'actes propres à la compagnie aérienne et postérieurs à la commande (et non en raison de problèmes rencontrés par {Boeing})". (Union européenne, réponse à la question n° 61 de l'Arbitre, paragraphe 157 (mentionnant la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.225) (guillemets internes omis))

⁴⁴⁰ Union européenne, communication écrite, paragraphes 204 et 205. (italique dans l'original)

⁴⁴¹ Union européenne, réponse à la question n° 61 de l'Arbitre, paragraphe 177. (italique dans l'original)
Voir aussi Union européenne, communication écrite, section II.C.2 et paragraphes 390, 396, 399 et 400; réponses aux questions n° 60 et 61 de l'Arbitre; et observations sur les réponses des États-Unis aux questions n° 60 à 65 de l'Arbitre.

⁴⁴² États-Unis, communication écrite, section VII.

concerne les livraisons contrefactuelles qui devaient avoir lieu avant aujourd'hui (c'est-à-dire avant 2020 mais pas au cours de cette année), les États-Unis affirment que l'Arbitre devrait calculer un taux de survie "fondé sur l'expérience réelle de Boeing par flux de livraisons {c'est-à-dire par transaction de vente en cause,} et appliquer ce ratio aux livraisons applicables pour la perte de vente d'Airbus dans le contrefactuel".⁴⁴³ Nous notons toutefois que, dans le cadre d'une méthode qu'ils ont proposée auparavant en ce qui concerne les livraisons contrefactuelles antérieures à 2020, les États-Unis ne contestent pas les positions de l'Union européenne selon lesquelles le nombre de livraisons contrefactuelles d'Airbus qui devraient être évaluées à zéro parce qu'elles auraient été annulées dans le contrefactuel avant aujourd'hui est de un, et que le risque d'annulation qui devrait être attribué à toutes les autres livraisons contrefactuelles d'Airbus devant avoir lieu jusqu'aujourd'hui (c'est-à-dire avant 2020, mais pas en 2020) selon les calendriers de livraison prévus dans les offres finales d'Airbus est de zéro.⁴⁴⁴

6.211. Dans leur méthode la plus récente, en ce qui concerne les autres livraisons contrefactuelles d'Airbus (c'est-à-dire celles qui auraient dû avoir lieu après 2019), les États-Unis conviennent avec l'Union européenne que l'Arbitre devrait ajuster leur valeur en multipliant le prix de livraison de chacune par un taux de survie. À cet égard, ils proposent d'"appliquer un taux de survie générique pour Airbus"⁴⁴⁵ fondé sur les taux d'annulation antérieurs d'Airbus (en attribuant une possibilité d'annulation de 0% à toutes ces livraisons jusqu'en 2019, conformément à l'approche de l'Union européenne). Les États-Unis font valoir que l'Arbitre devrait construire ce taux de survie en utilisant un taux d'annulation moyen pour tous les modèles de LCA d'Airbus des années 2003 à 2007, c'est-à-dire "la période précédant directement la période pendant laquelle les ventes et livraisons contrefactuelles auraient pu être effectuées".⁴⁴⁶ De l'avis des États-Unis, cette méthode de construction est appropriée car: a) l'utilisation de données relatives aux annulations antérieures pour tous les modèles de LCA d'Airbus est compatible avec l'approche suivie dans l'arbitrage DS316, dans lequel l'Arbitre a utilisé des taux d'annulation antérieurs pour tous les modèles de LCA de Boeing afin de construire un taux de survie; b) l'Arbitre dans l'affaire DS316 a utilisé des données relatives aux annulations antérieures se rapportant à une période non affectée par les commandes contrefactuelles additionnelles passées et la première perte de vente pertinente dans la présente procédure correspondait à la campagne de vente de Fly Dubai de 2008; et c) les situations d'annulation se produisent peut-être plus pour certains types de LCA (par exemple les LCA bicouloirs ou les VLA) que pour les LCA monocouloirs pendant une certaine période, mais cela ne veut pas dire que ces LCA soient nécessairement plus susceptibles de faire l'objet d'annulations que les LCA monocouloirs; par conséquent, on ne devrait pas s'attendre à ce que l'utilisation de données relatives aux annulations concernant les LCA bicouloirs et les VLA aboutisse à un taux de survie estimé inexact.⁴⁴⁷

6.212. L'Arbitre note que les parties conviennent, en principe, que nous devrions tenir compte du risque que les livraisons contrefactuelles pertinentes d'Airbus (c'est-à-dire les livraisons faisant suite aux commandes contrefactuelles qu'Airbus aurait obtenues à l'issue des cinq campagnes de vente pertinentes) auraient été annulées. Les parties ont des avis divergents sur la manière de calculer et d'appliquer ce risque pour une livraison de LCA donnée. Pour régler ces désaccords entre les parties, nous estimons que le plus utile est d'examiner certains aspects de la méthode de l'Union européenne et de déterminer si ces aspects sont raisonnables à la lumière du dossier dont nous disposons.

6.213. Le premier aspect de la méthode de l'Union européenne que nous examinons est l'attribution d'un risque d'annulation de 100% à une livraison contrefactuelle en rapport avec la campagne de vente de Fly Dubai de 2014, c'est-à-dire le fait d'évaluer une livraison à zéro. L'Union européenne affirme que nous devrions faire cela car une livraison de Boeing associée à cette campagne de vente a été annulée dans les faits et, en outre, l'annulation a eu lieu pour des raisons propres à la compagnie aérienne et non liées à Boeing. En réponse, les États-Unis affirment que le point de savoir si Airbus aurait effectué une quelconque livraison particulière dans le contrefactuel est entouré

⁴⁴³ États-Unis, réponse à la question n° 63 de l'Arbitre, paragraphe 79.

⁴⁴⁴ Voir aussi États-Unis, réponse aux questions n° 20 et 60 de l'Arbitre, paragraphes 65 à 69.

⁴⁴⁵ États-Unis, réponse à la question n° 63 de l'Arbitre, paragraphe 79. Voir aussi États-Unis, réponse à la question n° 60 de l'Arbitre, paragraphes 64 (expliquant que "l'Arbitre pourrait raisonnablement s'appuyer sur l'expérience d'Airbus d'une manière plus générale, laquelle reflète les facteurs du côté de l'offre influençant les annulations, ou sur l'expérience de Boeing en ce qui concerne ces ventes spécifiques, qui reflète partiellement les facteurs du côté de la demande, pour établir un taux d'annulation théorique") et 70.

⁴⁴⁶ États-Unis, réponse à la question n° 19 de l'Arbitre, paragraphe 79.

⁴⁴⁷ États-Unis, réponse aux questions de l'Arbitre n° 18, n° 19, n° 33, paragraphe 101, n° 61, et n° 62; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions n° 60, n° 61 et n° 64 de l'Arbitre.

d'incertitude, et préconisent donc d'attribuer un risque général d'annulation (qui prend en compte l'annulation de Fly Dubai de 2014) à toutes les livraisons contrefactuelles d'Airbus au lieu d'attribuer une valeur nulle à un créneau de livraison spécifique.⁴⁴⁸ Nous notons que les parties conviennent que Fly Dubai a, dans les faits, annulé une livraison associée à la perte de la vente à Fly Dubai de 2014. En outre, l'Union européenne a affirmé que cette annulation avait eu lieu pour des raisons non liées à Boeing, ce que les États-Unis n'ont pas contesté. De plus, les LCA de Boeing et d'Airbus concernés dans cette campagne de vente sont en concurrence sur le même marché de produits (à savoir le marché des produits LCA monocouloirs)⁴⁴⁹ et sont "suffisamment substituables".⁴⁵⁰ [[***]] Nous considérons donc que l'hypothèse de l'Union européenne dans ce contexte est raisonnable, c'est-à-dire que Fly Dubai aurait annulé une commande de LCA monocouloirs d'Airbus tout comme elle a annulé une commande de LCA monocouloirs de Boeing.

6.214. La question est alors désormais de savoir à quel créneau de livraison du calendrier de livraison contrefactuel de Fly Dubai de 2014 attribuer une valeur nulle. L'Union européenne a proposé d'attribuer une valeur nulle à la dernière livraison du calendrier de livraison contrefactuel de Fly Dubai de 2014.⁴⁵¹ La raison en est que, bien "qu'il n'y {ait} pas de principe primordial s'agissant de savoir quels créneaux de livraison sont annulés dans une campagne de vente"⁴⁵², "il est souvent dans l'intérêt de la compagnie aérienne comme d'Airbus que la compagnie aérienne annule des créneaux de livraison [[***]]", de manière à donner [[***]].⁴⁵³ L'Union européenne note en outre que la livraison de 737-800 annulée a été attribuée au [[***]] que Fly Dubai avait commandés auprès de Boeing dans la campagne de vente pertinente, indiquant le souhait de Fly Dubai d'annuler des créneaux de livraison ultérieurs pour ce modèle de LCA.⁴⁵⁴ Les États-Unis ne proposent aucun créneau de livraison de remplacement pour l'annulation contrefactuelle. Au contraire, dans la mesure où ils ont proposé une méthode consistant à attribuer une valeur nulle à des livraisons spécifiques en raison d'annulations, les États-Unis ont également choisi d'évaluer à zéro les créneaux de livraison ""les plus proches de la fin du calendrier de livraison {du} modèle"". ⁴⁵⁵

6.215. Nous notons que la livraison annulée par Fly Dubai devait [[***]].⁴⁵⁶ La raison pour laquelle Fly Dubai a décidé d'annuler le créneau de livraison spécifique qu'elle a annulé ne figure pas au dossier. Nous notons en outre que Fly Dubai a en fait annulé la [[***]] qu'elle avait commandés.⁴⁵⁷ Nous estimons en outre logique et raisonnable que, d'une manière générale, il puisse y avoir [[***]], tel que cela a été mis en lumière par l'Union européenne. Dans ces circonstances, nous estimons raisonnable l'hypothèse de l'Union européenne selon laquelle Fly Dubai aurait annulé la dernière livraison du [[***]] LCA d'Airbus qui aurait été vendu en rapport avec sa campagne de vente de 2014.⁴⁵⁸

6.216. Dans ce contexte, nous notons également que, dans leurs observations sur les réponses de l'Union européenne à la deuxième série de questions de l'Arbitre, les États-Unis ont indiqué que, "le

⁴⁴⁸ États-Unis, réponse à la question n° 65 de l'Arbitre.

⁴⁴⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.47 b).

⁴⁵⁰ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.33. (guillemets internes omis)

⁴⁵¹ Nous notons que, dans la note de bas de page 458 plus loin, nous déterminons qu'Airbus aurait livré [[***]] dans le contrefactuel en rapport avec la campagne de vente 2014 de Fly Dubai.

⁴⁵² Union européenne, réponse à la question n° 64 de l'Arbitre, paragraphe 181.

⁴⁵³ Union européenne, réponse à la question n° 64 de l'Arbitre, paragraphe 182.

⁴⁵⁴ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 64 de l'Arbitre, paragraphes 210 et 211 (mentionnant, entre autres choses, Ascend Database (pièce EU-1)).

⁴⁵⁵ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 85 de l'Arbitre, paragraphe 214 (citant la réponse de l'Union européenne à la question n° 64 de l'Arbitre, paragraphe 183) (modification dans l'original); et Expected Value of the [[***]] Lost Sale in Order Year Dollars (Revised) (pièce USA-104 (RCES)).

⁴⁵⁶ États-Unis, réponse à la question n° 65 de l'Arbitre, note de bas de page 82; 2014 Fly Dubai Purchase Agreement (pièce USA-85 (RCES)); Ascend Database (pièce EU-1); et Boeing [[***]] for 2008 Fly Dubai and 2011 Delta Sales Campaigns (pièce USA-87 (RCES)).

⁴⁵⁷ Ascend Database (pièce EU-1).

⁴⁵⁸ L'Union européenne suppose qu'[[***]] de LCA d'Airbus aurait été commandé lors de la campagne de vente 2014 contrefactuelle de Fly Dubai. Les États-Unis n'ont pas fait valoir que de quelconques autres [[***]] auraient été vendus lors de cette campagne de vente contrefactuelle. Nous notons en outre que certains éléments de preuve RCES étayent l'hypothèse qu'[[***]] aurait été commandé lors de cette campagne de vente. (Voir Fly Dubai 2014 final offer, [[RCES]] (pièce EU-6 (RCES)).)

[[***]]".⁴⁵⁹ Avec cette communication, les États-Unis ont en outre fourni une évaluation proposée actualisée de cette [[***]] excluant la valeur de [[***]] livraisons pour tenir compte de ces [[***]].⁴⁶⁰ Toutefois, les États-Unis ne fournissent aucun élément de preuve – et, de fait, n'indiquent jamais spécifiquement – que ces [[***]] auraient également eu lieu dans le contrefactuel, c'est-à-dire que la compagnie aérienne [[***]] pour des raisons non liées à Boeing. Nous considérons donc que, à la lumière du dossier dont nous disposons, l'hypothèse selon laquelle ces [[***]] auraient eu lieu dans le contrefactuel (c'est-à-dire que la compagnie aérienne aurait, de façon semblable, [[***]] des commandes de LCA d'Airbus) est trop spéculative. En conséquence, nous nous abstenons d'adopter cette hypothèse.⁴⁶¹ Nous n'excluons donc pas la valeur de ces [[***]] livraisons comme le proposent les États-Unis.

6.217. Le deuxième aspect de la méthode de l'Union européenne que nous examinons est l'attribution d'une possibilité d'annulation de 0% aux livraisons qui auraient dû avoir lieu avant aujourd'hui (c'est-à-dire avant janvier 2020) dans le contrefactuel. L'Union européenne fait valoir que ces livraisons devraient être toutes celles qui devaient avoir lieu dans le contrefactuel avant aujourd'hui selon les calendriers de livraison contrefactuels choisis par l'Arbitre. "La raison en est que ... le moment des livraisons contrefactuelles ... est déterminé par les *calendriers* de livraison, qui figurent dans les offres finales présentées par Airbus aux compagnies aériennes en cause".⁴⁶² Les États-Unis affirment que le point de savoir si Airbus aurait effectué une quelconque livraison particulière devant avoir lieu avant aujourd'hui dans le contrefactuel est entouré d'incertitude, et préconisent donc d'attribuer un risque général d'annulation à toutes les livraisons contrefactuelles pertinentes d'Airbus.⁴⁶³ L'Union européenne répond que la méthode des États-Unis est contraire à la méthode utilisée dans l'arbitrage DS316, et qu'il n'y a aucun élément de preuve indiquant qu'une quelconque livraison contrefactuelle de ce type aurait été annulée, justifiant ainsi l'application d'un taux de survie reflétant un tel risque.⁴⁶⁴

6.218. Nous rappelons que, jusqu'à présent dans notre analyse, nous supposons qu'Airbus aurait vu seulement une commande de LCA spécifique annulée en rapport avec les cinq pertes de ventes pertinentes (à savoir la commande unique en rapport avec la campagne de vente de Fly Dubai de 2014 dont il est question plus haut) et que nous supposons que cela correspondrait au dernier créneau de livraison du calendrier de livraison contrefactuel de Fly Dubai de 2014 (c'est-à-dire que cela correspondrait à un créneau de livraison d'une [[***]]). Ainsi, [[***]], les compagnies aériennes clientes pertinentes ont démontré une volonté de prendre livraison du reste des LCA commandés dans ces campagnes de vente.⁴⁶⁵ De plus, nous rappelons une nouvelle fois que les LCA de Boeing et d'Airbus concernés dans ces campagnes de vente sont en concurrence sur le même marché de produits (à savoir le marché des produits LCA monocouloirs)⁴⁶⁶ et sont "suffisamment substituables"⁴⁶⁷, et que, plus haut dans la section 6.4.6.3, nous concluons que, dans le contrefactuel, les cinq clients auraient tous commandé auprès d'Airbus le même nombre de LCA monocouloirs que ceux qu'ils ont effectivement commandés auprès de Boeing. À la lumière de ces considérations, nous convenons avec l'Union européenne qu'il est raisonnable de supposer que les compagnies aériennes pertinentes auraient pris livraison du nombre de LCA d'Airbus qui auraient dû être livrés avant aujourd'hui (c'est-à-dire avant 2020).

6.219. Le troisième aspect de la méthode de l'Union européenne que nous examinons est la construction et l'application d'un "taux de survie" au reste des commandes contrefactuelles d'Airbus associées aux cinq ventes perdues en question. Ces livraisons restantes comprennent les livraisons

⁴⁵⁹ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 85 de l'Arbitre, paragraphe 214.

⁴⁶⁰ Expected Value of the [[***]] Lost Sale in Order Year Dollars (révision) (pièce USA-104 (RCES)).

⁴⁶¹ Nous notons que notre approche concernant le point de savoir s'il convient de supposer que certaines [[***]] auraient eu lieu dans le contrefactuel est compatible avec l'approche des annulations adoptée par l'Arbitre dans l'affaire DS316. (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), paragraphe [[***]])

⁴⁶² Union européenne, réponse à la question n° 60 de l'Arbitre, paragraphe 155. (italique dans l'original)

⁴⁶³ Voir, par exemple, États-Unis, réponse à la question n° 65 de l'Arbitre.

⁴⁶⁴ Voir, par exemple, Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 60 de l'Arbitre.

⁴⁶⁵ Nous rappelons que ne voyons pas de base nous permettant de conclure que, dans le contrefactuel, [[***]]. (Voir plus haut le paragraphe 6.216.)

⁴⁶⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 9.47 b).

⁴⁶⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphe 9.33. (guillemets internes omis)

qui auraient dû avoir lieu après aujourd'hui (c'est-à-dire après décembre 2019) dans le contrefactuel, [[***]]. L'Union européenne et les États-Unis conviennent que l'Arbitre devrait ajuster la valeur de ces livraisons en multipliant leurs prix de livraison par un taux de survie, c'est-à-dire la possibilité que ces livraisons ne seraient *pas* annulées. En revanche, les parties ont des vues divergentes sur la façon de construire ce taux de survie.

6.220. Le but du taux de survie est de tenir compte du risque d'annulations futures. Il se pose donc la question de savoir comment estimer au mieux ce risque. Nous notons que les parties pensent toutes deux qu'il convient d'utiliser des données relatives aux annulations antérieures pour calculer ce risque, mais qu'elles ont des avis divergents sur la question de savoir quelles données antérieures il convient d'utiliser pour ce faire. L'Union européenne préconise d'utiliser un taux de survie fondé sur les annulations liées aux cinq campagnes de vente en cause telles que Boeing les a effectivement subies ou, à défaut, sur l'ensemble des annulations relatives aux LCA monocouloirs d'Airbus pendant la période 2009-2012. L'Union européenne indique que plus les données antérieures utilisées sont "propres" aux campagnes de vente en cause (en ce qui concerne, par exemple, les modèles de LCA pertinents et les compagnies aériennes), plus le taux de survie estimé sera pertinent et donc exact.⁴⁶⁸ Les États-Unis font valoir que nous devrions fonder le taux de survie sur l'ensemble des annulations relatives aux LCA d'Airbus pendant la période 2003-2007, suivant la méthode utilisée par l'Arbitre dans l'affaire DS316, compte tenu des similitudes factuelles entre les deux différends.⁴⁶⁹

6.221. Nous convenons avec l'Union européenne que la spécificité des données antérieures utilisées pour construire un taux de survie pour les cinq campagnes de vente pertinentes (en particulier, et comme nous le voyons plus avant plus loin, en ce qui concerne les types de LCA en cause) est une considération valable pour ce qui est de prédire de façon significative les annulations additionnelles qui peuvent avoir lieu en rapport avec ces campagnes.⁴⁷⁰ Nous considérons toutefois que ces données devraient aussi être obtenues à partir d'un échantillon suffisamment grand pour limiter l'influence de potentiels points de données extrêmes. À notre avis, pour prédire au mieux les annulations futures, nous devrions donc nous appuyer sur des données qui représentent des observations aussi nombreuses que possible et qui soient aussi propres aux campagnes en cause que possible. Cela peut présenter un compromis entre la spécificité des données et la taille de l'échantillon dans une certaine mesure.

