



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

Addendum

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

Le présent addendum contient les annexes A à C de la décision de l'Arbitre distribué sous la cote WT/DS353/ARB.

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

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 A-1

PROCÉDURES DE TRAVAIL DE L'ARBITRE

Adoptées le 8 juillet 2019

Généralités

1. 1) Dans la présente procédure, l'Arbitre suivra les dispositions pertinentes du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémorandum d'accord). En outre, les procédures de travail ci-après sont d'application.
- 2) L'Arbitre se réserve le droit de modifier les présentes procédures selon qu'il sera nécessaire, après consultation des parties.

Confidentialité

2. 1) Les délibérations de l'Arbitre et les documents qui lui auront été soumis resteront confidentiels. Les Membres traiteront comme confidentiels les renseignements qui auront été communiqués à l'Arbitre par un autre Membre et que ce Membre aura désignés comme tels.
- 2) Aucune disposition du Mémorandum d'accord ou des présentes procédures de travail n'empêchera une partie de communiquer au public ses propres positions.
- 3) Si une partie présente à l'Arbitre une version confidentielle de ses communications écrites, elle fournira aussi, si un Membre le demande, un résumé non confidentiel des renseignements contenus dans ses communications qui peuvent être communiqués au public.
- 4) Les parties traiteront les renseignements commerciaux confidentiels et les renseignements commerciaux extrêmement sensibles conformément aux procédures énoncées dans les procédures de travail additionnelles de l'Arbitre concernant les renseignements commerciaux confidentiels et les renseignements commerciaux extrêmement sensibles.

Communications

3. 1) Avant la réunion de fond de l'Arbitre avec les parties, l'Union européenne présentera à l'Arbitre et aux États-Unis une communication expliquant le fondement de sa demande, y compris la méthode et les données sur lesquelles elle repose, conformément au calendrier adopté par l'Arbitre.
- 2) Chaque partie au différend présentera aussi à l'Arbitre une communication écrite dans laquelle elle exposera les faits de la cause et ses arguments, conformément au calendrier adopté par l'Arbitre.
- a. Pour faciliter le déroulement efficace de la présente procédure, les communications écrites visées dans le calendrier de l'Arbitre (communication écrite de l'Union européenne expliquant le fondement de sa demande (Note méthodologique), communication écrite des États-Unis et communication écrite de l'Union européenne) ne dépasseront pas 125 pages (interligne simple, taille de police 10) ou 160 pages (interligne simple, taille de police 12) chacune. Cette limite n'inclut pas les pièces accompagnant les communications écrites.
- b. L'Arbitre pourra autoriser un dépassement de ce nombre de pages maximal à la demande d'une partie. La partie présentera une telle demande conformément aux procédures pour la signification des documents énoncées au paragraphe 21 ci-dessous et au plus tard sept jours (une semaine civile) avant la date limite de dépôt de la communication en cause. La demande indiquera le nombre de pages supplémentaires demandé par la partie pour la

communication en cause et expliquera les circonstances qui, selon elle, justifient que le nombre de pages maximal soit dépassé du nombre de pages spécifié. L'Arbitre se prononcera sur une telle demande dans les moindres délais.

- 3) L'Arbitre pourra inviter les parties à présenter des communications additionnelles au cours de la procédure, y compris en ce qui concerne des demandes de décisions préliminaires conformément au paragraphe 4 ci-dessous.

Décisions préliminaires

4. 1) Si l'une ou l'autre partie estime que l'Arbitre devrait, avant de rendre sa décision arbitrale, rendre une décision selon laquelle certaines questions ne lui sont pas soumises à bon droit, la procédure suivante s'appliquera. Des exceptions à la présente procédure seront autorisées sur exposé de raisons valables.
- a. Une partie présentera toute demande de décision préliminaire le plus tôt possible. L'autre partie présentera sa réponse à la demande à un moment qui sera déterminé par l'Arbitre compte tenu de la demande.
- b. L'Arbitre pourra rendre une décision préliminaire sur les questions soulevées dans une telle demande de décision préliminaire avant, pendant ou après la réunion de fond, ou il pourra différer une décision sur ces questions jusqu'à ce qu'il remette sa décision arbitrale aux parties.
- c. Au cas où l'Arbitre jugerait approprié de rendre une décision préliminaire avant de rendre sa décision arbitrale, il pourra exposer les raisons de sa décision préliminaire au moment où il la rendra ou ultérieurement, dans sa décision arbitrale.
- 2) Cette procédure est sans préjudice du droit des parties de demander d'autres types de décisions préliminaires ou procédurales au cours de la procédure, et des procédures que l'Arbitre pourra suivre en ce qui concerne de telles demandes.

Éléments de preuve

5. 1) Chaque partie présentera tous les éléments de preuve à l'Arbitre au plus tard à la réunion de fond, à l'exception des éléments de preuve nécessaires aux fins de la réfutation, ou des éléments de preuve nécessaires pour les réponses aux questions ou les observations concernant les réponses données par l'autre partie. D'autres exceptions pourront être autorisées sur exposé de raisons valables.
- 2) Si de quelconques éléments de preuve nouveaux ont été admis sur exposé de raisons valables, l'Arbitre accordera à l'autre partie un délai approprié pour formuler des observations sur les éléments de preuve nouveaux présentés.
6. 1) Dans les cas où la langue originale d'une pièce ou d'une partie de celle-ci n'est pas une langue de travail de l'OMC, la partie qui la présente en produira simultanément une traduction dans la langue de travail de l'OMC dans laquelle elle aura rédigé la communication. L'Arbitre pourra accorder des prorogations de délai raisonnables pour la traduction des pièces sur exposé de raisons valables.
- 2) Toute objection concernant l'exactitude d'une traduction devrait être présentée par écrit dans les moindres délais, de préférence au plus tard à la date du dépôt de documents ou de la réunion (la première de ces dates étant retenue) suivant la présentation de la communication qui contient la traduction en question. L'objection sera accompagnée d'une explication détaillée des motifs qui la justifient et d'une autre traduction.
7. 1) Afin de faciliter la tenue du dossier du différend et d'assurer la plus grande clarté possible des communications, chaque partie numérotera ses pièces par ordre chronologique tout au long du différend, en indiquant le nom du Membre présentant la pièce et le numéro de chaque pièce sur sa page de couverture. Les pièces présentées par l'Union européenne devraient être numérotées EU-1, EU-2, etc. Les pièces présentées par les États-Unis devraient

être numérotées USA-1, USA-2, etc. Si la dernière pièce se rapportant à une communication était la pièce XXX-5, la première pièce se rapportant à la communication suivante serait donc la pièce XXX-6.

2) Chaque partie joindra une liste actualisée des pièces (en format Word ou Excel) à chacune de ses communications, déclarations orales et réponses aux questions.

3) Si une partie présente un document qui a déjà été communiqué en tant que pièce par l'autre partie, elle devrait expliquer pourquoi elle le présente à nouveau.

4) Dans la mesure où une partie estime que l'Arbitre devrait prendre en compte un document déjà communiqué en tant que pièce dans la procédure du Groupe spécial antérieure, elle devrait présenter à nouveau ce document en tant que pièce aux fins de la présente procédure. Dans sa liste de pièces, elle devrait indiquer le numéro de la pièce initiale dans la procédure du Groupe spécial initial (OP) ou dans la procédure du Groupe spécial au titre de l'article 21:5 (CP), s'il y a lieu (par exemple: XXX-1 (XXX-21-OP), XXX-2 (XXX-11-CP)).

Guide de rédaction

8. Afin de faciliter les travaux de l'Arbitre, chaque partie est invitée à présenter ses communications conformément à l'Editorial Guide for Submissions de l'OMC (copie électronique fournie).

Questions

9. L'Arbitre pourra poser des questions aux parties à tout moment au cours de la procédure, y compris:

- a. en envoyant une liste de questions écrites avant la réunion, ou une liste de sujets qu'il entend aborder dans le cadre des questions orales pendant la réunion. Il pourra poser des questions différentes ou additionnelles à la réunion; et
- b. en posant des questions aux parties oralement pendant la réunion et par écrit après la réunion, comme prévu au paragraphe 16 ci-après.

Réunion de fond

10. L'Arbitre mènera ses délibérations internes en séance privée. Il pourra ouvrir au public sa réunion de fond avec les parties, à la condition qu'il adopte des procédures appropriées après avoir consulté les parties.

11. Les parties n'assisteront aux réunions que lorsque l'Arbitre les y invitera.

12. 1) Chaque partie a le droit de déterminer la composition de sa propre délégation pour la réunion avec l'Arbitre.

2) Chaque partie sera responsable de tous les membres de sa délégation et s'assurera que chaque membre de sa délégation agit conformément au Mémoire d'accord et aux présentes procédures de travail, en particulier en ce qui concerne la confidentialité de la procédure et des communications des parties.

13. Chaque partie fournira à l'Arbitre et à l'autre partie la liste des membres de sa délégation au plus tard à 17 heures (heure de Genève) trois jours ouvrables avant le premier jour de la réunion avec l'Arbitre.

14. Toute demande de services d'interprétation d'une partie devrait être présentée à l'Arbitre le plus tôt possible, de préférence lors de la phase d'organisation, afin qu'il ait suffisamment de temps pour faire en sorte que des interprètes soient disponibles.

15. Il y aura une réunion de fond avec les parties.

16. La réunion de fond de l'Arbitre avec les parties se déroulera de la manière suivante:
- a. L'Arbitre invitera les États-Unis à faire une déclaration liminaire pour présenter leur argumentation en premier. Puis il invitera l'Union européenne à présenter son point de vue. Avant de prendre la parole, chaque partie fournira à l'Arbitre et à l'autre partie une version écrite provisoire de sa déclaration. Si des services d'interprétation sont nécessaires, chaque partie en fournira des copies additionnelles pour les interprètes.
 - b. À l'issue des déclarations liminaires, l'Arbitre ménagera à chaque partie la possibilité de faire des observations ou de poser des questions à l'autre partie.
 - c. L'Arbitre pourra ensuite poser des questions aux parties.
 - d. À l'issue des questions, l'Arbitre ménagera à chaque partie la possibilité de faire une brève déclaration finale, les États-Unis faisant la leur en premier. Avant de prendre la parole, chaque partie fournira à l'Arbitre et à l'autre partie à la réunion une version écrite provisoire de sa déclaration finale, si elle est disponible.
 - e. Après la réunion:
 - i. Chaque partie communiquera la version écrite finale de sa déclaration liminaire au plus tard à 17 heures (heure de Genève) le premier jour ouvrable suivant la réunion. En même temps, chaque partie devrait aussi communiquer la version écrite finale de toute déclaration finale préparée qu'elle aura faite à la réunion.
 - ii. Chaque partie adressera par écrit à l'autre partie, dans le délai fixé par l'Arbitre avant la fin de la réunion, toutes questions auxquelles elle souhaite qu'il soit répondu par écrit.
 - iii. L'Arbitre adressera par écrit aux parties, dans le délai qu'il fixera avant la fin de la réunion, toutes questions auxquelles il souhaite qu'il soit répondu par écrit.
 - iv. Chaque partie répondra par écrit aux questions de l'Arbitre et à toutes questions posées par l'autre partie, dans le délai fixé par l'Arbitre avant la fin de la réunion.

Partie descriptive et résumés analytiques

17. La description des arguments des parties dans la décision de l'Arbitre reprendra les résumés analytiques fournis par les parties, qui seront annexés en tant qu'addenda à la décision. Ces résumés analytiques ne remplaceront en aucun cas les communications des parties dans l'examen de l'affaire par l'Arbitre.

18. Chaque partie présentera un résumé analytique intégré, qui résumera les faits et arguments présentés à l'Arbitre dans ses communications et déclarations et, si possible, dans ses réponses et ses observations concernant les questions posées après la réunion de fond.

19. Chaque résumé analytique intégré comportera au plus 15 pages.

20. L'Arbitre pourra demander aux parties de fournir des résumés analytiques des faits et arguments qu'elles lui auront présentés dans toute autre communication pour laquelle une date limite pourra ne pas être spécifiée dans le calendrier.

Signification des documents

21. Les procédures suivantes concernant la signification des documents s'appliquent à tous les documents communiqués par les parties au cours de la procédure (y compris les pièces):

- a. Chaque partie soumettra tous les documents à l'Arbitre en les communiquant au greffe du règlement des différends (bureau n° 2047).

- b. Chaque partie communiquera une (1) copie papier de tous les documents qu'elle soumet à l'Arbitre avant 17 heures (heure de Genève) aux dates fixées par l'Arbitre. Le greffe du règlement des différends tamponnera sur les documents la date et l'heure de leur communication. La version papier communiquée au greffe du règlement des différends constituera la version officielle aux fins des délais de communication et du dossier du différend.
- c. Chaque partie fournira également au greffe du règlement des différends, en même temps que les versions papier, deux CD-ROM ou deux DVD, contenant chacun une copie électronique de tous les documents qu'elle soumet à l'Arbitre, de préférence à la fois en format Microsoft Word et en format PDF.
- d. En outre, chaque partie est invitée à communiquer tous les documents par le biais du greffe numérique du règlement des différends (GNRD) dans les 24 heures suivant la date limite pour la communication des versions papier. Si les parties ont des questions ou des problèmes techniques concernant le GNRD, elles sont invitées à consulter le guide de l'utilisateur du GNRD (copie électronique fournie) ou à contacter le greffe du règlement des différends à l'adresse DSRegistry@wto.org.
- e. Chaque partie signifiera tout document soumis à l'Arbitre directement à l'autre partie. Une partie pourra communiquer ses documents à une autre partie sur CD-ROM ou DVD uniquement, à moins que la partie destinataire n'ait au préalable demandé une copie papier. Chaque partie confirmera par écrit que des copies ont été signifiées aux parties, selon qu'il sera approprié, au moment où elle fournira chaque document à l'Arbitre.
- f. Chaque partie communiquera ses documents au greffe du règlement des différends et en signifiera des copies à l'autre partie avant 17 heures (heure de Genève) aux dates fixées par l'Arbitre.
- g. Toutes les communications adressées par l'Arbitre aux parties le seront par courriel.

Correction d'erreurs d'écriture dans les communications

22. L'Arbitre pourra accorder à une partie l'autorisation de corriger des erreurs d'écriture dans n'importe laquelle de ses communications (y compris la numérotation des paragraphes et les erreurs typographiques). Toute demande à cette fin devrait indiquer la nature des erreurs à corriger et être présentée dans les moindres délais après le dépôt de la communication en question.

ANNEXE A-2

PROCÉDURES DE TRAVAIL ADDITIONNELLES POUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS COMMERCIAUX CONFIDENTIELS ET DES RENSEIGNEMENTS COMMERCIAUX EXTRÊMEMENT SENSIBLES ("PROCÉDURES RCC/RCES")

Adoptées le 8 juillet 2019 et modifiées le 9 octobre 2020

I. GÉNÉRALITÉS

Les procédures ci-après s'appliquent à tous les renseignements commerciaux confidentiels ("RCC") et renseignements commerciaux extrêmement sensibles ("RCES") figurant dans le dossier de l'arbitrage. Elles ne diminuent pas les droits et obligations des parties de demander et divulguer tous renseignements, ou d'en préserver la confidentialité, au titre de l'Accord SMC¹ ou du Mémoire d'accord.²

II. DÉFINITIONS

Aux fins des présentes procédures:

1. Les termes "**personnes habilitées**" s'entendent des représentants ou conseillers extérieurs d'une partie, lorsqu'ils sont désignés conformément aux présentes procédures.
2. Le terme "**Arbitre**" s'entend de l'Arbitre au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord dans l'affaire DS353.
3. Les termes "**renseignements commerciaux confidentiels**" ou "**RCC**" s'entendent de tous renseignements commerciaux, qu'ils figurent ou non dans un document fourni par un organisme public ou privé, qu'une partie a "désignés comme RCC" parce qu'ils ne sont pas par ailleurs disponibles dans le domaine public et que leur divulgation pourrait, de l'avis de la partie, faire du tort à ceux de qui ils émanent. Chaque partie agira de bonne foi et fera preuve de modération pour ce qui est de désigner des renseignements comme RCC et s'efforcera de désigner des renseignements comme RCC uniquement si leur divulgation faisait du tort à ceux dont ils émanent.
4. Les termes "**achèvement de la procédure d'arbitrage**" s'entendent de celui des événements ci-après qui se produit en premier:
 - a) la décision de l'Arbitre est distribuée; ou
 - b) conformément à l'article 3:6 du Mémoire d'accord, une solution mutuellement satisfaisante est notifiée à l'ORD.
5. L'expression "**désignés comme RCC**" s'entend:
 - a) pour les renseignements imprimés, du texte qui est placé entre des crochets en caractère gras dans un document sur lequel apparaissent clairement la mention "RENSEIGNEMENTS COMMERCIAUX CONFIDENTIELS" et le nom de la partie qui a communiqué les renseignements;
 - b) pour les renseignements électroniques, des caractères qui sont placés entre des crochets en caractère gras (ou avec un en-tête placé entre des crochets en caractère gras sur chaque page) dans un fichier électronique qui porte la mention "RENSEIGNEMENTS COMMERCIAUX CONFIDENTIELS", a un nom de fichier qui contient les lettres "RCC", et est conservé sur un support de mise en mémoire avec une étiquette portant la mention "RENSEIGNEMENTS COMMERCIAUX CONFIDENTIELS" et indiquant le nom de la partie qui a communiqué les renseignements; et

¹ Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("Accord SMC").

² Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémoire d'accord").

- c) pour les renseignements communiqués oralement, ceux que l'intervenant a déclaré être des "renseignements commerciaux confidentiels" avant de les communiquer.³
- d) Au cas où l'une ou l'autre des parties ferait objection à la désignation de renseignements comme RCC au titre des alinéas 5 a) à c), le différend sera réglé par l'Arbitre. Si l'Arbitre conteste la désignation de renseignements comme RCC, la partie qui les aura communiqués pourra soit les désigner comme non-RCC soit les retirer. En cas de retrait, l'Arbitre soit détruira ces renseignements soit les restituera à la partie qui les aura communiqués. Chaque partie pourra à tout moment désigner comme non-RCC des renseignements qu'elle avait auparavant désignés comme RCC.

Le présent paragraphe s'appliquera à toutes les communications, y compris les pièces, présentées par une partie.

6. L'expression "**désignés comme RCES**" s'entend:

- a) pour les renseignements imprimés, du texte qui est placé entre des crochets doubles en caractères gras dans un document sur lequel apparaissent clairement la mention "RENSEIGNEMENTS COMMERCIAUX EXTRÊMEMENT SENSIBLES" et le nom de la partie qui a communiqué les renseignements;
- b) pour les renseignements électroniques, des caractères qui sont placés entre des crochets doubles en caractère gras (ou avec un en-tête placé entre des crochets doubles en caractère gras sur chaque page) dans un fichier électronique qui porte la mention "RENSEIGNEMENTS COMMERCIAUX EXTRÊMEMENT SENSIBLES", a un nom de fichier qui contient les lettres "RCES" et est conservé sur un support de mise en mémoire avec une étiquette portant la mention "RENSEIGNEMENTS COMMERCIAUX EXTRÊMEMENT SENSIBLES" et indiquant le nom de la partie qui a communiqué les renseignements; et
- c) pour les renseignements communiqués oralement, ceux que l'intervenant a déclaré être des "renseignements commerciaux extrêmement sensibles" avant de les communiquer.⁴

Le présent paragraphe s'appliquera à toutes les communications, y compris les pièces, présentées par une partie.

7. Les termes "**renseignements électroniques**" s'entendent de tous renseignements conservés sous une forme électronique (y compris, mais pas exclusivement, les renseignements codés en binaire).

8. Les termes "**renseignements commerciaux extrêmement sensibles**" ou "**RCES**" s'entendent de tous renseignements commerciaux, qu'ils figurent ou non dans un document fourni par un organisme public ou privé, qu'une partie a "désignés comme RCES" parce qu'ils ne sont pas par ailleurs disponibles dans le domaine public et que leur divulgation pourrait, de l'avis de la partie, causer un tort exceptionnel à ceux dont ils émanent. Chaque partie agira de bonne foi et fera preuve de la plus grande modération pour ce qui est de désigner des renseignements comme RCES. Chaque partie pourra à tout moment désigner comme non-RCC/RCES ou comme RCC des renseignements qu'elle avait auparavant désignés comme RCES.

- a) Les catégories de renseignements suivantes pourront être désignées comme RCES:
 - i) renseignements indiquant le prix de vente ou d'offre effectif des produits ou services⁵ de tout constructeur d'aéronefs civils gros porteurs (LCA) et, exception

³ Si un intervenant omet par erreur de faire une telle déclaration préalable, cette omission n'affectera pas la désignation des RCC en question.

⁴ Si un intervenant omet par erreur de faire une telle déclaration préalable, cette omission n'affectera pas la désignation des RCES en question.

⁵ Cette catégorie comprend (mais pas exclusivement) les renseignements sur les prix des LCA pris individuellement, les prix par siège ou les renseignements permettant de déterminer, de calculer ou de prendre en considération le coût d'exploitation par siège d'un LCA; les prix négociés ou offerts pour la cellule de l'aéronef; toutes les concessions offertes ou convenues par un constructeur de LCA, y compris le financement,

faite de ce qui est prévu à l'alinéa 8 d) i) ci-après, tous graphiques ou autre représentation des données qui reflètent le mouvement des prix, les tendances en matière de fixation des prix ou les prix effectifs d'un modèle de LCA ou d'une famille de LCA;

- ii) renseignements collectés ou fournis dans le cadre de campagnes de vente de LCA;
 - iii) renseignements concernant les prévisions commerciales, analyses, plans d'action et déterminations de la valeur actionnariale/patrimoniale établis par des constructeurs de LCA, des consultants, des banques d'investissement ou la Banque européenne d'investissement, pour les produits LCA; ou
 - iv) renseignements concernant les coûts de production d'un constructeur de LCA, y compris, mais pas exclusivement, les données relatives à la fixation des prix par les fournisseurs.
- b) Chaque partie pourra également désigner comme RCES d'autres catégories de renseignements commerciaux qui ne sont pas par ailleurs disponibles dans le domaine public et dont la divulgation pourrait, de l'avis de la partie, causer un tort exceptionnel à ceux dont ils émanent.
- c) Chaque partie désignera comme RCES tous renseignements visés à l'alinéa 8 a) qui concernent des LCA fabriqués par un constructeur de LCA dont le siège relève de la juridiction territoriale de l'une ou l'autre des parties.
- d) Les catégories de renseignements suivantes ne pourront pas être désignées comme RCES:
- i) données agrégées relatives à la fixation des prix pour un modèle particulier de LCA ou une famille particulière de LCA sur un marché particulier qui sont indexées (c'est-à-dire ne reflètent pas les prix effectifs, mais plutôt les mouvements des prix à partir d'une base de 100 pour une année particulière). Ces données seront traitées comme des RCC;
 - ii) conclusions juridiques générales fondées sur des RCES (établissant, par exemple, que les RCES démontrent qu'un constructeur pratique la sous-cotation des prix). Ces conclusions ne seront traitées ni comme des RCC ni comme des RCES;
 - iii) contrats pour l'octroi d'une aide au lancement ou d'un investissement de lancement remboursable et documents d'évaluation des projets y relatifs, autres que les renseignements visés à l'alinéa 8 a);
 - iv) modalités et conditions des prêts, autres que les renseignements visés à l'alinéa 8 a); et
 - v) accords intergouvernementaux et décisions des pouvoirs publics, autres que les renseignements visés à l'alinéa 8 a).
- e) Des renseignements ne pourront pas être désignés comme RCES simplement parce qu'ils sont soumis au secret bancaire ou à la règle de confidentialité bancaire/client.
- f) Au cas où l'une ou l'autre des parties ferait objection à la désignation de renseignements comme RCES au titre du paragraphe 8 a) à e), le différend sera réglé par l'Arbitre. Si l'Arbitre conteste la désignation de renseignements comme RCES, la partie qui les aura communiqués pourra soit les désigner comme RCC ou comme non-RCC/RCES soit les

les pièces détachées, la maintenance, la formation des pilotes, la valeur des actifs et autres garanties, les options de rachat, les arrangements en matière de recommercialisation ou autres formes de soutien du crédit. Cette catégorie comprendra également les renseignements sur la fixation des prix effectifs relatifs à un nombre quelconque d'offres et de prix concernant les LCA pris individuellement (y compris les concessions) agrégés par modèle ou autre catégorie.

retirer. En cas de retrait, l'Arbitre soit détruira ces renseignements soit les restituera à la partie qui les aura communiqués. Chaque partie pourra à tout moment désigner comme non-RCC/RCES ou comme RCC des renseignements qu'elle avait auparavant désignés comme RCES.

9. Les termes "**personnes habilitées RCES**" s'entendent des personnes habilitées expressément désignées par les parties comme ayant le droit d'accéder aux RCES (selon les procédures énoncées à la section IV).

10. Les termes "**emplacement RCES**" s'entendent d'une salle devant être fermée à clé quand elle n'est pas occupée et à laquelle seules pourront accéder les personnes habilitées RCES, située:

- a) pour les RCES communiqués par les États-Unis, dans les locaux i) de la Mission des États-Unis auprès de l'Union européenne à Bruxelles et ii) du Bureau du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à Washington, D.C.;
- b) pour les RCES communiqués par l'Union européenne, dans les locaux i) de la délégation de l'Union européenne auprès des États-Unis à Washington, D.C. et ii) de la Direction générale du commerce de la Commission européenne à Bruxelles.

11. Les termes "**CD verrouillé**" s'entendent d'un CD-ROM qui n'est pas réinscriptible.

12. Les termes "**conseiller extérieur**" s'entendent d'un conseil juridique ou d'un autre conseiller d'une partie, qui:

- a) conseille une partie au cours du différend;
- b) n'est pas un employé, un administrateur ou un agent d'une entité ni d'une filiale d'une entité construisant des LCA, assurant des approvisionnements à une entité construisant des LCA ou fournissant des services de transport aérien; et
- c) est assujetti à un code de conduite professionnelle exécutoire qui comporte une obligation de protéger les renseignements confidentiels, ou a été engagé par un autre conseiller extérieur qui est chargé d'assurer la conformité aux présentes procédures et est assujetti à un tel code de conduite professionnelle.

Aux fins du présent paragraphe, un conseil juridique extérieur représentant un constructeur de LCA dont le siège est sur le territoire d'une des parties dans le cadre de la présente procédure ou des consultants extérieurs qui ont été engagés par un tel conseil pour donner des avis en ce qui concerne la présente procédure ne sont pas considérés comme des agents d'une entité visés à l'alinéa b).

13. Le terme "**partie**" s'entend de l'Union européenne ou des États-Unis.

14. Les termes "**RCC-partie**" s'entendent des RCC communiqués initialement par une partie.

15. Le terme "**représentant**" s'entend d'un employé d'une partie.

16. Les termes "**ordinateur portable scellé**" s'entendent d'un ordinateur portable ayant les caractéristiques (logiciel et progiciel) jugées nécessaires par la partie qui communique des RCES pour en assurer la protection, à condition qu'il soit équipé d'un logiciel permettant la recherche et l'impression de ces RCES conformément aux dispositions de la section VI. Par contre, les RCES ne pourront pas être modifiés sur l'ordinateur portable scellé.

17. Les termes "**lieu sûr**" s'entendent d'un lieu devant être fermé à clé quand il n'est pas occupé et auquel seules pourront accéder les personnes habilitées, situé:

- a) dans le cas de l'Union européenne, dans les bureaux de l'Équipe OMC du Service juridique de la Commission européenne (rue de la Loi 200, Bruxelles, Belgique), les bureaux de la Direction générale du commerce de la Commission européenne (rue de la Loi 170, Bruxelles, Belgique), les bureaux de la Mission permanente de l'Union européenne auprès des organisations internationales à Genève (rue du Grand-Pré 66, 1202 Genève, Suisse), et trois lieux additionnels spécifiés conformément à l'alinéa c);

- b) dans le cas des États-Unis, dans les bureaux du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales (600 17th Street, NW, et 1724 F Street NW, Washington, D.C., États-Unis), les locaux de la Mission des États-Unis auprès de l'Organisation mondiale du commerce (11, route de Pregny, 1292 Chambésy, Suisse) et trois lieux additionnels spécifiés conformément à l'alinéa c); et
 - c) trois lieux autres qu'un bureau d'une administration publique qui sont désignés par chaque partie pour être utilisés par ses conseillers extérieurs, à condition que les coordonnées de ces lieux aient été communiquées à l'autre partie et à l'Arbitre, et que l'autre partie n'ait pas fait objection à la désignation de ces lieux dans les dix jours suivant cette communication.
 - d) L'Arbitre pourra se prononcer sur toutes objections formulées au titre de l'alinéa c).
18. Les termes "**ordinateur autonome**" s'entendent d'un ordinateur qui n'est pas connecté à un réseau.
19. Les termes "**imprimante autonome**" s'entendent d'une imprimante qui n'est pas connectée à un réseau.
20. Le terme "**communication**" s'entend de tous renseignements écrits, électroniques ou communiqués oralement qui sont transmis à l'Arbitre, y compris, mais pas exclusivement, la correspondance, les communications écrites, les pièces, les déclarations orales et les réponses aux questions.
21. Les termes "**personnes habilitées de l'OMC**" s'entendent des membres de l'Arbitre et des personnes employées ou nommées par le Secrétariat qui ont été autorisées par ce dernier à s'occuper du différend (y compris les traducteurs et les interprètes ainsi que toutes personnes chargées de rédiger le procès-verbal des réunions de l'Arbitre où il est question de RCC et/ou RCES).
22. Les termes "**Règles de conduite de l'OMC**" s'entendent des Règles de conduite relatives au Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, qui ont été adoptées par l'ORD le 3 décembre 1996 (WT/DSB/RC/1).

III. CHAMP D'APPLICATION

23. Les présentes procédures s'appliquent à tous les RCC et RCES reçus par une personne habilitée et par des personnes habilitées de l'OMC dans le cadre de l'arbitrage.
24. À moins qu'elles n'en disposent expressément autrement, les présentes procédures ne s'appliquent pas au traitement par une partie de ses propres RCC et RCES.
25. L'Arbitre est conscient du fait que l'Union européenne aura peut-être besoin de communiquer des renseignements qu'elle classe au niveau interne comme "Très secret UE", "Secret UE" ou "Confidentiel UE". Dans toute la mesure possible, l'Arbitre mettra en œuvre des procédures pour assurer la protection de ces renseignements classés au cas où l'une ou l'autre des parties informerait le Secrétariat qu'elle communiquera de tels renseignements classés et ne les a pas déjà désignés comme RCC ou RCES. En pareils cas, la partie qui communique de tels renseignements classés proposera des procédures appropriées pour en assurer la protection.

IV. DÉSIGNATION DES PERSONNES HABILITÉES

26. Au plus tard le **12 juillet 2019** à 12 heures (midi), chaque partie communiquera à l'autre partie et à l'Arbitre une liste des noms et titres de tous représentants et conseillers extérieurs qui ont besoin d'avoir accès aux RCC communiqués par l'autre partie et qu'elle souhaite voir désignés comme personnes habilitées, ainsi que de tout personnel de bureau ou d'appui qui aurait accès aux RCC. Sur cette liste, chaque partie indiquera quelles personnes habilitées ont besoin d'avoir accès aux RCES communiqués par l'autre partie et qu'elle souhaite voir désignées comme personnes habilitées RCES. Chaque partie pourra désigner de nouvelles personnes habilitées ou supprimer ou remplacer des personnes habilitées en proposant des modifications de sa liste des personnes habilitées à l'autre partie et à l'Arbitre.

27. Chaque partie limitera autant que possible le nombre de personnes habilitées. Chaque partie ne pourra désigner au total qu'un maximum de 30 représentants et 20 conseillers extérieurs comme "personnes habilitées RCES".

28. Les personnes habilitées de l'OMC auront accès aux RCC. Le Directeur général de l'OMC, ou la personne qu'il aura désignée, communiquera aux parties et à l'Arbitre une liste des personnes habilitées de l'OMC et indiquera celles d'entre elles qui auront également accès aux RCES.

29. À moins qu'une partie ne fasse objection à la désignation d'un conseiller extérieur de l'autre partie, l'Arbitre désignera ces personnes comme personnes habilitées. Une partie pourra également formuler une objection dans un délai de dix jours après avoir pris connaissance de renseignements dont elle ne disposait pas au moment du dépôt d'une liste au titre du paragraphe 26 et qui donneraient à penser que la désignation d'une personne n'est pas appropriée. Si une partie formule une objection, l'Arbitre se prononcera sur cette objection dans un délai de dix jours ouvrables.

30. Une objection pourra être fondée sur la non-conformité à la définition de "conseiller extérieur" ou sur tout autre motif impérieux, y compris les conflits d'intérêts.

31. Les parties ou le Directeur général de l'OMC, ou la personne qu'il aura désignée, pourront à tout moment proposer des modifications de leurs listes, sous réserve des limites globales fixées au paragraphe 27 et des objections faites à l'inscription de nouvelles personnes habilitées conformément aux paragraphes 29 et 30. Toutes modifications ou objections émanant d'une partie seront soumises à l'Arbitre et communiquées à l'autre partie le jour même. Toutes modifications de la liste des personnes habilitées de l'OMC seront communiquées aux parties dans les moindres délais.

V. RCC

32. Seules les personnes habilitées et les personnes habilitées de l'OMC pourront avoir accès aux RCC communiqués dans la présente procédure. Les personnes habilitées et les personnes habilitées de l'OMC utiliseront les RCC uniquement aux fins du présent différend. Aucune personne habilitée ou personne habilitée de l'OMC ne divulguera les RCC, ou ne permettra qu'ils soient divulgués, à quiconque hormis une autre personne habilitée ou personne habilitée de l'OMC. Ces obligations s'appliquent indéfiniment.

33. Une partie ne fera pas plus d'une copie de tous RCC communiqués par l'autre partie pour chaque lieu sûr prévu pour cette partie au paragraphe 17.

34. Les parties pourront incorporer des RCC dans des mémoires internes à l'usage exclusif des personnes habilitées. Tout mémoire et les RCC qu'il contient porteront les mentions indiquées au paragraphe 5.

35. Les RCC communiqués conformément aux présentes procédures ne seront pas copiés, distribués ni retirés du lieu sûr, sauf si nécessaire pour communication à l'Arbitre.

36. Le traitement de tous RCC dans les communications d'une partie à l'Arbitre sera régi par les dispositions du présent paragraphe, qui prévaudront dans la limite de tout conflit avec les autres dispositions des Procédures de travail (y compris les présentes procédures) concernant les RCC.

- a) Les parties pourront incorporer des RCC dans les communications à l'Arbitre, portant les mentions indiquées au paragraphe 5. Dans des cas exceptionnels, les parties pourront inclure des RCC dans un appendice joint à une communication.
- b. Une partie présentant une communication ou un appendice contenant des RCC présentera aussi, dans un délai devant être fixé par l'Arbitre, une version omettant tous RCC. C'est ce que l'on appellera la "version non-RCC". Toutefois, une partie n'est pas tenue de présenter une "version non-RCC" d'une pièce quelconque contenant des RCC, à moins que l'Arbitre ne le lui prescrive expressément.
- c) Une version non-RCC sera suffisante pour permettre une compréhension raisonnable de sa substance. Afin d'établir une telle version non-RCC:

- i) Une partie pourra demander à la partie qui a communiqué initialement les RCC, dès que possible, d'indiquer avec précision les parties des documents contenant des RCC qui pourront être incluses dans la version non-RCC et, si cela est nécessaire pour permettre une compréhension raisonnable de la substance des renseignements, de présenter un résumé non-RCC suffisamment détaillé pour atteindre ce but.
- ii) Sur réception d'une telle demande, la partie qui a communiqué initialement les RCC, dès que possible, indiquera avec précision les parties des documents contenant des RCC qui pourront être incluses dans la version non-RCC et, si cela est nécessaire pour permettre une compréhension raisonnable de la substance des renseignements, fournira un résumé non-RCC suffisamment détaillé pour atteindre ce but.
- iii) L'Arbitre tranchera tout désaccord sur le point de savoir si la partie qui a communiqué initialement les RCC n'a pas indiqué avec suffisamment de précision les parties des documents contenant des RCC qui pourraient être incluses dans la version non-RCC et n'a pas fourni, si nécessaire, un résumé non-RCC suffisamment détaillé pour permettre une compréhension raisonnable de la substance des renseignements, et pourra prendre les mesures appropriées pour faire en sorte que les dispositions du présent paragraphe soient respectées.
- d) L'Union européenne pourra désigner les bureaux personnels de quatre au maximum de ses personnes habilitées comme lieux sûrs additionnels à seule fin de conserver les versions RCC des communications des parties à l'Arbitre et de permettre leur examen. Toutes les protections applicables aux RCC au titre des présentes procédures, y compris les règles relatives à la conservation énoncées au paragraphe 39, s'appliqueront à de telles communications. Les pièces RCC jointes aux communications ne pourront pas être conservées ni examinées dans ces lieux sûrs additionnels. L'UE communiquera à l'Arbitre et à la partie plaignante l'adresse (y compris le numéro de salle) de chacun des lieux sûrs additionnels.

37. Aucun document contenant des RCC ne sera reproduit en un nombre d'exemplaires excédant les besoins des personnes habilitées. On évitera dans toute la mesure possible de faire des copies électroniques. Ces documents pourront être transmis électroniquement uniquement par courriel sécurisé ou par un moyen de communication électronique crypté. Si une partie communique à l'Arbitre un document original qui ne peut pas être transmis électroniquement, elle déposera, le jour de la communication, une copie de ce document dans l'un des lieux sûrs indiqués au paragraphe 17. Les parties désigneront l'un des lieux sûrs indiqués au paragraphe 17 à cette fin.

38. Une partie qui souhaite communiquer des RCC, ou y faire référence, au cours d'une réunion de l'Arbitre en informera l'Arbitre et l'autre partie. L'Arbitre exclura de la réunion les personnes qui ne sont pas des personnes habilitées ou des personnes habilitées de l'OMC pour la durée de la communication et de l'examen des RCC.

39. Les personnes habilitées et les personnes habilitées de l'OMC conserveront les RCC uniquement dans des conteneurs de sécurité fermés à clé ou sur des ordinateurs ou systèmes informatiques qui empêchent l'accès des personnes non habilitées à ces documents. S'agissant des RCC communiqués à l'Arbitre, ces conteneurs de sécurité fermés à clé seront conservés dans les locaux du Secrétariat de l'OMC, mais les membres de l'Arbitre pourront conserver un exemplaire de tous les documents et éléments pertinents contenant des RCC sur leur lieu de résidence. Ces documents et éléments seront conservés dans des conteneurs de sécurité fermés à clé lorsqu'ils ne seront pas utilisés. Les RCC seront protégés de façon appropriée contre toute curiosité déplacée et indiscretion au moment de la consultation et seront transmis uniquement sous double enveloppe renforcée cachetée. Tous les documents de travail (par exemple projets de communication, feuilles de travail, etc.) contenant des RCC seront, lorsqu'on n'en aura plus besoin, déchiquetés ou brûlés conformément à la pratique normale des gouvernements en matière de destruction de documents sensibles.

40. L'Arbitre ne divulguera pas de RCC dans sa décision, mais pourra faire des déclarations ou tirer des conclusions qui seront fondées sur les renseignements extraits des RCC. Avant de rendre publique sa décision, l'Arbitre ménagera à chaque partie la possibilité de s'assurer que la décision ne contient aucun renseignement qu'elle a désigné comme RCC.

VI. RCES

41. Sauf disposition contraire figurant ci-après, les RCES seront soumis à toutes les restrictions indiquées dans la section V qui s'appliquent aux RCC.

42. Les RCES seront communiqués à l'Arbitre sous forme électronique, au moyen de CD verrouillés ou de deux ordinateurs portables scellés pouvant être connectés à des moniteurs de 19 pouces à 21 pouces, ou sous forme d'une copie papier, afin que les personnes habilitées de l'OMC désignées conformément au paragraphe 28 comme étant également autorisées à avoir accès aux RCES puissent y accéder. Tous ces RCES seront conservés dans un coffre à combinaison dans un lieu sûr désigné dans les locaux du Secrétariat de l'OMC. Tout ordinateur dans cette salle sera un ordinateur autonome. Une imprimante autonome pourra être utilisée pour faire des copies papier de tous RCES. Ces copies seront faites sur du papier de couleur distinctive et porteront les mentions prévues au paragraphe 6. Elles seront soit conservées dans un coffre à combinaison dans le lieu sûr désigné susmentionné, soit détruites à la fin de la séance de travail pertinente. Les RCES ne devront pas sortir de ce lieu sûr désigné, sauf sous forme de notes manuscrites qui pourront être utilisées uniquement pour les séances de travail dans les locaux du Secrétariat de l'OMC par les personnes habilitées de l'OMC désignées conformément au paragraphe 28 comme étant également autorisées à avoir accès aux RCES et qui seront détruites lorsqu'elles ne seront plus utilisées. Les documents contenant des RCES pourront aussi sortir s'ils sont conservés sur un ordinateur portable scellé fourni par la partie ayant communiqué les renseignements, sur des CD verrouillés fournis par la partie ayant communiqué les renseignements ou sur un ordinateur autonome sur lequel les RCES auront été sauvegardés conformément au paragraphe 47, pour autant qu'ils seront nécessaires aux séances de travail de l'Arbitre et des personnes habilitées de l'OMC désignées conformément au paragraphe 28 comme étant également autorisées à avoir accès aux RCES, sous réserve des conditions suivantes:

- a) l'ordinateur portable scellé, les CD verrouillés ou l'ordinateur autonome sur lequel les RCES auront été sauvegardés conformément au paragraphe 47 resteront en permanence dans les locaux de l'OMC;
- b) l'ordinateur portable scellé, les CD verrouillés ou l'ordinateur autonome sur lequel les RCES auront été sauvegardés conformément au paragraphe 47 seront en permanence sous la garde directe et exclusive d'une personne habilitée de l'OMC désignée conformément au paragraphe 28 comme étant également autorisée à avoir accès aux RCES;
- c) la personne habilitée de l'OMC qui aura la garde directe et exclusive de l'ordinateur portable scellé, des CD verrouillés ou de l'ordinateur autonome sur lequel les RCES auront été sauvegardés conformément au paragraphe 47 s'assurera qu'aucune reproduction d'un quelconque type de renseignements conservés sur l'ordinateur portable scellé, les CD verrouillés ou l'ordinateur autonome sur lequel les RCES auront été sauvegardés conformément au paragraphe 47 ne soit faite de quelque manière que ce soit;
- d) les renseignements contenus sur les CD verrouillés seront consultés ou traités uniquement sur un ordinateur autonome qui ne sera ni connecté à un réseau ni susceptible d'être connecté à un réseau. Lorsqu'ils ne seront pas utilisés, ces ordinateurs autonomes seront conservés dans des conteneurs de sécurité fermés à clé dans les locaux du Secrétariat de l'OMC; et
- e) à la fin de la séance de travail pertinente, l'ordinateur portable scellé, les CD verrouillés ou l'ordinateur autonome sur lequel les RCES auront été sauvegardés conformément au paragraphe 47 seront immédiatement remis dans le coffre à combinaison dans le lieu sûr désigné susmentionné.

Toutes les séances de travail où il sera question de RCES qui se tiendront en dehors du lieu sûr désigné susmentionné se tiendront uniquement dans les espaces de travail personnels (dans les locaux du Secrétariat de l'OMC) des personnes habilitées de l'OMC désignées conformément au paragraphe 28 comme étant également autorisées à avoir accès aux RCES ou, s'agissant des réunions internes de l'Arbitre et/ou des personnes habilitées de l'OMC

désignées conformément au paragraphe 28 comme étant également autorisées à avoir accès aux RCES, uniquement dans des salles de réunion fermées dans les locaux du Secrétariat de l'OMC. Pendant toutes ces séances de travail, et dans tous les espaces dans lesquels elles se tiendront, on veillera toujours soigneusement à garantir la sécurité des RCES.

43. Chaque partie conservera une copie additionnelle (électronique ou papier) des RCES qu'elle communique à l'OMC, pour que les personnes habilitées RCES agissant au nom de l'autre partie puissent y avoir accès, aux emplacements RCES indiqués au paragraphe 10. Une imprimante autonome pourra être utilisée pour faire des copies papier de tous RCES. Ces copies seront faites sur du papier de couleur distinctive. Elles seront soit conservées dans un coffre-fort à l'emplacement RCES pertinent, soit détruites à la fin de la séance de travail pertinente.

44. Sauf disposition contraire figurant dans les présentes procédures, les RCES ne seront pas conservés, transmis ni copiés que ce soit sous une forme écrite ou électronique.

45. Les personnes habilitées RCES pourront prendre connaissance des RCES sur l'ordinateur portable scellé conservé par l'autre partie ou, dans le cas des RCES communiqués sous forme de CD verrouillés, sur un ordinateur autonome, uniquement dans une salle désignée à l'un des emplacements RCES indiqués au paragraphe 10, ou dans le lieu sûr désigné situé dans les locaux du Secrétariat de l'OMC mentionné au paragraphe 42, à moins que les parties n'en conviennent autrement. Les salles désignées seront accessibles aux personnes habilitées RCES de 9 heures à 17 heures (heure locale) pendant les jours ouvrables officiels à l'emplacement RCES correspondant. Le lieu sûr désigné mentionné au paragraphe 42 sera accessible aux personnes habilitées RCES selon des modalités convenues préalablement avec le Secrétariat de l'OMC. Les personnes habilitées RCES ne pourront apporter dans cette salle aucun dispositif de transmission ou d'enregistrement électronique. Elles ne pourront pas emporter les RCES hors de cette salle, si ce n'est sous la forme de notes manuscrites ou de données agrégées établies sur un ordinateur autonome. Dans l'un et l'autre cas, ces notes ou renseignements seront utilisés exclusivement pour le présent différend en relation avec lequel les RCES ont été communiqués. Chaque personne prenant connaissance des RCES à l'emplacement RCES ou dans le lieu sûr désigné mentionné au paragraphe 42 complètera et signera un registre indiquant les RCES qu'elle a examinés; il se peut aussi qu'un tel registre soit établi automatiquement. Chaque partie, pour l'emplacement RCES visé au paragraphe 10 qui se trouve sur son territoire, conservera ce registre pendant un an après l'achèvement de la procédure d'arbitrage. Le Secrétariat de l'OMC, pour le lieu sûr désigné mentionné au paragraphe 42, conservera ce registre pendant un an après l'achèvement de la procédure d'arbitrage. À l'entrée et à la sortie de cette salle, les conseillers extérieurs qui sont des personnes habilitées RCES pourront être soumis à des contrôles appropriés.

46. Aucune personne habilitée RCES ou personne habilitée de l'OMC désignée conformément au paragraphe 28 comme étant également autorisée à avoir accès aux RCES ne divulguera de RCES à quiconque hormis une autre personne habilitée RCES ou personne habilitée de l'OMC désignée conformément au paragraphe 28 comme étant également autorisée à avoir accès aux RCES, et elle le fera alors uniquement aux fins du présent différend. La présente obligation s'applique indéfiniment.

47. Les RCES pourront être traités uniquement sur des ordinateurs autonomes. Les personnes habilitées de l'OMC désignées conformément au paragraphe 28 comme étant également autorisées à avoir accès aux RCES pourront créer des fichiers électroniques contenant des RCES et pourront sauvegarder ces fichiers sur un ordinateur autonome qui ne sera ni connecté à un réseau ni susceptible d'être connecté à un réseau. Aucun fichier électronique contenant des RCES ne sera transmis électroniquement, que ce soit par courriel, en fac-similé ou d'une autre manière.

48. Une partie qui souhaite communiquer des RCES, ou y faire référence, au cours d'une réunion de l'Arbitre en informera l'Arbitre et l'autre partie. L'Arbitre exclura de la réunion les personnes qui ne sont pas des personnes habilitées RCES ou des personnes habilitées de l'OMC désignées conformément au paragraphe 28 comme étant également autorisées à avoir accès aux RCES pour la durée de la communication et de l'examen des RCES.

49. Tous les RCES seront conservés dans un coffre-fort à l'emplacement RCES pertinent ou conformément au paragraphe 42.

50. Le traitement de tous RCES dans les communications d'une partie à l'Arbitre sera régi par les dispositions du présent paragraphe, qui prévaudront dans la limite de tout conflit avec les autres dispositions des Procédures de travail (y compris les présentes procédures) concernant les RCES.