6.222. Nous considérons qu'un moyen raisonnable de parvenir à ce compromis est d'utiliser un taux de survie fondé sur l'ensemble des annulations relatives à des LCA monocouloirs d'Airbus effectuées pendant la période 2003-2007, et ce pour trois raisons. Premièrement, l'ensemble des annulations relatives à des LCA monocouloirs d'Airbus sur une période de cinq ans offre une taille d'échantillon qui est supérieure et, donc, statistiquement préférable à la taille d'un échantillon fondé uniquement sur les campagnes en cause. Le marché des LCA monocouloirs d'Airbus compte [[***]] livraisons annulables pour la période 2003-2007.⁴⁷¹ Par contraste, les annulations fondées sur l'expérience réelle de Boeing donneraient lieu à un taux de survie fondé sur seulement 313 livraisons annulables. En termes de taille d'échantillon, les avantages liés à l'utilisation des annulations relatives aux monocouloirs d'Airbus pour 2003-2007 sont donc très importants, puisque l'ensemble de données est ainsi élargi de 313 à [[***]] livraisons annulables. En outre, l'Union européenne ne présente aucun argument spécifique expliquant pourquoi les données relatives aux livraisons de monocouloirs pour 2003-2007 produiraient des résultats dans une large mesure inexacts dans ce contexte.

6.223. Deuxièmement, s'agissant de la spécificité, nous considérons que l'utilisation de taux d'annulation antérieurs relatifs aux monocouloirs est préférable à l'utilisation de taux d'annulation relatifs non seulement aux LCA monocouloirs, mais aussi à des LCA dont il n'a pas été constaté qu'ils étaient en concurrence sur le marché des produits LCA monocouloirs (c'est-à-dire les bicouloirs et les VLA) dans la procédure de mise en conformité. L'Union européenne a donné des raisons pour lesquelles les taux d'annulation relatifs aux LCA monocouloirs pouvaient être différents, par exemple, des taux d'annulation relatifs aux LCA bicouloirs, y compris les économies de coûts plus modestes liées aux annulations relatives aux LCA monocouloirs pour les compagnies aériennes par rapport aux annulations relatives aux LCA de plus grande taille, la "pression liée aux créneaux de livraison" due aux arriérés de production plus importants pour les LCA monocouloirs, un marché de la revente plus

⁴⁶⁸ Union européenne, réponse à la question n° 61 de l'Arbitre, paragraphe 175.

⁴⁶⁹ États-Unis, réponse à la question n° 19 de l'Arbitre, paragraphe 78.

⁴⁷⁰ Les parties n'ont pas fourni de données relatives aux annulations antérieures organisées par client.

⁴⁷¹ Updated Historic order cancellations in the single-aisle and twin-aisle LCA markets (pièce EU-74

vaste pour les LCA monocouloirs, et une plus grande polyvalence des LCA monocouloirs.⁴⁷² Les États-Unis répondent que les annulations ont lieu pour diverses raisons qui "n'indiquent pas nécessairement que le type de LCA pertinent est particulièrement susceptible de faire l'objet d'annulations".⁴⁷³ Nous rappelons que les LCA monocouloirs forment leur propre marché de produits, c'est-à-dire que les LCA bicouloirs et les VLA diffèrent de façon importante des LCA monocouloirs. Nous estimons donc raisonnable de dire que les commandes de LCA monocouloirs et les commandes d'autres types de LCA peuvent être annulées pour des raisons différentes. Les éléments de preuve disponibles donnent à penser que tel est peut-être effectivement le cas; au cours des 20 dernières années, les taux d'annulation relatifs aux LCA monocouloirs d'Airbus étaient (parfois nettement) plus bas presque chaque année.⁴⁷⁴ Nous faisons observer en outre que l'utilisation de l'ensemble des annulations relatives aux LCA d'Airbus, suggérée par les États-Unis, accroîtrait la taille de l'échantillon en la faisant passer de [[***]] à [[***]] livraisons possibles, ce qui, à notre avis, représente une augmentation de la taille de l'échantillon qui n'est pas insignifiante mais pas décisive. Nous estimons donc que l'utilisation de taux d'annulation se rapportant à des LCA qui n'appartiennent pas au marché des produits LCA monocouloirs comporterait d'importants risques potentiels et peu d'avantages.

6.224. Troisièmement, et dernièrement, nous considérons que la période 2003-2007 est préférable à la période 2009-2012 car elle offre davantage de données et évite des années qui pourraient ne pas être représentatives en raison de l'incidence de la crise financière de la fin des années 2000 et du début des années 2010.⁴⁷⁵

6.4.6.5 Exclusion des [[***]] des prix de livraison contrefactuels

6.225. Comme il est expliqué plus haut dans la section 6.1, l'Union européenne propose d'évaluer les pertes notables de ventes et les livraisons entravées à l'état de menace en fondant les prix contrefactuels des aéronefs pertinents sur le "prix usine net" figurant dans les offres finales d'Airbus. Le prix usine net comprend le prix de la cellule de base de l'aéronef plus les frais relatifs aux modifications des spécifications types et d'autres éléments de coûts, y compris les [[***]], plus le prix des moteurs, moins les concessions, crédits et incitations à l'achat pour chacun de ces éléments de coûts.⁴⁷⁶ Le prix usine net est aussi le prix qui est négocié avec les compagnies aériennes clientes et présenté à celles-ci dans le cadre des offres finales et des contrats d'achat d'Airbus au début d'une vente de LCA, et qui est ensuite révisé au moment de la livraison.⁴⁷⁷ L'Union européenne considère que le prix usine net mesure au mieux la valeur totale d'un LCA d'Airbus car il s'agit du prix qu'un acheteur de LCA aurait payé pour chaque aéronef dans le contrefactuel.⁴⁷⁸

6.226. Les États-Unis font valoir que la valeur des [[***]] devrait être exclue du calcul des prix contrefactuels des LCA d'Airbus. [[***]].⁴⁷⁹ En conséquence, les [[***]] ne sont pas facturés aux

⁴⁷² Union européenne, réponse à la question n° 61 de l'Arbitre, paragraphes 165 à 168.

⁴⁷³ États-Unis, réponse à la question n° 61 de l'Arbitre, paragraphe 71 (mentionnant Declaration of [[***]] (Feb. 28, 2020) (pièce USA-51 (RCC), paragraphe 10)).

⁴⁷⁴ Updated Historic order cancellations in the single-aisle and twin-aisle LCA markets (pièce EU-74 (RCC)).

⁴⁷⁵ Notre méthode dans ce contexte suit de près celle que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a appliquée dans son évaluation des pertes de ventes, bien que les États-Unis aient noté que cet arbitre avait utilisé des taux d'annulation antérieurs se rapportant à tous les marchés des produits LCA (au lieu du seul marché des produits monocouloirs) pour construire un taux de survie. Nous notons toutefois qu'il existe des différences importantes entre le présent arbitrage et l'arbitrage DS316 dans ce contexte. Par exemple, l'Arbitre dans l'affaire DS316 a évalué des LCA appartenant à plus d'un marché des produits LCA, tandis que nous évaluons des LCA qui n'appartiennent qu'à un seul de ces marchés (à savoir le marché des produits monocouloirs). De plus, nous notons qu'à la différence de la présente affaire, dans l'arbitrage DS316, les parties ne se sont livrées à aucun débat de fond sur le point de savoir s'il convenait d'utiliser des taux d'annulation antérieurs par marché de produits pour construire le taux de survie, et que l'Arbitre n'avait donc pas été spécifiquement appelé à examiner cette question. (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), section 6.3.4.3.4.2)

⁴⁷⁶ Voir les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE), paragraphes 9.49 et 9.50; et *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 7.1693.

⁴⁷⁷ Union européenne, réponse à la question n° 23 de l'Arbitre, paragraphe 92.

⁴⁷⁸ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 78 de l'Arbitre, paragraphe 422.

⁴⁷⁹ Les États-Unis ont présenté des éléments de preuve décrivant [[***]]. (Shannon Ackert, *Commercial Aspects of Aircraft Customization*, Aircraft Monitor (2013), page [[***]] (pièce USA-15)) L'Union européenne

clients par le constructeur d'aéronefs et ne sont pas comptabilisés en tant que recettes dans les livres du constructeur. Les États-Unis considèrent que, puisque la valeur des [[***]] ne constitue pas des recettes qu'Airbus aurait potentiellement reçues s'il avait remporté les campagnes de vente pertinentes dans le contrefactuel, elle devrait être exclue des prix contrefactuels des aéronefs d'Airbus.⁴⁸⁰ L'argument des États-Unis repose sur la thèse selon laquelle la valeur d'une vente perdue ou d'une livraison menacée d'un LCA est déterminée du point de vue du constructeur d'aéronefs et, point important, il est rendu compte de ce point de vue en mesurant les recettes attendues du constructeur d'aéronefs dans le contrefactuel.⁴⁸¹ Les États-Unis font également valoir que, dans l'arbitrage DS316, les [[***]] ont été exclus de la valeur des prix contrefactuels des aéronefs car [[***]] ne faisaient pas partie des recettes déclarées de la vente de LCA du point de vue de Boeing.⁴⁸²

6.227. En réponse, l'Union européenne affirme que l'évaluation du produit qui aurait été vendu dans le contrefactuel doit être axée sur le produit en cause, à savoir les LCA d'Airbus, et que cela est confirmé à la fois par les constatations de l'Arbitre dans l'affaire DS316 et par la "logique" du marché des LCA.⁴⁸³ Plus spécifiquement, elle fait valoir que les parties pertinentes de la décision de l'Arbitre dans l'affaire DS316 indiquent clairement que les effets défavorables dont l'existence a été déterminée dans ce différend se rapportaient à un produit spécifique (les LCA de Boeing) et non à des composantes particulières de ce produit.⁴⁸⁴ De plus, l'Union européenne note que l'un des aspects fondamentaux du modèle économique des LCA est le partage des recettes, selon lequel un constructeur de LCA assemble et livre un LCA, perçoit le prix de vente et transmet une partie des recettes à certains fournisseurs. Selon l'Union européenne, le point de savoir si les recettes sont directement transmises au fournisseur sans passer par les comptes du constructeur de LCA ou sont d'abord comptabilisées en tant que recettes dans les comptes financiers d'Airbus avant d'être transmises aux fournisseurs est sans pertinence pour l'évaluation des effets défavorables des subventions incompatibles avec les règles de l'OMC en cause pour les intérêts de l'Union européenne.⁴⁸⁵

6.228. La question dont l'Arbitre est saisi est de savoir si nous devrions exclure la valeur des [[***]] du "prix usine net" figurant dans les offres finales d'Airbus qui sera utilisé aux fins du calcul des prix contrefactuels des LCA d'Airbus pertinents au moment d'évaluer les pertes de ventes et les livraisons entravées à l'état de menace.

6.229. Nous commençons par faire observer qu'en l'espèce, les États-Unis ont causé des effets défavorables pour les intérêts de l'Union européenne via l'incidence économique de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington sur les commandes et livraisons de LCA d'Airbus, le produit en cause dans la présente procédure. Nous évaluons les effets défavorables dont l'existence a été déterminée du point de vue d'Airbus en tant qu'évaluation fiable des effets défavorables subis par l'Union européenne de la même manière, et pour les mêmes raisons que l'Arbitre dans l'affaire

fait savoir que, pour Airbus, les [[***]] englobent tous les types de coûts liés à des choix propres à la compagnie aérienne [[***]]. (Union européenne, réponse à la question n° 23 de l'Arbitre, paragraphe 90)

⁴⁸⁰ États-Unis, communication écrite, paragraphe 143; et réponse à la question n° 78 de l'Arbitre, paragraphe 133.

⁴⁸¹ Les États-Unis font valoir que "les recettes que Boeing ou Airbus, en tant que constructeur et vendeur de LCA, tire de la vente d'un LCA est la mesure appropriée de la valeur de livraison d'un LCA aux fins du présent arbitrage." (États-Unis, réponse à la question n° 78 de l'Arbitre, paragraphe 131)

⁴⁸² Les États-Unis font valoir que l'inclusion des [[***]] dans l'évaluation des ventes contrefactuelles refléterait en fait la valeur totale des ventes du point de vue des (multiples) clients. (États-Unis, réponse à la question n° 78 de l'Arbitre, paragraphe 132)

⁴⁸³ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 78 de l'Arbitre, paragraphe 416.

⁴⁸⁴ Union européenne, communication écrite, paragraphes 238 à 240; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 78 de l'Arbitre, paragraphes 417 et 418. L'Union européenne fait valoir que l'Arbitre dans l'affaire DS316 n'a pris aucune décision d'inclure ou d'exclure les [[***]] des prix contrefactuels des LCA de Boeing dans cette procédure car les prix de Boeing servant de comparateur présentés par les États-Unis dans cette procédure n'incluaient pas les [[***]] et l'Union européenne n'a pas contesté la décision des États-Unis de ne pas inclure les [[***]] dans ces prix. (Union européenne, réponse à la question n° 26 de l'Arbitre, paragraphes 108 et 109) L'Union européenne soutient qu'en tout état de cause, il apparaît que de multiples éléments de coûts liés aux clients qu'Airbus considère généralement comme faisant partie des [[***]] sont exclus de cette catégorie par Boeing. (Union européenne, réponse aux questions de l'Arbitre n° 23, paragraphes 94, 97 et 99, et n° 26, paragraphe 111)

⁴⁸⁵ Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 78 de l'Arbitre, paragraphe 421.

DS316 a évalué les effets défavorables subis par les États-Unis dans la procédure d'arbitrage DS316 en évaluant les effets défavorables dont l'existence avait été déterminée du point de vue de Boeing.⁴⁸⁶

6.230. Les effets défavorables en l'espèce concernent les campagnes de vente de LCA perdues par Airbus, qui ont donné lieu à des commandes qu'Airbus n'a pas obtenues et à des livraisons qu'elle n'effectuerait pas à l'avenir. Il est logique qu'une évaluation de ces pertes de ventes et de ces livraisons entravées à l'état de menace soit fondée sur les "prix" contrefactuels des LCA d'Airbus pertinents. Le Groupe spécial de la mise en conformité a examiné divers aspects des prix des LCA, notant qu'ils comprenaient de nombreux éléments, y compris les cellules des aéronefs, les frais relatifs aux modifications des spécifications types, les équipements livrés par l'acheteur et les moteurs, et que certains de ces éléments étaient négociés avec les constructeurs de cellules, tandis que d'autres étaient directement négociés avec les fournisseurs pertinents.⁴⁸⁷

6.231. Comme il a été noté précédemment, l'Union européenne propose que nous utilisions le prix usine net qui apparaît dans les offres finales d'Airbus pour les campagnes de vente pertinentes pour calculer le prix contrefactuel des LCA d'Airbus pertinents. Le prix usine net est le prix négocié avec les clients d'Airbus, et présenté à ces clients en définitive, dans le cadre des offres finales d'Airbus. Il s'agit en outre du prix sur lequel le client fonde ses évaluations économiques de la proposition d'Airbus pour arriver à une évaluation de la VAN de cette proposition.⁴⁸⁸

6.232. Les États-Unis ne contestent pas que le prix usine net est le prix approprié sur lequel fonder la valeur des pertes de ventes et des livraisons entravées à l'état de menace, en dehors du fait que ce prix [[***]], qui, d'après ce qu'ils font valoir, devraient être soustraits au prix usine net. Il apparaît que l'argument des États-Unis selon lequel les [[***]] ne devraient pas faire partie des prix de livraison contrefactuels repose sur la thèse selon laquelle seuls les éléments de prix qui sont directement comptabilisés en tant que recettes par Airbus devraient être inclus dans l'évaluation des effets défavorables dans la présente procédure. Les États-Unis considèrent que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a accepté cette thèse lorsqu'il a utilisé le "prix net de Boeing" pour calculer la valeur des pertes de ventes contrefactuelles et des livraisons contrefactuelles entravées de Boeing dans ce différend, étant donné que le prix net de Boeing n'inclut pas les [[***]].⁴⁸⁹

6.233. Dans l'arbitrage de l'affaire DS316, les États-Unis ont proposé d'évaluer les pertes de ventes et les livraisons entravées en fondant les prix de livraison contrefactuels des aéronefs pertinents sur les "prix nets de Boeing". Lorsqu'il a examiné la réponse des États-Unis aux arguments de l'Union européenne concernant les commandes de Boeing servant de comparateur qui étaient appropriées dans cette procédure, l'Arbitre dans l'affaire DS316 a fait observer (mais pas dans le cadre d'un quelconque raisonnement réglant un quelconque désaccord entre les parties) que les États-Unis avaient affirmé que [[***]].⁴⁹⁰ Il est vrai que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a accepté la proposition des États-Unis de fonder les prix de livraison contrefactuels dans cette procédure sur le prix net de Boeing, mais rien dans la décision n'indique que la raison en était que le prix net de Boeing excluait

⁴⁸⁶ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.220. Nous notons que l'article 5 c) de l'Accord SMC 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 la subvention B&O de l'État de Washington "caus{ait} un préjudice grave aux intérêts de l'Union européenne". Ces constatations ne mentionnent pas les intérêts commerciaux d'Airbus. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.486 b) et 9.487 b))

⁴⁸⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.49 à 9.51.

⁴⁸⁸ Voir les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.20 et 9.21; et *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 7.1694. Cela ressort en outre clairement des évaluations par le Groupe spécial de la mise en conformité des effets de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington sur les résultats des campagnes de vente figurant dans l'appendice RCES du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité. (Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, appendice 2, notes de bas de page 570 et 571).

⁴⁸⁹ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.274 et 6.466.

⁴⁹⁰ Union européenne, communication écrite, note de bas de page 324; et réponse à la question n° 26 de l'Arbitre, paragraphe 108, (mentionnant la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.282). (italique omis)

les [[***]], ou que l'Arbitre dans l'affaire DS316 considérerait que les prix de livraison contrefactuels devraient inclure seulement des éléments de prix directement comptabilisés en tant que recettes par le constructeur d'aéronefs.

6.234. Au contraire, le prix net de Boeing, comme le prix usine net d'Airbus, *incluait* le prix des moteurs.⁴⁹¹ Les moteurs font généralement l'objet de contrats distincts entre la compagnie aérienne cliente et le fournisseur de moteurs.⁴⁹² Dans la procédure d'arbitrage DS316, l'Union européenne n'a pas fait valoir que les prix de livraison contrefactuels des aéronefs de Boeing servant de comparateur devraient exclure le coût des moteurs. Toutefois, si l'Arbitre dans l'affaire DS316 avait cherché à évaluer les LCA de Boeing pertinents sur la base des recettes que Boeing avait déclarées lorsqu'elle avait vendu ces LCA, il est raisonnable de penser qu'il aurait déterminé si Boeing déclarait des recettes provenant de ventes de moteurs et aurait expressément inclus la valeur des moteurs dans les prix de livraison contrefactuels, ou exclu expressément cette valeur de ces prix, sur la base de cette détermination. Dans la présente procédure, les États-Unis n'ont en outre pas spécifiquement fait valoir que nous devrions soustraire le coût des moteurs du prix usine net.⁴⁹³

6.235. Même si l'on laisse de côté le point de savoir si les pratiques d'Airbus en matière de déclaration des recettes diffèrent entre les ventes de moteurs et les [[***]], nous ne sommes toujours pas convaincus, d'une manière plus générale, par l'argument des États-Unis selon lequel "ce qui devrait être considéré comme faisant partie {d'un} produit LCA est déterminé par ce qui est inclus dans les recettes déclarées par le constructeur de LCA à l'issue de la vente du LCA".⁴⁹⁴ La fabrication d'un LCA est un processus immensément complexe, du point de vue de l'ingénierie et des chaînes d'approvisionnement ainsi que du point de vue financier, qui fait intervenir non seulement le constructeur de LCA, mais aussi les fabricants de moteurs, de sous-assemblages et de toutes les autres parties et tous les autres composants incorporés dans l'aéronef.⁴⁹⁵ Compte tenu des éléments de preuve dont nous disposons, et de notre compréhension de la branche production de LCA telle qu'elle est reflétée dans les rapports du Groupe spécial initial et du Groupe spécial de la mise en conformité, nous ne sommes pas convaincus par la thèse des États-Unis selon laquelle les recettes déclarées par le constructeur de LCA (en l'occurrence Airbus) en lien avec la production de tout modèle de LCA spécifique sont nécessairement déterminantes pour le point de savoir si un élément donné du prix du LCA devrait être inclus dans les prix de livraison contrefactuels des LCA qui composent les ventes perdues et les livraisons entravées à l'état de menace dans la présente procédure. Comme il est expliqué plus haut, notre évaluation est axée sur le produit en cause, les LCA d'Airbus, et les effets défavorables subis par l'Union européenne. Les États-Unis n'ont pas expliqué en quoi le fait de l'axer, au lieu de cela, sur les recettes du constructeur de LCA aboutirait à une évaluation plus raisonnable d'un produit fabriqué au moyen de plusieurs arrangements

⁴⁹¹ Le prix net de Boeing est le "prix brut de Boeing" moins toutes concessions sur les prix (c'est-à-dire des remises sur le prix brut offertes par Boeing qui sont exprimées dans des accords d'achat avec le client comme une remise sur le prix brut de l'année de base). Le prix brut de Boeing, quant à lui, inclut le prix de la cellule et le prix des moteurs; États-Unis, réponse à la question n° 79 de l'Arbitre, paragraphes 135 et 136.