- a) Les RCES pourront être incorporés dans un appendice séparé, mais pas dans le corps, de la communication d'une partie, lequel appendice sera compréhensible en soi. Le document contenant les RCES sera dénommé "appendice version RCES intégrale".
- b) Une partie présentant un appendice contenant des RCES présentera aussi, dans un délai devant être fixé par l'Arbitre, une version omettant tous RCES. C'est ce que l'on appellera l'"appendice version caviardée".
- c) À la demande d'une partie, les renseignements contenus dans l'appendice version caviardée pourront être traités comme des RCC, conformément aux dispositions de la section V.
- d) Un appendice version caviardée sera suffisant pour permettre une compréhension raisonnable de sa substance. Afin d'établir un tel appendice version caviardée:
 - i) Une partie pourra demander que la partie qui a communiqué initialement les RCES, dès que possible, indique avec précision les parties des documents contenant des RCES qui pourront être incluses dans l'appendice version caviardée et, si cela est nécessaire pour permettre une compréhension raisonnable de la substance des renseignements, fournisse un résumé non-RCES suffisamment détaillé pour atteindre ce but.
 - ii) Sur réception d'une telle demande, la partie qui a communiqué initialement les RCES, dès que possible, indiquera avec précision les parties des documents contenant des RCES qui pourront être incluses dans l'appendice version caviardée et, si cela est nécessaire pour permettre une compréhension raisonnable de la substance des renseignements, fournira un résumé non-RCES suffisamment détaillé pour atteindre ce but.
 - iii) L'Arbitre tranchera tout désaccord sur le point de savoir si la partie qui a communiqué initialement les RCES n'a pas indiqué avec suffisamment de précision les parties des documents contenant des RCES qui pourraient être incluses dans l'appendice version caviardée et n'a pas fourni, si nécessaire, un résumé non-RCES suffisamment détaillé pour permettre une compréhension raisonnable de la substance des renseignements, et pourra prendre les mesures appropriées pour faire en sorte que les dispositions du présent paragraphe soient respectées.
- e) L'appendice version RCES intégrale sera conservé dans un emplacement RCES et dans le lieu sûr désigné mentionné au paragraphe 42, selon qu'il conviendra, sous la forme d'un CD verrouillé. S'il n'est pas réalisable de conserver l'appendice version RCES intégrale dans un emplacement RCES, la partie pourra le conserver dans un conteneur de sécurité fermé à clé dans un lieu sûr sous la forme d'un CD verrouillé.
- f) Le CD verrouillé contenant l'appendice version RCES intégrale portera une étiquette avec la mention "VERSION INTÉGRALE DE L'APPENDICE RCES DE LA COMMUNICATION" et indiquera le nom de la partie qui aura communiqué les RCES. En outre, l'appendice RCES lui-même se présentera avec un en-tête entre des crochets doubles en caractères gras sur chaque page dans un fichier électronique portant la mention "VERSION INTÉGRALE DE L'APPENDICE RCES DE LA COMMUNICATION". Le fichier électronique contenant l'appendice RCES aura un nom de fichier où figureront les lettres "RCES".
- g) La partie communiquera une copie de l'appendice version RCES intégrale à l'Arbitre (par l'intermédiaire d'une personne habilitée de l'OMC indiquée par l'Arbitre) et deux copies à l'autre partie sous la forme de deux CD verrouillés. L'appendice version RCES intégrale ne sera pas transmis par courriel. Les parties se mettront à l'avance d'accord sur le nom de la personne habilitée qui recevra les CD verrouillés.

-
- h) La partie commencera le transfert des CD verrouillés contenant l'appendice version RCES intégrale au plus tard à la date limite fixée pour la communication correspondante et, dans le même temps, donnera à l'Arbitre et à l'autre partie la preuve que cela a été fait.
- i) Pas plus d'un jour ouvré avant une réunion de l'Arbitre avec les parties, une partie pourra, exclusivement à la Mission permanente de cette partie à Genève, utiliser le CD verrouillé pour établir pas plus d'une copie papier de l'appendice version RCES intégrale pour chaque personne habilitée RCES prévoyant d'assister à cette réunion de l'Arbitre. Toutes les versions papier établies conformément au présent alinéa seront récupérées par la partie concernée et détruites immédiatement à l'issue de la réunion.
- j) Les personnes habilitées de l'OMC désignées conformément au paragraphe 28 comme étant également autorisées à avoir accès aux RCES pourront, exclusivement dans les locaux de l'OMC, établir des versions papier de l'appendice version RCES intégrale pour, et immédiatement avant, une réunion de l'Arbitre avec les parties et/ou une réunion interne. Lorsqu'elles ne seront pas utilisées, ces versions papier seront conservées dans un conteneur fermé à clé dans le lieu sûr désigné mentionné au paragraphe 42. Toutes les versions papier établies conformément au présent alinéa seront détruites à l'achèvement de la procédure d'arbitrage tel qu'il est défini au paragraphe 4.
- k) Les parties sont encouragées à communiquer, pour les pièces contenant des RCES, des versions dont tous les RCES ont été supprimés. De telles pièces seront dénommées "pièces version caviardée RCES". Elles pourront contenir des RCC.
- i) Une partie pourra communiquer à l'Arbitre les pièces version caviardée RCES qu'elle a établies et les signifier à l'autre partie conformément aux procédures applicables, au moment où elle signifiera la communication à laquelle la pièce se rapporte.
- ii) Si une pièce version caviardée RCES n'est pas communiquée par la partie qui communique la pièce, une personne habilitée RCES représentant l'autre partie pourra établir une pièce version caviardée RCES de la pièce en question.
- iii) Une personne habilitée RCES pourra, à un emplacement RCES, établir des pièces version caviardée RCES en supprimant les RCES figurant dans la pièce (identifiés par des doubles crochets) et soit en imprimant soit en photocopiant le document ainsi obtenu ne contenant aucun RCES. La suppression des RCES dans ce document sera vérifiée par une personne agréée à cet effet par la partie qui aura communiqué la (les) pièce(s) en question. Ledit document ne contenant aucun RCES (mais qui pourra contenir des RCC) constituera la pièce version caviardée RCES de cette pièce, et pourra être retiré de l'emplacement RCES.
- iv) Les parties coopéreront dans toute la mesure possible pour mettre à disposition le matériel nécessaire, y compris des imprimantes, des photocopieuses et des moyens physiques de suppression de texte dans un document, afin de permettre l'établissement de pièces version caviardée RCES, y compris la mise à disposition d'une personne habilitée RCES aux fins de la vérification prévue au sous-alinéa iii) ci-dessus. Les pièces version caviardée RCES pourront être établies par des personnes habilitées RCES sur demande pendant les périodes où la salle désignée à l'emplacement RCES pertinent est accessible.
- v) L'Arbitre tranchera tout désaccord découlant de l'application du présent alinéa et pourra prendre les mesures appropriées pour faire en sorte que les dispositions du présent paragraphe soient respectées.
- l) L'Arbitre se réserve le droit, après avoir consulté les parties, de modifier les dispositions du présent paragraphe à tout moment pour tenir compte de situations se produisant pendant les réunions de l'Arbitre et lors de l'établissement de la décision.

51. L'Arbitre ne divulguera pas de RCES dans sa décision, mais pourra faire des déclarations ou tirer des conclusions qui seront fondées sur les renseignements extraits des RCES. Avant de rendre publique sa décision, l'Arbitre ménagera à chaque partie la possibilité de s'assurer que la décision ne contient aucun renseignement qu'elle a désigné comme RCES.

VII. RESPONSABILITÉ DE L'APPLICATION DES PROCÉDURES

52. Il incombe à chaque partie de faire en sorte que ses personnes habilitées se conforment aux présentes procédures pour protéger les RCC et RCES communiqués par chaque partie, ainsi qu'aux codes de conduite professionnelle exécutoires auxquels ses personnes habilitées ou autres conseillers extérieurs sont assujettis. Les personnes habilitées de l'OMC se conformeront aux présentes procédures pour protéger les RCC et RCES communiqués par une partie. Les personnes habilitées de l'OMC sont visées par les Règles de conduite de l'OMC. Comme les Règles de conduite de l'OMC le prévoient, les éléments de preuve d'une violation de ces règles pourront être communiqués au Président de l'ORD ou au Directeur général de l'OMC, ou à la personne qu'il aura désignée, selon qu'il conviendra, pour qu'il prenne les mesures appropriées conformément à la section VIII des Règles de conduite de l'OMC.

VIII. PROCÉDURES ADDITIONNELLES

53. Après avoir consulté les parties, l'Arbitre pourra appliquer toutes autres procédures additionnelles qu'il jugera nécessaires pour mieux protéger la confidentialité des RCC ou RCES ou d'autres types de renseignements qui ne sont pas explicitement visés par les présentes procédures.

54. L'Arbitre pourra, avec le consentement des deux parties, déroger à toute partie des présentes procédures. Cette "dérogation" sera spécifiquement énoncée par écrit et signée par un représentant de l'une et l'autre des parties.

IX. RESTITUTION ET DESTRUCTION

55. Sous réserve des dispositions du paragraphe 56 ci-dessous, après l'achèvement de la procédure d'arbitrage tel qu'il est défini au paragraphe 4, dans un délai qui sera fixé par l'Arbitre, les personnes habilitées de l'OMC et les parties (ainsi que toutes les personnes habilitées) détruiront ou restitueront tous les documents (y compris la documentation électronique) ou autres enregistrements contenant des RCC à la partie qui a communiqué ces documents ou autres enregistrements. Dans le même temps, les personnes habilitées de l'OMC et les parties détruiront ou restitueront toute documentation électronique qui contient des RCES, ainsi que tout document dactylographié ou manuscrit s'y rapportant.

56. Le Secrétariat de l'OMC conservera un exemplaire papier et une version électronique de la décision de l'Arbitre contenant des RCC, et une version électronique de tous les documents contenant des RCC (à l'exception des documents détruits ou restitués conformément au paragraphe 55 ci-dessus parce que ces documents contenaient des RCES) qui ont été communiqués à l'Arbitre. La décision et les documents contenant des RCC mentionnés dans la phrase précédente seront enregistrés sur un (des) CD verrouillé(s), qui sera (seront) conservé(s) sous clé dans des conteneurs scellés dans les locaux du Secrétariat de l'OMC.

57. Le disque dur de chaque ordinateur autonome qui a été utilisé pour stocker des RCES à tout moment et tous les supports de sauvegarde utilisés pour ces ordinateurs seront détruits dans le délai fixé par l'Arbitre conformément au paragraphe 55.

ANNEXE A-3**PROCÉDURES DE TRAVAIL ADDITIONNELLES POUR
LA RÉUNION DE FOND AVEC L'ARBITRE**

Adoptées le 6 décembre 2019

1. Pendant la réunion avec les parties, les personnes suivantes auront accès à la salle de réunion : a) l'Arbitre; et b) toutes les personnes habilitées, personnes habilitées RCES et personnes habilitées de l'OMC. L'Arbitre invitera les États-Unis à présenter en premier leur déclaration orale liminaire intégrale avant de donner la parole à l'Union européenne pour qu'elle présente la sienne. Les déclarations orales liminaires seront enregistrées sur support vidéo pour pouvoir être visionnées ultérieurement, comme il est indiqué plus bas au paragraphe 5.
 2. Les RCC ou RCES contenus dans le texte des déclarations orales liminaires communiquées à l'Arbitre et à l'autre partie pendant la réunion et avant que ces déclarations soient prononcées seront mis entre crochets conformément aux procédures RCC/RCES. En outre, une partie qui inclut des RCES dans sa déclaration orale liminaire en fournira, avant de la prononcer, une copie sur papier couleur à chaque membre de l'Arbitre et une copie sur papier couleur à l'autre partie, dans lesquelles les RCES figureront entre des crochets doubles. Ce document sera soumis aux mêmes règles de confidentialité que l'appendice RCES d'une communication écrite.
 3. Les paragraphes 38 et 48 des procédures RCC/RCES seront observés en permanence pendant la réunion. Dans ce contexte également, si, à un moment quelconque de sa déclaration orale liminaire, une partie compte mentionner des RCC ou des RCES, elle demandera que l'enregistrement vidéo soit interrompu pendant la partie pertinente de cette déclaration, l'enregistrement reprenant après. La partie demandant l'interruption de l'enregistrement indiquera aussi quand la partie RCC ou RCES de sa déclaration a pris fin afin que l'enregistrement puisse reprendre. Une partie est invitée à prononcer en premier la partie de sa déclaration orale liminaire qui ne contient pas de RCC ou de RCES, puis à demander que l'enregistrement vidéo soit interrompu, avant de prononcer la deuxième partie de sa déclaration orale liminaire contenant des RCC ou RCES.
 4. Une fois les deux déclarations orales liminaires prononcées, l'Arbitre demandera aux parties si elles peuvent confirmer qu'aucun RCC ou RCES n'a été mentionné pendant les parties de ces déclarations qui ont été enregistrées sur support vidéo. Si chaque partie confirme que tel est le cas, l'enregistrement sera diffusé comme prévu. Si l'une ou l'autre des parties, dans un délai qui sera fixé par l'Arbitre, demande à examiner l'enregistrement après la réunion, les deux parties seront invitées à assister à cet examen, accompagnées d'un ou de plusieurs représentants du Secrétariat chargés du montage, dans les locaux de l'OMC à un moment approprié après la réunion. Les parties devraient être prêtes à indiquer au(x) représentant(s) du Secrétariat de l'OMC quelle partie de la déclaration orale liminaire les préoccupe et limiter autant que possible l'examen à ces parties de l'enregistrement. Si l'une ou l'autre des parties considère qu'une partie spécifique de l'enregistrement doit être supprimée – parce qu'elle contient des RCC ou RCES –, cette partie spécifique sera supprimée.
 5. La diffusion de l'enregistrement vidéo des déclarations orales liminaires des parties aura lieu à une date qui sera fixée par l'Arbitre après consultation des parties. Pourront y assister les représentants des Membres de l'OMC et des observateurs, ainsi que, sur inscription auprès du Secrétariat, les journalistes accrédités, les représentants accrédités d'organisations non gouvernementales, et d'autres personnes intéressées, y compris des membres du public. Le Secrétariat de l'OMC postera, au plus tard quatre semaines avant la date de la diffusion au public, un avis sur le site web de l'OMC pour informer le public de cette diffusion. Cet avis comportera un lien qui permettra aux gens de s'inscrire auprès du Secrétariat de l'OMC pour assister à la diffusion.
-

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 B-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE L'UNION EUROPÉENNE

I. INTRODUCTION

1. Plus de 14 ans après la demande de consultations présentée par l'Union européenne ("UE") dans le présent différend, les organes juridictionnels de la mise en conformité sont convenus avec l'UE que les États-Unis n'avaient toujours pas rendu les subventions incompatibles avec les règles de l'OMC qu'ils accordaient à Boeing conformes à leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Bien que les États-Unis *aient affirmé* avoir pris des mesures pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD dans la procédure initiale, les organes juridictionnels de la mise en conformité n'ont pas été de cet avis. L'Organe d'appel a préservé *l'intégralité* des constatations que le Groupe spécial de la mise en conformité avait formulées en faveur de l'UE; a rejeté *chacun* des appels des États-Unis; et a admis les appels *additionnels* de l'UE.

2. L'UE a donc demandé au Groupe spécial d'arbitrage de reprendre ses travaux au titre de l'article 7.10 et 7.9 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("*Accord SMC*"). En vertu de ces dispositions, l'UE a le droit de demander et d'obtenir l'autorisation d'imposer des contre-mesures à un niveau "proportionnel" aux "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée", jusqu'à ce que les États-Unis obtiennent une constatation de mise en conformité "confirmée d'une manière multilatérale" (ou que les parties trouvent une solution mutuellement convenue).¹ L'UE a élaboré une méthode qui évalue les effets défavorables dont l'existence a été déterminée et qui arrive à un montant annuel de contre-mesures "proportionnel" au degré et à la nature de ces effets défavorables, comme l'exige l'article 7.10 et 7.9. La méthode de l'UE est en outre pleinement compatible avec la méthode appliquée par le Groupe spécial d'arbitrage dans l'affaire DS316.²

3. Les États-Unis ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait de démontrer que la méthode de l'UE était "incompatible" avec l'article 7.10 et 7.9. En fait, bon nombre des arguments avancés par les États-Unis dans la présente procédure sont eux-mêmes incompatibles avec l'article 7.10 et 7.9. Certains impliquent même que le rapport du Groupe spécial d'arbitrage dans l'affaire DS316 est incompatible avec les règles de l'OMC, lorsqu'il a suivi la même méthode que celle qui est adoptée par l'UE en l'espèce.

4. Il s'ensuit que le Groupe spécial d'arbitrage et, ensuite, l'Organe de règlement des différends ("ORD") devraient autoriser les contre-mesures proposées par l'UE. Ces contre-mesures sont fondées sur les "constatations {précises}"³ relatives aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée qui découlent des subventions des États-Unis fonctionnant, *premièrement*, selon un mécanisme de causalité lié aux effets sur les prix (section II); et, *deuxièmement*, selon un mécanisme de causalité lié aux effets sur la technologie (section III). L'UE résume la mise en œuvre technique de sa méthode dans la section IV.

II. ÉVALUATION DES "EFFETS DÉFAVORABLES DONT L'EXISTENCE AURA ÉTÉ DÉTERMINÉE" QUI DÉCOULENT DES SUBVENTIONS DES ÉTATS-UNIS FONCTIONNANT SELON UN MÉCANISME DE CAUSALITÉ LIÉ AUX EFFETS SUR LES PRIX

5. Les parties conviennent que les "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" qui découlent des subventions des États-Unis fonctionnant selon un mécanisme de causalité lié aux effets sur les prix sont i) les trois "pertes de ventes" (à savoir, la perte de la vente à Air Canada en 2013; la perte de la vente à Icelandair en 2013; et la perte de la vente à Fly Dubai en 2014) qui ont eu lieu pendant la période postérieure à la mise en œuvre; et ii) la "menace d'entrave" sur les marchés des États-Unis et des É.A.U., respectivement, pour laquelle les rapports sur la mise en

¹ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.52.

² L'UE a apporté certains ajustements à sa méthode initiale pour tenir compte de la décision d'arbitrage rendue ultérieurement dans l'affaire DS316.

³ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *États-Unis – Coton upland (articles 22:6 et 7.10 – États-Unis)*, paragraphe 4.49.

conformité s'appuient, entre autres choses, sur les constatations intermédiaires concernant deux ventes (à savoir, la perte de la vente à Delta Airlines en 2011; et la perte de la vente à Fly Dubai en 2008) qui ont eu lieu avant la fin de la période de mise en œuvre.⁴ Toutefois, les parties ne s'accordent pas sur la manière d'évaluer ces effets défavorables. Alors que l'UE adopte une méthode qui évalue les effets défavorables d'une manière compatible avec l'article 7.10 et 7.9 de l'*Accord SMC*, les constatations adoptées et la décision rendue dans l'affaire DS316, les États-Unis demandent au Groupe spécial d'arbitrage de s'écarter de cette approche de plusieurs façons, importantes et erronées, à la fois i) pour les trois pertes de ventes (section II.A); et ii) pour la menace d'entrave sur les marchés des États-Unis et des É.A.U. (section II.B).

A. Pertes de ventes

6. Pour évaluer les trois "pertes de ventes" pendant la période postérieure à la mise en œuvre, l'UE adopte une méthode qui est compatible avec l'article 7.10 et 7.9 de l'*Accord SMC* et les constatations adoptées, et qui reprend l'approche suivie par le Groupe spécial d'arbitrage dans l'affaire DS316. En revanche, les États-Unis demandent au Groupe spécial d'arbitrage de s'écarter de cette approche d'au moins trois façons erronées (section II.A.1, section II.A.2 et section II.A.3).

1. Les États-Unis n'ont pas démontré que le Groupe spécial d'arbitrage devrait diminuer la valeur des pertes de ventes de la "probabilité" que Boeing aurait quand même remporté ces ventes

7. La méthode de l'UE repose sur l'idée que, en l'absence de la réduction du taux de l'impôt sur les activités ("B&O"), c'est Airbus – plutôt que Boeing – qui aurait remporté les trois ventes en cause.⁵ En effet, les organes juridictionnels de la mise en conformité ont constaté que, de par l'"effet de la subvention", au sens de l'article 6.3 de l'*Accord SMC*, Airbus n'avait "pas obtenu"}"⁶ ces ventes, de sorte qu'il a été déterminé qu'il s'agissait de "ventes perdues".⁷

8. En revanche, les États-Unis demandent au Groupe spécial d'arbitrage de "modifier" et d'"invalidé{r}" les constatations adoptées en question.⁸ En dépit des constatations expresses, les États-Unis font valoir que, en l'absence des subventions, Airbus avait, "*tout au plus*", une "*chance de remporter*" chaque vente.⁹ Selon eux, le Groupe spécial d'arbitrage doit donc "incorporer la *probabilité* que Boeing aurait quand même réalisé les ventes pertinentes dans le contrefactuel".¹⁰ Spécifiquement, sur la base d'un "modèle" proposé pour la première fois dans la présente procédure, les États-Unis affirment que, en l'absence de la réduction du taux de l'impôt B&O, Airbus avait quand même une chance [{"***"}] de perdre chaque "vente perdue".¹¹

9. L'argument des États-Unis est i) erroné sur le plan de l'*interprétation* (section II.A.1.a); ii) erroné sur le plan des *faits*, à la lumière des constatations spécifiques relatives à la mise en conformité (section II.A.1.b); et iii) fondé sur une *méthode* qui n'est ni adaptée ni fiable (section II.A.1.c)¹².

- a. *L'argument des États-Unis selon lequel Boeing aurait quand même réalisé les "ventes perdues" est erroné sur le plan de l'interprétation*

10. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué, les "pertes de ventes" concernent les "ventes que les fournisseurs {à savoir Airbus} du Membre plaignant {à savoir l'UE} "n'ont pas obtenues" et qui, au lieu de cela, ont été remportées par les fournisseurs {à savoir Boeing} du Membre défendeur {à

⁴ Voir, par exemple, UE, note méthodologique, paragraphes 40 à 48; États-Unis, communication écrite, paragraphe 3.

⁵ Ainsi que les deux ventes sous-tendant les constatations de menace d'entrave (voir plus loin la section II.B).

⁶ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE), paragraphe 5.331; rapport de l'Organe d'appel CE – Aéronefs civils gros porteurs, paragraphes 1214 et 1220.

⁷ Voir, par exemple, UE, note méthodologique, paragraphes 72 à 77. Voir plus loin la note de bas de page 14.

⁸ Décision du Groupe spécial d'arbitrage CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE) , paragraphe 6.210.

⁹ États-Unis, communication écrite, paragraphe 84 (pas d'italique dans l'original).

¹⁰ États-Unis, communication écrite, paragraphe 84 (pas d'italique dans l'original).

¹¹ Voir l'annexe de la communication écrite des États-Unis.

¹² Voir, par exemple, UE, communication écrite, paragraphes 16 à 124.

savoir les États-Unis} ".¹³ En ce qui concerne chacune des ventes en cause, les organes juridictionnels de la mise en conformité ont conclu qu'Airbus n'avait "*pas obtenu*" la vente de par l'"*effet de la subvention*", au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*.¹⁴

11. Les États-Unis font valoir qu'il subsisterait une probabilité [[***]] que Boeing ait quand même remporté les ventes perdues, ce qui donnerait une valeur actuelle nette de la "perte de vente" de "zéro dollar".¹⁵ L'approche des États-Unis "invalide" donc les constatations adoptées selon lesquelles les ventes en cause ont été "perdues" de par l'"effet de la subvention". En particulier, la "perte de vente" ne serait *plus* l'"effet de la subvention".¹⁶ Cela contredit directement les constatations adoptées, qui établissent que, en droit, la "perte de vente" est "l'effet de la subvention".

12. Les États-Unis affirment que leur approche est justifiée à la lumière du critère de causalité applicable. Selon eux, il découle de la confirmation par l'Organe d'appel du critère de causalité (à savoir que la subvention doit "contribuer", en tant que cause "réelle et substantielle", aux pertes de ventes pour que celles-ci constituent l'"effet de la subvention") que la valeur des pertes de ventes d'Airbus dont l'existence a été déterminée par les organes juridictionnels de la mise en conformité doit être diminuée de la probabilité que Boeing aurait quand même remporté ces ventes dans le contrefactuel.

13. Le raisonnement des États-Unis est dénué de toute logique. Soit le critère de causalité a été respecté, soit il ne l'a pas été. Comme l'Organe d'appel a confirmé les constatations de pertes de ventes formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité, le critère de causalité a été respecté, et il a été constaté en droit que la vente était une "vente perdue" causée par les subventions. En d'autres termes, la perte de vente est "l'effet de la subvention", au sens de l'article 6.3 c). Il s'agit des constatations adoptées que les parties doivent accepter et que le Groupe spécial d'arbitrage doit évaluer.

14. Le raisonnement des États-Unis a également des conséquences systémiques importantes pour le mandat des groupes spéciaux d'arbitrage. Il implique que, "à moins qu'un groupe spécial/l'Organe d'appel ne constate qu'une subvention est la cause *unique* d'un phénomène de préjudice grave", "un arbitre au titre de l'article 7.10 de l'*Accord SMC* doit évaluer le degré de contribution d'une subvention à ce phénomène de préjudice grave".¹⁷ Pourtant, l'évaluation du degré de contribution d'une subvention à un phénomène sur le marché – tel que les pertes de ventes – implique une révision des constatations relatives au lien de causalité formulées par des organes juridictionnels antérieurs. Par conséquent, l'argument des États-Unis implique que, dans la plupart des cas, la détermination de ce qui constitue un niveau de contre-mesures "proportionnel" exigerait qu'un groupe spécial d'arbitrage révise les constatations mêmes relatives au lien de causalité qui ont déjà été formulées. Dans le cadre de son mandat, celui-ci ne peut pas le faire.

b. *L'argument des États-Unis selon lequel Boeing aurait quand même réalisé les "ventes perdues" est erroné sur le plan des faits, à la lumière des constatations spécifiques relatives à la mise en conformité*

15. Ensuite, les constatations spécifiques sous-tendant la détermination finale concernant les "pertes de ventes" privent également de tout fondement l'affirmation des États-Unis selon laquelle il existe une probabilité [[***]] que Boeing ait quand même remporté les ventes en question.¹⁸

¹³ Organe d'appel, *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.331 (pas d'italique dans l'original). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1214 et 1220.