⁴⁹² Les États-Unis notent qu'il peut ne pas toujours y avoir de contrats distincts pour les moteurs, en particulier dans les cas où il n'est pas possible de choisir le moteur pour un modèle particulier. (États-Unis, réponse à la question n° 21 de l'Arbitre, paragraphe 83) Les moteurs sont fabriqués par des motoristes, ne font pas partie des cellules fabriquées par Airbus et Boeing et, généralement (mais pas toujours), ne font pas partie du prix de la cellule. Le Groupe spécial initial a noté que, dans de nombreux cas, ni la compagnie aérienne cliente ni le motoriste ne divulguaient le prix des moteurs aux constructeurs des cellules des aéronefs. De plus, il a noté que les moteurs étaient l'élément le plus coûteux d'un LCA, car ils représentaient entre 20 et 30% de son coût total. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 7.1690)

⁴⁹³ États-Unis, réponse à la question n° 21 de l'Arbitre, paragraphe 82. À notre avis, ce point est important car la définition de "LCA" de l'Union européenne aux fins du présent différend, telle qu'elle figure dans la note de bas de page 4 de sa demande d'établissement d'un groupe spécial dans la procédure initiale, *exclut* les moteurs. (Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 2.1, note de bas de page 20; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 1 et note de bas de page 3 y relative. (Voir aussi plus haut la note de bas de page 2.) Par contraste, il n'y a pas de définition équivalente de LCA dans la demande d'établissement d'un groupe spécial des États-Unis dans la procédure DS316. (Voir WT/DS316/2 et le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 2.1.)

⁴⁹⁴ États-Unis, réponse à la question n° 78 de l'Arbitre, paragraphe 131.

⁴⁹⁵ Par exemple, en ce qui concerne la conception, la fabrication et l'assemblage du Boeing 787, le Groupe spécial initial dans le présent différend a examiné de façon assez détaillée l'accent mis par Boeing sur la réalisation des sous-assemblages et l'intégration de systèmes conçus et fabriqués par des fournisseurs tiers, nombre desquels étaient des partenaires partageant les risques. (Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), appendice VII.F.1, paragraphes 24 et 25.)

commerciaux complexes, y compris des arrangements de partage des coûts avec certains fournisseurs. Par conséquent, nous ne voyons pas de raison objective pour laquelle notre évaluation des pertes de ventes pertinentes ou des livraisons entravées à l'état de menace pertinentes devrait être affectée par le traitement comptable par Airbus d'éléments du prix des LCA payés par un client.⁴⁹⁶ Nous trouvons des éléments étayant notre point de vue dans le refus de l'Arbitre dans l'affaire DS316 d'exclure la valeur des intrants des LCA ne provenant pas des États-Unis incorporés dans les LCA de Boeing du niveau maximal des contre-mesures, en partie dû au fait qu'il serait "très compliqué" de le faire étant donné que la production de LCA s'appuie sur des "chaînes d'approvisionnement internationales complexes et optimisées de façon dynamique".⁴⁹⁷

6.236. Pour conclure, nous considérons qu'exclure la valeur des [[***]] du "prix usine net" figurant dans les offres finales d'Airbus qui sera utilisé pour calculer les prix contrefactuels des LCA d'Airbus pertinents au moment d'évaluer les pertes de ventes et les livraisons entravées à l'état de menace, comme il est proposé par les États-Unis, serait incompatible avec le degré et la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée, tels qu'ils étaient subis par l'Union européenne. Nous rejetons donc la proposition des États-Unis dans ce contexte.

6.4.6.6 Questions restantes concernant les prix de livraison contrefactuels

6.237. Dans la présente section, compte tenu des décisions que nous avons prises jusqu'à présent dans la présente Décision, nous décrivons la méthode que l'Union européenne emploie pour déterminer les prix de livraison contrefactuels des aéronefs d'Airbus des cinq campagnes de vente, en dollars EU à la date de livraison, à l'aide de renseignements figurant dans les offres finales d'Airbus. Les États-Unis ne contestent pas cet aspect de la méthode de l'Union européenne en ce qui concerne la grande majorité des LCA d'Airbus qui auraient été vendus dans le contrefactuel si Airbus avait remporté les cinq campagnes de vente pertinentes.

6.238. Pour déterminer les prix à la date de livraison, l'Union européenne applique deux composantes issues d'une offre finale donnée pour le ou les modèles de LCA visé(s) par cette offre qui ont fait l'objet de commandes fermes proposées. La première composante est le prix usine net, qui est le prix total de l'aéronef moins toutes les concessions sur les prix accordées au client telles qu'elles ont été convenues au moment de la commande.⁴⁹⁸ L'Union européenne utilise le prix usine net tel qu'il est indiqué dans les offres finales d'Airbus. La seconde composante est une formule de révision qui convertit le prix de commande en prix à la date de livraison.⁴⁹⁹ Comme il est expliqué par l'Union européenne, la formule de révision "reflète le fait qu'il y a généralement un décalage temporel important entre la commande d'un LCA et sa livraison"⁵⁰⁰ et elle est "conçue pour compenser l'augmentation des coûts de la main-d'œuvre et du matériel au cours du temps, résultant de l'inflation et d'autres changements économiques".⁵⁰¹ Chaque offre finale d'Airbus contient également une formule de révision. La formule de révision produit un facteur de révision qui transforme les prix usine nets à la date de base *b* en prix à la date de livraison *d* et peut être appliquée comme suit⁵⁰²:

$$\begin{aligned} \text{Prix usine net d'Airbus}_{\text{Compagnie aérienne } i, \text{modèle de LCA } m, \text{date de livraison } d}^{\text{USD à la date de livraison } d} \\ = (\text{Prix total de l'aéronef d'Airbus}_{\text{Compagnie aérienne } i, \text{modèle de LCA } m, \text{date de commande } o}^{\text{USD à la date de base } b} \\ - \text{Concessions}_{\text{Compagnie aérienne } i}^{\text{USD à la date de base } b}) \times \text{Facteur de révision}_{\text{Compagnie aérienne } i, \text{date de livraison } d} \\ - \text{Autres concessions}_{\text{Compagnie aérienne } i}^{\text{USD à la date de base } b} \end{aligned} \quad 1)$$

⁴⁹⁶ L'Union européenne a, par exemple, expliqué que ses pratiques en matière de déclaration des recettes en ce qui concerne les [[***]] seraient souvent différentes selon que le client était une compagnie aérienne ou une société de location. (Union européenne, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 78 de l'Arbitre, paragraphe 420)

⁴⁹⁷ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.145 et 6.148.

⁴⁹⁸ Pour plus de renseignements sur le prix usine net, voir plus haut le paragraphe 6.225.

⁴⁹⁹ Union européenne, note méthodologique, paragraphes 93 à 95.

⁵⁰⁰ Union européenne, note méthodologique, paragraphe 93.

⁵⁰¹ Union européenne, note méthodologique, paragraphe 93. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – UE)*, note de bas de page 3383. "L'Union européenne explique qu'Airbus et Boeing procèdent à cette révision des prix pour tenir compte de l'accroissement des coûts au cours de la même période. Une formule de révision est appliquée aux prix des aéronefs afin de tenir compte de l'évolution des coûts et des conditions économiques dans le temps." (*Ibid.*)

⁵⁰² L'équation 1 tient compte du fait que [[***]].

où

Prix total de l'aéronef d'Airbus ^{USD à la date de base b}_{Compagnie aérienne i, modèle de LCA m, date de commande o} : prix total du modèle d'aéronef d'Airbus *m* en concurrence dans la campagne de vente auprès de la compagnie aérienne *i* perdue au profit de Boeing à la date de commande *o* et exprimé en dollars EU à la date de base *b*.⁵⁰³

Concessions ^{USD à la date de base b}_{Compagnie aérienne i} : concessions sur les prix figurant dans l'offre finale d'Airbus à la compagnie aérienne *i* en dollars EU à la date de base *b* et [[***]].

Autres concessions ^{USD à la date de base b}_{Compagnie aérienne i} : concessions sur les prix figurant dans l'offre finale d'Airbus à la compagnie aérienne *i* en dollars EU à la date de base *b* mais [[***]].

Facteur de révision _{Compagnie aérienne i, date de livraison d} : facteur de révision pour la date de livraison *d* calculé à l'aide de la formule de révision figurant dans l'offre finale d'Airbus à la compagnie aérienne *i* dans la campagne de vente perdue au profit de Boeing.⁵⁰⁴

6.239. Comme il ressort de l'équation 1), on obtient le prix usine net exprimé en dollars EU à la date de livraison en déduisant les concessions sur les prix, [[***]], du prix total de l'aéronef fixé par Airbus dans son offre finale à la compagnie aérienne *i* dans le cadre de la campagne de vente en cause, ces deux éléments étant exprimés en dollars EU à la date de base, multipliés par le facteur de révision correspondant à la date de livraison *d* moins des concessions additionnelles exprimées en dollars EU à la date de base, [[***]]. La formule de révision qui aboutit au facteur de révision est [[***]].

6.240. L'équation 1) requiert des renseignements sur la date de livraison de chaque aéronef. Comme il est indiqué dans la section 6.4.6.3 relative aux calendriers de livraison contrefactuels, ces renseignements figurent dans les offres finales d'Airbus à la compagnie aérienne *i* pour chacune des campagnes de vente pertinentes. Les offres finales contiennent en outre les renseignements requis en ce qui concerne les prix usine nets, les modèles de LCA et la formule de révision. Le facteur de révision, qui est fondé sur la formule, n'est connu qu'à la date de livraison, lorsque [[***]].⁵⁰⁵

6.241. Comme il a été noté précédemment, les États-Unis ne contestent pas la méthode décrite ci-dessus. Nous notons que cette méthode est aussi, d'un point de vue conceptuel, conforme à l'approche utilisée dans l'arbitrage DS316, des différences se présentant uniquement dans les cas où les faits des différends l'exigent. Nous ne voyons en outre aucune raison de mettre en doute sa validité. En conséquence, nous adoptons cette approche comme étant raisonnable pour déterminer les prix de livraison des livraisons contrefactuelles d'Airbus résultant des cinq campagnes de vente pertinentes.

6.242. Nous rappelons toutefois que, comme il est expliqué plus haut dans la section 6.4.6.3⁵⁰⁶, nous devons ajouter un nombre RCES de commandes fermes additionnelles à [[***]] des offres finales d'Airbus, à savoir les offres pour les campagnes de vente [[***]].⁵⁰⁷ Les États-Unis et l'Union européenne ont présenté deux autres manières de déterminer les prix usine nets des commandes fermes additionnelles.⁵⁰⁸ Toutefois, selon le cadre d'évaluation que nous avons adopté jusqu'à présent, les méthodes proposées par les parties aboutissent à la même évaluation finale de

⁵⁰³ La date de base ne correspond pas nécessairement à [[***]].

⁵⁰⁴ Les facteurs de révision sont disponibles à une fréquence mensuelle. Toutefois, par souci de simplicité, l'Union européenne suppose que toutes les livraisons ont lieu en juillet d'une année donnée. (Voir Union européenne, note méthodologique, note de bas de page 149.)

⁵⁰⁵ Union européenne, note méthodologique, note de bas de page 153. Des renseignements sur les facteurs de révision réalisés et prévus figurent dans Updated LCA indices, escalation rates and Airbus LCA Inflation Index (pièce EU-83 (RCES)).

⁵⁰⁶ Voir plus haut le paragraphe 6.206.

⁵⁰⁷ L'applicabilité limitée de cette question [[***]] est le résultat des décisions prises par l'Arbitre sur les options indiquées plus haut dans la section 6.4.6.2.

⁵⁰⁸ Voir États-Unis, réponse à la question n° 58 de l'Arbitre; Union européenne, réponse à la question n° 58 de l'Arbitre; et 2RPQ valuation of single-aisle lost sales – Airbus delivery schedules (pièce EU-85 (RCES)).

[[***]].⁵⁰⁹ Nous n'avons donc pas besoin de choisir entre les méthodes des parties dans ce contexte. De fait, comme nous ne décelons rien de déraisonnable dans l'évaluation à laquelle aboutissent ces méthodes, nous adoptons ces évaluations dans ce contexte.⁵¹⁰

6.4.6.7 Résumé des conclusions sur les questions techniques communes aux évaluations des deux formes d'effets défavorables

6.243. Dans la présente section, nous résumons nos conclusions sur les questions techniques communes à l'évaluation des deux formes d'effets défavorables.

6.244. Nous concluons que le **contrefactuel** pertinent **de la procédure de mise en conformité** était qu'en l'absence de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, Airbus aurait remporté les cinq campagnes de vente de LCA. Nous rejetons donc la proposition des États-Unis visant à inclure dans notre évaluation des effets défavorables un ajustement probabiliste de la valeur attendue des campagnes de vente pour tenir compte de l'incertitude alléguée concernant le fait qu'Airbus remporte ces campagnes de vente dans le contrefactuel.

6.245. Nous concluons en outre que les **options**, qu'elles soient exercées ou non, ne relèvent pas du champ des constatations de pertes de ventes pertinentes formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité, et nous nous abstenons donc de les prendre en considération, qu'elles soient exercées ou non, dans la détermination par l'Arbitre d'un niveau maximal de la suspension annuelle.

6.246. En ce qui concerne le **nombre de commandes fermes** qu'Airbus aurait reçues dans les cinq campagnes de vente pertinentes dans le contrefactuel, et leurs **calendriers de livraison** respectifs, nous concluons ce qui suit:

- a. il est raisonnable de supposer que, dans le contrefactuel, Airbus aurait obtenu, dans ses accords d'achat dans l'ensemble des cinq campagnes de vente pertinentes, le même nombre de commandes fermes que celles que Boeing a obtenues dans ses accords d'achat effectifs;
- b. les calendriers de livraison figurant dans les offres finales d'Airbus rendent mieux compte des pressions du côté de la demande et de l'offre qui se seraient exercées dans les négociations pertinentes si Airbus avait remporté les campagnes de vente que les calendriers de livraison de Boeing et nous choisissons donc les calendriers de livraison figurant dans les offres finales d'Airbus en tant que calendriers de livraison contrefactuels d'Airbus; et
- c. la livraison du nombre additionnel de LCA d'Airbus est supposée être [[***]].

6.247. En ce qui concerne le calcul et l'application du **risque** que les livraisons contrefactuelles pertinentes d'Airbus auraient été **annulées**, nous faisons les hypothèses suivantes:

- a. Fly Dubai aurait annulé une commande de LCA monocouloirs d'Airbus si celle-ci avait remporté la campagne de vente de Fly Dubai de 2014, tout comme elle a annulé une commande de LCA monocouloirs de Boeing, et la commande annulée aurait été la dernière livraison du [[***]] de LCA d'Airbus qui aurait été vendu en rapport avec la campagne de vente de Fly Dubai de 2014⁵¹¹;

⁵⁰⁹ Autrement dit, nous obtenons la même valeur pour les pertes notables de ventes, indiquée plus loin au paragraphe 6.304, avec les deux méthodes.

⁵¹⁰ Techniquement parlant, nous suivons la méthode proposée par l'Union européenne pour déterminer les prix usine nets des commandes fermes additionnelles. Nous appliquons la méthode de l'Union européenne non contestée par ailleurs décrite plus haut dans le corps du texte pour arriver aux prix à la date de livraison. C'est-à-dire que nous révisons les prix en utilisant les formules de révision figurant dans les offres finales applicables jusqu'aux moments des livraisons déterminés plus haut dans la section 6.4.6.3.

⁵¹¹ Nous nous abstenons de supposer que [[***]], tout comme elle [[***]], et n'excluons donc pas la valeur de ces [[***]] comme le proposent les États-Unis. (Voir plus haut le paragraphe 6.216)

- b. chaque compagnie aérienne pertinente aurait pris livraison d'au moins le nombre de LCA d'Airbus dont la livraison aurait dû avoir lieu avant aujourd'hui (c'est-à-dire avant 2020); et
- c. pour les commandes contrefactuelles d'Airbus associées aux cinq ventes perdues pour lesquelles les livraisons contrefactuelles doivent avoir lieu après aujourd'hui (c'est-à-dire après 2019), nous appliquons, pour prendre en compte le risque d'annulations futures, un taux de survie qui est fondé sur l'ensemble des annulations relatives aux LCA monocouloirs d'Airbus de la période 2003-2007.

6.248. Il est raisonnable d'évaluer les pertes de ventes et les livraisons entravées à l'état de menace en fondant les **prix de livraison contrefactuels** des aéronefs d'Airbus pertinents sur les prix usine nets figurant dans les offres finales d'Airbus. Nous rejetons la proposition des États-Unis d'exclure la valeur des **[***]** des prix contrefactuels des LCA d'Airbus.

6.249. Enfin, la formule utilisée pour déterminer les prix à la date de livraison des LCA d'Airbus qui auraient été commandés dans le contrefactuel, fondée sur les prix usine nets figurant dans les offres finales pertinentes d'Airbus, est spécifiée plus haut dans la section 6.4.6.6.

6.4.7 Questions techniques concernant l'évaluation des pertes notables de ventes

6.250. Dans cette partie de la décision, nous traitons des aspects techniques de la méthode de l'Union européenne qui sont propres à l'évaluation d'effets défavorables sous la forme de pertes notables de ventes. Il s'agit: a) de la question de savoir comment ajuster temporellement des prix de livraison contrefactuels pour les ramener au moment de la perte de vente; b) de la question de savoir comment exprimer les valeurs des pertes notables de ventes sur une base monétaire commune; et c) de la période temporelle appropriée pour annualiser la valeur agrégée des pertes de ventes. Nous examinons chacune de ces questions l'une après l'autre.