¹⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.404, 9.404 (note de bas de page 3329), 9.406, 9.406 (note de bas de page 3335), 9.438, 9.443, 9.446 (note de bas de page 3375), 11.8 c), 11.8 d); rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphes 5.476, 5.477, 5.526, 6.13.

¹⁵ États-Unis, réponses aux questions du Groupe spécial d'arbitrage n° 49 (paragraphe 34) et n° 13 (paragraphes 58 et 59).

¹⁶ Voir, par exemple, UE, déclaration liminaire, paragraphes 20 à 37.

¹⁷ Question n° 13 du Groupe spécial d'arbitrage (italique dans l'original).

¹⁸ Voir aussi UE, communication écrite, paragraphes 44 à 86.

16. *Premièrement*, l'argument des États-Unis concernant la "probabilité" caractérise de manière erronée les constatations relatives à la mise en conformité en ce qui concerne les différences de prix nets entre les offres d'Airbus et de Boeing.¹⁹ Selon les États-Unis, les organes juridictionnels de la mise en conformité ont constaté que le montant de la subvention n'était "pas nécessairement suffisant pour couvrir les écarts observés entre les prix nets offerts par Airbus et par Boeing".²⁰ Cependant, en ce qui concerne chacune des trois pertes de ventes ayant eu lieu pendant la période de référence relative à la mise en conformité, l'assertion des États-Unis est directement contredite par les constatations explicites des organes juridictionnels de la mise en conformité selon lesquelles la subvention par aéronef *comblait totalement* l'écart entre les prix nets figurant dans les offres d'Airbus et de Boeing.²¹ Au regard de ce qu'il indique, l'argument des États-Unis doit donc être rejeté en ce qui concerne les trois pertes de ventes ayant eu lieu pendant la période de référence relative à la mise en conformité.

17. *Deuxièmement*, et fait plus important encore, pour chacune des cinq pertes de ventes²², les organes juridictionnels de la mise en conformité n'ont pas fondé la constatation concernant le lien de causalité sur une comparaison des prix nets. Les États-Unis font abstraction – comme ils l'ont fait devant l'Organe d'appel²³ – du fait que les organes juridictionnels de la mise en conformité ont dûment considéré que les prix nets n'étaient pas déterminants, eu égard à la nécessité de tenir compte de la valeur des *différences autres que de prix* entre les deux offres, au moyen d'une évaluation de la valeur actuelle nette ("VAN").²⁴ Après avoir évalué tous les facteurs, les organes juridictionnels de la mise en conformité ont constaté que les cinq ventes étaient toutes sensibles aux prix en ce sens qu'"il n'y avait *pas de facteurs autres que les prix* qui expliquaient que Boeing avait réussi à obtenir la vente".²⁵ En fait, s'agissant de deux pertes de ventes (à savoir, Fly Dubai en 2008 et Fly Dubai en 2014), ils ont constaté que les *États-Unis n'avaient même pas avancé un quelconque facteur autre que le prix* qui permettait d'expliquer que Boeing avait réussi à obtenir ces ventes.²⁶ Pour les trois autres ventes, ils ont constaté qu'"il apparaissait que Boeing avait subi une pression particulière en vue de réduire ses prix afin d'obtenir l{a} vente{ }, et qu'il n'y avait pas eu de facteurs autres que les prix qui expliquaient que Boeing avait réussi à obtenir l{a} vente{ }".²⁷ Ces constatations contredisent directement l'assertion des États-Unis selon laquelle les constatations adoptées "n'excluaient pas la possibilité qu'un acheteur ait pu déterminer que la totalité de l'offre de Boeing, y compris la qualité de ses produits et services associés, était préférable à celle d'Airbus, même à un prix qui n'était pas affecté par la subvention".²⁸ Les organes juridictionnels de la mise en conformité ont rejeté explicitement la pertinence de ces facteurs autres que les prix.

18. *Troisièmement*, les constatations adoptées concernant le rôle d'une évaluation des différences entre les VAN éliminent la probabilité que Boeing aurait remporté l'une quelconque des cinq ventes en cause. Les organes juridictionnels de la mise en conformité ont constaté que la subvention par aéronef "dépass{ait} effectivement la différence entre les VAN qui, comme les éléments de preuve portés à {leur} connaissance le laiss{aient} entendre, {pouvait} déterminer les résultats des campagnes de vente visant les aéronefs monocouloirs", y compris dans les cinq ventes

¹⁹ Voir, par exemple, États-Unis, déclaration liminaire, paragraphe 21; communication écrite, paragraphes 44, 86.

²⁰ États-Unis, déclaration liminaire, paragraphe 21.

²¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.402. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.474.

²² En ce qui concerne les ventes à Delta Airlines en 2011 et à Fly Dubai en 2008, la constatation de "perte de ventes" était une constatation intermédiaire utilisée par les organes juridictionnels de la mise en conformité pour constater l'existence d'effets défavorables sous la forme d'une "menace d'entrave".

²³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphes 5.510 à 5.512.

²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.473. Voir aussi la déclaration de M. K. Rao, 7 octobre 2015 (**pièce EU-33-RCES**), citée dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.399, 9.402; et dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphes 5.473, 5.510, 5.511, 5.515, 5.517, 5.520, 5.523.

²⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.383 (pas d'italique dans l'original).

²⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.461.

²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.461 (pas d'italique dans l'original).

²⁸ Annexe de la communication écrite des États-Unis, paragraphe 2.

sensibles aux prix.²⁹ Étant donné que ces cinq ventes étaient sensibles aux prix, les différences entre les VAN des deux offres concurrentes étaient étroites et se situaient dans une fourchette où les subventions modifiaient le résultat de chaque campagne.³⁰ En d'autres termes, les constatations adoptées concernant les éléments de preuve relatifs aux VAN établissent que, en l'absence de la subvention, c'est Airbus, plutôt que Boeing, qui aurait remporté les cinq ventes sensibles aux prix.

19. Pour toutes les raisons exposées plus haut, les organes juridictionnels de la mise en conformité dans le présent différend ont totalement exclu la possibilité d'une réévaluation du lien de causalité. La situation en l'espèce ne diffère pas de celle dans l'affaire DS316, où le Groupe spécial d'arbitrage a admis qu'une réévaluation de la constatation concernant le lien de causalité était exclue.³¹

c. *L'argument des États-Unis selon lequel Boeing aurait quand même remporté les "ventes perdues" est fondé sur une méthode qui n'est ni adaptée ni fiable*

20. Enfin, et en tout état de cause, l'UE a expliqué en détail que le modèle des États-Unis n'était ni adapté ni fiable. Tout au long de la procédure, les États-Unis n'ont répondu à absolument aucune des critiques formulées par l'UE.

21. *Premièrement*, le modèle des États-Unis n'est pas adapté. Aucun modèle de la famille des "modèles d'utilité aléatoire", à laquelle appartient le modèle des États-Unis, ne peut prévoir le résultat d'un ensemble de *ventes individuelles* prises dans un groupe d'observations *non aléatoire*. Ces modèles permettent seulement de faire des prévisions *moyennes* à l'échelle du marché et ne peuvent pas servir à prévoir le résultat d'une vente *individuelle quelconque*, et encore moins le résultat de ventes qui ne sont manifestement *pas* des ventes *moyennes*, comme les *ventes particulièrement sensibles aux prix* en cause.³²

22. *Deuxièmement*, le modèle n'est pas fiable. Le modèle est mal spécifié, puisqu'il ne rend pas compte des réalités fondamentales du marché des aéronefs civils gros porteurs ("LCA"), y compris les nombreux facteurs pertinents du côté de la demande et du côté de l'offre. En outre, la mise en œuvre du modèle est erronée, parce que les paramètres fondamentaux sont mal spécifiés. Enfin, les principaux points de données nécessaires pour faire fonctionner le modèle sont soit inappropriés à l'objectif poursuivi (tels que les données relatives aux coûts et aux marges) soit incompatibles entre eux (comme les moyens de mesures différents pour les prix des LCA de Boeing et d'Airbus, respectivement), et il est, de ce fait, impossible que le modèle produise des prévisions fiables.³³

2. Les États-Unis n'ont pas démontré que l'UE avait utilisé le mauvais nombre d'aéronefs

23. La méthode de l'UE évalue le nombre d'aéronefs de Boeing déjà livrés, et le nombre de ceux devant être livrés à l'avenir, dans le cadre des ventes en cause. Elle reprend la méthode adoptée par le Groupe spécial d'arbitrage dans l'affaire DS316, une méthode dont les États-Unis eux-mêmes avaient estimé, dans cette affaire, qu'elle était compatible avec l'article 7.10 et 7.9 de l'*Accord SMC*, les constatations adoptées et les besoins du côté de la demande sur le marché des LCA.³⁴ Pourtant, les États-Unis demandent au Groupe spécial d'arbitrage de s'écarter de cette approche et d'utiliser à la place le nombre de livraisons d'aéronefs proposées dans les offres finales d'Airbus. Ils font erreur.

²⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.402 (italique dans l'original); rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphes 5.473, 5.510, 5.511, 5.515, 5.517, 5.520, 5.523.

³⁰ Voir la déclaration de M. K. Rao, 7 octobre 2015 (**pièce EU-33-RCES**), citée dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.399, 9.402; et dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphes 5.473, 5.510, 5.511, 5.515, 5.517, 5.520, 5.523.

³¹ Voir, par exemple, la décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.79, 6.104, 6.200, 6.211, 6.213, 6.477.

³² Voir UE, communication écrite, paragraphes 94 à 111.

³³ Voir UE, communication écrite, paragraphes 112 et 113.

³⁴ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.221 (note de bas de page 377).

24. *Premièrement*, l'approche de l'UE est compatible avec les constatations adoptées. Comme dans l'affaire DS316, les constatations adoptées d'effets défavorables sont fondées sur le nombre de livraisons de *Boeing*, effectuées et à venir, dans le cadre de chacune des ventes en cause.³⁵ Ainsi, le nombre de livraisons d'aéronefs que le constructeur ayant perdu la vente – en l'occurrence Airbus – a "perdu" du fait de la subvention est égal au nombre d'aéronefs concernés par la commande du constructeur qui a remporté la vente – en l'occurrence Boeing.

25. *Deuxièmement*, l'approche de l'UE est compatible avec les besoins avérés du côté de la demande des compagnies aériennes clientes. Le Groupe spécial d'arbitrage dans l'affaire DS316 a choisi d'utiliser le nombre de livraisons d'Airbus compte tenu de "la substituable des modèles d'Airbus et de Boeing concurrents les plus proches et {de} la demande avérée des clients pour le nombre spécifié d'aéronefs concernés dans les pertes de ventes".³⁶ Ce sont exactement les mêmes considérations relatives à la demande qui sont présentes lorsqu'une vente est perdue par Airbus, plutôt que par Boeing.³⁷

26. *Troisièmement*, l'approche de l'UE est compatible avec l'approche suivie dans l'affaire DS316. La question du Groupe spécial d'arbitrage, à savoir s'il pourrait néanmoins s'écarter de l'approche suivie dans l'affaire DS316, a révélé une compréhension manifestement erronée de la décision rendue dans cette affaire.³⁸ Comme dans l'affaire DS316, il n'y pas d'"*éléments de preuve directs concernant les résultats contrefactuels des négociations {d'Airbus}*"³⁹ en l'espèce. En fait, des "éléments de preuve directs" concernant les nombres de livraisons contrefactuelles qu'Airbus aurait assurées si elle avait remporté les ventes en cause ne sont, par définition, jamais disponibles, *parce que cela relève du contrefactuel*. En fait, en se référant à l'absence d'"*éléments de preuve directs concernant les résultats contrefactuels des négociations*", le Groupe spécial d'arbitrage dans l'affaire DS316 ne faisait pas référence à l'absence d'offres finales de Boeing, car i) les offres finales de *Boeing* n'étaient pas absentes du dossier de la procédure du Groupe spécial d'arbitrage dans l'affaire DS316; et ii) fait plus important encore, les offres finales représentaient des *propositions* de négociation *effectives* – et non des résultats contrefactuels de négociations. Il importe de noter que les parties s'accordent à dire que les offres finales doivent encore faire l'objet de négociations, y compris potentiellement sur le nombre d'aéronefs concernés. Dans ces circonstances, c'est le contrat d'achat de *Boeing* qui montre le plus directement ce que la compagnie aérienne a effectivement acquis auprès de Boeing, pour ce qui est du nombre d'aéronefs et, par conséquent, ce qu'elle n'a pas acquis auprès d'Airbus. En conséquence, l'élément de preuve le plus direct concernant le nombre de livraisons contrefactuelles est le contrat d'achat de Boeing, et non l'offre finale d'Airbus. Conformément à l'approche suivie dans l'affaire DS316, le Groupe spécial d'arbitrage devrait donc utiliser les contrats d'achat effectivement passés par Boeing pour identifier le nombre de livraisons.

3. Les États-Unis n'ont pas démontré que l'UE avait utilisé la mauvaise période de référence pour annualiser la valeur des trois pertes de ventes en cause

27. Enfin, pour exprimer le niveau des contre-mesures en valeur annuelle, la méthode de l'UE répartit la valeur totale des trois pertes de ventes sur la période de référence de 33 mois utilisée dans la procédure de mise en conformité – c'est-à-dire allant de janvier 2013 à septembre 2015. Ce faisant, la méthode de l'UE assure, comme il se doit, la compatibilité entre le numérateur (à savoir la valeur totale des effets défavorables sur la période de référence) et le dénominateur (à savoir la *même* période de référence, sur laquelle est répartie la valeur totale des effets défavorables). Cette approche reprend celle qui a été adoptée par le Groupe spécial d'arbitrage dans l'affaire DS316, et

³⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.381 (tableau 12), 9.406, appendice 2 (RCES) (Iceland Air, titre précédant le paragraphe 245; Fly Dubai, titre précédant le paragraphe 266). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphes 5.472, 5.480, 5.498 (note de bas de page 1117).

³⁶ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.221 (note de bas de page 377).

³⁷ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphes 9.247 et 9.248; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.459.

³⁸ Question n° 9 du Groupe spécial d'arbitrage, citant la décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.263.

³⁹ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.263 (pas d'italique dans l'original).

elle est compatible avec l'article 7.10 et 7.9 et dictée par la logique élémentaire et les mathématiques.

28. Les organes juridictionnels de la mise en conformité ont constaté l'existence d'effets défavorables pendant une "*période de référence circonscrite dans le temps*"⁴⁰ de 33 mois.⁴¹ Pour obtenir la valeur moyenne *annuelle* d'une somme totale calculée sur une période autre qu'une période de 12 mois (à savoir la période de référence de 33 mois), il faut annualiser la somme totale sur la base de la *même* période (à savoir la période de référence de 33 mois), et non sur la base d'une période différente. Sans cela, le dénominateur ne remplit pas l'objectif pour lequel il est conçu, à savoir *annualiser* une somme totale obtenue sur une période autre que l'année, pour en "obtenir la valeur annuelle moyenne".⁴²

29. Bien qu'ils conviennent de la nécessité d'une compatibilité entre le numérateur et le dénominateur⁴³, les États-Unis demandent au Groupe spécial d'arbitrage de répartir les pertes de ventes non pas sur la période de référence de 33 mois (comme le veut la logique), mais sur une période beaucoup plus longue de 105 mois (soit 8,75 ans) qui, d'après leurs allégations, reflète "*les éléments de preuve inclus dans le numérateur*".⁴⁴ Ils font erreur.

30. *Premièrement*, étant donné que le numérateur correspond à la valeur des effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence de 33 mois a été déterminée, l'approche des États-Unis consistant à répartir les effets défavorables sur une période différente (105 mois) crée une incohérence entre le numérateur (à savoir les effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence a été déterminée) et le dénominateur (à savoir une annualisation sur une période beaucoup plus longue de 105 mois), et doit être rejetée. S'agissant du numérateur, les États-Unis admettent, comme il se doit, que la période de référence relative à la mise en conformité n'était certainement *pas* de 105 mois, mais bien plus courte (de 33 mois, ou, selon eux, de 36 mois).⁴⁵ Sur cette seule base, et compte tenu de l'exigence de compatibilité, le Groupe spécial d'arbitrage devrait rejeter l'argument des États-Unis utilisant une période d'annualisation de 105 mois (à savoir le dénominateur).⁴⁶

31. *Deuxièmement*, l'approche des États-Unis est également incompatible avec la pratique de groupes spéciaux d'arbitrage antérieurs, y compris dans l'affaire DS316, qui ont choisi 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".⁴⁷ Du fait qu'elle s'étend sur 8,75 ans, dont plus de 5,5 ans *avant* la fin de la période de mise en œuvre, l'approche des États-Unis est incompatible avec cette indication.

32. *Troisièmement*, les États-Unis affirment que leur approche est justifiée parce que, selon eux, "il est clair que les cinq pertes de ventes en cause ont eu lieu sur la période de 105 mois".⁴⁸ En l'occurrence, ils présentent de manière erronée les "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée". Les constatations adoptées ne concernent *pas* des effets défavorables sous la forme de cinq pertes de ventes sur 105 mois. Ces constatations concernent plutôt i) trois pertes de ventes

⁴⁰ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.46 (pas d'italique dans l'original).

⁴¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.432 (note de bas de page 3368). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 5.480. Les États-Unis conviennent de la date de fin de la période de référence, à savoir septembre 2015. Voir, par exemple, États-Unis, communication écrite, paragraphes 100, 111, 133.

⁴² Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.475 (pas d'italique dans l'original).

⁴³ États-Unis, réponses aux questions du Groupe spécial d'arbitrage n° 35 (paragraphe 107) et n° 74 (paragraphe 124).

⁴⁴ États-Unis, réponse à la question n° 74 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphes 124, 126 (pas d'italique dans l'original).

⁴⁵ États-Unis, réponses aux questions du Groupe spécial d'arbitrage n° 66 (paragraphe 98), n° 71 (paragraphe 115), n° 33 (paragraphe 105), n° 35 (paragraphe 110) et n° 37 (paragraphe 117); communication écrite, paragraphe 36.

⁴⁶ États-Unis, réponse à la question n° 74 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 124.

⁴⁷ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.56.

⁴⁸ États-Unis, réponse à la question n° 35 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 109.

et ii) une menace d'entrave sur les marchés des États-Unis et des É.A.U., qui, dans les deux cas, ont eu lieu *pendant* la période de référence de 33 mois.

33. *Quatrièmement*, les États-Unis eux-mêmes admettent que, si l'approche dite de la "menace d'entrave" était adoptée pour les marchés des États-Unis et des É.A.U., les trois pertes de ventes ne devraient **pas** être réparties sur 105 mois, mais plutôt sur la période de référence bien plus courte de 33 mois (ou de 36 mois, selon les États-Unis).⁴⁹ Le fait qu'ils admettent cette affirmation montre que leur propre approche est contraire à la logique. Selon l'approche des États-Unis, les trois *mêmes* pertes de ventes exactement sont évaluées d'une manière fondamentalement différente, en fonction de la façon dont le Groupe spécial d'arbitrage choisit d'évaluer des types d'effets défavorables *distincts et additionnels* (à savoir la menace d'entrave sur les marchés des États-Unis et des É.A.U.). De effet, en fonction de la méthode d'évaluation utilisée pour d'autres effets défavorables, la valeur annuelle des trois *mêmes* pertes de ventes serait *réduite de près de 70%*.

34. *Cinquièmement*, et finalement, l'approche des États-Unis est illogique pour une autre raison. Selon cette approche, le niveau *total* des contre-mesures serait *plus élevé*, s'il n'y avait *pas* eu de *constatation de menace d'entrave*. Spécifiquement, les contre-mesures sont plus élevées i) dans un scénario avec seulement trois pertes de ventes (devant être annualisées sur une période de 33 mois, ou de 36 mois selon les États-Unis), que ii) dans un scénario avec des constatations concernant trois pertes de ventes et une menace d'entrave (qui, selon les États-Unis, doivent être annualisées sur une période de 105 mois). Ainsi, selon l'approche des États-Unis, le niveau des contre-mesures aurait été *plus élevé* si les organes juridictionnels de la mise en conformité avaient constaté *moins* d'effets défavorables, c'est-à-dire seulement trois pertes de ventes, *sans* menace d'entrave sur les marchés des États-Unis et des É.A.U..

B. Menace d'entrave sur les marchés des États-Unis et des É.A.U.

35. En ce qui concerne l'évaluation de la "menace d'entrave" sur les marchés des États-Unis et des É.A.U., les parties sont convenues que, à la lumière des constatations adoptées, l'approche des "pertes de ventes" examinée plus haut pouvait être utilisée. Spécifiquement, pour évaluer la menace d'entrave sur le marché des États-Unis, les parties sont convenues d'évaluer la perte de la vente à Delta Airlines en 2011.⁵⁰ Pour évaluer la menace d'entrave sur le marché des É.A.U., les parties sont convenues d'évaluer la perte de la vente à Fly Dubai en 2008 (y compris les livraisons ayant eu lieu *avant* la période de référence).⁵¹ Le désaccord des parties à cet égard était limité aux trois mêmes questions examinées dans le contexte de l'évaluation des trois "pertes de ventes". Pour les raisons expliquées plus haut, les États-Unis n'ont pas démontré que l'approche de l'UE était incompatible avec l'article 7.10 et 7.9 (sections II.A.1, II.A.2 et II.A.3, plus haut).

36. Le Groupe spécial d'arbitrage a néanmoins demandé aux parties d'adopter une approche différente. Il a suggéré d'utiliser une approche "centrée sur les livraisons", qu'il a définie comme étant une approche qui évaluait les "livraisons", et non une approche des "pertes de ventes" "qui évalu{ait} les pertes de ventes sous-jacentes au moment où elles {avaient} lieu".⁵² L'expression "centrée sur les livraisons" ne qualifie cependant pas correctement une autre approche appropriée, parce qu'elle laisse entendre à tort que le Groupe spécial d'arbitrage évaluerait une constatation d'entrave *actuelle* (ou effective), alors qu'en vertu des constatations adoptées il est tenu d'évaluer une constatation de *menace* d'entrave. L'UE utilise donc l'expression "approche de la menace d'entrave".

37. L'évaluation de la menace d'entrave sur le marché des États-Unis doit refléter les constatations précises qui ont servi de base à la constatation de "menace d'entrave" – à savoir, la transaction de 2011 avec Delta Airlines portant sur 100 aéronefs (et 30 aéronefs optionnels, auxquels les mêmes arguments s'appliquent). De même, l'évaluation de la menace d'entrave sur le marché des É.A.U. doit refléter les constatations précises qui ont servi de base à la constatation de "menace d'entrave" – à savoir, la transaction de 2008 avec Fly Dubai portant sur 50 aéronefs

⁴⁹ États-Unis, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 98.

⁵⁰ UE, communication écrite, paragraphes 248 à 250; et États-Unis, communication écrite, paragraphe 105; réponse à la question n° 30 du Groupe spécial d'arbitrage.

⁵¹ UE, communication écrite, paragraphes 283, 284, 390; et États-Unis, communication écrite, paragraphes 148 (note de bas de page 171) et 105; réponses aux questions du Groupe spécial d'arbitrage n° 30 (paragraphe 87) et n° 31 (paragraphes 89 à 92).

⁵² Question n° 66 du Groupe spécial d'arbitrage.

(conjointement avec les autres questions mentionnées dans les rapports sur la mise en conformité). A cet égard, les points suivants sont pertinents:

- a) s'agissant de la transaction de 2011 avec Delta Airlines, en fait, toutes les livraisons ont eu lieu soit *pendant* soit *après* la période de référence. Par conséquent, pour évaluer la menace d'entrave sur le marché des États-Unis, le Groupe spécial d'arbitrage doit évaluer la menace en lien avec toutes les livraisons découlant de la transaction de 2011 avec Delta Airlines, puisque toutes les livraisons ont eu lieu *pendant* ou *après* la période de référence; et,
- b) s'agissant de la transaction de 2008 avec Fly Dubai, en fait, toutes les livraisons ont eu lieu soit *avant* soit *pendant* la période de référence. Pour évaluer la menace d'entrave sur le marché des É.A.U., le Groupe spécial d'arbitrage doit donc évaluer la menace en lien avec les livraisons découlant de la transaction de 2008 avec Fly Dubai qui ont eu lieu *pendant* la période de référence.

38. Ainsi, *sous réserve des conditions a) à c) énoncées ci-après*, l'UE serait d'accord pour dire que, s'il devait adopter une véritable approche de la "menace d'entrave", comme indiqué plus loin, le Groupe spécial d'arbitrage n'aurait pas besoin d'évaluer les livraisons dans le cadre de la transaction de 2008 avec Fly Dubai qui ont eu lieu *avant* le début de la période de référence. Les conditions attachées à l'accord de l'UE sont les suivantes:

- a) le Groupe spécial d'arbitrage doit évaluer la totalité de la menace d'entrave apparue pendant la période de référence (à savoir le numérateur)⁵³;
- b) il doit annualiser la valeur de cette menace sur la période de référence (à savoir le dénominateur); et,
- c) il doit rejeter l'argument des États-Unis selon lequel il existe une probabilité que, dans le contrefactuel, Boeing ait quand même effectué certaines de ces livraisons.