6.4.7.1 Ajustement temporel des prix de livraison pour les ramener au moment des pertes de ventes

6.251. Comme il est expliqué plus haut dans la section 6.1, l'avant-dernière étape de la méthode d'évaluation de l'Union européenne en ce qui concerne les pertes de ventes consiste à a) actualiser la valeur des prix de livraison contrefactuels des livraisons prévues de LCA (c'est-à-dire en dollars EU à la date de livraison) pour la ramener à la date à laquelle la commande pertinente a été perdue (c'est-à-dire en dollars EU à la date de commande), et b) agréger ensuite les prix actualisés pour générer la valeur à la date de commande de chaque perte de vente.⁵¹²

6.252. L'Union européenne fait valoir que l'opération d'actualisation devrait être effectuée du point de vue du constructeur de LCA et que le coût de la dette d'Airbus (exprimé en taux de rendement des obligations Airbus à échéance de 10 ans libellées en euros) est un taux d'actualisation approprié pour l'évaluation des pertes de ventes dans la présente procédure.⁵¹³ Elle estime que sa position est compatible avec l'utilisation par l'Arbitre dans l'affaire DS316 du coût de la dette à échéance de 10 ans de Boeing pour actualiser les prix à la date de livraison dans cette procédure, et que l'utilisation du coût de la dette est donc imposée par la notion d'impartialité.⁵¹⁴ À titre subsidiaire, elle fait valoir que l'IILA est un autre taux d'actualisation adéquat, qui consiste en un indice qu'elle a compilé sur la base des taux de révision contractuels d'Airbus représentant les variations **[***]** des coûts de la main-d'œuvre et du matériel résultant de l'inflation et d'autres changements économiques.⁵¹⁵

6.253. Les États-Unis contestent les taux d'actualisation proposés par l'Union européenne, en faisant valoir que le CMPC d'Airbus est un meilleur indicateur de la valeur temporelle de l'argent du

⁵¹² Union européenne, communication écrite, paragraphe 396.

⁵¹³ Union européenne, communication écrite, paragraphe 396; et réponse aux questions de l'Arbitre n° 75, paragraphe 432, et n° 28, paragraphe 118.

⁵¹⁴ Union européenne, réponse à la question n° 17 de l'Arbitre, paragraphes 79, 82 et 85 (faisant référence à la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.345 et 6.352 à 6.354).

⁵¹⁵ Union européenne, note méthodologique, paragraphe 101; et réponse aux questions de l'Arbitre n° 27, paragraphe 114, et n° 75, paragraphes 392 et 443.

point de vue d'Airbus.⁵¹⁶ En particulier, ils affirment que, contrairement au coût de la dette, le CMPC mesure adéquatement le coût d'opportunité global du capital d'Airbus (c'est-à-dire comprenant à la fois les dettes et les fonds propres) lorsque celle-ci investit dans la production de LCA et reporte le paiement intégral des LCA jusqu'à la livraison.⁵¹⁷ Le CMPC est généralement utilisé comme taux d'actualisation pour déterminer la valeur actuelle des projets à risque moyen d'une entreprise.⁵¹⁸ Ainsi, comme l'évaluation commerciale d'un constructeur d'aéronefs est elle-même fondée sur la vente et la livraison de LCA, les États-Unis font valoir que le CMPC d'Airbus est un moyen de mesure pertinent pour actualiser la valeur des campagnes de vente en cause.⁵¹⁹

6.254. L'Union européenne répond que, bien que le CMPC puisse convenir aux déterminations de la valeur actuelle de projets à grande échelle comportant des risques à long terme importants⁵²⁰, celui-ci n'est pas adapté pour actualiser la valeur des pertes de ventes en jeu dans la présente procédure, qui (comparées à ces projets à grande échelle) représentent "des investissements à relativement petite échelle comportant un faible risque par transaction", en particulier lorsque le risque d'annulation est traité séparément.⁵²¹ Par conséquent, elle considère que le CMPC est un facteur d'actualisation excessivement élevé parce qu'il tient compte de risques que ne présentent pas les livraisons de LCA associées aux pertes de ventes ou qui ne sont pas pertinents pour ces livraisons. Par conséquent, elle fait valoir que l'utilisation du CMPC ferait donc baisser artificiellement la valeur à la date de commande des pertes de ventes.⁵²²

6.255. L'Arbitre note que le désaccord des parties quant au choix d'un taux d'actualisation exige que nous évaluions, à la lumière des éléments de preuve qui nous ont été présentés, si le taux d'actualisation appliqué par l'Union européenne – c'est-à-dire le coût de la dette d'Airbus – était raisonnable pour déterminer la valeur des prix de livraison contrefactuels des livraisons de LCA prévues au moment où la commande pertinente a été perdue. Nous commençons par noter que, conformément à l'approche adoptée dans la procédure d'arbitrage DS316, l'Union européenne affirme qu'un taux d'actualisation approprié devrait refléter le point de vue du constructeur de LCA. Celle-ci affirme en outre que, ce faisant, le taux d'actualisation utilisé devrait prendre en compte les risques associés pour Airbus à la réalisation de flux de recettes futures dans un scénario de contrat de vente de LCA dans le but de déterminer la valeur actuelle de ces flux de recettes, c'est-à-dire au moment de la commande. L'Union européenne identifie deux facteurs clés qu'un taux d'actualisation devrait prendre en compte dans ce contexte: a) le risque que l'inflation puisse éroder la valeur des flux de recettes futures d'Airbus par rapport à la date de commande, et b) le "coût d'opportunité" pour Airbus d'attendre de recevoir le paiement lié à la livraison de l'aéronef commandé.⁵²³ Nous interprétons l'expression "coût d'opportunité" dans ce contexte comme désignant les avantages potentiels qu'Airbus abandonne lorsqu'il affecte des capitaux à la production de LCA commandés et qu'il attend de recevoir le paiement pour la production et la livraison de ces LCA, au lieu de placer

⁵¹⁶ États-Unis, communication écrite, paragraphes 112 à 121.

⁵¹⁷ États-Unis, déclaration liminaire à la réunion de l'Arbitre avec les parties, paragraphe 56; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphes 193 et 194 (faisant référence à la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), paragraphe 6.344).

⁵¹⁸ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphes 201 et 202 (faisant référence à Brealey, Myers, and Allen, *Principles of Corporate Finance*, 9th Edition, page 239 (pièce USA-99)).

⁵¹⁹ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphe 201 (faisant référence à Union européenne, réponse à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphe 391).

⁵²⁰ Union européenne, réponse à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphe 413 (faisant référence à Daves, Philip R.; Michael C. Ehrhardt and Robert A. Kunkel, 2002, "Estimating systematic risk: the choice of return interval and estimation period", *Journal of Financial and Strategic Decision*, volume 13, number 1, pages 7 à 13 (pièce EU-79)).

⁵²¹ Union européenne, réponse à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphes 411 à 418.

⁵²² Union européenne, réponse à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphe 421.

⁵²³ Union européenne, réponse à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphes 394, 396 et 434 (mentionnant la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), paragraphes 6.344, 6.350 et 6.348). Nous notons que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a reconnu qu'un constructeur de LCA courait aussi le risque que la commande puisse être annulée, et que les flux de recettes futures puissent donc ne jamais être réalisés, mais l'Arbitre a effectué des ajustements distincts pour tenir compte de ce risque en utilisant un taux de survie. Comme il est indiqué plus haut dans la section 6.4.6.4, nous ajustons la valeur des commandes qu'Airbus aurait remportées dans le contrefactuel en tenant compte du risque d'annulation dans le contrefactuel. Ainsi, conformément à l'approche de l'Arbitre dans l'affaire DS316, nous n'examinons pas plus avant le risque d'annulation dans la présente section de notre décision.

ces fonds dans d'autres utilisations potentielles.⁵²⁴ Nous notons que, puisque des projets plus risqués exigent des taux de rendement plus élevés, les risques jouent un rôle important dans la détermination du coût d'opportunité associé à un projet.⁵²⁵ Tel qu'il est présenté par l'Union européenne, spécifiquement, le niveau du "coût d'opportunité" dont il doit être tenu compte dans le choix d'un taux d'actualisation dépend des risques découlant d'un scénario de contrat de vente de LCA *en plus* de l'inflation (mais à l'exclusion du risque d'annulation des commandes, car nous avons tenu compte de ce risque séparément). Les États-Unis ne contestent pas ces affirmations et nous ne voyons aucune raison de le faire. Nous passons donc à l'examen de la question de savoir si l'Union européenne a proposé un taux d'actualisation qui prend raisonnablement en compte le risque d'inflation et le coût d'opportunité, au sens où celle-ci utilise ces expressions.

6.256. L'Union européenne estime que le coût de la dette d'Airbus prend effectivement en compte les deux facteurs clés qui doivent être examinés dans le présent contexte (c'est-à-dire l'inflation attendue et le coût d'opportunité).⁵²⁶ Pour étayer l'utilisation du coût de la dette, elle fournit aussi des éléments de preuve concernant les coûts antérieurs du financement sous forme de crédits d'Airbus et les taux d'intérêt nominaux en Europe pour les années 2005 à 2018. Sur la base de l'explication de l'Arbitre dans l'affaire DS316 selon laquelle un taux d'intérêt nominal prend en compte l'inflation attendue, l'Union européenne fait valoir que la proximité relative entre les valeurs des deux moyens de mesure (coût de la dette et taux d'intérêt nominal) étaye également l'utilisation du coût de la dette comme taux d'actualisation.⁵²⁷ Nous notons que la valeur du coût de la dette d'Airbus était supérieure au taux d'intérêt nominal au cours des deux années où les deux commandes pertinentes ont eu lieu.⁵²⁸ Il apparaît donc raisonnable de conclure que le coût de la dette d'Airbus prend effectivement en compte *non seulement* le taux d'intérêt nominal (c'est-à-dire l'inflation attendue) mais aussi un certain degré de coût d'opportunité. En outre, aucune des deux parties n'a présenté le moindre élément de preuve ou argument indiquant spécifiquement que le coût de la dette d'Airbus prenait en compte de manière inappropriée le coût d'opportunité pertinent d'Airbus dans des ventes individuelles (c'est-à-dire en reflétant des risques estimés s'ajoutant à l'inflation).⁵²⁹ Compte tenu de ces considérations, il apparaît raisonnable d'utiliser le coût de la dette d'Airbus comme taux d'actualisation pertinent dans le présent contexte.⁵³⁰

6.257. Nous rappelons que les États-Unis font valoir que le CMPC mesure correctement le coût d'opportunité global du capital d'Airbus lorsque celle-ci investit dans la production de LCA et reporte le paiement intégral des LCA jusqu'à la livraison.⁵³¹ Les États-Unis expliquent aussi que, puisque le CMPC est censé servir de taux d'actualisation pour évaluer les projets à risque moyen d'une entreprise, celui-ci devrait être utilisé dans le présent contexte car l'évaluation d'un constructeur d'aéronefs est elle-même fondée sur la vente et la livraison de LCA.⁵³² L'Union européenne fait valoir que le CMPC englobe des risques qui ne sont pas pertinents pour des transactions de vente individuelles, qui sont des "investissements à relativement petite échelle comportant un faible risque

⁵²⁴ Voir la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.345.

⁵²⁵ Brealey, Myers, and Allen, *Principles of Corporate Finance*, 9th Edition, page 239 (pièce USA-99).

⁵²⁶ Union européenne, réponse à la question n° 17 de l'Arbitre, paragraphe 82.

⁵²⁷ Union européenne, réponse à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphe 434 et note de bas de page 461 y relative (faisant référence à la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.348 et 6.353).

⁵²⁸ Union européenne, réponse à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphe 435 et tableau 17 (comparant le coût de la dette d'Airbus, le CMPC, l'IILA et les taux d'intérêt nominaux (2005-2018)).

⁵²⁹ Il apparaît que l'écart relativement peu élevé entre le coût de la dette et le taux d'intérêt nominal est compatible avec l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle le coût d'opportunité pertinent d'Airbus est "très faible" lorsque le risque d'annulation est pris en compte séparément, affirmation que les États-Unis ne contestent pas spécifiquement. (Union européenne, réponse à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphe 402 et note de bas de page 422 y relative) Nous notons en outre que l'écart entre le CMPC et le taux d'intérêt nominal est nettement plus élevé.

⁵³⁰ Nous notons également que l'utilisation du coût de la dette d'Airbus serait compatible avec le choix par l'Arbitre dans l'affaire DS316 du coût de la dette de Boeing pour actualiser les prix des LCA pour l'année de livraison pour les ramener aux années de commande lors de l'évaluation de pertes notables de ventes selon une méthode générale identique.

⁵³¹ États-Unis, déclaration liminaire à la réunion de l'Arbitre avec les parties, paragraphe 56; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphes 193 et 194 (faisant référence à la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.344).

⁵³² États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphe 202 (mentionnant Brealey, Myers, and Allen, *Principles of Corporate Finance*, 9th Edition, page 239 (pièce USA-99)).

par transaction", en particulier lorsqu'ils sont dissociés du risque d'annulation.⁵³³ Elle donne des exemples de risques incorporés dans le CMPC qui, selon elle, ne se présentent pas spécifiquement dans des ventes individuelles et rendent le CMPC trop large en ce qui concerne les risques dans les circonstances spécifiques de l'exercice d'évaluation dont nous sommes saisis, qui, pour mémoire, "concerne ... les flux de trésorerie futurs provenant des livraisons de LCA attendues dans le cadre des campagnes de vente individuelles en cause".⁵³⁴

6.258. Nous ne voyons aucune raison de remettre en question l'exactitude de l'illustration donnée par l'Union européenne de l'éventail des risques pris en compte par le CMPC, et les États-Unis n'en ont avancé aucune. Nous partageons également l'avis de l'Union européenne selon lequel il est raisonnable de conclure que, une fois qu'une commande a été obtenue au moyen d'un contrat de vente de LCA, Airbus ne supporte pas tous les éléments de risque qui sont reflétés dans le CMPC.⁵³⁵ En bref, nous considérons donc que le dossier indique que le CMPC est trop large en ce qui concerne les risques propres aux ventes de LCA en cause.⁵³⁶ Par conséquent, nous considérons que les États-Unis n'ont pas démontré que le CMPC était un taux d'actualisation plus raisonnable que le coût de la dette d'Airbus dans le présent contexte.

6.259. Enfin, nous rappelons que l'Union européenne a proposé d'utiliser l'IILA comme taux d'actualisation en remplacement du coût de la dette.⁵³⁷ Nous rappelons en outre, toutefois, que l'Union européenne a) a appliqué le coût de la dette d'Airbus comme facteur d'actualisation pertinent dans sa méthode de calcul tout au long de la présente procédure, et b) a constamment fait valoir que la notion d'impartialité exigeait que nous utilisions le coût de la dette d'Airbus pour assurer la cohérence avec l'utilisation par l'Arbitre dans l'affaire DS316 du coût de la dette de Boeing.⁵³⁸ Par conséquent, nous n'envisageons plus d'utiliser l'IILA aux fins de l'actualisation de la valeur des pertes de ventes.

6.260. Pour ces raisons, nous estimons que le coût de la dette d'Airbus sous la forme des taux de rendement de ses obligations à échéance de 10 ans libellées en euros est un facteur d'actualisation raisonnable pour tenir compte des risques que présentent pour elle la production et la livraison de LCA dans les campagnes de vente pertinentes dont nous sommes saisis. Nous utiliserons donc ce facteur pour actualiser les prix contrefactuels aux dates de livraison pour les ramener aux dates de commande pertinentes.

6.4.7.2 Expression des valeurs des pertes de ventes sur une base monétaire commune

6.261. Dans la section figurant juste au-dessus, l'Arbitre a déterminé comment il ajusterait temporellement les prix de livraison des livraisons contrefactuelles découlant des pertes de ventes à Icelandair en 2013, à Air Canada en 2013 et à Fly Dubai en 2014 pour les ramener aux moments des pertes de ventes respectives. Jusqu'à présent, ces valeurs ont été exprimées en dollars EU à la date de commande, selon la date à laquelle Airbus a perdu chaque vente, conformément à la méthode de l'Union européenne.

⁵³³ Union européenne, réponse à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphes 411 à 418.

⁵³⁴ L'Union européenne affirme que le CMPC englobe des risques tels que: le risque concernant les bénéfices pour les actionnaires; le risque de faillite pour Airbus; le risque qu'un programme puisse échouer en raison de l'incapacité de développer l'aéronef; le risque que le marché ne demande pas autant d'aéronefs que prévu au lancement d'un programme; les risques associés à la construction et à la fourniture de l'aéronef; les risques de change; et les risques politiques. L'Union européenne affirme en outre que la construction d'une nouvelle installation de production ou le lancement d'un nouveau programme de LCA sont des exemples d'investissement pour lesquels l'utilisation du CMPC serait appropriée. (Union européenne, réponse à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphes 413 et 414)

⁵³⁵ Nous notons que les éléments de preuve produits par les États-Unis étayaient l'hypothèse sous-jacente de l'Union européenne selon laquelle le coût d'opportunité du capital dépend de l'usage qui est fait de ce capital, en particulier du risque associé au projet en cause. (Voir Brealey, Myers, and Allen, *Principles of Corporate Finance*, 9th Edition, page 239 (pièce USA-99).)

⁵³⁶ En formulant cette observation, nous ne formulons pas de jugement sur le caractère approprié de l'utilisation du CMPC pour actualiser les flux de recettes attendus dans d'autres contextes.

⁵³⁷ L'Union européenne affirme que l'IILA prend également en compte l'inflation et reflète le risque propre au projet. (Union européenne, réponse aux questions de l'Arbitre n° 27, paragraphe 114, et n° 75, section A)

⁵³⁸ Voir, par exemple, Union européenne, communication écrite, paragraphe 396; et réponse à la question n° 17 de l'Arbitre, paragraphe 85.

6.262. Dans ce contexte, dans la présente section, nous examinons l'étape suivante de la méthode de l'Union européenne, en vertu de laquelle celle-ci convertit les valeurs à la date de commande en valeurs en dollars EU de 2015. L'Union européenne estime que c'est une étape appropriée parce que le fait de placer les valeurs des pertes de ventes sur une base monétaire commune permet de les additionner puis de les diviser par le nombre de mois de la période de référence et de les multiplier par 12 afin d'obtenir une valeur annualisée agrégée des pertes de ventes. Cette valeur sera ensuite additionnée à la valeur annualisée agrégée de la menace d'entrave pour obtenir le niveau maximal final de la suspension annuelle. L'Union européenne fait valoir que la base monétaire commune devrait être la valeur en dollars EU telle qu'elle est exprimée la dernière année de la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité (c'est-à-dire 2015), comme cela "a été établi fermement par l'Arbitre dans l'affaire DS316".⁵³⁹

6.263. L'Union européenne propose de procéder à cet ajustement prospectif en appliquant un facteur d'inflation aux valeurs des pertes de ventes aux dates de commande, c'est-à-dire l'IILA. Selon elle, l'IILA compile les taux de révision contractuels types d'Airbus et, de ce fait, permet de réaliser l'ajustement prospectif du point de vue d'Airbus en reflétant la meilleure évaluation par les participants de la branche de production de la dynamique des coûts dans la branche de production des LCA au fil du temps, dès lors qu'elle affecte Airbus.⁵⁴⁰ L'Union européenne fait valoir que l'utilisation de l'IILA est étayée par l'approche adoptée par l'Arbitre dans l'affaire DS316 parce que, pour effectuer un ajustement équivalent en fonction de l'inflation, celui-ci s'est appuyé sur les formules de révision contractuelles [[***]] figurant dans les contrats pertinents de Boeing comme meilleur moyen de rendre compte de l'évolution des prix des aéronefs de Boeing.⁵⁴¹ Par conséquent, pour avancer les valeurs à la date de commande à 2015, l'Union européenne divise la moyenne des valeurs mensuelles de l'IILA en 2015 par l'IILA du mois au cours duquel chaque perte de vente a eu lieu en 2013 ou 2014, et multiplie les valeurs des pertes de ventes par ce ratio.⁵⁴²

6.264. Les États-Unis ne contestent pas l'ajustement prospectif des valeurs à la date de commande effectué par l'Union européenne pour les avancer à 2015 d'une façon qui reflète le point de vue d'Airbus dans le but ultime de déterminer un niveau maximal de suspension annuelle.⁵⁴³ Ils rejettent toutefois la proposition de l'Union européenne de le faire en utilisant l'IILA. Selon eux, une mesure générique de l'inflation telle que l'indice des prix à la production (IPP) du secteur de la construction des aéronefs civils "a plus de sens" qu'une mesure négociée et propre au client.⁵⁴⁴ De l'avis des États-Unis, cela tient au fait que le but de l'ajustement en fonction de l'inflation est simplement de réexprimer une évaluation des effets défavorables en valeur réelle équivalente dans une année future, et qu'il serait donc plus logique d'utiliser un taux d'inflation unique pour la valeur totale des effets défavorables, par opposition à différents facteurs de révision contractuels [[***]] qui peuvent varier pour chaque perte de vente.⁵⁴⁵ Les États-Unis reconnaissent néanmoins que si, comme

⁵³⁹ Union européenne, communication écrite, paragraphe 396.