39. Les États-Unis contestent chaque élément du calcul mais ne démontrent pas que l'approche de l'UE est incompatible avec l'article 7.10 et 7.9 de l'*Accord SMC*, comme il est expliqué plus loin.⁵⁴

- 1. Les États-Unis n'ont pas démontré que l'inclusion de la menace de futures livraisons, que ce soit pendant ou après la période de référence, était incompatible avec l'article 7.10 et 7.9 de l'Accord SMC

- a. L'approche de l'UE est compatible avec les constatations adoptées ainsi qu'avec l'article 7.10 et 7.9 de l'*Accord SMC*

40. Pour "donner une valeur"⁵⁵ à la menace d'entrave sur les marchés des États-Unis et des É.A.U., le Groupe spécial d'arbitrage doit évaluer la *totalité* de la menace d'entrave *apparue pendant* la période de référence. Toute approche qui ferait abstraction d'une partie de la valeur de la menace de livraisons *apparue pendant* la période de référence serait incompatible avec l'article 7.10 et 7.9, et constituerait une violation inacceptable du mandat du Groupe spécial d'arbitrage, lequel est délimité par les constatations adoptées d'une manière multilatérale par les Membres de l'OMC agissant par l'intermédiaire de l'ORD.

41. Les organes juridictionnels de la mise en conformité ont formulé des "constatations {précises}"⁵⁶ relatives à l'existence de la "menace d'entrave" sur ces marchés. Ces constatations étaient i) fondées sur des transactions de vente spécifiques antérieures à la période de référence, et ii) reflétaient les particularités de la branche de production des LCA (où il existe généralement un

⁵³ La menace d'entrave couvre la menace que des livraisons aient lieu ultérieurement au cours de la période de référence ou après cette période.

⁵⁴ L'UE a examiné l'argument vicié des États-Unis concernant la probabilité, plus haut dans la section II.A.1.

⁵⁵ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.210.

⁵⁶ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *États-Unis – Coton upland (articles 22:6 et 7.10 – États-Unis)*, paragraphe 4.49.

décalage temporel important de plusieurs années entre la commande et la livraison). Ainsi, au moment où Boeing a remporté, et où Airbus a perdu, les transactions en cause (le 25 août pour la transaction de 2011 avec Delta Airlines; et le 4 juillet 2008 pour la transaction de 2008 avec Fly Dubai), c'est le fait que ces transactions ont été perdues qui a donné lieu à la menace d'entrave sur les marchés des États-Unis et des É.A.U., respectivement. En d'autres termes, la commande contractuelle a créé la menace d'entrave. C'est la raison pour laquelle l'entrave était à l'état de menace – c'est-à-dire, "*nettement prévu{e} et imminent{e}*"⁵⁷ – à compter de la date de conclusion du contrat de Boeing. En effet, comme le Groupe spécial de la mise en conformité l'a constaté, "du fait qu'Airbus a perdu la campagne de vente 2011 de Delta Airlines {à savoir le 25 août 2011} ..., il **sera, dans cette mesure** {en ce qui concerne 100 aéronefs} *fait obstacle* aux importations de LCA monocouloirs d'Airbus sur le marché des États-Unis ou celles-ci **seront gênées ou freinées**".⁵⁸ Sur cette base, le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté l'existence d'une menace d'entrave sur le marché des États-Unis. De même, il s'est explicitement appuyé sur les "**commandes de 50** {LCA de Boeing} passées par Fly Dubai en 2008"⁵⁹, perdues par Airbus le 4 juillet 2008, pour constater qu'il existait une "menace" d'entrave sur le marché des É.A.U.

42. Les États-Unis admettent que le contrat a créé la menace d'entrave, expliquant que, du fait des "*pertes de ventes*" pendant la période antérieure à la mise en œuvre, "*{l}es livraisons associées aux commandes perdues sont alors entravées*", ce qui donne lieu à "*la menace d'entrave*" "*pendant la période postérieure à la mise à œuvre*".⁶⁰

43. Il découle de ces constatations, et de la concordance de vues des parties sur ce point, que la perspective temporelle correcte, et celle qui a été adoptée par les organes juridictionnels de la mise en conformité, est que la menace d'entrave est apparue à la date de commande. Les constatations formulées par les organes juridictionnels de la mise en conformité portaient ensuite sur le futur par rapport à ce moment précis et, dans la mesure où cela était pertinent d'un point de vue juridique, au début de la période de référence (soit le 1^{er} janvier 2013). Dans cette mesure, la menace d'entrave était présente au cours de la période de référence. Il n'est pas contesté que, au début de la période de référence, aucun des aéronefs associés à la transaction de 2011 avec Delta Airlines n'avait été livré; et environ la moitié des aéronefs associés à la transaction de 2008 avec Fly Dubai n'avaient pas été livrés. Tous ces aéronefs doivent donc être évalués comme étant une menace d'entrave apparue pendant la période de référence.

b. Les États-Unis qualifient de façon erronée l'approche de l'UE et les constatations adoptées

44. Dans leur tentative visant à réfuter l'approche de l'UE, les États-Unis qualifient de façon erronée tant l'approche de l'UE que les constatations adoptées.

45. *Premièrement*, le Groupe spécial de la mise en conformité a considéré l'existence d'effets défavorables *apparus pendant* la période de référence – c'est-à-dire, *à tout moment* durant cette période (par exemple, au moment de la perte de la vente à Air Canada en 2013 (11 décembre 2013)).⁶¹ Ce faisant, il n'a pas pris un "instantané de la situation sur le marché"⁶² au premier jour de la période de référence. En revanche, conformément à son mandat, il a déterminé la présence d'un préjudice grave, et d'une menace de préjudice grave, *apparus à tout moment pendant* cette période. Par conséquent, les États-Unis font erreur lorsqu'ils qualifient la position de l'UE, et par extension les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité, comme considérant un "instantané de la situation sur le marché"⁶³ au premier jour de la période de référence.

⁵⁷ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1171 (pas d'italique dans l'original).

⁵⁸ Rapport du Groupe spécial États-Unis – *Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.437 (italique dans l'original; pas de caractères gras dans l'original).

⁵⁹ Rapport du Groupe spécial États-Unis – *Aéronefs civils gros porteurs* (article 21:5 – UE), paragraphe 9.443 (pas d'italique dans l'original).

⁶⁰ États-Unis, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphes 101 et 102 (pas d'italique dans l'original).

⁶¹ Voir, par exemple, UE, déclaration liminaire, paragraphe 106.

⁶² États-Unis, réponse à la question n° 69 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 107.

⁶³ États-Unis, réponse à la question n° 69 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 107.

46. *Deuxièmement*, les États-Unis demandent ensuite au Groupe spécial d'arbitrage d'admettre l'affirmation erronée selon laquelle le Groupe spécial de la mise en conformité a adopté un instantané de la situation sur le marché au *dernier* jour de la période de mise en conformité (à savoir le 30 septembre 2015). Là encore, ils font erreur. Lorsqu'il a formulé ses constatations de menace d'entrave, le Groupe spécial de la mise en conformité ne s'est *pas* situé (et ne devait *pas* se situer) uniquement à la *fin* de la période de référence (soit le 30 septembre 2015), et n'a *pas* examiné (et ne devait *pas* examiner) les données sur les livraisons effectives ayant eu lieu *pendant* la période de référence (soit entre le 1^{er} janvier 2013 et le 30 septembre 2015) séparément des données sur les livraisons à l'état de menace *après* la période de référence (soit après le 30 septembre 2015). Par la suite, il n'a pas non plus déterminé qu'une menace d'entrave était apparue pendant la période de référence, uniquement par référence aux livraisons à l'état de menace *après* la période de référence. Une telle affirmation contredirait les constatations effectivement formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité dans le cas d'espèce.

47. En outre, si le Groupe spécial de la mise en conformité avait retenu la fin de la période de référence (soit le 30 septembre 2015) comme point de vue temporel, il n'aurait pas pu s'appuyer sur les "commandes de 50 {LCA de Boeing} passées par Fly Dubai en 2008"⁶⁴ pour formuler une constatation de menace d'entrave, étant donné que *toutes* les livraisons dans le cadre de cette transaction ont eu lieu *avant* la fin de la période de référence (soit *avant* le 1^{er} octobre 2015). Le fait que le Groupe spécial de la mise en conformité s'est explicitement appuyé sur la transaction de 2008 avec Fly Dubai confirme donc que la "menace" d'entrave inclut la menace de livraisons apparue à tout moment durant la période de référence.⁶⁵

48. *Troisièmement*, dans la qualification erronée de la position de l'UE que font les États-Unis, il pourrait également être supposé de manière implicite qu'une menace doit subsister *tout au long* de la période de référence et qu'elle ne doit pas s'être matérialisée en tant qu'entrave actuelle (alléguée) pendant la période de référence. L'affirmation des États-Unis est une fois de plus incorrecte. Étant donné que les organes juridictionnels de la mise en conformité ont constaté qu'une menace d'entrave apparaissait "pendant" la période de référence, le Groupe spécial d'arbitrage doit évaluer cet effet défavorable. Le Groupe spécial d'arbitrage n'est pas libéré de son obligation d'évaluer cette menace d'entrave parce que le Membre défendeur affirme, *devant le Groupe spécial d'arbitrage*, que certaines livraisons ont eu lieu pendant la période de référence, qu'elles auraient pu constituer une entrave actuelle et que cela doit réduire les effets défavorables dont l'existence a été déterminée.

49. En droit et en fait, il est parfaitement possible que des faits et des éléments de preuve particuliers puissent étayer des constatations concernant deux types d'effets défavorables différents. En l'espèce, les faits et les éléments de preuve concernant les pertes de transactions étayaient pleinement les constatations de menace d'entrave pour tous les aéronefs pertinents, indépendamment de la question de savoir si des livraisons devaient avoir lieu ultérieurement pendant ou après la période de référence.⁶⁶ Dans le même temps, les faits et les éléments de preuve concernant les livraisons pendant la période de référence auraient pu, comme l'affirment les États-Unis, étayer une constatation d'entrave séparée (bien que les organes juridictionnels de la mise en conformité n'aient pas fait de telles constatations). Cependant, l'affirmation des États-Unis selon laquelle c'est bien le cas ne peut pas, en droit, réduire les effets défavorables dont l'existence a été déterminée (une menace d'entrave apparue pendant la période de référence).

c. *L'approche des États-Unis est incompatible avec l'article 7.10 et 7.9 de l'Accord SMC et avec les constatations adoptées*

50. À la lumière des constatations adoptées, les États-Unis ne peuvent pas s'acquitter de la charge qui leur incombe de démontrer que l'inclusion des livraisons à l'état de menace pendant et après la période de référence dans le cadre de la menace d'entrave apparue *pendant* la période de

⁶⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.443 (non souligné dans l'original).

⁶⁵ Voir aussi UE, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphes 221 à 226.

⁶⁶ Cela a été complété par certaines observations additionnelles formulées au sujet du marché des É.A.U. (observations qui, comme les deux parties en conviennent, ne diminuent la menace d'entrave résultant de la transaction de 2008 avec Fly Dubai). États-Unis, réponses aux questions du Groupe spécial d'arbitrage n° 66 (paragraphe 102) et n° 31 (paragraphe 90); communication écrite, paragraphe 105.

référence est incompatible avec l'article 7.10 et 7.9. Néanmoins, l'UE va plus loin et explique que l'autre approche proposée par les États-Unis est incompatible avec l'article 7.10 et 7.9.

i. L'approche des États-Unis "invalidée" et "modifiée" les constatations adoptées

51. Les États-Unis n'expliquent pas en quoi leur position est compatible avec les "constatations {précises}"⁶⁷ de menace d'entrave. Au lieu de cela, ils mentionnent une seule note de bas de page dans laquelle le Groupe spécial de la mise en conformité a indiqué, sans surprise, que les allégations de menace "requ{éraient} nécessairement des éléments de preuve concernant les livraisons futures prévues".⁶⁸

52. Il ne découle pas de cette note de bas de page que la menace de livraisons futures est partiellement annulée s'agissant des livraisons ayant lieu ultérieurement pendant la période de référence, simplement parce que ces livraisons pourraient *également* avoir servi de base à une constatation d'entrave actuelle. Le Groupe spécial de la mise en conformité n'a formulé aucune constatation d'entrave actuelle, comme les États-Unis semblent l'admettre. De fait, même les États-Unis prétendent seulement trouver une "**indication**"⁶⁹ à l'appui dans cette note de bas de page. En vérité, la note de bas de page indique simplement que la "menace" concerne le futur, considéré à partir du point de vue temporel pertinent. Compte tenu des faits de la cause en l'espèce, c'est la date des pertes de transactions, et par extension, le début de la période de référence.

53. Ainsi, le fait que des allégations de menace "requièrent *nécessairement* des éléments de preuve concernant les livraisons futures prévues" ne signifie pas que les éléments de preuve concernant une menace de livraisons ultérieures pendant la période de référence ne sont pas pertinents s'agissant d'établir l'existence d'une menace d'entrave apparue pendant la période de référence. À la lumière des faits et des constatations particulières en cause, le point de vue temporel correct montre que les éléments de preuve concernant les livraisons futures prévues *pendant* la période de référence constituent nécessairement des éléments de preuve indiquant une menace.

ii. L'approche des États-Unis exige que le Groupe spécial d'arbitrage admette deux propositions erronées et sorte du cadre de son mandat

54. Pour admettre l'approche des États-Unis, le Groupe spécial d'arbitrage devrait non seulement ignorer les constatations adoptées, mais également admettre deux propositions erronées qui exigent toutes deux qu'il sorte du cadre de son mandat. Les États-Unis lui demandent de reconnaître que, "{s}i le Groupe spécial de la mise en conformité {avait} considér{é} que les livraisons pendant la période de référence étaient des constatations de préjudice grave, il aurait formulé des constatations d'entrave *actuelle*, et non de *menace* d'entrave" (**première proposition**).⁷⁰ Ils font erreur.

55. *Premièrement*, et avant toute chose, le Groupe spécial d'arbitrage n'est pas autorisé à se mettre à la place du Groupe spécial de la mise en conformité et à émettre l'hypothèse qu'en tant que Groupe spécial de la mise en conformité, il aurait peut-être constaté une entrave pendant la période de référence (une constatation que le Groupe spécial de la mise en conformité n'a pas faite). Il ne peut pas non plus, sur cette base erronée, diminuer le dommage couvert par la menace d'entrave, en refusant d'évaluer les livraisons qui ont eu lieu ultérieurement pendant la période de référence.

56. *Deuxièmement*, bien que le Groupe spécial d'arbitrage n'ait pas pour mandat d'émettre des hypothèses sur ce que le Groupe spécial de la mise en conformité *aurait* constaté, *ou aurait pu*

⁶⁷ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *États-Unis – Coton upland (articles 22:6 et 7.10 – États-Unis)*, paragraphe 4.49.

⁶⁸ États-Unis, réponses aux questions du Groupe spécial d'arbitrage n° 66 (paragraphe 84 et 85) (*citant le rapport du Groupe spécial États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.432 (note de bas de page 3368)) et n° 69 (paragraphe 107).

⁶⁹ États-Unis, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 85 (pas d'italique dans l'original).

⁷⁰ États-Unis, réponses aux questions du Groupe spécial d'arbitrage n° 66 (paragraphe 85) (italique dans l'original) et n° 69 (paragraphe 109).

constater, rien ne permet de supposer que, en ce qui concerne les livraisons pendant la période de référence, le Groupe spécial de la mise en conformité "aurait formulé des constatations d'entrave *actuelle*, et non de *menace* d'entrave".⁷¹ Comme cela a été noté, les faits et les éléments de preuve peuvent peut-être étayer des constatations concernant deux types d'effets défavorables différents. La question n'est donc pas de savoir si l'une ou l'autre constatation aurait été appropriée. En l'espèce, les constatations de "menace" "étaient particulièrement pertinentes parce qu'elles rendaient compte de la menace de *toutes* les livraisons considérées. En revanche, une constatation d'entrave aurait été trop restreinte pour refléter la "*mesure*" dans laquelle les transactions en cause constituaient un "*frein*" pour les LCA d'Airbus, parce que, du fait de sa nature, elle aurait été limitée aux livraisons pendant la période de référence relative à la mise en conformité (et n'aurait pas porté sur les livraisons postérieures à la période de référence, qui menaçaient également d'entraver les importations de LCA d'Airbus).⁷² Ainsi, la constatation de menace était fidèle à la cause fondamentale – à savoir, la perte de transactions avant la période de référence.

57. *Troisièmement*, bien que le Groupe spécial d'arbitrage n'ait pas pour mandat d'émettre des hypothèses sur les raisons pour lesquelles le Groupe spécial de la mise en conformité a formulé des constatations de menace d'entrave, l'UE note que le Groupe spécial de la mise en conformité a explicitement constaté qu'il existait une menace d'entrave sur la base des livraisons qui devaient avoir lieu dans le futur, que ce soit ultérieurement pendant la période de référence ou après cette période. Comme cela a été noté, cette constatation était particulièrement pertinente à la lumière des faits et des éléments de preuve qui lui avaient été présentés. Le Groupe spécial de la mise en conformité n'avait pas besoin de formuler de constatation additionnelle selon laquelle les livraisons pendant la période de référence donneraient *également* lieu à une entrave actuelle: une constatation suffit, et une constatation a été formulée dans ce cas particulier.

58. *Quatrièmement*, et finalement, s'il avait adopté la position des États-Unis (*quod non*) et constaté l'existence d'une "menace" en ce qui concerne les livraisons postérieures à la période de référence *uniquement*, alors le Groupe spécial de la mise en conformité aurait été dans l'obligation de formuler une constatation d'entrave *additionnelle* pour couvrir les livraisons *pendant* la période de référence. Si la menace de livraisons *pendant* la période de référence n'avait pas été couverte par ses constatations de menace d'entrave, le Groupe spécial de la mise en conformité n'aurait pas procédé à une évaluation objective de toute la question dont il était saisi au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord. En fait, conformément à son obligation de procéder à une évaluation objective, le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté que la menace d'entrave incluait la menace de livraisons devant avoir lieu pendant la période de référence ainsi que la menace de livraisons postérieures à la période de référence. Le mandat du Groupe spécial d'arbitrage n'inclut pas l'adoption d'une interprétation des constatations du Groupe spécial de la mise en conformité qui supposerait de constater que ce dernier a manqué à son obligation au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.

59. En outre, les États-Unis demandent au Groupe spécial d'arbitrage d'admettre la proposition erronée selon laquelle "des constatations de menace d'entrave peuvent *uniquement* être formulées s'il n'y a pas d'entrave actuelle" (**deuxième proposition**).⁷³ Ils font erreur.

60. Dans l'affaire *États-Unis – Coton*, sur laquelle les États-Unis s'appuient pour formuler leur proposition erronée, l'Organe d'appel a explicitement constaté qu'"une allégation de préjudice grave {pouvait} *concerner une situation différente* de celle sur laquelle port{ait} une allégation de menace de préjudice grave", et que, par conséquent, "une allégation de menace de préjudice grave ne permet{tait} pas nécessairement d'*appréhender et d'envisager une mesure corrective* pour le même scénario qu'une allégation de préjudice grave actuel".⁷⁴ Ainsi, il n'a pas exclu la possibilité que, dans des circonstances particulières, une allégation de préjudice grave actuel (par exemple, une entrave) *puisse* concerner la même situation qu'une menace de préjudice grave (par exemple, une menace d'entrave); et qu'une allégation de menace de préjudice grave *permette* d'*appréhender et d'envisager une mesure corrective* pour le même scénario également qu'une allégation de préjudice

⁷¹ États-Unis, réponses aux questions du Groupe spécial d'arbitrage n° 66 (paragraphe 85) (italique dans l'original) et n° 69 (paragraphe 109).

⁷² Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 9.437 (italique dans l'original).

⁷³ États-Unis, réponse à la question n° 69 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 108 (pas d'italique dans l'original).

⁷⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 244 (pas d'italique dans l'original).

grave actuel. L'Organe d'appel n'a pas non plus exclu qu'il puisse y avoir, en droit, un chevauchement des éléments de preuve sur la base desquels une allégation de "menace" d'entrave et une allégation d'entrave actuelle pourraient être établies. Compte tenu des faits de la cause en l'espèce, les constatations de menace d'entrave ont permis "*d'appréhender et d'envisager une mesure corrective*" pour le dommage économique résultant des livraisons à l'état de menace pendant la période de référence.⁷⁵

61. Enfin, et en tout état de cause, il n'appartient pas au Groupe spécial d'arbitrage de trancher, sur la base d'un concept généralisé de "menace", la question de savoir si, selon lui, la qualification de menace d'entrave par le Groupe spécial de la mise en conformité était ou non correcte. Les organes juridictionnels de la mise en conformité se sont exprimés de manière définitive sur la qualification de la transaction en tant que menace d'entrave apparue pendant la période de référence, et l'ORD a adopté ces constatations. Ces constatations sont définitives et doivent être acceptées par le Groupe spécial d'arbitrage.

2. Les États-Unis n'ont pas démontré que l'UE avait utilisé la mauvaise période de référence pour l'annualisation de la menace d'entrave

62. Conformément à son approche des trois pertes de ventes, la méthode de l'UE répartit la valeur totale de la menace d'entrave sur les marchés des États-Unis et des É.A.U. sur une période de référence de 33 mois pour obtenir un niveau annuel des contre-mesures. Comme nous l'avons expliqué plus haut⁷⁶, cette approche reprend celle qui a été suivie dans l'affaire DS316, et elle est compatible avec l'article 7.10 et 7.9 et dictée par la logique élémentaire et les mathématiques.

63. Les États-Unis conviennent, *premièrement*, qu'une "menace" d'entrave a été constatée pendant la "période de référence utilisée dans la procédure de mise en conformité"⁷⁷; et, *deuxièmement*, que, selon l'approche de la menace d'entrave, "l'objectif serait d'évaluer la menace d'entrave qui existait *pendant la période de référence utilisée dans la procédure de mise en conformité*".⁷⁸ Par conséquent, les parties conviennent que la valeur du numérateur est la valeur de "la menace d'entrave qui existait *pendant la période de référence utilisée dans la procédure de mise en conformité*"⁷⁹, dont l'UE a établi qu'elle s'étendait sur 33 mois. Pour assurer la compatibilité entre le numérateur et le dénominateur (une prescription sur laquelle les parties s'entendent), l'UE annualise la menace d'entrave sur la *même* période de référence de 33 mois.

64. Les États-Unis contestent pourtant l'approche de l'UE. Ils n'annualisent pas la valeur de la menace d'entrave sur la *même* période de référence (à savoir, le dénominateur), mais sur une période *différente* d'un point de vue conceptuel et temporel, à savoir les *années de livraison postérieures à la période de référence*. On voit mal comment ils peuvent adopter cette approche, étant donné qu'ils ont admis qu'une menace était apparue pendant la période de référence et devait être annualisée sur la même période (*voir* le paragraphe 63). De fait, l'incohérence, à elle seule, signifie que l'approche des États-Unis n'est pas compatible avec l'article 7.10 et 7.9. Pourtant, même si l'approche des États-Unis était appropriée (*quod non*), son application au marché des É.A.U. doit néanmoins être rejetée parce qu'elle gonfle artificiellement le dénominateur en regroupant la menace d'entrave sur ce marché et la menace d'entrave distincte sur le marché des États-Unis, en dépit du fait que ces effets défavorables *distincts* se produisent sur des marchés *distincts* (et selon la logique des États-Unis, sur des périodes distinctes).

⁷⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 244 (pas d'italique dans l'original).

⁷⁶ Voir plus haut les paragraphes 27 à 34.

⁷⁷ États-Unis, réponses aux questions du Groupe spécial d'arbitrage n° 35 (paragraphe 110), n° 33 (paragraphe 105) et n° 37 (paragraphe 117); communication écrite, paragraphes 36, 109 et 111.

⁷⁸ États-Unis, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 94 (pas d'italique dans l'original).

⁷⁹ États-Unis, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 94 (pas d'italique dans l'original).

III. ÉVALUATION DES "EFFETS DÉFAVORABLES DONT L'EXISTENCE AURA ÉTÉ DÉTERMINÉE" QUI DÉCOULENT DES SUBVENTIONS DES ÉTATS-UNIS FONCTIONNANT SELON UN MÉCANISME DE CAUSALITÉ LIÉ AUX EFFETS SUR LA TECHNOLOGIE

65. Le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel ont constaté que les États-Unis avaient accordé des subventions pour la recherche et développement ("R&D") aéronautique incompatibles avec les règles de l'OMC qui causaient, par le biais d'un mécanisme de causalité lié aux effets sur la technologie, des effets défavorables liés à certains LCA bicouloirs.⁸⁰ Dans la procédure de mise en conformité, le Groupe spécial a constaté que les États-Unis n'avaient pas retiré les subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 en cause (les "subventions pour la R&D aéronautique").⁸¹ En outre, souscrivant à l'avis de l'UE, l'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial de la mise en conformité selon laquelle les États-Unis avaient éliminé les effets défavorables causés par ces subventions.⁸² De ce fait, il n'existe aucune constatation adoptée d'une manière multilatérale selon laquelle les États-Unis ont réalisé la "mise en conformité sur le fond" en ce qui concerne les effets des subventions pour la R&D aéronautique en cause.⁸³ Il existe en revanche une constatation adoptée d'une manière multilatérale, dans le cadre de la procédure initiale, selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique en cause causent des effets défavorables par le biais d'un mécanisme de causalité lié aux effets sur la technologie, ainsi qu'une recommandation multilatérale en découlant par laquelle l'ORD enjoint aux États-Unis de retirer ces subventions ou d'éliminer leurs effets défavorables.

66. Sous peine de diminuer les obligations des États-Unis et les droits de l'UE, le Groupe spécial d'arbitrage doit s'appuyer sur "les effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" dans la procédure initiale pour évaluer les effets défavorables causés par les subventions pour la R&D aéronautique. La méthode de l'UE évalue donc les constatations initiales de pertes de ventes, sur la base de la même approche des "pertes de ventes" que celle qu'elle a appliquée à l'évaluation des effets défavorables causés par les subventions fonctionnant selon un mécanisme de causalité lié aux effets sur les prix. L'autorisation de contre-mesures sur cette base constitue le seul moyen pour l'UE d'inciter les États-Unis à assurer la mise en conformité de leurs subventions incompatibles avec les règles de l'OMC, comme le prescrit la recommandation multilatérale de l'ORD découlant de la procédure initiale et à laquelle il n'a pas été donné suite.

A. L'attribution des charges dans la procédure de mise en conformité n'interdit pas à l'UE de demander et d'obtenir l'autorisation d'imposer des contre-mesures

67. Les États-Unis n'ont pas fait valoir que l'approche des "pertes de ventes" serait inappropriée dans ce contexte. En outre, ils admettent qu'il n'y a pas de constatation multilatérale selon laquelle ils se sont conformés à la recommandation de l'ORD en ce qui concerne leurs subventions pour la R&D aéronautique. Ils estiment néanmoins qu'il est interdit à l'UE de demander et d'obtenir l'autorisation d'imposer de *quelconques* contre-mesures.

68. Les États-Unis ont fait valoir initialement que cela était interdit à l'UE parce que, en tant que plaignant, elle assumait la charge de la preuve dans la procédure de mise en conformité.⁸⁴ Toutefois, sous la pression des arguments, ils ont concédé que l'attribution de la charge de la preuve dans la procédure de mise en conformité correspondante n'était pas pertinente s'agissant de trancher la question de savoir si l'UE était autorisée à adopter des contre-mesures.⁸⁵

⁸⁰ Rapport du Groupe spécial *États Unis – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 7.1797, 7.1854 a), 8.3 a) i); rapport de l'Organe d'appel *États Unis – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1126, 1127 et 1350 d) i).

⁸¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphe 11.7 a).

⁸² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – UE)*, paragraphes 5.386 à 5.421, 6.11.

⁸³ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.52. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 6.49 (y compris la note de bas de page 148), 6.53, 6.54.

⁸⁴ Voir, par exemple, États-Unis, communication écrite, paragraphes 55, 56, 57, 69, 70, 71.

⁸⁵ États-Unis, réponse à la question n° 47 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 31. Voir aussi UE, déclaration liminaire, paragraphes 130 à 135; observations sur les réponses des États-Unis à la question n° 47 du Groupe spécial d'arbitrage.

69. Fondamentalement, les parties sont donc d'accord sur le fait que le Groupe spécial d'arbitrage doit se prononcer sur une question nouvelle, qui n'a pas encore été examinée par des groupes spéciaux d'arbitrage antérieurs. Il s'agit de la question de savoir "quelle est la partie qui supporte les conséquences"⁸⁶ de l'absence d'une constatation de mise en conformité dans la procédure de mise en conformité?

70. Est-ce la partie plaignante, en l'occurrence l'UE, qui supporte ces conséquences, dans des circonstances:

- a) où elle a réussi à démontrer, dans la **procédure initiale**, que le défendeur accordait des subventions causant des effets défavorables pour ses intérêts, ce qui a donné lieu à la recommandation de l'ORD à l'effet que le défendeur retire la subvention ou prenne des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables;
- b) où elle a réussi à démontrer, dans la **procédure de mise en conformité**, que le défendeur n'avait pas retiré les subventions incompatibles avec les règles de l'OMC;
- c) où elle a réussi à démontrer devant l'Organe d'appel, dans la **procédure de mise en conformité**, que le Groupe spécial de la mise en conformité avait fait erreur en constatant que les effets défavorables des subventions incompatibles avec les règles de l'OMC avaient été éliminés; et
- d) où elle a présenté des éléments de preuve au **Groupe spécial d'arbitrage**, démontrant que les subventions non retirées continuaient de causer des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre?

71. Ou bien est-ce la partie défenderesse, en l'occurrence les États-Unis, qui supporte ces conséquences, dans des circonstances:

- a) où il a été constaté dans la **procédure initiale** qu'elle accordait des subventions incompatibles avec les règles de l'OMC causant des effets défavorables pour les intérêts commerciaux du plaignant;
- b) où, par voie de conséquence, l'ORD lui a enjoint, à l'issue de la **procédure initiale**, de retirer ces subventions ou de prendre des mesures appropriées pour éliminer leurs effets défavorables;
- c) où il a été constaté dans la **procédure de mise en conformité** qu'elle n'avait pas retiré les subventions dont il avait été constaté qu'elles causaient des effets défavorables;
- d) où le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté dans la **procédure de mise en conformité** qu'elle avait éliminé les effets défavorables, dans une constatation infirmée par l'Organe d'appel de sorte qu'elle restait visée par la recommandation de l'ORD de retirer les subventions ou de prendre des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables;
- e) où, néanmoins, elle affirme unilatéralement, devant le **Groupe spécial d'arbitrage**, qu'elle a éliminé tous effets défavorables causés par les subventions non retirées pendant la période postérieure à la mise en œuvre; et
- f) où elle n'aborde pas – ni a fortiori ne réfute, devant le **Groupe spécial d'arbitrage**, les éléments de preuve du plaignant selon lesquels les subventions non retirées continuaient de causer des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre?

72. Les États-Unis soutiennent que l'UE supporte ces conséquences parce qu'ils affirment s'être mis en conformité en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique. Spécifiquement, ils estiment que "lorsque la partie défenderesse initiale affirme qu'elle a éliminé les effets

⁸⁶ États-Unis, réponse à la question n° 45 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 24.

défavorables ou retiré la subvention⁸⁷, la position par défaut est que la mise en conformité a été assurée, même dans les cas où l'Organe d'appel a *infirmé* des constatations de mise en conformité dans la procédure de mise en conformité, et où aucune constatation de mise en conformité "confirmée d'une manière multilatérale⁸⁸" n'existe.⁸⁹ Selon eux, "une **condition préalable**" à l'autorisation de contre-mesures est que la partie plaignante ait obtenu une constatation positive de non-mise en conformité pendant la période postérieure à la mise en œuvre.⁹⁰ Les États-Unis estiment que, puisque l'UE n'a pas obtenu cette constatation préalable, le Groupe spécial d'arbitrage n'est pas autorisé à évaluer des contre-mesures connexes.⁹¹

73. La position des États-Unis est incompatible à la fois avec l'article 7.10 et 7.9 de l'*Accord SMC*, et avec les constatations formulées par le Groupe spécial d'arbitrage dans l'affaire DS316 (section III.B). Même si le Groupe spécial d'arbitrage devait ne pas être de cet avis, l'UE a en tout état de cause démontré qu'il n'y avait pas mise en conformité pendant la période postérieure à la mise en œuvre (section III.C).

B. Les États-Unis font erreur en faisant valoir qu'une constatation de non-mise en conformité pendant la période postérieure à la mise en œuvre est une "condition préalable" à l'autorisation de contre-mesures

74. *Premièrement*, les États-Unis demandent effectivement au Groupe spécial d'arbitrage de réécrire l'article 7.10 et 7.9. Ils affirment que les "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" visés à l'article 7.10 (et 7.9) sont "ceux dont l'existence aura été déterminée" après la période {de mise en œuvre} de six mois.⁹² Cependant, 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 "{c}omme condition préalable à l'imposition de contre-mesures".⁹³ En fait, l'article 7.9 énonce simplement la condition qui déclenche la demande et l'obtention, par un Membre plaignant, de l'autorisation d'imposer des contre-mesures. Spécifiquement, l'"ORD accordera ... l'autorisation" d'imposer des contre-mesures "{d}ans le cas où le Membre {défendeur} 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".

75. Rien dans l'article 7.9 n'exige que la condition de déclenchement soit remplie au moyen d'une constatation de non-mise en conformité après la fin de la période de mise en œuvre. De fait, les États-Unis eux-mêmes admettent qu'une constatation de non-mise en conformité n'est pas une "condition préalable" à l'imposition de contre-mesures, *si la non-mise en conformité est reconnue*.⁹⁴ Fait important, la question de savoir quand un Membre plaignant est autorisé à obtenir l'autorisation d'imposer des contre-mesures (selon la définition donnée dans la clause introductive de l'article 7.9) diffère de la question de savoir quel est le montant des contre-mesures qu'un Membre plaignant est en droit de demander, et de la question de savoir quels effets défavorables dont l'existence a été déterminée le Groupe spécial d'arbitrage est chargé d'évaluer (selon la définition donnée par le membre de phrase "{le} degré et ... la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" figurant à l'article 7.10 et 7.9). Lorsque ces questions sont dûment séparées, il est clair que le Groupe spécial d'arbitrage ne saurait "supposer" que les subventions pour la R&D aéronautique causent des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre, comme l'allèguent les États-Unis. En fait, une fois que la condition de déclenchement énoncée à l'article 7.9 est remplie, le Groupe spécial d'arbitrage doit donner une valeur aux "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée", comme le prescrit son mandat au titre de l'article 7.10.

⁸⁷ États-Unis, réponse à la question n° 2 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 9 (pas d'italique et non souligné dans l'original).

⁸⁸ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.52.

⁸⁹ États-Unis, déclaration liminaire, paragraphes 11, 12; communication écrite, paragraphe 74, section III; réponses aux questions du Groupe spécial d'arbitrage n° 2 (paragraphes 7, 9), n° 3 et n° 4.

⁹⁰ États-Unis, déclaration liminaire, paragraphe 11 (pas d'italique ni de caractères gras dans l'original). *Ibid.*, paragraphe 12.

⁹¹ États-Unis, déclaration liminaire, paragraphe 12.

⁹² États-Unis, réponse à la question n° 43 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 9 (pas d'italique dans l'original).

⁹³ États-Unis, réponse à la question n° 44 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 11.

⁹⁴ États-Unis, réponse à la question n° 44 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 12.

76. Dans les circonstances actuelles, la condition de déclenchement énoncée à l'article 7.9 est remplie du fait que l'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial de la mise en conformité selon laquelle les États-Unis avaient assuré la mise en conformité en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique. Du fait de cette infirmation de l'Organe d'appel, les recommandations de l'ORD adoptées d'une manière multilatérale dans la procédure initiale "restent exécutoires"⁹⁵ et constituent une base valable pour demander et obtenir des contre-mesures jusqu'à ce qu'un futur organe juridictionnel formule une constatation de mise en conformité "confirmée d'une manière multilatérale"⁹⁶ (ou qu'une solution mutuellement convenue soit trouvée).

77. Pour ce qui est de l'évaluation requise, les seules "constatations {précises}"⁹⁷ relatives aux effets défavorables "dont l'existence {a} été constatée" qui découlent des subventions pour la R&D aéronautique sont celles qui ont été formulées par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans la procédure initiale, et sur lesquelles le Groupe spécial d'arbitrage peut s'appuyer.⁹⁸ En fait, bien qu'ils fassent valoir à tort que le membre de phrase "dont l'existence aura été déterminée" figurant à l'article 7.10 (et 7.9) fait référence, en droit, aux effets défavorables dont il aura été déterminé qu'ils existaient *pendant la période postérieure à la mise en œuvre*⁹⁹, les États-Unis reconnaissent finalement que ce membre de phrase n'exclut pas, en droit, qu'un groupe spécial d'arbitrage s'appuie sur les effets défavorables dont les organes juridictionnels *initiaux* auront déterminé qu'ils existaient *avant* la fin de la période de mise en œuvre.¹⁰⁰

78. *Deuxièmement*, comme le Groupe spécial d'arbitrage dans l'affaire DS316 l'a confirmé, en l'absence d'une constatation de mise en conformité "confirmée d'une manière multilatérale"¹⁰¹, la position par défaut n'est pas la *mise en conformité* – comme les États-Unis le font valoir – 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*. Les États-Unis ne peuvent pas transformer l'*absence* de constatation de mise en conformité en une constatation positive selon laquelle ils *se sont* conformés à la recommandation de l'ORD, sur la seule base de leur propre *affirmation unilatérale* de mise en conformité. De fait, dans le cas où le Groupe spécial d'arbitrage admettrait la position des États-Unis, cela reviendrait à admettre la proposition indéfendable selon laquelle, sur la base d'une affirmation *unilatérale* de mise en conformité, une recommandation de l'ORD *adoptée d'une manière multilatérale* à l'effet qu'une mesure incompatible avec les règles de l'OMC soit rendue conforme n'a plus de fondement ni d'effet juridique, même en l'absence d'une détermination multilatérale selon laquelle "*le problème*" a été "*réglé*".¹⁰²

79. *Troisièmement*, et finalement, si le Groupe spécial d'arbitrage devait refuser à l'UE le droit d'imposer des contre-mesures dans les circonstances actuelles, il "invalide{rait}" et "modifier{ait}" effectivement tant l'infirmation par l'Organe d'appel de la constatation du Groupe spécial de la mise en conformité selon laquelle les États-Unis se sont mis en conformité en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique, que les recommandations de l'ORD adoptées d'une manière multilatérale visant la mise en conformité issues de la procédure initiale, qui "restent exécutoires"¹⁰³ du fait de l'infirmation de l'Organe d'appel dans la procédure de mise en conformité. Dans le scénario envisagé par les États-Unis, le Groupe spécial d'arbitrage évaluerait à tort les "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" *comme si l'Organe d'appel avait confirmé la constatation de mise en conformité faite par le Groupe spécial de la mise en conformité*, ce qui exécuterait et épuiserait la recommandation de l'ORD visant à ce que les États-Unis se mettent en conformité.

⁹⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*, paragraphe 7.36. *Ibid.*, paragraphes 7.40 à 7.43, 7.52. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*, paragraphes 83, 94 à 96.

⁹⁶ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.52.

⁹⁷ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *États-Unis – Coton upland (articles 22:6 et 7.10 – États-Unis)*, paragraphe 4.49.

⁹⁸ Voir UE, note méthodologique, paragraphes 171 à 174. Voir aussi UE, communication écrite, section III.

⁹⁹ Voir, par exemple, États-Unis, réponse à la question n° 43 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 9 (pas d'italique dans l'original).

¹⁰⁰ États-Unis, réponse à la question n° 44 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 12.

¹⁰¹ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.52.

¹⁰² Voir plus haut la note de bas de page 95.

¹⁰³ Voir plus haut la note de bas de page 95.

C. En tout état de cause, l'UE a démontré qu'il n'y avait pas mise en conformité pendant la période postérieure à la mise en œuvre

80. À titre subsidiaire, si le Groupe spécial d'arbitrage devait ne pas souscrire à la position de l'UE selon laquelle une constatation de non-mise en conformité pendant la période postérieure à la mise en œuvre n'est pas une condition préalable au titre de l'article 7.9, l'UE a en tout état de cause établi la non-mise en conformité préalable requise d'au moins deux manières.

81. *Premièrement*, dans la procédure de mise en conformité, l'UE a démontré qu'il n'y avait pas mise en conformité après la fin de la période de mise en œuvre en ce qui concerne la subvention sous forme d'une réduction du taux de l'impôt B&O. Ainsi, elle a réussi à démontrer que, 14 ans après la demande de consultations qu'elle avait présentée dans le présent différend, les États-Unis continuaient d'accorder à Boeing des subventions incompatibles avec les règles de l'OMC qui causaient des effets défavorables pour ses intérêts.

82. *Deuxièmement*, devant le Groupe spécial d'arbitrage, l'UE a démontré qu'il n'y avait pas mise en conformité après la fin de la période de mise en œuvre en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique. Les États-Unis admettent qu'"un Membre plaignant initial pourrait sans doute établir la non-mise en conformité après la fin du délai raisonnable en présentant des arguments et des éléments de preuve *dans un arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord et de l'article 7.10 de l'Accord SMC*".¹⁰⁴ L'UE a établi cette non-mise en conformité devant le présent Groupe spécial d'arbitrage¹⁰⁵, bien que les États-Unis se soient **explicitement abstenus d'aborder, et a fortiori de réfuter**, les éléments de preuve et l'argumentation qu'elle avait présentés. Dans ces circonstances, s'il considère que l'article 7.9 exige de démontrer la non-mise en conformité pendant la période postérieure à la mise en œuvre en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique (*quod non*), le Groupe spécial d'arbitrage doit conclure, sur la base des éléments de preuve non contestés et de l'argumentation que l'UE lui a présentés, que les États-Unis n'ont pas pris de mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables des subventions pour la R&D aéronautique. Une décision contraire signifierait que le Groupe spécial d'arbitrage a plaidé la cause des États-Unis, en violation du devoir qui lui incombe de procéder à une évaluation objective. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué, en procédant à une évaluation *objective* au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, un organe juridictionnel "ne peut pas prendre sur soi de réfuter l'allégation (ou le moyen de défense) lorsque la partie défenderesse (ou la partie plaignante) elle-même ne l'a pas fait".¹⁰⁶

83. En résumé, indépendamment de l'interprétation de l'article 7.10 et 7.9 qui sera adoptée par le Groupe spécial d'arbitrage, il n'existe aucune base pour refuser à l'UE son droit d'être autorisée à prendre des contre-mesures "proportionnelles" qui sont conçues pour "inciter {les États-Unis} à se mettre en conformité"¹⁰⁷ avec la recommandation de l'ORD en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique.

IV. MISE EN ŒUVRE TECHNIQUE DE L'APPROCHE DE L'UE

84. Compte tenu de ce qui précède, l'UE évalue comme suit les effets défavorables dont l'existence a été déterminée. *Premièrement*, pour évaluer les "pertes de ventes" causées par les subventions des États-Unis fonctionnant selon un mécanisme de causalité lié aux effets sur les prix (à savoir, la perte de la vente à Air Canada en 2013; la perte de la vente à Icelandair en 2013; et la perte de la vente à Fly Dubai en 2014), l'UE applique les étapes suivantes:

- a) **déterminer les nombres et les calendriers de livraisons contrefactuelles:** conformément à l'approche suivie dans l'affaire DS316¹⁰⁸, l'UE détermine les nombres

¹⁰⁴ États-Unis, réponse à la question n° 44 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 13 (pas d'italique dans l'original).

¹⁰⁵ Voir UE, communication écrite, paragraphes 359 et 360 (notes de bas de page 477 à 479), et les éléments de preuve et l'argumentation qui y sont mentionnés. Voir aussi UE, communication écrite, paragraphe 358 (note de bas de page 476); déclaration liminaire, paragraphe 141 ("l'UE a explicitement indiqué qu'elle était disposée à fournir, sur demande, les pièces correspondantes à bref délai").

¹⁰⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 282 (pas d'italique dans l'original).

¹⁰⁷ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 5.2.

¹⁰⁸ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.221 (y compris la note de bas de page 377).

et les calendriers de livraisons contrefactuelles à l'aide du nombre et du rythme des livraisons de *Boeing* dans le cadre des ventes perdues en cause. Si le Groupe spécial d'arbitrage fondait les nombres et les calendriers de livraisons contrefactuelles sur les offres finales d'Airbus (ce qu'il ne devrait pas faire)¹⁰⁹, il devrait utiliser non seulement les commandes fermes mais aussi [[***]] le nombre de LCA de Boeing effectivement vendus.¹¹⁰

- b) **procéder à un ajustement pour tenir compte des annulations de commande déclenchées par des facteurs du côté de la demande:** conformément à l'approche suivie dans l'affaire DS316¹¹¹, l'UE réduit les nombres de livraisons contrefactuelles pour tenir compte des livraisons qui auraient également été annulées dans le contrefactuel. Les parties conviennent qu'il y a eu une annulation concernant un seul LCA (un 737-800 NG dans le cadre de la transaction de 2014 avec Fly Dubai) du fait de facteurs du côté de la demande qui aurait également eu lieu dans le contrefactuel.¹¹²
- c) **déterminer le prix de livraison contrefactuel pour chaque année de livraison attendue:** l'UE retient les prix usine nets appropriés et les facteurs de révision appropriés, tels qu'ils apparaissent dans les offres finales correspondantes d'Airbus. L'UE a démontré (et les États-Unis ont reconnu)¹¹³ que rien ne justifiait d'exclure [[***]].¹¹⁴
- d) **procéder à un ajustement à la baisse pour tenir compte d'un risque d'annulation future:** conformément à l'approche suivie dans l'affaire DS316¹¹⁵, l'UE tient compte du risque d'une annulation de livraisons futures déclenchée par des facteurs du côté de la demande. Pour chaque livraison restant à effectuer, l'UE ajuste le prix de livraison contrefactuel selon le taux de survie futur estimé, qui est fonction des taux d'annulation prévus. L'indicateur le plus fiable, le plus robuste et le plus pertinent pour le risque d'annulation future d'Airbus est calculé à partir des *annulations effectives* que Boeing a connues dans le cadre des *cinq transactions sensibles aux prix visant des LCA monocouloirs en cause* exprimées sous la forme d'une fraction de toutes les livraisons de Boeing effectuées jusqu'alors dans le cadre de ces transactions (soit 0,40%).¹¹⁶
- e) **procéder à un ajustement temporel rétrospectif, en utilisant le coût de la dette d'Airbus comme taux d'actualisation :** l'UE procède ensuite à un ajustement rétrospectif pour exprimer chaque prix de livraison contrefactuel d'Airbus (modifié par le risque d'annulation future qui lui est associé, le cas échéant) en tant que prix de livraison au moment où la vente a été perdue, c'est-à-dire en dollars EU de l'année de commande. L'UE adopte là encore l'approche suivie dans l'affaire DS316 et applique le coût de la dette d'Airbus comme facteur d'actualisation.¹¹⁷ Les États-Unis n'ont pas démontré que cette approche était incompatible avec l'article 7.10 et 7.9; en tout état de cause, l'UE a démontré que l'autre approche proposée par les États-Unis (c'est-à-dire utiliser comme taux d'actualisation le coût moyen pondéré du capital

¹⁰⁹ Voir, par exemple, UE, déclaration liminaire, paragraphes 39 à 62; réponses aux questions n° 8, 9, 54.

¹¹⁰ Voir UE, communication écrite, paragraphes 228 et 229; déclaration liminaire, paragraphe 50.

¹¹¹ Voir la décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.225, 6.478.

¹¹² Voir États-Unis, réponses aux questions du Groupe spécial d'arbitrage n° 20 (paragraphe 80), n° 57 (paragraphe 55) et n° 60 (paragraphe 66); UE, communication écrite, paragraphe 216; Historic order cancellations in the single-aisle and twin-aisle LCA sales campaigns at issue, (**pièce EU-46-RCE**).

¹¹³ Voir États-Unis, lettre au Président datée du 4 février 2020.

¹¹⁴ Voir, par exemple, UE, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 79 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphes 427 à 430.

¹¹⁵ Voir la décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.237 à 6.241, 6.484.

¹¹⁶ Voir UE, réponse à la question n° 61 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphe 177 (note de bas de page 187).

¹¹⁷ Décision du Groupe spécial d'arbitrage *CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphes 6.352 à 6.354.

d'Airbus) était un taux d'actualisation inférieur dans les circonstances actuelles et avait été rejetée à juste titre par le Groupe spécial d'arbitrage dans l'affaire DS316.¹¹⁸

- f) **exprimer les valeurs des pertes de ventes selon une "base commune" (en dollars de 2015)**: conformément à l'approche suivie dans l'affaire DS316¹¹⁹, l'UE convertit les valeurs exprimées en dollars EU de 2013 et de 2014 en valeurs exprimées en dollars EU de 2015, pour pouvoir exprimer toutes les pertes de ventes selon une "base commune". Le facteur utilisé pour effectuer cet ajustement prospectif est l'indice d'inflation pour les LCA d'Airbus ("IILA"), qui est fondé sur les taux de révision contractuels d'Airbus et reflète donc les modifications [[***]] des coûts de la main-d'œuvre et du matériel résultant de l'inflation et d'autres changements économiques.¹²⁰
- g) **déterminer la valeur *annualisée* agrégée des effets défavorables qui découlent des pertes de ventes en cause**: l'UE divise la valeur totale par 33 (le nombre de mois dans la période de référence) et multiplie ce montant par 12, pour générer un montant des effets défavorables annuels qui découlent des trois pertes de ventes.