⁵⁴⁰ Union européenne, note méthodologique, paragraphes 102 et 103; et réponse à la question n° 16 de l'Arbitre, paragraphe 72.

⁵⁴¹ Union européenne, communication écrite, paragraphe 396. L'Union européenne fait observer que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a dit qu'il avait choisi le "ratio du facteur de révision [[***]]" parce que ce "facteur de révision refl[était] les variations [[***]] des coûts de la main d'œuvre et du matériel résultant de l'inflation et d'autres changements économiques". (Union européenne, réponse à la question n° 16 de l'Arbitre, paragraphe 74 (mentionnant la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – États-Unis), paragraphe 6.497) (italique omis))

⁵⁴² Union européenne, communication écrite, paragraphe 396.

⁵⁴³ États-Unis, communication écrite, paragraphe 172; et réponse à la question n° 16 de l'Arbitre, paragraphe 69. Bien que les États-Unis aient initialement proposé d'exprimer la valeur de chaque perte de vente sur une base commune consistant en dollars EU de 2014, "2014 {étant} l'année au cours de laquelle la dernière perte de vente a eu lieu", ils ont ensuite révisé leur position pour convertir toutes les valeurs à la date de commande en valeurs en dollars EU de 2015. (Voir, par exemple, Annualized Value of the Adverse Effects in 2015 Dollars (révision) (pièce USA-105 (RCES)).)

⁵⁴⁴ États-Unis, communication écrite, paragraphe 123 (mentionnant Producer Price Indexes – Program Overview, U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics (pièce USA-11)). Voir aussi PPI Industry Data File for Aircraft Manufacturing – Civilian Aircraft, Not Seasonally Adjusted (Jan. 1986 – March 2019), U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics (pièce USA-12).

⁵⁴⁵ États-Unis, communication écrite, paragraphes 123 à 125; et réponse à la question n° 16 de l'Arbitre, paragraphe 70. Les États-Unis expliquent que l'utilisation de facteurs de révision contractuels [[***]] peut aboutir à ce que (la partie des contre-mesures qui reflète) les effets défavorables quantifiés pour une perte de vente soient gonflés davantage d'une année à l'autre que la mesure équivalente pour une autre perte de vente. (États-Unis, communication écrite, paragraphe 125)

l'Arbitre dans l'affaire DS316, l'Arbitre choisissait de s'appuyer sur des taux de révision contractuels, alors "l'utilisation de l'IILA serait appropriée".⁵⁴⁶

6.265. L'Arbitre note que les parties conviennent qu'afin d'obtenir une valeur annualisée agrégée des pertes de ventes, il devrait réexprimer les valeurs à la date de commande des pertes de ventes à Islandair en 2013, à Air Canada en 2013 et à Fly Dubai en 2014 sur une base monétaire commune en utilisant un indice qui reflète le point de vue d'Airbus. Nous convenons que cet ajustement proposé est une étape logique pour parvenir à une valeur annualisée agrégée des pertes de ventes à partir de laquelle un niveau maximal de suspension annuelle sera déterminé.⁵⁴⁷ Les parties conviennent en outre que les dollars EU de 2015 sont une base monétaire commune appropriée pour exprimer les valeurs des pertes de ventes. Nous ne voyons aucune raison de remettre en question cette approche, 2015 étant l'année la plus récente de la période de référence. Nous notons en outre que cette approche est compatible avec la manière dont l'Arbitre dans l'affaire DS316 a calculé une valeur annualisée agrégée des effets défavorables en utilisant une période de référence pluriannuelle (c'est-à-dire en ajustant, du point de vue de Boeing, toutes les valeurs des effets défavorables pour les exprimer en valeurs en dollars EU de la dernière année de la période de référence).⁵⁴⁸

6.266. Le seul désaccord entre les parties à résoudre dans le présent contexte est celui de l'indice à utiliser pour convertir les valeurs en dollars EU des pertes de ventes aux dates des commandes en valeurs en dollars EU de 2015. L'Union européenne propose l'IILA, tandis que les États-Unis préconisent l'utilisation de l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils.

6.267. Nous rappelons que l'objection des États-Unis concernant l'utilisation de l'IILA repose sur leur point de vue selon lequel, étant donné que l'ajustement en cause est uniquement censé maintenir la valeur réelle des effets défavorables dans le temps, une mesure unique et générique de l'inflation devrait être utilisée pour gonfler toutes les pertes de ventes plutôt que différents facteurs de révision contractuels [***] susceptibles de changer entre chaque vente.⁵⁴⁹ Nous ne voyons aucune justification dans l'affirmation des États-Unis selon laquelle l'utilisation de l'IILA pourrait entraîner des variations des taux d'inflation appliqués à chaque perte de vente, ce qui aurait un effet inflationniste différent sur les différentes parties des effets défavorables. Nous rappelons que l'IILA est un indice d'inflation qui reflète les formules types de révision des prix d'Airbus (d'une manière qui n'est pas [***]) et qui, par conséquent, fixe un facteur de révision unique pour chaque mois de chaque année entre la date de base et décembre 2019. Il s'ensuit que toutes les pertes de ventes sont gonflées sur la base du même indice d'inflation, et non d'indices [***] potentiellement différents comme les États-Unis le laissent entendre. Dans cette mesure, comme l'IILA est conforme à la reconnaissance par les États-Unis du fait que l'utilisation d'une mesure unique de l'inflation serait appropriée pour ajuster la valeur réelle des effets défavorables associés aux trois pertes de ventes, nous ne sommes pas convaincus par la raison qu'ils avancent pour utiliser l'IPP pour les aéronefs civils au lieu de l'IILA.

6.268. Nous notons en outre que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a aussi rejeté les arguments des États-Unis concernant l'utilisation de l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils aux fins de la même réexpression des valeurs. Notant que les États-Unis avaient avancé des "justifications principalement pratiques"⁵⁵⁰ concernant l'utilisation de l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils, l'Arbitre dans l'affaire DS316 a estimé que, dans la mesure où l'inflation dans ce contexte se rapportait à des "valeurs concernant les aéronefs de Boeing", il serait "{mieux rendu} compte de l'évolution {des} prix {par} la formule de révision [***]", qui contenait un "ratio du facteur de révision [***]" reflétant "les variations [***] des coûts de la main-d'œuvre et du

⁵⁴⁶ États-Unis, réponse à la question n° 16 de l'Arbitre, paragraphe 71.

⁵⁴⁷ Voir plus haut la section 6.4.2.

⁵⁴⁸ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.493 à 6.495.

⁵⁴⁹ États-Unis, communication écrite, paragraphes 123 à 125; et réponse à la question n° 16 de l'Arbitre, paragraphe 70.

⁵⁵⁰ L'Arbitre dans l'affaire DS316 a examiné, mais n'a pas été convaincu par, les arguments avancés par les États-Unis concernant l'utilisation de l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils, y compris les arguments selon lesquels cet indice était un indicateur supplétif raisonnable de la valeur en dollars accrue des LCA au fil du temps; il s'agissait d'un indice accessible au public et régulièrement actualisé, publié par un organisme public; il était peu probable qu'il soit manipulé par des participants de la branche de production; et il n'était, de plus, pas propre aux compagnies aériennes. (Voir la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.496 et 6.497).

matériel résultant de l'inflation et d'autres changements économiques".⁵⁵¹ Pour l'essentiel, la même logique étaye l'utilisation de l'IILA comme indice d'inflation dans la présente procédure. Comme pour le "ratio du facteur de révision [[propre au client]]" utilisé dans la procédure d'arbitrage DS316, l'IILA est lié spécifiquement au point de vue du constructeur de LCA pertinent et tient compte des variations [[par aéronef et par contrat]] des coûts de la main-d'œuvre et du matériel résultant de l'inflation et d'autres changements économiques. En fait, l'IILA est lié plus spécifiquement au point de vue d'Airbus que l'IPP du secteur de la construction des aéronefs civils, car il suit plus précisément l'évolution des prix du point de vue d'Airbus (dont les parties conviennent que c'est le point de vue qu'un indice d'inflation approprié devrait refléter).

6.269. Compte tenu de ce qui précède, nous considérons que la méthode de l'Union européenne consistant à utiliser l'IILA pour réexprimer les valeurs à la date de commande des pertes de ventes sur une base commune en dollars de 2015 est raisonnable. Ainsi, pour les pertes de ventes à Icelandair en 2013, à Air Canada en 2013 et à Fly Dubai en 2014, et comme l'Union européenne l'a proposé, nous multiplierons les valeurs des pertes de ventes (exprimées en dollars EU à la date de commande) par les ratios 2015-2013 et 2015-2014 des chiffres pertinents de l'IILA, respectivement, afin d'exprimer toutes ces valeurs sur la même base monétaire en dollars EU de 2015, et additionnerons ensuite ces valeurs individuelles pour déterminer une valeur agrégée des pertes de ventes.

6.4.7.3 Période d'annualisation

6.270. Dans leurs évaluations les plus récentes des effets défavorables, les deux parties proposent d'annualiser la valeur agrégée des pertes de ventes sur la durée de la période de référence. Nous considérons qu'il s'agit d'une méthode appropriée. Comme nous l'avons vu plus haut dans la section 6.4.5.1, le choix d'une période d'annualisation appropriée devrait être fait par référence à une période sur laquelle le tort économique mesuré se produit. Dans le présent différend, le Groupe spécial de la mise en conformité a identifié la survenue des pertes de ventes pertinentes (c'est-à-dire les événements économiques que nous évaluons dans le présent contexte) pendant la période postérieure à la mise en œuvre sur une période temporelle particulière, à savoir la période de référence. Nous rappelons en outre que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a expliqué en détail de manière instructive pourquoi il était logique tant d'un point de vue juridique qu'économique d'assigner temporellement la valeur des pertes de ventes de LCA à la période sur laquelle celles-ci avaient été identifiées (dans cette affaire, et en l'espèce, la période de référence utilisée dans la procédure de mise en conformité correspondante).⁵⁵² Nous ne voyons donc aucune raison de remettre en question la proposition des parties selon laquelle annualiser la valeur des pertes de ventes sur la durée de la période de référence entraînera un niveau maximal de suspension annuelle qui est proportionnel au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée.

6.4.8 Questions techniques concernant l'évaluation de la menace d'entrave

6.271. Dans cette partie de la décision, nous traitons des aspects techniques de la méthode de l'Union européenne qui sont propres à l'évaluation d'effets défavorables sous la forme d'une menace d'entrave. Il s'agit: a) de la question de savoir comment ajuster temporellement des prix de livraison contrefactuels pour les ramener à la période de référence; et b) de la ou des période(s) temporelle(s) appropriée(s) sur laquelle ou sur lesquelles annualiser les valeurs agrégées de la menace d'entrave sur les deux marchés géographiques. Nous examinons chacune de ces questions l'une après l'autre.

⁵⁵¹ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.496 et 6.497. (note de bas de page omise) Nous notons que le texte entre crochets de cette citation a été traité comme un RCC dans la décision arbitrale dans l'affaire DS316, et que l'Union européenne a présenté de nouveau les renseignements en tant que RCC dans la présente procédure. (Union européenne, réponse à la question n° 16 de l'Arbitre, paragraphe 74)

⁵⁵² Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, section 6.3.3.2.1. En particulier, l'Arbitre dans l'affaire DS316 a noté que les "pertes de ventes" avaient eu lieu pendant la période de référence utilisée dans la procédure de mise en conformité, et en outre que "la valeur d'une "perte de vente", lorsqu'elle [était] 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 [avait] perdu la vente avait remporté celle-ci". (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.98)

6.4.8.1 Ajustement temporel des valeurs à la date de livraison

6.272. Dans sa méthode d'évaluation concernant la menace d'entrave utilisant une approche "centrée sur les livraisons"⁵⁵³, l'Union européenne actualise la valeur des prix de livraison contrefactuels des livraisons prévues de LCA pour déterminer leur valeur au début de la période de référence (à savoir janvier 2013, selon l'Union européenne). Elle agrège ensuite ces valeurs de janvier 2013 pour déterminer la valeur de la menace d'entrave en dollars de janvier 2013. Elle utilise le coût de la dette d'Airbus (sous la forme du taux de rendement des obligations Airbus à échéance de 10 ans libellées en euros de 2013) comme facteur d'actualisation pour procéder à cette opération d'actualisation.⁵⁵⁴

6.273. Les États-Unis procèdent également à une opération d'actualisation dans le cadre de la méthode d'évaluation qu'ils proposent concernant la menace d'entrave utilisant une approche centrée sur les livraisons. Ils font valoir qu'il a été constaté dans la procédure de mise en conformité qu'il existait une menace d'entrave pendant la période de référence sur la base de livraisons de LCA qui devaient avoir lieu à l'avenir. Par conséquent, selon eux, l'objectif de l'opération d'actualisation est de déterminer la valeur attendue de ces livraisons futures de LCA pendant la période de référence. À cette fin, les États-Unis actualisent la valeur des prix de livraison contrefactuels des livraisons prévues de LCA pour déterminer leur valeur attendue pour Airbus en 2015 (c'est-à-dire la dernière année de la période de référence) et agrègent ensuite ces valeurs de 2015 pour déterminer la valeur agrégée de la menace d'entrave en dollars de 2015. Ils soutiennent que, comme cela a été proposé dans le cas de pertes de ventes, le taux d'actualisation approprié pour déterminer la valeur attendue de livraisons futures pour Airbus est le CMPC d'Airbus.⁵⁵⁵

6.274. L'Arbitre rappelle que, pour évaluer la menace d'entrave, nous évaluons les livraisons contrefactuelles d'Airbus postérieures à la période de référence qui résultent des campagnes de vente de Fly Dubai de 2008 et de Delta Airlines de 2011. Les deux parties conviennent, comme nous le faisons, que ces valeurs à la date de livraison devraient être ajustées temporellement pour les ramener à la période de référence. Cet ajustement nous permet d'exprimer ces valeurs sur une base commune en dollars EU (les deux parties expriment finalement les valeurs en dollars EU de 2015) afin de nous permettre de calculer une valeur agrégée annualisée de la menace d'entrave. La valeur agrégée annualisée de la menace d'entrave, exprimée en dollars EU de 2015, peut ensuite être additionnée à la valeur agrégée annualisée des pertes de ventes pour obtenir une valeur maximale de la suspension annuelle.

6.275. Nous notons donc que chaque partie propose de procéder à cet ajustement temporel en *actualisant* les prix à la date de livraison pour les ramener à la période de référence (mais à des dates différentes de la période de référence). Comme nous l'avons vu plus haut dans la section 6.4.7.1, une actualisation est nécessaire dans le contexte de pertes de ventes afin de prendre en compte le risque et le coût pour Airbus d'attendre de recevoir le paiement entre le moment de la commande et celui de la livraison. En d'autres termes, et d'une manière plus générale, la nécessité d'actualiser survient lorsque les flux de liquidités devant être réalisés, par exemple, à partir de la conclusion d'un contrat de vente de LCA sont retirés temporellement à partir de la conclusion de ce contrat.

6.276. Compte tenu de l'observation qui précède, pour évaluer la menace d'entrave, nous jugeons inapproprié d'ajuster les valeurs à la date de livraison pour les ramener à la période de référence en procédant à une actualisation (c'est-à-dire en utilisant un instrument qui prend en compte les risques et les coûts de l'attente pour Airbus). Comme il est expliqué en détail dans la section 6.4.5.3, la constatation d'effet défavorable que nous évaluons ici, c'est-à-dire la menace d'entrave, ne faisait pas référence à un événement qui a causé un tort économique à l'Union européenne pendant la période de référence. En fait, l'élément *menace* de l'effet défavorable nous oriente vers une période *future* (c'est-à-dire la période postérieure à la période de référence). C'est au cours de cette période future que le tort économique (c'est-à-dire une entrave attestée par des livraisons de LCA de Boeing)

⁵⁵³ Nous rappelons que l'Union européenne appelle l'approche qu'elle adopte à cet égard une approche de la "menace d'entrave" et non une approche "centrée sur les livraisons" pour les raisons exposées plus haut dans la note de bas de page 254.

⁵⁵⁴ Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 269 et 270; et observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 290.

⁵⁵⁵ États-Unis, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 92 à 94; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 129.

était censé se produire.⁵⁵⁶ Conformément à la constatation de menace d'entrave, nous évaluons donc les livraisons aux moments où les livraisons contrefactuelles pertinentes d'Airbus auraient eu lieu après la période de référence. Comme Airbus reçoit la totalité du paiement en attente à la livraison, aucun flux de liquidités pertinent associé à une livraison ne se produit dans le futur en relation avec la livraison. Ainsi, il n'y a aucune raison de prendre en compte le risque et le coût pour Airbus d'attendre de recevoir un quelconque flux de liquidités de ce type. À notre avis, tant le coût de la dette que le CMPC d'Airbus sont des instruments qui prennent en compte ce risque et ce coût.⁵⁵⁷ Par conséquent, nous considérons que ces deux instruments sont des outils inappropriés pour procéder à l'ajustement temporel de ces prix de livraison pour les ramener à la période de référence puisque leur utilisation serait incompatible avec la nature des constatations de menace que nous évaluons.

6.277. Pour choisir un outil approprié pour procéder à cet ajustement temporel, nous rappelons que, dans le contexte de l'évaluation de la menace d'entrave, l'ajustement temporel des prix à la date de livraison pertinents pour les ramener à la période de référence a pour but de nous permettre d'exprimer leurs valeurs sur une base monétaire commune les uns par rapport aux autres et par rapport à la valeur des pertes de ventes de sorte que toutes ces valeurs puissent être additionnées. Cette agrégation de valeurs sur une base monétaire commune nous permettra de déterminer un niveau maximal de suspension annuelle. Nous rappelons donc que nous avons déjà choisi l'IILA comme outil approprié pour convertir les valeurs des pertes de ventes de 2013 et 2014 en valeurs en dollars EU de 2015 dans la section 6.4.7.2, plus haut. Le but de cet ajustement temporel est le même que celui de l'ajustement temporel examiné en l'espèce, c'est-à-dire exprimer des valeurs en dollars EU à des dates différentes sur une base commune en dollars EU du point de vue d'Airbus. Pour les mêmes raisons que celles qui sont exposées dans cette section, nous jugeons donc approprié d'utiliser l'IILA dans le présent contexte pour ajuster temporellement les prix de livraison pour les ramener également à la période de référence.

6.278. Pour les raisons qui précèdent, et dans le contexte de l'évaluation de la menace d'entrave, nous ajusterons temporellement les prix contrefactuels pertinents à la date de livraison par rapport aux moments où les livraisons auraient eu lieu pour les ramener à la période de référence en utilisant l'IILA. L'utilisation de l'IILA est compatible avec la nature des constatations de menace que nous évaluons dans ce contexte. Nous choisissons l'année 2015 comme année par rapport à laquelle ces prix doivent être ajustés. En fait, dans leurs méthodes les plus récentes, les deux parties expriment en fin de compte la valeur de la menace d'entrave en valeurs en dollars EU de 2015, et nous notons en outre que 2015 est l'année par rapport à laquelle nous ajusterons les valeurs des pertes de ventes afin de les agréger. Il est donc approprié d'ajuster les prix de livraison par rapport à 2015. Par conséquent, nous divisons la moyenne des valeurs mensuelles de l'IILA en 2015 par l'IILA du mois auquel nous assignons chaque livraison contrefactuelle et multiplions la valeur de la menace d'entrave par ce ratio.⁵⁵⁸

6.4.8.2 Période(s) d'annualisation

6.279. Plus haut, nous avons conclu que, dans notre évaluation de la menace d'entrave, nous évaluerions seulement les livraisons contrefactuelles résultant de la perte de la vente à Delta Airlines en 2011 et de la perte de la vente à Fly Dubai en 2008 qui auraient eu lieu *après* la fin de la période de référence. Cela étant, les parties sont en désaccord sur la période d'annualisation de ces valeurs, c'est-à-dire sur le nombre de mois par lequel nous diviserons la valeur de ces livraisons avant de les multiplier par 12 pour obtenir une valeur annualisée de la menace d'entrave.

6.280. L'Union européenne fait valoir que nous devrions utiliser la période de référence comme période d'annualisation pour toute évaluation de la menace d'entrave, y compris au cas où nous

⁵⁵⁶ Cela contraste avec l'évaluation des pertes de ventes, car les pertes de ventes qui ont eu lieu pendant la période de référence étaient les événements économiques qui, selon notre évaluation, ont causé un tort économique à l'Union européenne (c'est-à-dire le moment auquel Airbus a perdu les ventes pertinentes).

⁵⁵⁷ Voir plus haut la section 6.4.7.1.

⁵⁵⁸ Pour faciliter les calculs techniques et tenir compte de l'incertitude concernant les mois de livraison spécifiques des livraisons contrefactuelles, après avoir déterminé le nombre de livraisons contrefactuelles qui auraient eu lieu au cours d'une année civile donnée, nous supposons que toutes les livraisons contrefactuelles auraient eu lieu en juillet de cette année-là, comme les deux parties l'ont proposé dans leurs calculs. Nous notons aussi que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a fait de même dans ce contexte. (Décision de l'Arbitre CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE), note de bas de page 675)

adopterions une approche "centrée sur les livraisons".⁵⁵⁹ Il apparaît que cette position repose généralement sur la position sous-jacente de l'Union européenne selon laquelle la menace d'entrave qui existait pendant la période de référence comprenait toutes les livraisons futures non livrées à un moment quelconque de la période de référence et, par conséquent, la période d'annualisation appropriée pour cette menace d'entrave serait la période de référence.⁵⁶⁰ L'Union européenne avance trois arguments plus spécifiques à l'appui de cette position.⁵⁶¹ Premièrement, elle fait valoir que l'annualisation devrait refléter la valeur annuelle moyenne des effets défavorables et que, parce que "le numérateur correct est la valeur de la menace d'entrave qui est apparue pendant la période de référence de {36 mois}", le dénominateur dans le calcul de l'annualisation devrait être la même période.⁵⁶² Deuxièmement, elle fait valoir que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a utilisé comme sa période de référence pour l'évaluation des effets défavorables la période de référence de 25 mois utilisée par le Groupe spécial de la mise en conformité dans le différend en question et a annualisé les effets défavorables sur la même période de 25 mois, et que l'impartialité demande que l'Arbitre dans le présent différend suive la même approche.⁵⁶³ Enfin, elle fait valoir que les États-Unis n'ont pas démontré que l'approche qu'elle avait suivie était incompatible avec l'article 7.9 et 7.10 de l'Accord SMC.⁵⁶⁴

6.281. Les États-Unis font valoir que nous devrions utiliser la durée de la période sur laquelle les livraisons pertinentes postérieures à la période de référence auraient eu lieu dans le contrefactuel comme période d'annualisation. Ils affirment que l'essence de l'annualisation est la réalisation d'une correspondance entre le numérateur (c'est-à-dire le nombre de livraisons donnant lieu à la menace d'entrave sur les marchés des États-Unis et des É.A.U.) et le dénominateur (c'est-à-dire la période sur laquelle ces livraisons devaient avoir lieu).⁵⁶⁵ En conséquence, ils prennent comme dénominateur la période sur laquelle les livraisons contrefactuelles d'Airbus au titre des ventes de 2011 à Delta Airlines et de 2008 à Fly Dubai auraient dû avoir lieu *après* la fin de la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité.⁵⁶⁶

6.282. L'Arbitre note que les périodes d'annualisation proposées par les parties ont des durées différentes.⁵⁶⁷ Nous commençons donc par examiner si l'utilisation de la période de référence comme période d'annualisation, comme le propose l'Union européenne, serait compatible avec notre mandat. Tout d'abord, nous attirons l'attention dans ce contexte sur ce qu'est la période de référence et ce qu'elle n'est pas. La période de référence est une période de la période postérieure à la mise en œuvre pour laquelle le Groupe spécial de la mise en conformité a identifié des effets défavorables et, plus spécifiquement, des formes de préjudice grave. Nous ne voyons rien au sujet de cette opération qui indique que la période était également censée être une période à laquelle une valeur économique pertinente découlant de ces effets défavorables devait nécessairement être assignée dans le but de déterminer un niveau maximal de suspension annuelle au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC. Cette assignation et ces déterminations n'étaient pas la tâche du Groupe spécial de la mise en conformité. Par conséquent, il n'y a pas de base qui nous permettrait de conclure que notre tâche consistant à concevoir un niveau de contre-mesures "proportionnel",

⁵⁵⁹ Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 236 et 239.

⁵⁶⁰ Voir plus haut le paragraphe 6.95 et, plus généralement, la section 6.4.5.3.2.

⁵⁶¹ Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 236 et 239.

⁵⁶² Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 240 à 243 et 301.

⁵⁶³ Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 244 à 248.

⁵⁶⁴ Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 248 à 250.

⁵⁶⁵ États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 115. Voir aussi États-Unis, réponse à la question n° 35 de l'Arbitre, paragraphe 110 (indiquant qu'il est approprié d'annualiser la valeur des livraisons pertinentes par le nombre d'années sur lesquelles ces livraisons devaient avoir lieu lorsqu'elles ont lieu sur "plusieurs années").

⁵⁶⁶ À supposer que la fin de la période de référence soit septembre 2015, les États-Unis notent que les livraisons contrefactuelles d'Airbus auraient eu lieu au [[***]] ainsi qu'[[***]]. En conséquence, ils font valoir que la valeur attendue des livraisons postérieures à la période de référence en 2015 au titre des deux campagnes de vente serait divisée par [[***]] pour arriver à une valeur annualisée des constatations de menace d'entrave. (États-Unis, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 96) À titre subsidiaire, si la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité était 2013-2015, ils indiquent que la valeur des livraisons prévues au 1^{er} janvier 2016 ou après cette date serait divisée par [[***]] parce que le numérateur refléterait les livraisons effectuées sur [[***]]. (Voir États-Unis, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 115.)

⁵⁶⁷ La durée de la période de référence est de 36 mois. Le nombre de mois sur lesquels les livraisons contrefactuelles auraient eu lieu après la période de référence sur les marchés des États-Unis et des É.A.U. est RCES, car il découle des calendriers de livraison proposés RCES figurant dans les offres finales d'Airbus dans les campagnes de vente de Delta Airlines de 2011 et de Fly Dubai de 2008.

s'agissant de l'annualisation, est *ipso facto* déterminée par la durée de la période de référence dans tous les cas.

6.283. Par conséquent, nous rappelons notre conclusion antérieure selon laquelle notre mandat et le but de contre-mesures obligent à conclure que le choix d'une période d'annualisation appropriée devrait être fait par référence à une période sur laquelle le tort économique mesuré se produit. Par conséquent, nous faisons observer que les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité concernant la menace d'entrave, et la nature d'une telle menace, indiquent que nous devrions évaluer l'entrave à l'état de menace en nous référant aux livraisons contrefactuelles de LCA ayant lieu après la période de référence et aux moments où ces livraisons auraient eu lieu.⁵⁶⁸ Ainsi, le tort économique découlant de la menace d'entrave est mesuré par la valeur des livraisons contrefactuelles de LCA pertinentes aux moments auxquels ils auraient été livrés. Pour la menace d'entrave, nous estimons donc qu'une période d'annualisation appropriée devrait être établie par référence à une période sur laquelle les livraisons contrefactuelles pertinentes évaluées ont eu lieu. Compte tenu de cette conclusion, nous ne voyons aucun moyen de considérer la période de référence à elle seule comme étant cette période car aucune livraison contrefactuelle pertinente n'aurait eu lieu pendant la période de référence.⁵⁶⁹ Nous ne pouvons donc pas accepter que la période de référence soit une période d'annualisation appropriée.⁵⁷⁰

6.284. Nous notons que cette conclusion est compatible avec la façon dont l'Arbitre dans l'affaire DS316 a évalué l'entrave actuelle, à savoir en évaluant les livraisons contrefactuelles pertinentes au cours d'une période pendant laquelle les livraisons auraient eu lieu (dans la procédure en question, pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité).⁵⁷¹ Notre approche de l'annualisation donne donc une cohérence à la façon dont l'entrave *actuelle* et l'entrave *à l'état de menace* (c'est-à-dire dans le futur) sont évaluées, tout en tenant dûment compte des différentes périodes pendant lesquelles elles peuvent se concrétiser et entraîner un tort économique pour le plaignant sous la forme de livraisons.

6.285. Nous notons en outre que l'Union européenne observe que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a annualisé les effets défavorables dans la procédure en question sur la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité, et qu'elle fait référence en particulier à la déclaration suivante de cet Arbitre: "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". L'Union européenne fait valoir que cette déclaration dispense effectivement de toute exigence de cohérence entre les périodes figurant au numérateur et au dénominateur dans une opération d'annualisation.⁵⁷² Nous ne souscrivons pas à l'argument de l'Union européenne. La déclaration de l'Arbitre dans l'affaire DS316 qui est mentionnée a été faite dans le contexte de la résolution d'une question différente, à savoir si l'évaluation par un arbitre des "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" identifiés au cours d'une période antérieure, exprimée comme étant un niveau maximal de

⁵⁶⁸ Voir plus haut le paragraphe 6.144.

⁵⁶⁹ Cela contraste avec une situation concernant des pertes de ventes, dans laquelle nous assignons temporellement la valeur des livraisons qui en résultent à la date de la perte de vente qui a eu lieu pendant la période de référence. Comme cela est indiqué en détail dans la procédure d'arbitrage DS316, il est logique d'un point de vue juridique de faire cela parce que la "perte de vente" elle-même est l'effet défavorable qui s'est produit pendant la période de référence, mais c'est également logique d'un point de vue économique parce qu'"un contrat de commande de LCA est raisonnablement qualifié 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". (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.104) Dans le cas d'une menace d'entrave, l'élément "menace" nous oriente temporellement *après* la période de référence pour l'identification de l'événement économique, c'est-à-dire l'"entrave" sous la forme de livraisons de LCA.

⁵⁷⁰ Nous notons que nous n'avons pas affaire à un cas où l'existence d'une entrave actuelle a été constatée pendant la période de référence et où il était attendu ensuite qu'elle se poursuive après la période de référence en vertu d'une constatation *additionnelle* de menace. Nous ne formulons pas de jugement quant à la période d'annualisation appropriée dans une telle situation.

⁵⁷¹ Ce faisant, l'Arbitre a noté que "d'autres arbitres [avaient] également établi des niveaux maximaux de suspension sur la base des effets pertinents des mesures en question sur une année". (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.495)

⁵⁷² Union européenne, réponse à la question n° 74 de l'Arbitre, paragraphe 381 (faisant référence à la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.74).

suspension annuelle, doit refléter la valeur des effets défavorables causés par les subventions qui n'ont *pas* été identifiés auparavant par le Groupe spécial de la mise en conformité (spécifiquement, les effets défavorables que les subventions pertinentes peuvent causer au moment de la procédure d'arbitrage et dans ce qui était alors le futur).⁵⁷³ Nous souscrivons dans le présent contexte à la conclusion formulée par l'Arbitre dans l'affaire DS316, à savoir qu'il n'est pas nécessaire de faire cela aux fins de l'évaluation dans ces circonstances.

6.286. Conformément à cette conclusion, nous concevons un niveau maximal de suspension annuelle par référence uniquement aux effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité a été déterminée, et non par référence aux effets défavorables que la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington peut causer maintenant ou dans le futur.⁵⁷⁴ Enfin, bien que nous tranchions cette question par référence à ce qui est admissible dans le cadre de notre mandat, nous notons aussi que nous sommes préoccupés par les implications systémiques de l'approche proposée par l'Union européenne dans ce contexte. La raison en est que l'approche suivie par l'Union européenne pour l'assignation temporelle de la valeur économique du préjudice grave à l'état de menace, et l'annualisation qui en résulte, réserve un rôle significatif à la durée d'une période de référence. Nous observons donc que, selon l'approche de l'Union européenne, dans deux différends dans lesquels toutes choses sont égales par ailleurs, des niveaux de contre-mesures notablement différents pourraient être autorisés simplement parce que des périodes de référence différentes ont été utilisées (dans les deux cas sans lien temporel avec le tort économique qui est évalué) pour identifier le même préjudice grave à l'état de menace. Nous doutons qu'un tel résultat puisse être considéré comme juridiquement ou économiquement judicieux⁵⁷⁵ et nous sommes préoccupés par le fait qu'une telle approche pourrait produire des niveaux de contre-mesures arbitraires et/ou punitifs.⁵⁷⁶

6.287. Gardant ces observations à l'esprit, nous allons déterminer quelle est la période d'annualisation appropriée pour la constatation de menace d'entrave sur les deux marchés géographiques pertinents, c'est-à-dire les États-Unis et les Émirats arabes unis.

a. Période d'annualisation pour le marché des États-Unis

6.288. En ce qui concerne la période d'annualisation pour la menace d'entrave sur le marché géographique des États-Unis, les États-Unis proposent que nous utilisions la période commençant à la fin de la période de référence et allant jusqu'à la fin de la dernière année civile au cours de laquelle les livraisons contrefactuelles d'Airbus découlant de la campagne de Delta Airlines de 2011 auraient

⁵⁷³ De fait, après avoir déterminé qu'il pouvait établir un niveau maximal de suspension annuelle sur la base des effets défavorables identifiés pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité, l'Arbitre dans l'affaire DS316 s'est cependant lancé dans une analyse de plusieurs pages au sujet de la question de savoir s'il serait juridiquement et économiquement approprié d'assigner temporellement la valeur des pertes de ventes à cette période de référence. (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), pages 51 à 56) On voit difficilement pourquoi une si longue analyse aurait été nécessaire si l'Arbitre avait auparavant déterminé que toutes les valeurs des effets défavorables devraient *ipso facto* être assignées à cette période de référence.

⁵⁷⁴ Voir la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), annexe C-1 (expliquant plus en détail cette question).

⁵⁷⁵ Nous notons aussi que, suivant l'approche de l'Union européenne, dans les cas où une menace de préjudice grave est identifiée mais où la période sur laquelle elle se concrétiserait n'a pas été spécifiée auparavant, le niveau des contre-mesures pourrait en outre être notablement modifié par des arbitres qui choisiraient d'évaluer le même taux de dommage sur des durées différentes à partir de la même période de référence. L'annualisation d'un tel dommage par référence à la période sur laquelle il se produit peut atténuer ces variations potentielles.

⁵⁷⁶ Il est généralement reconnu que les mesures correctives dans le cadre de l'OMC ne sont pas censées être "punitiv[e]s". (Décisions de l'Arbitre dans l'affaire *États-Unis – Lave-linge* (article 22:6 – États-Unis), paragraphe 1.17 (mentionnant les décisions de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), paragraphe 4.109); dans l'affaire *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* (article 22:6 – États-Unis), paragraphe 5.8; et dans l'affaire *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}").

eu lieu (ce qui est une [[***]]).⁵⁷⁷ L'Union européenne n'a proposé aucune période d'annualisation de rechange (autre que la période de référence que nous avons déjà rejetée juste au-dessus en tant que période d'annualisation appropriée). L'Arbitre considère que, dans les circonstances particulières de la présente procédure, l'approche relative à l'annualisation proposée par les États-Unis en ce qui concerne leur marché géographique est acceptable dans le cadre de notre mandat. Cette approche utilise prétendument la période temporelle qui correspond à la période sur laquelle les livraisons pertinentes auraient eu lieu dans le contrefactuel après la période de référence.⁵⁷⁸ Nous rappelons en outre que la constatation de menace d'entrave sur le marché des États-Unis était fondée sur des livraisons attendues après la période de référence découlant spécifiquement de la campagne de vente de Delta Airlines de 2011. En outre, le calendrier de livraison proposé par Airbus prévoyait une répartition temporelle des livraisons qui était [[***]] sur la période de livraison. Nous notons toutefois que nous utilisons une période d'annualisation dans le présent contexte qui est [[***]] que la période présentée par les États-Unis. Cela tient au fait que le calendrier de livraison d'Airbus ne prévoit pas effectivement que des livraisons auraient lieu pendant la [[***]] de la période d'annualisation présentée par les États-Unis. Nous utilisons donc une période d'annualisation qui correspond au nombre de mois sur lesquels le calendrier de livraison proposé par Airbus prévoyait que des livraisons auraient lieu, ce qui reste une période [[***]].

b. Période d'annualisation pour le marché des É.A.U.

6.289. En ce qui concerne la période d'annualisation pour la menace d'entrave sur le marché géographique des É.A.U., les États-Unis proposent que nous utilisions la totalité de la période postérieure à la période de référence sur laquelle les livraisons contrefactuelles d'Airbus découlant des campagnes de vente de Delta Airlines de 2011 et de Fly Dubai de 2008 auraient eu lieu. La fin de cette période proposée est apparemment fondée sur l'année de la dernière livraison contrefactuelle d'Airbus associée à la campagne de vente de Delta Airlines de 2011, qui vient [[***]] la date de la dernière livraison contrefactuelle d'Airbus dans la campagne de vente de Fly Dubai de 2008. Les États-Unis n'ont présenté aucune autre justification pour cette période d'annualisation. Par conséquent, nous rappelons que les constatations de menace d'entrave formulées dans la procédure de mise en conformité ont été exprimées sous forme de constatations distinctes pour les marchés géographiques des États-Unis et des É.A.U, sur la base de pertes de ventes spécifiques et différentes. Nous ne voyons donc aucune raison découlant des constatations du Groupe spécial de la mise en conformité de les annualiser par référence à la même période. Par conséquent, nous considérons que, dans les circonstances de la présente procédure, les États-Unis n'ont pas dûment justifié que la période d'annualisation qu'ils proposaient était acceptable dans le cadre de notre mandat, et nous nous abstenons donc de l'utiliser.

6.290. Nous observons qu'aucune des deux parties ne propose de méthode pour annualiser la valeur de la menace d'entrave sur le marché des É.A.U. par référence à quoi que ce soit d'autre que les périodes temporelles que nous avons déjà rejetées. Nous devons donc choisir une période d'annualisation dans ce contexte qui soit compatible avec notre tâche consistant à déterminer un niveau maximal de suspension annuelle qui soit "proportionnel" à la valeur des effets défavorables dont l'existence a été déterminée. Pour choisir une période d'annualisation, nous établissons d'abord ce que nous considérons comme étant des hypothèses factuelles pertinentes. En particulier, nous notons que les livraisons contrefactuelles d'Airbus [[***]] sur la base des calendriers d'Airbus. En d'autres termes, les livraisons pertinentes auraient eu lieu sur une période de [[***]]. En outre, nous notons que la présentation des livraisons contrefactuelles d'Airbus dans l'offre finale faite à Fly Dubai en 2008 ne nous permet pas de déterminer précisément [[***]].⁵⁷⁹ Toutefois, nous notons que, dans leurs calculs les plus récemment mis à jour concernant une approche "centrée sur les livraisons" de l'évaluation de la menace d'entrave, les États-Unis supposent un nombre RCES de livraisons contrefactuelles d'Airbus postérieures à la période de référence en supposant apparemment une répartition temporelle égale des livraisons sur le nombre maximal de mois pertinents au cours desquels des livraisons auraient pu avoir lieu selon le calendrier de livraison

⁵⁷⁷ États-Unis, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 96; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 130.