85. La valeur annualisée pour 2015 de ces effets défavorables est de [[***]] milliards d'USD (sur la base des calendriers de livraison de Boeing) et de [[***]] milliards d'USD (sur la base des calendriers de livraison d'Airbus).¹²¹

86. *Deuxièmement*, pour évaluer la "menace d'entrave" sur les marchés des États-Unis et des É.A.U. causée par les subventions des États-Unis fonctionnant selon un mécanisme de causalité lié aux effets sur les prix, l'UE applique les étapes décrites plus haut (au paragraphe 84) aux transactions, respectivement, de 2011 avec Delta Airlines et de 2008 avec Fly Dubai, avec deux différences. *Premièrement*, pour mettre en œuvre une approche de la *menace* d'entrave dans le cadre de l'étape a), le Groupe spécial d'arbitrage doit évaluer la menace de livraisons ayant eu lieu pendant et après la période de référence, mais n'a pas besoin d'évaluer les livraisons qui ont eu lieu avant la période de référence.¹²² *Deuxièmement*, pour procéder à un ajustement temporel rétrospectif dans le cadre de l'approche de la menace d'entrave (étape e)), l'UE actualise les prix de livraison pour les ramener non pas à ceux de l'année de commande, mais à ceux du début de la période de référence (janvier 2013).¹²³ La valeur annualisée pour 2015 de ces effets défavorables est de [[***]] milliards d'USD (sur la base des calendriers de livraison de Boeing) et de [[***]] milliards d'USD (sur la base des calendriers de livraison d'Airbus).¹²⁴

87. *Troisièmement*, et finalement, pour évaluer les "pertes de ventes" causées par les subventions des États-Unis fonctionnant selon un mécanisme de causalité lié aux effets sur la technologie (à savoir, la perte de la vente à Qantas en 2005; la perte de la vente à Ethiopian Airlines en 2005; la perte de la vente à Icelandair en 2005; et la perte de la vente à Kenya Airways en 2006), l'UE applique les étapes décrites plus haut (au paragraphe 84), avec une différence. Pour déterminer la valeur *annualisée* agrégée des effets défavorables (étape g)), l'UE divise la valeur totale par la durée de la période de référence initiale (soit 36 mois) au lieu de la durée de la période de référence relative à la mise en conformité (soit 33 mois). La valeur annualisée pour 2015 de ces effets défavorables est de [[***]] milliards d'USD (sur la base des calendriers de livraison de Boeing) et de [[***]] milliards d'USD (sur la base des calendriers de livraison d'Airbus).¹²⁵

¹¹⁸ Voir UE, observations sur la réponse des États-Unis à la question n° 75 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphes 407 à 413.

¹¹⁹ Voir la décision du Groupe spécial d'arbitrage CE – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE), paragraphes 6.495 à 6.497.

¹²⁰ Voir UE, note méthodologique, paragraphe 101.

¹²¹ 2RPQ valuation of single-aisle lost sales – Boeing delivery schedules (**pièce EU-84-RCES**); 2RPQ valuation of single-aisle lost sales – Airbus delivery schedules (**pièce EU-85-RCES**).

¹²² Pour les conditions qui doivent être remplies dans le cadre d'une véritable approche de la "menace d'entrave", voir plus haut le paragraphe 38.

¹²³ Voir UE, réponse à la question n° 66 du Groupe spécial d'arbitrage, paragraphes 269 et 270.

¹²⁴ 2RPQ valuation of single-aisle threat of impedance – Boeing delivery schedules (**pièce EU-76-RCES**); et 2RPQ valuation of single-aisle threat of impedance – Airbus delivery schedules (**pièce EU-77-RCES**).

¹²⁵ 2RPQ valuation of twin-aisle lost sales – Boeing delivery schedules, (**pièce EU-86-RCES**); 2RPQ valuation of twin-aisle lost sales – Airbus delivery schedules, (**pièce EU-87-RCES**).

88. L'UE demande donc au Groupe spécial d'arbitrage et, ensuite, à l'ORD, d'autoriser un niveau annuel de contre-mesures correspondant à ces montants.

ANNEXE B-2**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DES ÉTATS-UNIS****1 INTRODUCTION****I. Cadre juridique pour l'évaluation des contre-mesures proposées par l'UE**

1. Conformément à l'article 7.10 de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* ("Accord SMC"), l'Arbitre a pour tâche de "déterminer" si les contre-mesures {proposées par l'UE} sont proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée". Le *Oxford English Dictionary* définit le terme "degree" (degré) comme signifiant "the relative intensity, extent, or amount of a quality, attribute, or action" (l'intensité, l'importance ou la quantité relative d'une qualité, d'un attribut ou d'une action), et le terme "nature" comme signifiant "the inherent or essential quality of constitution of a thing" (la qualité inhérente ou essentielle ou la constitution d'une chose). Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* (22:6 II), l'Arbitre a considéré que le sens ordinaire de ces termes figurant à l'article 7.10 était compatible avec ces définitions.

2. La détermination du degré et de la nature des effets défavorables appelle un examen, propre à l'affaire, visant à comprendre les constatations et les justifications relatives à la causalité dans la procédure correspondante. Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* (22:6 II), l'Arbitre a indiqué que le terme "proportionnel" dénotait essentiellement une "correspondance" entre deux éléments, mais que "le terme "proportionnel" ne donnait pas à penser qu'une égalité exacte ou précise {était} requise entre les deux éléments à comparer, à savoir en l'espèce les contre-mesures proposées et le "degré et la nature des effets défavorables dont l'existence {aurait} été déterminée". Il a indiqué ensuite que de ce fait "le terme "proportionnel" dénotait un degré d'équivalence précis moindre qu'une correspondance numérique exacte". De plus, comme il est expliqué plus en détail à la section II, dans les circonstances de l'espèce, l'expression "les effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" renvoie aux effets défavorables déterminés dans les rapports relatifs à la procédure de mise en conformité adoptés par l'ORD.

II. L'UE demande indûment des contre-mesures pour des mesures concernant lesquelles elle n'a pas obtenu de constatations d'incompatibilité avec les règles de l'OMC dans la procédure de mise en conformité

3. L'UE demande indûment des contre-mesures pour des subventions pour la R&D antérieures à 2007 fonctionnant selon un mécanisme de causalité lié aux effets sur la technologie. Il n'y a pas de base pour de quelconques contre-mesures concernant des mesures de R&D. Dans la procédure de mise en conformité, l'UE a allégué que les subventions pour la R&D antérieures à 2007, fonctionnant selon un mécanisme de causalité lié aux effets sur la technologie, continuaient de causer des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Or une telle constatation ne figure pas dans les rapports relatifs à la procédure de mise en conformité qui ont été adoptés.

4. N'ayant pas obtenu la constatation d'incompatibilité avec les règles de l'OMC qu'elle demandait, l'UE demande néanmoins à l'Arbitre de déterminer qu'elle devrait être autorisée à prendre des contre-mesures proportionnelles aux effets défavorables que le Groupe spécial initial a constatés en ce qui concerne les subventions pour la R&D antérieures à 2007 pendant la période de référence 2004-2006 qu'il avait retenue. L'UE tente de justifier cela en mettant en avant l'incapacité, consignée dans le rapport de l'Organe d'appel sur la mise en conformité, à compléter l'analyse de certaines questions dans la procédure de mise en conformité. Cela est manifestement erroné.

5. L'article 7.9 n'autorise les contre-mesures que "{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." Il ne peut pas être présumé qu'une subvention dont il a été constaté qu'elle causait des effets défavorables dans la procédure initiale – avant un quelconque délai raisonnable – continue de causer des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Par conséquent, en l'absence d'accord entre les parties, la partie plaignante initiale doit **établir** que cette subvention non retirée continue, en fait, de causer des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre; il s'agit là d'une condition préalable à l'imposition de contre-mesures au titre de l'article 7.9.

6. En outre, les constatations d'effets défavorables pendant la période de référence initiale sont fondées sur des arguments et des éléments de preuve pertinents pour cette période. Bien que ces constatations puissent servir de point de départ pour l'analyse de l'existence continue des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre, elles ne peuvent certainement pas être utilisées, sans rien d'autre, pour présumer qu'il n'y avait pas mise en conformité après la fin du délai raisonnable. Ainsi, comme il a été observé dans le rapport de l'Organe d'appel sur la mise en conformité dans le présent différend:

{B}ien que les constatations initiales d'effets défavorables constituent nécessairement le point de départ de l'analyse dans la procédure de mise en conformité, il incombe à un Membre plaignant d'établir de nouveau au moyen d'arguments et d'éléments de preuve que, et dans quelle mesure, les phénomènes de préjudice grave spécifiques découlant de la procédure initiale continuent d'exister pendant la période postérieure à la mise en œuvre.

7. Il est également révélateur que l'UE ne cite aucun rapport antérieur à l'appui de son interprétation erronée de l'article 7.9 et 7.10 de l'Accord SMC. Son seul recours est de citer à maintes reprises la déclaration de l'Arbitre dans l'affaire DS316 selon laquelle *"il reste une raison valable d'accorder" des contre-mesures "t}ant que la mise en conformité sur le fond n'aura pas été réalisée et confirmée d'une manière multilatérale ou qu'une solution mutuellement convenue n'aura pas été trouvée"*. Cependant, cette déclaration fournit la justification pour autoriser des contre-mesures annuelles et n'indique pas qu'un Membre peut recourir à des contre-mesures sans démontrer qu'il n'y avait pas mise en conformité pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Par conséquent, la déclaration sur la "raison valable" n'appuie pas la tentative de l'UE visant à éviter la déclaration relative au "but fondamental" d'un arbitrage faite par l'Arbitre dans l'affaire DS316.

8. Pour conclure, la méthode suivie par l'UE est incompatible avec les positions qu'elle a adoptées précédemment. Spécifiquement, l'UE a soutenu précédemment que, lorsqu'une partie considérait qu'elle s'était mise en conformité à la suite des constatations d'incompatibilité avec les règles de l'OMC formulées dans la procédure initiale, c'était ce scénario ultérieur de mise en conformité alléguée qui régissait la suspension de concessions ou d'autres obligations (y compris les contre-mesures au titre de l'Accord SMC), et non le scénario initial qui avait abouti à l'adoption de rapports constatant des incompatibilités avec les règles de l'OMC. Elle a également adopté la position selon laquelle un arbitre au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord ne pouvait même pas évaluer la compatibilité des mesures avec les règles de l'OMC pendant la période postérieure à la mise en œuvre, à savoir le scénario factuel révisé.

9. Sur la base de ces positions antérieures, l'UE ne pourrait même pas avoir la possibilité de démontrer que les mesures de R&D antérieures à 2007 (ou toute autre mesure en dehors de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington) continuaient de causer des effets défavorables pendant la période postérieure à la mise en œuvre. En outre, même si l'UE soutenait ne serait-ce que la première position – selon laquelle les contre-mesures ne peuvent pas être fondées sur le scénario factuel évalué durant la procédure initiale, mais doivent en fait être fondées sur la compatibilité des mesures avec les règles de l'OMC dans le nouveau scénario en vigueur pendant la période postérieure à la mise en œuvre – cela l'empêcherait de s'appuyer sur les constatations formulées dans la procédure initiale qu'elle mentionne.

III. La méthode de l'UE repose à tort sur l'hypothèse qu'Airbus aurait remporté toutes les campagnes sensibles aux prix en l'absence de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington

10. La méthode de l'UE adopte une hypothèse de départ non valable selon laquelle, en l'absence de la subvention, Airbus aurait remporté toutes les campagnes de vente sensibles aux prix qui avaient servi de base aux constatations d'effets défavorables formulées dans la procédure de mise en conformité. L'UE fait valoir que "les constatations adoptées démontrent que, dans le contrefactuel, la probabilité que Boeing aurait quand même remporté les ventes perdues en cause n'existe pas." Mais les constatations adoptées ne démontrent pas cela.

11. En fait, les États-Unis ont présenté un appel sur cette base même, faisant valoir que, comme il n'avait pas été établi qu'Airbus aurait remporté les campagnes de vente sensibles aux prix en l'absence de la subvention, rien ne permettait de constater que les pertes de ventes étaient l'effet

de la subvention aux fins des articles 5 et 6.3 de l'Accord SMC. S'appuyant sur l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, l'UE a fait valoir que le lien de causalité "en l'absence de" était trop exigeant et que l'absence d'un tel lien n'était pas déterminante pour la question de savoir si la subvention satisfaisait au critère du lien de causalité réel et substantiel. Dans son rapport sur la mise en conformité, l'Organe d'appel a souscrit à l'avis de l'UE, constatant que, même dans le cas où Boeing aurait remporté une vente dans le contrefactuel en maintenant un avantage en matière de prix, cela n'empêchait pas de constater que la perte de vente était l'effet de la subvention aux fins des articles 5 et 6.3 de l'Accord SMC.

12. Pourtant, au stade du présent arbitrage, l'UE fait valoir la proposition exactement inverse, à savoir qu'une constatation de l'existence d'un lien de causalité aux fins de l'article 6.3 – c'est-à-dire une constatation selon laquelle les pertes de ventes sont "l'effet de" la subvention – signifie nécessairement que, en l'absence de la subvention, Airbus aurait remporté les campagnes de vente pertinentes dans le contrefactuel. Opérer un tel retournement dans la procédure d'arbitrage et partir de l'hypothèse qu'en l'absence de la subvention, Airbus aurait certainement remporté toutes les campagnes sensibles aux prix ne reflèterait pas les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité.

13. Les constatations n'ont pas précisé quel producteur aurait remporté une campagne de vente sensible aux prix donnée en l'absence de la subvention, tout comme les constatations de pertes de ventes n'ont pas précisé si certaines livraisons associées à ces ventes auraient été annulées. Par conséquent, en tenant compte de l'incertitude inhérente aux constatations relatives au lien de causalité d'une manière probabiliste, la méthode des États-Unis reflète les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité. Elle n'invalide aucune constatation parce qu'il n'y a pas eu de constatation relative au lien de causalité "en l'absence de".

14. La méthode des États-Unis tient compte de la probabilité qu'Airbus obtienne des commandes lors de campagnes sensibles aux prix en l'absence de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington. Étant donné qu'il subsiste une probabilité complémentaire que Boeing remporte une campagne de vente sensible aux prix dans le contrefactuel en l'absence de la subvention, le niveau des effets défavorables de la subvention ne peut pas correspondre à l'ensemble des recettes de chacune des campagnes de vente sensibles aux prix. En fait, la valeur de chaque campagne doit être réduite pour refléter la probabilité que Boeing aurait pu remporter cette campagne dans le contrefactuel.

15. La méthode des États-Unis incorpore une approche économique type de l'évaluation d'un résultat économique en présence d'incertitude par le calcul d'une "valeur attendue". La méthode évalue la probabilité qu'Airbus aurait remporté une vente dans une campagne sensible aux prix si, du fait de l'absence de la subvention, Boeing avait augmenté son prix de 1,99 million de dollars par avion. Selon cette approche, la valeur d'un résultat dans lequel Airbus a remporté une campagne sensible aux prix est la valeur actuelle nette ("VAN") totale de l'aéronef commandé lors de cette campagne. De même, la VAN d'un résultat dans lequel Airbus n'a pas remporté une campagne sensible aux prix, même en l'absence de la subvention, est zéro dollar. La valeur attendue est simplement la moyenne pondérée de ces deux résultats en fonction de la probabilité qu'Airbus remporterait une vente dans une campagne sensible aux prix en l'absence de la subvention. À ce titre, les États-Unis proposent une approche économique de l'évaluation des effets défavorables qui reflète les multiples résultats contrefactuels inhérents aux constatations adoptées dans la procédure de mise en conformité.

16. L'UE accuse les États-Unis d'invalider les constatations formulées dans la procédure de mise en conformité selon lesquelles: 1) "il n'y avait pas de facteurs autres que les prix qui expliquaient que Boeing avait réussi à obtenir la vente"; et 2) le montant de la subvention par aéronef dépasse "la différence entre les VAN qui, comme les éléments de preuve portés à notre connaissance le laissent entendre, peut déterminer les résultats des campagnes de vente." Or les arguments des États-Unis n'invalident aucune de ces deux constatations.

17. Premièrement, la constatation selon laquelle il n'y avait "pas de facteurs autres que les prix qui expliquaient que Boeing avait réussi" a été formulée dans le cadre de la détermination établissant qu'une campagne particulière était sensible aux prix. La constatation inverse, selon laquelle un facteur autre que le prix expliquait la réussite de Boeing, signifiait qu'un certain facteur autre que le prix était si important qu'il n'y avait pas de base permettant de considérer que la différence de prix permise par les subventions était un facteur de causalité réel et substantiel. Toutefois, la

constatation selon laquelle il n'y avait pas de facteur autre que le prix qui **expliquait** le résultat sans égard au prix ne signifiait pas que tous les facteurs autres que les prix étaient totalement dénués de pertinence.

18. En outre, l'UE comprend mal la pertinence des facteurs autres que les prix indiqués dans l'argument des États-Unis. Selon la conception erronée qu'a l'UE de l'argument des États-Unis, Boeing aurait quand même remporté les cinq campagnes de vente en cause "en raison de facteurs autres que les prix." Toutefois, comme l'UE le reconnaît ailleurs, la position des États-Unis est que Boeing aurait pu remporter des campagnes sensibles aux prix dans le contrefactuel sur la base de "la totalité de l'offre de Boeing" – qui inclurait à la fois des facteurs de prix et des facteurs autres que les prix. Bien évidemment, les États-Unis ne formulent aucun argument concernant le fait que Boeing a remporté des campagnes sensibles aux prix sur la base de facteurs autres que les prix uniquement.

19. Deuxièmement, les États-Unis ne cherchent pas à invalider ou à ignorer la constatation concernant la différence entre les VAN qui, comme les éléments de preuve le laissent entendre, pouvait déterminer les résultats des campagnes de vente. Contrairement à ce que l'UE soutient, les éléments de preuve concernant la VAN, ainsi que les références s'y rapportant qui figurent dans le rapport de l'Organe d'appel sur la mise en conformité, **étayent** la position des États-Unis. Comme l'UE l'indique, il existait des éléments de preuve montrant que le montant de la subvention de 1,99 million de dollars était supérieur à l'importance de la différence entre les VAN "qui **pouvait** modifier le résultat" d'une campagne sensible aux prix concernant les monocouloirs. Au lieu de les avoir ignorés, les États-Unis ont souligné que ces éléments de preuve étaient génériques, et non propres à une campagne. Ces éléments de preuve indiquaient à quel point la différence entre les VAN **pouvait** être faible; et non à quel point elle était faible dans l'une quelconque des campagnes de vente pertinentes.

20. En outre, la façon dont il a utilisé les éléments de preuve généralisés concernant la VAN dans son rapport sur la mise en conformité souligne encore que l'Organe d'appel a jugé que ces éléments de preuve n'étaient nécessaires que pour déterminer que le montant de la subvention par aéronef était suffisamment important pour constituer un facteur réel et substantiel, sans égard à la question de savoir s'il était suffisamment important pour inverser le résultat d'une campagne de vente particulière. L'idée qu'une subvention modifiant de 1,99 million le prix de Boeing **pouvait** inverser une campagne de vente sensible aux prix est distincte d'une constatation selon laquelle celle-ci **a effectivement** inversé des campagnes particulières. Fait important, l'utilisation d'éléments de preuve indiquant ce qui **pouvait** ou non inverser une campagne de vente sensible aux prix renforce l'incertitude qui est prise en considération dans l'approche des États-Unis, et ébranle la certitude incorporée dans l'approche de l'UE.

IV. La méthode de l'UE repose à tort sur l'hypothèse qu'Airbus aurait vendu le même nombre d'aéronefs que Boeing si elle avait remporté une campagne de vente particulière

21. Le calcul de l'UE incorpore à tort les nombres de commandes et les calendriers de livraison de Boeing dans l'évaluation des pertes de ventes d'Airbus. Il s'appuie sur l'offre finale d'Airbus dans les campagnes de vente perdues pour déterminer les modèles qu'Airbus aurait vendus dans le contrefactuel ainsi que les prix contrefactuels, mais fait ensuite abstraction du nombre d'aéronefs faisant l'objet d'une commande ferme qu'Airbus a inclus dans ces offres finales et utilise à la place le nombre de commandes fermes dans le cadre des ventes de *Boeing* qui ont effectivement eu lieu. Conformément aux constatations du Groupe spécial de la mise en conformité, l'offre finale d'Airbus – incluant le nombre d'aéronefs vendus – représente l'offre que le client aurait choisie s'il avait effectivement choisi Airbus en l'absence de la subvention. Par conséquent, le calcul des contre-mesures devrait être fondé sur le nombre de commandes fermes offertes par Airbus dans son offre finale, et non sur le nombre de commandes fermes obtenues par Boeing.

22. Les campagnes de vente sont un processus itératif dans lequel les constructeurs travaillent avec les clients pour comprendre leurs besoins en matière de planification de la flotte, dans le but d'établir la meilleure offre possible compte tenu de leurs intérêts à maximiser les bénéfices. Par nature, et dans chaque cas, l'offre finale d'Airbus comprend divers éléments (par exemple, le modèle, le prix par aéronef, la volume de commandes fermes, le calendrier de livraison, etc.) qui, selon Airbus, lui offraient la meilleure chance d'obtenir de nouvelles commandes auprès du client considéré parmi les options sur lesquelles il était disposé à s'engager.

23. L'UE fait valoir que "les ventes effectivement remportées par Boeing du fait des subventions des États-Unis en cause en l'espèce "représentent" des pertes de ventes pour Airbus, de la même manière que les ventes remportées par Airbus du fait des subventions en cause dans le différend DS316 "représentaient" des pertes de ventes pour Boeing." L'UE fait erreur.

24. Dans l'affaire DS316, les rapports sur la mise en conformité adoptés utilisaient un contrefactuel qui différait notablement du monde réel et du contrefactuel adopté par le Groupe spécial de la mise en conformité en l'espèce. Dans le contrefactuel utilisé dans l'affaire DS316, Airbus n'aurait pas offert le modèle pertinent concurrent de certains modèles de Boeing car ce modèle d'Airbus *n'aurait pas existé* et Boeing aurait donc obtenu toutes les commandes pertinentes et effectué toutes les livraisons pertinentes (dans le cas de l'entrave actuelle) en l'absence de la subvention. Il n'y avait pas de renseignements évidents sur le monde réel qui auraient été probants quant à la concurrence contrefactuelle dans le cadre de laquelle l'aéronef d'Airbus n'existait pas. En revanche, il était bien plus fiable de considérer que les préférences des clients dans le monde réel reflèteraient les préférences des clients dans le contrefactuel. En d'autres termes, dans le contrefactuel utilisé dans l'affaire DS316, alors que les préférences des clients, à savoir les pressions du côté de la demande, étaient raisonnablement fiables, les facteurs du côté de l'offre manquaient particulièrement de fiabilité parce la nature de la concurrence dans le contrefactuel aurait été radicalement différente de celle de la concurrence observée dans le monde réel.

25. Les constatations et le contrefactuel applicable, ainsi que les éléments de preuve disponibles, en l'espèce diffèrent sensiblement. Premièrement, il n'y a aucune constatation selon laquelle les offres de LCA de Boeing auraient été absentes des campagnes de vente dans le contrefactuel. En fait, les constatations adoptées indiquent que Boeing aurait présenté des offres pour les ventes, quoique à des prix majorés d'un certain montant non spécifié allant jusqu'à 1,99 million de dollars par aéronef. Par conséquent, le contrefactuel devrait comporter des offres concurrentes de Boeing et d'Airbus presque identiques à celles qui ont effectivement été présentées, la seule différence étant que les prix de l'offre de Boeing auraient été légèrement supérieurs. Si le client avait choisi Airbus dans le contrefactuel compte tenu des prix plus élevés de Boeing, c'est l'offre finale effective d'Airbus qu'il aurait choisie.

26. Deuxièmement, contrairement à ce que l'UE allègue, il y a "une distinction entre les éléments de preuve en l'espèce et ceux dans l'affaire DS316". Spécifiquement, dans l'affaire DS316, il existait certaines pertes de ventes et livraisons pour lesquelles Boeing n'avait même pas présenté d'offre. Cependant, des constatations d'effets défavorables ont quand même été formulées, y compris lorsque Boeing n'avait présenté aucune offre formelle en raison du contrefactuel utilisé dans ce différend – à savoir que, en l'absence des subventions, l'aéronef pertinent d'Airbus n'existerait pas. Dans le présent différend en revanche, Airbus a effectivement présenté une offre finale dans les cinq campagnes de vente pertinentes, et chacune de ces offres finales a été versée au dossier de l'Arbitre.

27. Par conséquent, l'UE fait erreur en affirmant que "les circonstances dans l'affaire DS316 et dans la présente procédure sont dans une large mesure identiques". Dans la mesure où Airbus aurait remporté une campagne dans le contrefactuel, elle l'aurait fait sur la base des conditions qu'elle offrait effectivement – y compris le nombre de commandes fermes qu'elle s'était engagée à honorer pour chaque client.