⁵⁷⁸ Nous notons aussi que le nombre annualisé de livraisons qui en résulte après la période de référence correspond généralement au nombre annuel moyen de livraisons prévu dans l'ensemble du calendrier de livraison d'Airbus.

⁵⁷⁹ Nous notons que Boeing avait livré tous ses avions dans le cadre de la campagne de vente de Fly Dubai de 2008 avant la fin du troisième trimestre de 2015. (Voir 2 RPQ Ascend Database Update (pièce EU-75); et Union européenne, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 204, 226, 322, 326 et 330. Voir aussi [[***]]).

proposé par Airbus. Compte tenu des incertitudes précédemment notées entourant le moment exact des livraisons contrefactuelles d'Airbus après la période de référence, nous jugeons cette méthode raisonnable et l'adoptons en conséquence. Nous supposons donc le même nombre RCES de livraisons postérieures à la période de référence sur le même nombre de mois que ce qu'il apparaît que les États-Unis supposent dans leurs calculs les plus récents.

6.291. Ces hypothèses raisonnables étant établies, nous passons au choix d'une période d'annualisation appropriée. Comme cela est indiqué plus haut, nous avons choisi une période d'annualisation pour la menace d'entrave sur le marché des États-Unis qui correspond au nombre de mois de la période postérieure à la période de référence sur lesquels les livraisons contrefactuelles pertinentes auraient été effectuées. Compte tenu des faits et des circonstances de la présente procédure, et en l'absence de toute autre proposition des parties, nous jugeons approprié d'adopter la même méthode en l'espèce, c'est-à-dire de choisir une période d'annualisation qui correspond au nombre de mois sur lesquels les livraisons contrefactuelles d'Airbus postérieures à la période de référence que nous évaluons auraient eu lieu, à savoir un nombre de mois RCES. Cela implique que nous divisons la valeur totale de toutes les livraisons postérieures à la période de référence par le nombre de mois entre la fin de la période de référence et la dernière livraison contrefactuelle, et que nous multiplions cette valeur par 12 pour obtenir une valeur annualisée.

6.292. Nous notons que ce nombre de mois RCES est [[***]]. Toutefois, dans les circonstances spécifiques de la présente procédure, nous considérons qu'il s'agit quand même d'une période d'annualisation appropriée. Les deux parties ont présenté des moyens d'annualiser les effets défavorables dans la présente procédure sur des périodes qui n'ont pas toujours coïncidé avec un nombre entier d'années. De plus, cette méthode concorde avec la position générale des États-Unis selon laquelle les livraisons contrefactuelles pertinentes devraient être annualisées sur la période pendant laquelle elles auraient eu lieu. En outre, nous notons que le nombre de livraisons annuelles obtenu suivant cette méthode correspond généralement au nombre moyen de livraisons annuelles prévu dans le calendrier de livraison proposé par Airbus pour la campagne de vente de Fly Dubai de 2008 dans son ensemble, et au nombre moyen de livraisons annuelles postérieures à la période de référence sur le marché des É.A.U. si nous avons inclus les livraisons dans le cadre de la transaction de 2014 avec Fly Dubai dans le calcul de la menace d'entrave. Enfin, et dans le même ordre d'idées, nous notons que la période sur laquelle les livraisons pertinentes auraient eu lieu sur le marché des É.A.U. aurait été supérieure à [[***]] si nous avions évalué les livraisons résultant de la perte de la vente à Fly Dubai en 2014 comme une menace d'entrave, au lieu d'évaluer la campagne de vente de Fly Dubai de 2014 comme une perte de vente (comme les deux parties l'ont proposé).

a. Conclusion

6.293. Pour les raisons qui précèdent, dans le contexte de l'évaluation de la menace d'entrave, et compte tenu des circonstances spécifiques de la présente procédure, nous annualiserons la valeur des livraisons contrefactuelles d'Airbus postérieures à la période de référence pertinentes sur les marchés des États-Unis et des É.A.U. par référence au nombre de mois sur lesquels ces livraisons contrefactuelles auraient eu lieu sur chaque marché.

6.4.9 Résumé des évaluations techniques des effets défavorables dont l'existence a été déterminée

6.294. Dans les sections ci-dessus, nous avons pris diverses décisions concernant la méthode que nous jugeons appropriée pour déterminer un niveau maximal de suspension annuelle. Eu égard à ces décisions, la présente section résume la manière dont nous déterminerons cette valeur maximale. Conformément aux constatations que nous avons formulées jusqu'à présent, nous suivons une approche en trois étapes en vertu de laquelle nous calculons: a) une valeur annualisée agrégée pour les pertes notables de ventes exprimée en dollars EU de 2015; b) une valeur annualisée agrégée pour la menace d'entrave exprimée en dollars EU de 2015; et c) une valeur agrégée donnée par la somme de ces deux valeurs. Nous examinons ces questions l'une après l'autre dans les sous-sections qui suivent.

6.4.9.1 Évaluation des pertes notables de ventes

6.295. Comme il a été indiqué, dans les sections précédentes, nous avons adopté des aspects de la méthode proposée par l'Union européenne concernant l'évaluation des pertes notables de ventes

tout en apportant des ajustements à d'autres aspects. La présente section résume ces décisions et décrit comment nous déterminerons une valeur annualisée agrégée des effets défavorables sous la forme de pertes notables de ventes.

6.296. Comme il est expliqué dans la section 6.4.5.2, les constatations de pertes notables de ventes se rapportent à trois campagnes de vente distinctes qui ont eu lieu pendant la période de référence, c'est-à-dire les campagnes d'Icelandair en 2013, d'Air Canada en 2013 et de Fly Dubai en 2014. La valeur des effets défavorables sous la forme de pertes notables de ventes est égale à la somme des valeurs des LCA d'Airbus qui auraient été commandés et livrés si Airbus avait remporté les campagnes dans le contrefactuel. Pour calculer la valeur de chaque campagne de vente, nous suivons une approche centrée sur les commandes, c'est-à-dire que nous déterminons la valeur totale de chaque campagne de vente au moment où les commandes ont été perdues avant d'ajuster ces valeurs sur une base commune en dollars EU de 2015.

6.297. Nous avons jugé raisonnable de supposer que, dans le contrefactuel, Airbus aurait remporté les trois campagnes de vente et aurait reçu autant de commandes de LCA que Boeing en a effectivement reçues en relation avec chaque campagne de vente (à l'exclusion des options, qu'elles aient été exercées ou non).⁵⁸⁰ Nous nous appuyons sur les offres finales d'Airbus dans les campagnes de vente correspondantes pour obtenir des modèles de livraison, des calendriers de livraison et des prix usine nets contrefactuels. Dans les campagnes de vente dans lesquelles des différences entre les offres finales d'Airbus et les accords d'achat de Boeing exigent des hypothèses additionnelles concernant a) certaines dates de livraison contrefactuelles et b) les modèles de LCA qui auraient été commandés, nous résolvons la première question à l'aide des calendriers de livraison figurant dans les accords d'achat de Boeing et la seconde en prenant en compte les modèles qui étaient offerts par Airbus dans ses offres finales pertinentes (voir la section 6.4.6.3).

6.298. La valeur de chaque campagne de vente est égale à la somme de la valeur actualisée des prix usine nets d'Airbus (y compris [[***]], et tels qu'ils sont révisés au moment de la livraison) pour chaque livraison contrefactuelle associée à cette campagne de vente donnée. Pour chaque livraison, nous tenons compte du risque d'annulation et actualisons le prix à la date de livraison pour le ramener au moment de la commande comme suit:

$$\begin{aligned} \text{Perte de vente ajustée}_{\text{campagne de vente } i}^{\text{en USD à la date de commande } o} &= \sum_{\text{date de livraison } d \text{ modèle de LCA } m} \sum_{\text{Prix usine net d'Airbus}_{\text{campagne de vente } i, \text{ modèle de LCA } m, \text{ date de livraison } d}^{\text{en USD à la date de livraison } d} \\ &\times \text{Nombre d'aéronefs livrés}_{\text{campagne de vente } i, \text{ modèle de LCA } m, \text{ date livraison } d} \times \text{Taux de survie}_{\text{date de livraison } d} \\ &\times \frac{1}{(1 + \text{Facteur d'actualisation}_{\text{date de commande } o})^{\text{date de livraison } d - \text{date de commande } o}}, \end{aligned} \quad 2)$$

où

$$\text{Taux de survie}_{\text{date de livraison } d} = \begin{cases} 1 & \text{si la date de livraison } d < \text{janvier 2020} \\ (1 - \text{Taux d'annulation moyen d'Airbus} - \text{LCA monocouloirs}_{2003-2007})^{d - \text{juillet 2019}} & \text{autre} \end{cases}$$

et le prix usine net d'Airbus_{campagne de vente i, modèle de LCA m, date de livraison d}^{en USD à la date de livraison d} est défini par l'équation 1) figurant dans la section 6.4.6.6 concernant les prix de livraison contrefactuels.

6.299. Nous ajustons le nombre de livraisons contrefactuelles pour tenir compte des annulations qui auraient eu lieu avant 2020 dans le contrefactuel, comme cela est décrit dans la section 6.4.6.4. Cela affecte seulement une livraison concernant la campagne de Fly Dubai de 2014, comme cela est résumé dans le tableau 1. Nous supposons que toutes les autres livraisons contrefactuelles d'Airbus devant avoir lieu avant 2020 auraient eu lieu.

⁵⁸⁰ Voir plus haut les sections 6.4.6.1 et 6.4.6.2.

Tableau 1: Aéronefs commandés et livrés contrefactuellement

Perte de vente	Année de commande	Nombre d'aéronefs commandés contrefactuellement ⁵⁸¹	Nombre d'aéronefs livrés contrefactuellement
Icelandair	2013	16	16
Air Canada	2013	61	61
Fly Dubai	2014	86	85

6.300. Nous ajustons les prix de livraison contrefactuels de toutes les commandes qui auraient été livrées en 2020 ou plus tard et qui ne sont pas affectées par une annulation antérieure à 2020 à l'aide d'un taux de survie pour tenir compte du risque que ces livraisons soient annulées dans le futur contrefactuel. Le taux de survie donne la probabilité qu'une livraison contrefactuelle ne sera pas annulée dans le contrefactuel. Nous construisons un taux de survie pour toutes les livraisons contrefactuelles prévues à partir de 2020 sur la base du taux d'annulation antérieur moyen pour Airbus entre 2003 et 2007 pour les LCA monocouloirs (section 6.4.6.4).

6.301. Une fois que nous avons ainsi obtenu les prix de livraison des LCA contrefactuels pertinents, nous actualisons ces prix pour les ramener au moment où la campagne de vente pertinente a été perdue. Le facteur d'actualisation tient compte du fait que les flux monétaires associés aux commandes résultant de campagnes de vente sont retirés temporellement à partir du moment où ces commandes sont passées. Cela permet de traiter les risques qui en résultent et d'harmoniser la base monétaire des valeurs de livraison à la date de commande. Comme nous l'avons vu dans la section 6.4.7.1, nous utilisons le coût moyen de la dette d'Airbus lors de l'année de commande comme facteur d'actualisation approprié.⁵⁸²

6.302. Après avoir obtenu les valeurs ajustées des pertes de ventes exprimées en dollars EU à la date de commande, nous les ramenons à une base monétaire commune afin de pouvoir additionner les valeurs des trois pertes de ventes. Les deux parties conviennent d'utiliser l'année 2015 comme base monétaire commune. Nous utilisons la moyenne annuelle de l'ILLA mensuel en 2015 à cette fin, comme cela est exposé dans la section 6.4.7.2, et calculons la somme pour générer une valeur agrégée totale pour les pertes notables de ventes exprimée en dollars EU de 2015 comme suit:

$$\text{Pertes de ventes ajustées en USD de 2015} = \sum_{\text{campagne de vente } i} \text{Perte de vente ajustée en USD à la date de commande } o \times \frac{ILLA_{2015}}{ILLA_{\text{date de commande } o}} \quad 3)$$

6.303. Compte tenu de la demande de l'Union européenne visant à imposer des contre-mesures sur une base annuelle, nous annualisons la valeur des pertes notables de ventes exprimée en USD de 2015. Nous annualisons la valeur agrégée des pertes de ventes exprimée en dollars EU de 2015 sur

⁵⁸¹ Voir plus haut la section 6.4.6.3 pour une explication détaillée concernant la détermination du nombre de commandes contrefactuelles. Il convient de rappeler que, pour obtenir ces nombres, nous avons fait reposer notre analyse sur le nombre proposé de commandes dans les offres finales d'Airbus, qui sont RCES. Cette analyse a finalement conclu, toutefois, que nous devrions utiliser le nombre de commandes qui coïncidait avec le nombre de commandes fermes figurant dans les accords d'achat de Boeing, ce que les nombres figurant dans cette colonne représentent.

⁵⁸² Comme il est indiqué plus haut dans la note de bas de page 558, ainsi que les deux parties l'ont proposé dans leurs calculs, pour faciliter les calculs et tenir compte de l'incertitude concernant les mois de livraison spécifiques des livraisons contrefactuelles, nous supposons que toutes les livraisons contrefactuelles auraient eu lieu en juillet d'une année donnée. Nous notons que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a fait de même dans ce contexte. (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, note de bas de page 675) S'agissant des dates des campagnes de vente pertinentes, c'est-à-dire des dates auxquelles Airbus aurait obtenu les commandes dans le contrefactuel, l'Union européenne utilise le mois exact au cours duquel Boeing a effectivement remporté les campagnes de vente pertinentes, alors que les États-Unis supposent dans leurs calculs que toutes les campagnes de vente auraient eu lieu en juillet de l'année pertinente. Nous ne voyons rien de déraisonnable dans l'approche de l'Union européenne et l'adoptons en conséquence. Nous notons que bien que l'Arbitre dans l'affaire DS316 ait supposé que toutes les commandes associées aux pertes de ventes auraient eu lieu en juillet de l'année pertinente, il s'agissait de la méthode proposée par les États-Unis dans cette procédure, au sujet de laquelle l'Arbitre n'a noté aucune objection de la part de l'Union européenne. (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, notes de bas de page 350 et 675) Nous notons en outre que, bien que la présente décision soit distribuée après juillet 2020, les dernières communications de fond des parties ont été reçues en mars 2020.

la durée de la période de référence, dont il a été déterminé dans la section 6.4.7.3 qu'elle était de 36 mois, soit d'octobre 2012 à septembre 2015, comme suit:

$$\begin{aligned} & \text{Pertes de ventes annualisées}^{\text{en USD de 2015}} \\ &= \sum_{\text{campagne de vente } i} \frac{\text{Perte de vente ajustée}^{\text{en USD de 2015}}_{\text{campagne de vente } i, \text{ date de commande } o}}{12} \\ &\times \frac{12}{\text{Durée de la période de référence}} \end{aligned} \quad 4)$$

6.304. La valeur annualisée agrégée des pertes notables de ventes qui en résulte, exprimée en dollars EU de 2015, est de [[***]] USD.

6.4.9.2 Évaluation de la menace d'entrave

6.305. Comme cela a été le cas pour l'évaluation des pertes notables de ventes, nous avons adopté, dans les sections précédentes, des aspects de la méthode proposée par l'Union européenne concernant l'évaluation de la menace d'entrave tout en apportant des ajustements à d'autres aspects. La présente section résume ces décisions et décrit comment nous déterminerons une valeur annualisée agrégée des effets défavorables sous la forme d'une menace d'entrave.

6.306. Le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté une menace d'entrave sur deux marchés géographiques différents, c'est-à-dire les États-Unis et les É.A.U. Nous évaluons la menace d'entrave sur chacun de ces marchés séparément, mais suivons la même méthode pour chacun d'eux. Nous exprimons ensuite la valeur de la menace d'entrave sur chaque marché sur une base monétaire commune, annualisons ces valeurs et en faisons la somme de façon à calculer une valeur annualisée agrégée finale pour les effets défavorables sous la forme d'une menace d'entrave. La base monétaire commune est le dollar EU de 2015, ce qui correspond à la dernière année de la période de référence et à la base monétaire des pertes notables de ventes, de sorte que nous pouvons calculer ensuite un niveau maximal de suspension annuelle en faisant la somme des valeurs annualisées agrégées des pertes notables de ventes et de la menace d'entrave.

6.307. Nous évaluons la menace d'entrave en utilisant une approche centrée sur les livraisons.⁵⁸³ Autrement dit, et comme il est expliqué dans les sections 6.4.5.3.2 et 6.4.5.3.3, nous évaluons les livraisons contrefactuelles qu'Airbus aurait effectuées si elle n'avait pas subi d'entrave sur les deux marchés géographiques après la période de référence. Ces livraisons contrefactuelles auraient résulté du fait qu'Airbus avait remporté une campagne de vente sur chaque marché géographique pertinent, c'est-à-dire la campagne de vente de Delta Airlines de 2011 pour le marché des États-Unis et la campagne de vente de Fly Dubai de 2008 pour le marché des É.A.U.

6.308. Pour déterminer les prix de livraison des livraisons pertinentes, nous procédons aux mêmes étapes que pour évaluer les livraisons découlant de pertes de ventes. Par la suite, comme il est indiqué dans la section 6.4.8.1, nous ajustons temporellement les prix de livraison pour les ramener directement à 2015 en utilisant l'IILA. La valeur agrégée en dollars EU de 2015 de la menace d'entrave sur chaque marché géographique est donc donnée par:

$$\begin{aligned} & \text{Menace d'entrave ajustée}^{\text{en USD de 2015}}_{\text{marché géographique } g} \\ &= \sum_{\text{date de livraison } d \text{ modèle de LCA } m} \sum_{\text{campagne de vente } i} \text{Prix usine net d'Airbus}^{\text{en USD à la date de livraison } d}_{\text{campagne de vente } i, \text{ modèle de LCA } m, \text{ date de livraison } d} \\ &\times \text{Nombre d'aéronefs livrés}_{\text{campagne de vente } i, \text{ modèle de LCA } m, \text{ date de livraison } d} \times \text{Taux de survie}_{\text{date de livraison } d} \\ &\times \frac{\text{IILA}_{2015}}{\text{IILA}_{\text{date de livraison } d}} \end{aligned} \quad 5)$$

6.309. Comme il est indiqué dans la section 6.4.8.2, nous annualisons la valeur agrégée en dollars EU de 2015 de la menace d'entrave sur les deux marchés géographiques sur la période au cours de laquelle, après la période de référence, les livraisons pertinentes auraient eu lieu. Nous additionnons ensuite ces deux valeurs annualisées agrégées afin d'obtenir une valeur annualisée agrégée pour les deux constatations de menace d'entrave comme suit:

⁵⁸³ Voir plus haut le paragraphe 6.145.

Menace d'entrave annualisée^{en USD de 2015}

$$= \sum_{\text{marché géographique } g} \frac{\text{Menace d'entrave ajustée}_{\text{marché géographique } g}^{\text{en USD de 2015}}}{12} \times \frac{1}{\text{Durée des livraisons}_{\text{campagne de vente } i}} \quad 6)$$

La valeur annualisée de la menace d'entrave qui en résulte, exprimée en dollars EU de 2015, est de [[***]] USD.

6.4.9.3 Valeur annualisée agrégée des pertes notables de ventes et de la menace d'entrave sur les deux marchés géographiques

6.310. Dans les deux sous-sections précédentes, nous avons calculé les valeurs annualisées agrégées des effets défavorables sous la forme de pertes notables de ventes et d'une menace d'entrave. Pour obtenir le niveau maximal de suspension annuelle, nous additionnons donc ces deux valeurs comme suit⁵⁸⁴:

AEDTE annualisée^{en USD de 2015}

$$= \text{Menace d'entrave annualisée}^{\text{en USD de 2015}} + \text{Pertes de ventes annualisées}^{\text{en USD de 2015}} \quad 7)$$

6.311. La valeur annualisée totale des effets défavorables dont l'existence a été déterminée (AEDTE), exprimée en dollars EU de 2015, s'élève à 3 993 212 564 USD. Nous l'appellerons la valeur annualisée pour 2015.

6.5 Contre-mesures proportionnelles à la valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence a été déterminée

6.312. Nous avons déterminé plus haut dans la section 6.4.9.3 que la valeur annualisée pour 2015 était de 3 993 212 564 USD. Il est rappelé que l'Union européenne a demandé que nous ajustions la valeur annualisée pour 2015 en fonction de l'inflation depuis 2015 jusqu'en avril 2020 et que nous exprimions par conséquent le niveau de la suspension annuelle en dollars EU de 2020 (la valeur annualisée pour 2020). L'Union européenne a demandé aussi à être autorisée à ajuster la valeur annualisée pour 2020 en fonction de l'inflation qui existerait au cours des années futures, postérieures à 2020, pendant lesquelles elle appliquerait des contre-mesures.

6.313. Il est rappelé en outre que, conformément à l'article 7.10 de l'Accord SMC, le niveau maximal de la suspension annuelle doit être "proportionnel" à la valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée. Nous devons donc examiner si le niveau des contre-mesures

⁵⁸⁴ Nous prenons note de l'argument présenté plusieurs fois dans la présente procédure par les États-Unis (plus récemment dans leur réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphes 98 à 105), selon lequel les évaluations relatives à des constatations différentes concernant les effets défavorables (c'est-à-dire les pertes notables de ventes et les deux constatations de menace d'entrave) ne peuvent pas être simplement additionnées pour obtenir une valeur agrégée lorsque leurs périodes d'annualisation diffèrent. Les États-Unis font valoir que puisque les constatations de pertes notables de ventes et de menace d'entrave sont fondées sur un "phénomène économique unique", leur valeur totale devrait dans ce cas être une moyenne pondérée des "deux valeurs annuelles" pour les pertes de ventes et la menace d'entrave. Nous notons que les États-Unis fondent leur argument en l'espèce sur le fait que différents types de dommage (pertes de ventes et menace d'entrave) découlent de la même subvention. (États-Unis, réponse à la question n° 66 de l'Arbitre, paragraphe 101) Nous ne voyons pas pourquoi cela est pertinent dans le présent contexte. Ce que nous évaluons, ce n'est pas la subvention elle-même, mais deux formes distinctes de dommage qui en découlent, c'est-à-dire les pertes de ventes et la menace d'entrave. Les livraisons que nous évaluons pour chacune découlent de commandes de LCA différentes, c'est-à-dire qui ne se chevauchent pas. Nous ne voyons pas non plus pourquoi le choix de périodes d'annualisation devrait influencer sur ces considérations. L'annualisation uniformise la durée des périodes sur lesquelles les différentes constatations ont été évaluées à un an. Bien que l'annualisation conduise mathématiquement au départ à des dénominateurs différenciés, nous notons que nous réduisons les fractions au dénominateur commun de un avant de les additionner. Étant donné le dénominateur commun et la reformulation de toutes les valeurs sur une base monétaire commune, nous ne voyons pas pourquoi nous ne pouvons pas agréger les valeurs en les additionnant. Par conséquent, nous rejetons l'argument des États-Unis.

proposé par l'Union européenne est "proportionnel" à la valeur annualisée pour 2015 des effets défavorables que nous avons calculée.

6.314. Nous traitons ces deux questions – l'ajustement demandé en fonction de l'inflation jusqu'en 2020 et au-delà, et la valeur annualisée pour 2015 "proportionnelle" – dans les sections suivantes.

6.5.1 Ajustement de la valeur annualisée des effets défavorables dont l'existence a été déterminée en fonction de l'inflation en dollars d'avril 2020 et pour les années futures pendant lesquelles des contre-mesures seront appliquées

6.315. L'Union européenne a proposé dans sa note méthodologique de calculer une "valeur actuelle" des effets défavorables dont l'existence avait été déterminée en ajustant les prix à la date de livraison (de toutes les livraisons associées à des pertes notables de ventes et à une menace d'entrave) en fonction de l'inflation jusqu'en avril 2020, mois pendant lequel elle a dit s'attendre à ce que l'Arbitre rende sa décision.⁵⁸⁵ Elle a proposé cet ajustement "{p}our empêcher que l'inflation influe sur la valeur réelle des contre-mesures dues", notant qu'elle serait autorisée à imposer des contre-mesures plusieurs années après la fin de la période de mise en œuvre.⁵⁸⁶ Elle a effectué cet ajustement sur la base des variations relatives de la valeur de l'IILA, c'est-à-dire en multipliant les prix à la date de livraison par le quotient de l'IILA pour avril 2020 par l'IILA pour le mois de la livraison en cause. Cette valeur en dollars EU d'avril 2020 serait ensuite divisée par le nombre de mois de la période de référence et multipliée par 12 pour donner la valeur annualisée pour 2020.⁵⁸⁷

6.316. L'Union européenne a aussi affirmé que la valeur annualisée pour 2020 des effets défavorables devait être ajustée en fonction de l'inflation au cours de toutes les années ultérieures pendant lesquelles des contre-mesures pourraient être appliquées, dans l'hypothèse où "les États-Unis ne démontreraient pas ... qu'ils se sont mis en conformité".⁵⁸⁸ Elle a cherché à mettre en œuvre cet ajustement en fonction de l'inflation en multipliant la valeur annualisée pour 2020 par le quotient de l'IILA de l'année pendant laquelle les contre-mesures seraient imposées par l'IILA pour avril 2020.⁵⁸⁹

6.317. L'Union européenne a révisé par la suite certains aspects de sa méthode "en vue d'assurer la compatibilité entre les approches adoptées dans {l'arbitrage dans l'affaire DS316} et par {l'Arbitre} dans la présente procédure".⁵⁹⁰ En conséquence, et prenant acte du fait que l'Arbitre dans l'affaire DS316 avait rejeté les demandes des États-Unis visant à ce que la valeur annualisée des effets défavorables soit ajustée en fonction de l'inflation jusqu'au moment présent d'alors et pour les années futures, elle a expliqué qu'elle "ne proc{édait} plus à des ajustements temporels en fonction de l'inflation jusqu'en avril 2020" et "ne cherch{ait} plus à ajuster en fonction de l'inflation le niveau des contre-mesures pour le futur".⁵⁹¹

6.318. Dans leur communication écrite, les États-Unis n'ont pas spécifiquement formulé d'objection contre la détermination par l'Union européenne de la valeur annualisée pour 2020 des effets défavorables mais ils ont contesté l'utilisation à cette fin de l'IILA par l'Union européenne. Ils ont fait valoir que dans la mesure où cet ajustement en fonction de l'inflation servait à établir une valeur réelle équivalente au cours d'une année future, il ne devrait pas être effectué à l'aide de [[***]] mais plutôt à l'aide d'un indice des prix à la production propre au secteur de la construction des aéronefs civils.⁵⁹² Les arguments qu'ils soulèvent dans ce contexte sont les mêmes que ceux que nous avons examinés plus haut dans la section 6.4.7.2 s'agissant de la conversion des effets

⁵⁸⁵ Union européenne, note méthodologique, paragraphes 8, 78, 97, 104, 138 et 158 et note de bas de page 146. Dans sa note méthodologique, l'Union européenne a d'abord effectué un ajustement temporel afin d'exprimer les effets défavorables en dollars EU d'avril 2020, puis a converti ces effets défavorables sur une base annualisée. Dans sa communication écrite, toutefois, elle a actualisé sa méthode de calcul à plusieurs égards, y compris en inversant l'ordre dans lequel elle effectuait l'ajustement temporel et l'exercice d'annualisation. (Voir par exemple Union européenne, communication écrite, paragraphes 396 à 400.)

⁵⁸⁶ Union européenne, note méthodologique, paragraphe 82.

⁵⁸⁷ Union européenne, note méthodologique, paragraphes 97 à 103.

⁵⁸⁸ Union européenne, communication écrite, paragraphe 408 et note de bas de page 578 y relative; et note méthodologique, paragraphe 78 et notes de bas de page 143 et 146.

⁵⁸⁹ Union européenne, note méthodologique, note de bas de page 146.

⁵⁹⁰ Union européenne, communication écrite, paragraphe 394.

⁵⁹¹ Union européenne, réponse à la question n° 85 de l'Arbitre, paragraphe 458. Voir aussi la réponse aux questions de l'Arbitre n° 39, paragraphes 152 à 157; et n° 40, paragraphes 158 et 159.

⁵⁹² États-Unis, communication écrite, paragraphes 112 à 126.

défavorables sur une base commune en dollars EU de 2015. Il n'apparaît pas que les États-Unis aient répondu spécifiquement à la demande de l'Union européenne visant l'ajustement en fonction de l'inflation du niveau des contre-mesures pour chaque année future.

6.319. Les États-Unis ont révisé par la suite leur position concernant le caractère approprié des ajustements en fonction de l'inflation jusqu'en avril 2020 à la lumière de la décision de l'Arbitre dans l'affaire DS316 de ne pas procéder à de tels ajustements, et ils suggèrent maintenant que l'Arbitre suive ces indications.⁵⁹³ Ils s'appuient sur l'observation de l'Arbitre dans l'affaire DS316 selon laquelle un ajustement en fonction de l'inflation en vue de l'obtention d'une valeur actuelle n'était ni nécessaire pour préserver l'efficacité des contre-mesures que les États-Unis demandaient l'autorisation d'imposer ni conforme à l'absence de tels ajustements dans presque toutes les décisions arbitrales antérieures dans lesquelles une structure de contre-mesures semblable avait été adoptée.⁵⁹⁴

6.320. L'Arbitre note qu'en indiquant explicitement que sa méthode d'évaluation révisée ne prenait plus en compte l'inflation jusqu'au moment présent et à l'avenir, l'Union européenne a effectivement abandonné ses demandes visant à ce qu'il inclue ces étapes dans sa détermination du niveau maximal de la suspension annuelle. Nous ne voyons aucune raison de rejeter l'approche actualisée de l'évaluation proposée par l'Union européenne à cet égard. Nous jugeons cette approche particulièrement raisonnable dans les circonstances de la présente procédure, en ce sens qu'elle est conforme à la décision de l'Arbitre dans l'affaire DS316 de ne pas ajuster en fonction de l'inflation la valeur du niveau maximal de la suspension annuelle jusqu'au moment présent d'alors et pour chaque année future.⁵⁹⁵

6.321. En conséquence, nous décidons de ne pas ajuster le niveau maximal de la suspension annuelle en fonction de l'inflation jusqu'à aujourd'hui (2020) et au cours des années futures pendant lesquelles des contre-mesures pourront être appliquées.⁵⁹⁶

6.5.2 Valeur annualisée pour 2015 "proportionnelle"

6.322. Nous rappelons que nous avons calculé que la valeur annualisée pour 2015 (c'est-à-dire le niveau maximal de la suspension annuelle) était de 3 993 212 564 USD. Selon les calculs de l'Union européenne, la valeur annualisée pour 2015 est de 8 581 019 068 USD.⁵⁹⁷ Nous examinons donc si

⁵⁹³ États-Unis, réponse aux questions n° 38 et n° 39 de l'Arbitre, paragraphes 120 et 121.

⁵⁹⁴ États-Unis, réponse aux questions n° 38 et n° 39 de l'Arbitre paragraphe 120 (faisant référence à la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.512 et 6.513). Les États-Unis estiment que les mêmes considérations relatives au caractère approprié des ajustements en fonction de l'inflation jusqu'en avril 2020 s'appliquent avec la même force en l'espèce. Par conséquent, du fait qu'aucun facteur pertinent ne distingue le présent différend de l'arbitrage dans l'affaire DS316 sur cette question, ils affirment que l'Arbitre peut adopter la même approche.

⁵⁹⁵ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.514 et 6.522. Nous notons que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a, au moins en partie, établi sa décision eu égard à la pratique des arbitres antérieurs. (*Ibid.*, paragraphe 6.512)

⁵⁹⁶ De plus, nous mettrions en question l'argument de l'Union européenne selon lequel l'IILA serait l'indice d'inflation approprié à utiliser. Ainsi qu'il est indiqué plus haut dans la section 6.1, l'IILA est un indice que l'Union européenne a compilé sur la base des taux de révision contractuels d'Airbus représentant les variations *[[***]]* des coûts de la main-d'œuvre et du matériel résultant de l'inflation et d'autres changements économiques. (Union européenne, note méthodologique, paragraphe 101) Par conséquent, l'IILA est lié spécifiquement au point de vue d'Airbus. Cependant, ainsi que l'Arbitre dans l'affaire DS316 l'a observé, la valeur qui aurait dû être préservée d'une érosion due à l'inflation est la valeur des contre-mesures, qui pourront, en l'espèce, être imposées par l'Union européenne sur une gamme potentiellement vaste de biens et/ou de services importés des États-Unis.

⁵⁹⁷ Nous notons qu'au cours de la procédure, l'Union européenne a présenté plusieurs autres méthodes de calcul du niveau de la suspension annuelle donnant lieu à différents niveaux de suspension annuelle. (Voir plus haut la note de bas de page 123.) Plus récemment, et à la demande de l'Arbitre, l'Union européenne a proposé une méthode dans laquelle elle utilisait une approche centrée sur les commandes pour calculer la valeur des pertes notables de ventes et une approche centrée sur les livraisons (c'est-à-dire une approche de la "menace d'entrave") pour calculer la valeur de la menace d'entrave (voir plus haut la section 6.4.5.3.3). Sur la base de cette approche, elle a calculé que la valeur annualisée pour 2015 était de *[[***]]* USD (à l'exclusion de la valeur des effets défavorables liés à la R&D pour 2004-2006). (Voir 2RPQ valuation of single-aisle lost sales – Airbus delivery schedules (pièce EU-85 (RCES)); et 2RPQ valuation of single-aisle threat of impedance – Airbus delivery schedules (pièce EU-77 (RCES)).) Nous notons par conséquent que, dans la présente sous-section, même si nous devions utiliser la valeur de *[[***]]* USD au lieu de la valeur de 8 581 019 068 USD, notre conclusion concernant la valeur annualisée pour 2015 "proportionnelle" serait la même.

la valeur de 8 581 019 068 USD calculée par l'Union européenne peut être considérée comme "proportionnelle" à la valeur annualisée pour 2015 des effets défavorables que nous avons calculée.

6.323. L'expression "proportionnelles au" au sens de 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.⁵⁹⁸ Toutefois, l'Union européenne ne demande pas à être autorisée à prendre des contre-mesures sous la forme d'un niveau maximal de suspension annuelle supérieur à la valeur annualisée des effets défavorables (et nous ne voyons aucune raison qui justifierait de le faire dans les circonstances de la présente procédure). Nous observons en outre que la valeur annualisée pour 2015 des effets défavorables que nous avons calculée (soit 3 993 212 564 USD) est notablement inférieure à la valeur de la suspension annuelle pour 2015 proposée par l'Union européenne (soit 8 581 019 068 USD), valeur dont nous avons déterminé dans la présente décision qu'elle avait été obtenue par une méthode parfois erronée. 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 3 993 212 564 USD à 8 581 019 068 USD dépasserait, selon nous, de loin tout degré admissible de divergence. Par conséquent, nous ne pouvons pas accepter le chiffre de 8 581 019 068 USD en tant que valeur annualisée pour 2015 "proportionnelle".⁵⁹⁹

6.324. Nous ne voyons donc ni la nécessité ni une raison justifiant, dans les circonstances particulières de la présente procédure, d'établir la valeur de la suspension annuelle pour 2015 à un niveau supérieur à la valeur annualisée pour 2015 des effets défavorables que nous avons établie. En conséquence, nous déterminons que la valeur annualisée pour 2015 "proportionnelle", et donc le niveau maximal de la suspension annuelle, est de 3 993 212 564 USD.

7 ALLÉGATION DES ÉTATS-UNIS CONCERNANT LES PRINCIPES ET PROCÉDURES ÉNONCÉS À L'ARTICLE 22:3 DU MÉMORANDUM D'ACCORD (RÉTORSION CROISÉE)

7.1. Il est rappelé que l'Union européenne demande l'autorisation de prendre des contre-mesures au titre du GATT de 1994 et de l'Accord SMC, ainsi que de l'AGCS.⁶⁰⁰ Dans sa demande, l'Union européenne indique qu'il n'est ni possible ni efficace pour elle de suspendre des concessions ou d'autres obligations uniquement dans le secteur des marchandises pour une valeur pouvant aller jusqu'à 12 000 millions d'USD environ. Sa demande indique aussi qu'étant donné le degré et la nature des effets défavorables et du préjudice grave, les circonstances sont "suffisamment graves" au sens de l'article 22:3 c) du Mémoire d'accord.⁶⁰¹ L'Union européenne demande donc l'autorisation d'imposer des contre-mesures consistant en une ou plusieurs des mesures suivantes:

- a. suspension de concessions tarifaires et d'autres obligations connexes au titre du GATT de 1994 pour une liste de produits des États-Unis à établir en temps utile;
- b. suspension de concessions et d'autres obligations au titre de l'Accord SMC; et
- c. au titre de l'AGCS, suspension d'engagements horizontaux ou sectoriels énoncés dans la Liste codifiée d'engagements spécifiques de l'UE, complétée par l'incorporation des

⁵⁹⁸ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 5.4 (mentionnant la décision de l'Arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, paragraphes 4.35 à 4.39). Voir aussi plus haut la section 6.4.5.1.

⁵⁹⁹ Voir la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.505 à 6.509 (tranchant la même question de la même manière).

⁶⁰⁰ Voir plus haut le paragraphe 1.20.

⁶⁰¹ L'article 22.3 c) du Mémoire d'accord 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.

différentes Listes d'engagements spécifiques de ses États membres, en ce qui concerne tous les secteurs principaux identifiés dans la Classification sectorielle des services.⁶⁰²

7.2. En réponse, les États-Unis ont allégué que l'Union européenne n'avait pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 au moment de déterminer quelles contre-mesures prendre.⁶⁰³ Ils se sont donc réservés le droit de présenter à l'Arbitre une allégation selon laquelle l'Union européenne n'avait pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3. C'est aux États-Unis qu'il incombe d'établir *prima facie* que l'Union européenne n'a pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3.⁶⁰⁴

7.3. Les États-Unis n'ont pas avancé une telle allégation au titre de l'article 22:3 dans leur communication écrite ou leur déclaration orale. Étant donné qu'ils n'ont pas maintenu leur 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.⁶⁰⁵ Nous considérons donc 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.⁶⁰⁶ Par conséquent, il n'a pas été démontré que la demande de rétorsion croisée de l'Union européenne était incompatible avec l'article 22:3 c) du Mémoire d'accord.

8 CONCLUSION

8.1. 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 aura été déterminée" s'élève à 3 993 212 564 USD par an; et
- b. s'agissant de l'article 22:3 du Mémoire d'accord, les États-Unis n'ont pas démontré que l'Union européenne n'avait 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 de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans le commerce des marchandises et que les circonstances étaient suffisamment graves.

8.2. L'Union européenne peut donc demander à l'ORD l'autorisation de prendre des contre-mesures à l'égard des États-Unis pour un montant ne dépassant pas, au total, 3 993 212 564 USD par an. Ces contre-mesures pourront prendre les formes énumérées aux points 1) à 3) de l'avant-dernier paragraphe du document WT/DS353/17, qui sont également mentionnées plus haut au paragraphe 7.1 a) à c).

⁶⁰² Recours de l'Union européenne à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et aux articles 4.10 et 7.9 de l'Accord SMC, WT/DS353/17.

⁶⁰³ Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS353/19.

⁶⁰⁴ Décisions de l'Arbitre dans les affaires *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), paragraphe 7.3; *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.

⁶⁰⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 157.

⁶⁰⁶ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), paragraphe 7.5.