V. L'UE inclut d'une manière injustifiable des options pour des aéronefs additionnels dans son évaluation des contre-mesures

28. Selon l'UE, si l'Arbitre fondait les nombres et les calendriers de livraisons sur les offres finales d'Airbus, alors il "devr{ait} tenir compte de toutes les conditions de l'offre contenues dans les documents de proposition en question" et "inclure les options en matière de LCA figurant dans les offres finales d'Airbus dans les calculs des effets défavorables découlant des pertes de ventes". Il ne s'ensuit pas simplement que, si les nombres et les calendriers de livraisons de commandes fermes contrefactuelles sont tirés des offres finales d'Airbus, alors les options proposées par Airbus doivent être traitées comme étant équivalentes à une commande ferme et, par conséquent, incluses dans le calcul des contre-mesures.

29. Le Groupe spécial de la mise en conformité a établi une distinction claire entre les commandes fermes et les options. Il a rejeté la tentative de l'UE visant à démontrer qu'il y avait une menace de pertes de ventes en traitant les options comme des "commandes fermes qui attend{aient} de se

concrétiser", constatant qu'"il} ne considér{ait} pas que le simple fait qu'il {avait} 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 {étaient} nettement prévues et imminentes, et donn{aient} donc lieu à une menace de pertes notables de ventes". Ainsi, indépendamment de la question de savoir si les offres finales d'Airbus incluent les options proposées ou si une vente réelle de Boeing incluait les options, l'inclusion de la valeur des options aboutirait à des contre-mesures non proportionnelles aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée.

30. Cela est vrai nonobstant la référence faite par l'UE au "besoin exprès de la compagnie aérienne en ce qui concerne le nombre spécifique d'aéronefs de Boeing effectivement commandés". Le fait qu'une compagnie aérienne a commandé un nombre spécifique d'aéronefs de Boeing ne signifie pas qu'Airbus aurait pu vendre, ou aurait vendu, le même nombre d'aéronefs à cette compagnie aérienne, comme le démontrent les documents d'offre finale d'Airbus. Il n'y a donc aucune raison d'ajouter les options proposées au nombre de commandes fermes proposées par Airbus.

31. L'affirmation de l'UE affirme selon laquelle "les options en matière de LCA font partie intégrante des contrats d'achat de LCA" est tout aussi vaine. De nombreuses choses font partie intégrante des contrats d'achat de LCA, mais cela ne veut pas dire qu'elles sont tous identiques. Comme le Groupe spécial de la mise en conformité l'a reconnu, une commande ferme et une option sont deux choses différentes, et le Groupe spécial a exclu la seconde des effets défavorables auxquels les contre-mesures devaient être proportionnelles.

32. Les constructeurs de LCA cherchent à obtenir un flux fiable de commandes fermes permettant de favoriser des activités de production régulières et efficaces, par opposition à des variations imprévisibles entre des niveaux de production élevés et faibles qui sont coûteuses et inefficaces. Dans le même temps, les constructeurs de LCA reconnaissent que "les commandes et les engagements (tels que les options) ne se concrétiseront pas tous comme prévu: certaines dates de livraison peuvent être repoussées ou avancées dans le temps, certaines options ne seront jamais exercées et, dans de rares cas, certaines commandes fermes peuvent être annulées" Par conséquent, les constructeurs de LCA se livrent à des pratiques complexes de "gestion à l'horizon", dont une consiste à surréserver ou à surcharger des créneaux de livraison.

33. En outre, une option – comme le terme l'évoque – donne au client le droit d'exercer ou de ne pas exercer cette option. Dans ce dernier cas, le client pourrait décider qu'il n'a pas besoin de commander d'aéronefs additionnels avant l'expiration de l'option. En outre, même si un client a bel et bien besoin d'aéronefs additionnels, il peut s'abstenir d'exercer des options et, au lieu de cela, organiser une nouvelle campagne avec Boeing et Airbus, ce qui lui offre la possibilité d'obtenir des concessions additionnelles de la part des producteurs ou de modifier les conditions en fonction de la révision de ses priorités.

34. En outre, la décision d'exercer ou non une option aura tendance à être influencée par l'expérience du client en ce qui concerne l'exploitation de l'aéronef dont il a pris livraison dans le cadre des commandes fermes passées lors de la campagne de vente initiale. En particulier, du fait que les LCA sont des produits différenciés, une expérience positive avec un modèle de Boeing donné ne signifie pas nécessairement que l'expérience contrefactuelle serait aussi positive avec un modèle d'Airbus donné. À cet égard, les options représentent de nouveaux points de décision ultérieurs des clients après qu'une vente a été remportée ou perdue. Même si Airbus avait eu la capacité de satisfaire une commande ferme passée dans le cadre de l'exercice d'une option, cela ne signifie pas que le client aurait nécessairement exercé l'option.

35. Le caractère hypothétique des options est l'une des raisons pour lesquelles le Groupe spécial de la mise en conformité n'a pas constaté que les options en cause étaient équivalentes à des commandes fermes perdues selon les allégations. Par conséquent, les options n'ont pas été incluses dans les effets défavorables dont l'existence avait été déterminée. Pour cette seule raison, il serait incorrect d'évaluer les options lors du calcul du niveau maximal des contre-mesures parce que ces dernières s'en trouveraient supérieures à ce qui est proportionnel aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée. En outre, la proposition selon laquelle les options peuvent être traitées de la même manière que les commandes fermes contredit directement le raisonnement du Groupe spécial de la mise en conformité.

VI. La méthode de l'UE ne tient pas compte des risques d'annulation d'une manière appropriée

36. Les États-Unis considèrent qu'il faudrait attribuer un risque d'annulation probabiliste à chaque livraison contrefactuelle et procéder à un ajustement de la valeur de cette livraison en conséquence. Étant donné que les livraisons, même si elles étaient prévues à une date déjà passée, sont contrefactuelles, il n'y a aucune certitude sur le fait qu'elles auraient été (ou non) effectuées. À la différence du modèle contrefactuel ou du nombre d'aéronefs contrefactuel d'Airbus, attestés par l'offre finale d'Airbus, il n'y a pas d'indication équivalente dans l'offre finale d'Airbus, ou dans un quelconque autre document, quant au nombre d'aéronefs qui auraient fait l'objet d'une annulation après une commande ferme, ou au moment où ces annulations auraient eu lieu.

37. L'UE n'en tient pas du tout compte et suppose simplement que, s'il était prévu qu'une livraison figurant dans une offre finale d'Airbus ait eu lieu au jour d'aujourd'hui, alors elle aurait nécessairement eu lieu dans le contrefactuel. Il n'y a pas de base pour une telle hypothèse. En fait, comme les deux parties le reconnaissent, il y a eu des annulations effectives en ce qui concerne ces commandes dont il faut tenir compte.

38. Une façon d'aborder le problème serait de considérer un taux de survie spécifique à Airbus et de l'appliquer à chaque livraison contrefactuelle. Cela reviendrait à faire abstraction de l'expérience de Boeing dans le monde réel s'agissant des livraisons découlant de ces campagnes de vente.

39. Il y a de bonnes raisons de penser que l'expérience d'Airbus dans le contrefactuel aurait pu différer de l'expérience réelle de Boeing. Premièrement, ces aéronefs sont des produits différenciés. L'évaluation qu'un client fait des aspects économiques de l'aéronef d'un constructeur peut différer de son évaluation du modèle concurrent même le plus proche de l'autre constructeur. Deuxièmement, les annulations peuvent parfois être causées, ou tout du moins influencées, par des facteurs du côté du vendeur. Les retards dans la capacité à livrer un modèle en sont un exemple évident. Mais des facteurs moins évidents peuvent également influencer les décisions d'annulation, notamment des difficultés à répondre aux attentes en matière de fiabilité mécanique ou d'efficacité énergétique, qui peuvent affecter les prévisions économiques d'exploitation d'un aéronef du point de vue d'un client. Troisièmement, les conséquences contractuelles de l'annulation par un acheteur peuvent différer. D'un point de vue purement juridique, les pénalités contractuelles contenues dans un contrat pouvaient être moins élevées que celles qui figuraient dans l'offre du concurrent. En outre, une compagnie aérienne peut avoir une relation meilleure et plus ancienne avec un constructeur, ce qui pourrait l'amener à considérer que celui-ci se montrera plus flexible à l'heure de faciliter une annulation à court terme lorsque cette annulation sert les intérêts financiers du client. Toutes ces raisons donnent à penser que ce n'est pas parce que la commande d'un aéronef de Boeing a été ou n'a pas été annulée qu'il est certain que la commande d'un aéronef d'Airbus aurait connu le même sort si Airbus avait remporté la campagne dans le contrefactuel.

40. Par ailleurs, il y a des raisons de penser que l'expérience de Boeing dans le monde réel fournit des éléments de preuve probants de ce qui se serait produit dans le contrefactuel. Si l'annulation était exclusivement, ou même principalement, le fait du client, il serait évidemment pertinent d'évaluer la probabilité d'annulation dans le contrefactuel. Ces éléments de preuve relatifs aux préférences des clients sont spécifiques aux livraisons associées aux campagnes de vente pertinentes. En revanche, un taux d'annulation générique pour Airbus ne serait pas spécifique aux préférences des clients particuliers concernés par les campagnes de vente pertinentes.

41. Les États-Unis considèrent que les deux approches pourraient être raisonnables dans ces circonstances. Ainsi, 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.

42. Toutefois, par souci de prudence, le taux incorporé dans le dernier calcul révisé des États-Unis est fondé sur l'expérience réelle de Boeing s'agissant des annulations connues et le taux d'Airbus pour toutes livraisons futures n'ayant pas encore été annulées.

VII. La méthode de l'UE n'utilise pas un facteur d'actualisation approprié

43. L'UE préconise à tort d'utiliser le coût de la dette d'Airbus, plutôt que son coût moyen pondéré du capital (CMPC), comme taux d'actualisation aux fins de l'évaluation des effets défavorables dont l'existence a été déterminée. Cela repose en partie sur le fait que l'Arbitre dans l'affaire DS316 a utilisé le coût de la dette; cependant dans ce différend, l'Arbitre a reconnu que le CMPC était supérieur au coût de la dette comme taux d'actualisation. Dans ce différend, il n'a tout simplement pas pu surmonter certains problèmes concernant les éléments de preuve qui ne se présentent pas en l'espèce. Par conséquent, comme le présent Arbitre dispose des éléments de preuve nécessaires, il devrait utiliser le CMPC à la place du coût de la dette.

44. Les États-Unis conviennent que le CMPC et le coût de la dette dépendent tous deux du risque que les investisseurs associent à une entreprise et à ses investissements. En mesurant le risque global associé à l'activité, les taux reflèteraient les risques encourus par l'entreprise, y compris, entre autres choses, le risque d'annulation et les risques liés aux problèmes de conception ou de performances des aéronefs, au dépassement des coûts et aux variations de la demande. Le CMPC reste le meilleur taux d'actualisation pour les flux de liquidités attendus parce qu'il représente le coût d'opportunité des autres investissements dans des projets de la société.

45. L'UE formule une série d'assertions – souvent non étayées – pour justifier l'utilisation du coût de la dette, par rapport au CMPC, comme taux d'actualisation pour la valeur des versements futurs concernant les aéronefs. Pour évaluer ces assertions, il est important de garder à l'esprit le but d'un taux d'actualisation.

46. Au niveau conceptuel, on applique un taux d'actualisation pour tenir compte de la valeur temporelle de l'argent, qui reflète son coût d'opportunité. En résumé, un taux d'actualisation est appliqué parce qu'un dollar de demain ne vaut pas un dollar d'aujourd'hui. Cela est applicable dans le cas de flux de livraisons de LCA spécifiques parce que ces flux de livraisons généreront des recettes pour les constructeurs d'aéronefs à différents moments dans le futur. Par conséquent, une livraison prévue dans 10 ans qui générera 10 millions de dollars au moment où elle aura lieu ne vaut pas 10 millions de dollars aujourd'hui; sa valeur est inférieure à 10 millions de dollars. La valeur d'aujourd'hui est la somme d'argent que le constructeur de l'aéronef devrait investir aujourd'hui pour que, après une capitalisation sur 10 ans, le constructeur de l'aéronef dispose de 10 millions de dollars dans 10 ans, c'est-à-dire au moment des livraisons prévues.

47. Au niveau pratique, on détermine la valeur actuelle d'un revenu futur en calculant la somme en dollars d'aujourd'hui qui permettrait d'obtenir la somme future en supposant un taux de rendement spécifique. Dans l'exemple ci-dessus, on la mesurerait en déterminant la somme d'argent en dollars d'aujourd'hui qui donnerait 10 millions de dollars dans 10 ans en supposant un certain retour sur investissement. Le taux d'actualisation correct reflète donc ce retour sur investissement supposé. Les États-Unis ont utilisé le CMPC d'Airbus parce qu'il représente le retour minimal que les investisseurs d'Airbus imposent à la société d'obtenir sur ses investissements, mesuré par la moyenne pondérée du coût de la dette et du coût des capitaux propres de l'entreprise. Autrement dit, une société peut toujours obtenir un retour égal à son CMPC en utilisant les liquidités dont elle dispose pour rembourser proportionnellement sa dette et rendre le capital aux actionnaires (par le biais de dividendes ou de rachats).

48. Surtout, il faut appliquer un taux d'actualisation *en plus* d'un taux d'annulation pour tenir compte du risque d'annulation. Dans l'exemple susmentionné, même si l'on actualise les 10 millions de dollars que le constructeur d'aéronefs aurait reçus, on doit quand même appliquer un taux d'annulation pour calculer la valeur actuelle nette exacte. Il en est ainsi parce que le constructeur d'aéronefs ne recevra les 10 millions de dollars que si la commande n'est pas annulée. Si la commande est annulée, le constructeur d'aéronefs recevra zéro dollar. Si la probabilité que la commande soit annulée est de 5%, le constructeur d'aéronefs devrait recevoir zéro dollar 5 fois sur 100 et 10 millions de dollars 95 fois sur 100. Cela signifie que la valeur attendue dans 10 ans pour la livraison de l'aéronef est de 9,5 millions de dollars. Pour obtenir la valeur attendue de la vente aujourd'hui, il faut *en outre* tenir compte de la valeur temporelle de l'argent en appliquant un taux d'actualisation.

49. Le coût de la dette ne mesure pas correctement le coût d'opportunité de l'argent parce qu'il ne reflète qu'une seule autre utilisation potentielle – la réduction de la dette. Ces considérations, à

elles seules, démontrent l'erreur commise par l'UE lorsqu'elle préconise d'utiliser exclusivement le coût de la dette comme taux d'actualisation.

VIII. Évaluation de la menace

A. Approche des pertes de ventes

50. La position première des États-Unis en ce qui concerne l'évaluation de la menace est que, du fait que les constatations de menace d'entrave sont, du point de vue du lien de causalité, entièrement fondées sur les constatations de pertes de ventes, la meilleure façon d'évaluer ces effets défavorables consiste à suivre la même approche que celle qui a été appliquée aux constatations de pertes notables de ventes – c'est-à-dire calculer la valeur actuelle nette de l'aéronef qu'Airbus aurait vendu dans le contrefactuel.

51. Selon cette approche, les cinq campagnes de vente sensibles aux prix (les trois sous-tendant la constatation de pertes notables de ventes et les deux sous-tendant la constatation de menace d'entrave) sont évaluées de la même manière. Une fois que ces valeurs sont établies sur une base commune, en dollars de 2015, la valeur en résultant doit être analysée sur la période de 105 mois, ou 8,75 ans, pendant laquelle ces phénomènes ont eu lieu. Appliquée de cette manière, l'approche des pertes de ventes rendrait compte avec exactitude du degré et de la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée – à savoir qu'une campagne entraînant des effets défavorables a lieu environ une fois tous les 21 mois.

52. Le calcul devrait inclure toutes les livraisons résultant de chaque campagne pour rendre compte avec exactitude du degré des effets défavorables dont l'existence a été déterminée. Toutefois, rien ne permettrait d'inclure la vente de 2014 à Fly Dubai dans l'évaluation de la menace d'entrave dans le cas où elle aurait déjà été évaluée dans le cadre de l'évaluation des pertes notables de ventes. Il s'agirait littéralement d'un double comptage – c'est-à-dire le fait de compter les mêmes avions exactement deux fois. En outre, comme il a été indiqué plus haut, l'inclusion des options faite par l'UE dans le cadre de l'approche des pertes de ventes est dénuée de fondement. Ainsi, indépendamment de la question de savoir si les offres finales d'Airbus incluent les options proposées ou si une vente effective de Boeing incluait les options, leur quantification aboutirait à des contre-mesures non proportionnelles aux effets défavorables dont l'existence a été déterminée.

B. Approche centrée sur les livraisons

53. Si l'Arbitre décide d'utiliser une approche "centrée sur les livraisons" pour évaluer les constatations de menace d'entrave, il devrait inclure uniquement les livraisons ayant eu lieu dans le *futur*, après la fin de la période de référence utilisée dans la procédure de mise en conformité. Le Groupe spécial de la mise en conformité a examiné les tendances des parts de marché pour les données relatives aux livraisons sur une période qui "commençait avant la période de référence de 2013-2015 {qu'il} utilisait ailleurs dans nos constatations et s'étendait au-delà de celle-ci". Il a compris la nécessité de "discerner l'existence de tendances manifestes", notant que cette approche "{était} particulièrement important{e} pour les allégations de l'Union européenne concernant la menace de détournement et d'entrave, qui requerraient nécessairement des éléments de preuve concernant les livraisons futures prévues". En d'autres termes, s'agissant de la menace d'entrave – à savoir une entrave imminente mais qui ne s'est pas encore concrétisée – il a jugé nécessaire d'établir des tendances manifestes sur la base des éléments de preuve concernant les livraisons futures prévues.

54. Ainsi, comme l'indique le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, les constatations de menace d'entrave reflètent les livraisons *futures*, et non les livraisons effectuées avant et pendant la période de référence. (Si le Groupe spécial de la mise en conformité avait considéré que les livraisons pendant la période de référence étaient des constatations de préjudice grave, il aurait formulé des constatations d'entrave *actuelle*, et non de *menace* d'entrave). Par conséquent, seules les livraisons qui ont eu lieu après la période de référence devraient être incluses dans le calcul des effets défavorables si une approche "centrée sur les livraisons" est utilisée.

55. Selon cette approche, les livraisons incluses dans cette évaluation devraient se limiter aux livraisons incluses dans les offres finales faites par Airbus à Fly Dubai en 2008 et à Delta en 2011 qui devaient avoir lieu après la fin de la période de référence. Puisque la perte de la vente à Fly

Dubai en 2014 est incluse dans l'évaluation des pertes notables de ventes, elle ne peut pas être également incluse dans l'évaluation de la menace d'entrave parce qu'évaluer deux fois les mêmes livraisons relevant d'une campagne de vente unique – autrement dit les inclure à la fois dans l'évaluation des pertes notables de ventes et dans l'évaluation de la menace d'entrave – reviendrait à compter ces livraisons deux fois.

56. En outre, pour les raisons évoquées plus haut, aucune livraison dont il était prévu dans les offres finales d'Airbus qu'elle ait lieu avant le début de la période de référence ne devrait être incluse dans l'évaluation des effets défavorables aux fins des constatations de menace d'entrave car – en formulant des constatations de *menace* d'entrave – le Groupe spécial de la mise en conformité a conclu que l'entrave ne s'était pas encore concrétisée. Par conséquent, les livraisons contrefactuelles d'Airbus prévues avant ou pendant la période de référence ne devraient être incluses dans aucune évaluation de la menace d'entrave centrée sur les livraisons.

57. L'objectif serait d'évaluer la menace d'entrave qui existait pendant la période de référence utilisée dans la procédure de mise en conformité, dont la dernière année était 2015. Cependant, comme la constatation se rapportait à une menace, il s'agissait des livraisons pertinentes dans le futur – c'est-à-dire après la période de référence utilisée dans la procédure de mise en conformité. Par conséquent, l'objectif consisterait à calculer la valeur attendue de 2015 de ces livraisons futures du point de vue d'Airbus. Le CMPC d'Airbus reste donc le taux d'actualisation approprié.

58. L'annualisation des livraisons associées aux constatations de menace d'entrave est relativement simple. Des calculs d'annualisation distincts seront toutefois requis pour l'évaluation des pertes notables de ventes et le calcul de la menace d'entrave. Le calcul d'une moyenne pondérée constitue la meilleure approche si ces deux chiffres annuels doivent être combinés, mais elle n'est pas idéale et est inférieure à d'autres approches de l'évaluation des effets défavorables, ce qui renforce encore la raison d'être de l'utilisation de l'approche des pertes de ventes préconisée par les États-Unis.

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

ANNEXE C-1**COMMUNICATION DE L'ARBITRE AUX PARTIES CONCERNANT LE CALENDRIER ET LES
PROCÉDURES DE TRAVAIL, DATÉE DU 8 JUILLET 2019**

Vous trouverez en pièces jointes à la présente communication les procédures de travail et les procédures RCC/RCES qui ont été adoptées par l'Arbitre le 8 juillet 2019, ainsi qu'un projet de calendrier révisé pour le présent arbitrage. Pour finaliser les procédures de travail et les procédures RCC/RCES, l'Arbitre a soigneusement examiné les observations présentées par les parties à la réunion d'organisation puis par écrit le 1^{er} juillet 2019.

Pour ce qui est des demandes des parties concernant la tenue d'une réunion de fond ouverte, l'Arbitre a décidé d'ouvrir la réunion. Il reprendra contact avec les parties à un stade ultérieur pour proposer des procédures pour la tenue de cette réunion ouverte. Il prend également note de la suggestion des États-Unis selon laquelle il devrait adopter les mêmes procédures relatives à une réunion ouverte que celles adoptées par l'Arbitre dans l'affaire DS316.

En ce qui concerne le projet de calendrier révisé, et après avoir soigneusement examiné la lettre de l'Union européenne du 25 juin 2019, ainsi que les observations présentées par les parties à la réunion d'organisation, puis par écrit le 1^{er} juillet 2019, l'Arbitre tient à signaler ce qui suit:

- L'Arbitre a soigneusement examiné les modifications du calendrier proposées par l'Union européenne à l'effet que la réunion avec les parties ait lieu en décembre 2019 plutôt qu'en février 2020.
- L'Arbitre est tout à fait conscient qu'il est important pour l'Union européenne que le calendrier relatif à la présente procédure n'amplifie pas le décalage temporel existant avec la procédure d'arbitrage DS316. Il sait également que ses membres, qui ont tous été désignés récemment, ont besoin de suffisamment de temps pour se familiariser pleinement avec le contexte du présent différend, lire attentivement les communications des parties, examiner l'ensemble des éléments de preuve pertinents avant la réunion et être en mesure de le démontrer lors de la réunion. Un tel niveau de préparation est nécessaire pour que les membres de l'Arbitre contribuent substantiellement à la qualité du rapport de l'Arbitre, et l'Arbitre considère que cela serait également conforme à ce que les parties attendent de lui.
- L'Arbitre estime en outre que cette préparation est essentielle pour que la procédure puisse être menée avec toute la célérité possible.
- À cette fin, l'Arbitre juge préférable de laisser aux deux parties un délai suffisant pour préparer des communications écrites concises, indiquant clairement les questions pertinentes, ainsi que tous les éléments factuels pertinents, qui pourront ensuite être examinés de manière approfondie à la réunion. Il espère que ce processus limitera la nécessité de formuler, après la réunion, de trop nombreuses questions, ou de multiples séries de questions, et qu'il favorisera globalement un processus plus efficace et mené dans les délais.
- Par conséquent, l'Arbitre ne partage pas l'avis de l'Union européenne selon lequel, pour que le décalage temporel avec la procédure d'arbitrage DS316 ne s'amplifie pas, la réunion avec les parties doit avoir lieu pendant la semaine du 16 décembre 2019. Il estime au contraire que le fait de hâter la préparation des communications par les parties, ainsi que sa préparation de la réunion, entraînera très probablement des retards, plus tard dans le processus, qu'il aurait été possible d'éviter si le temps de préparation avant la réunion avait été suffisant.
- Cela dit, après avoir examiné si les membres de l'Arbitre étaient disponibles, et consulté le Secrétariat, l'Arbitre a décidé qu'il serait possible d'avancer la date de la réunion de deux semaines sans compromettre indûment sa capacité de préparer convenablement cette réunion. Il propose donc de réviser la date de la réunion avec les parties pour la fixer à la dernière semaine de janvier 2020 (à savoir 28-30 janvier). À cet égard, il note que les États-Unis lui ont demandé de proposer d'abord les autres dates et d'autoriser les parties à faire des observations. Il est donc demandé aux parties d'indiquer avant la fermeture des bureaux le 9 juillet 2019 si elles ont de réels empêchements aux dates proposées des 28-30 janvier 2020.

ANNEXE C-2**COMMUNICATION DE L'ARBITRE AUX PARTIES CONCERNANT CERTAINS RCES,
DATÉE DU 6 FÉVRIER 2020**

L'Arbitre accuse réception de la lettre des États-Unis datée du 27 janvier 2020, dans laquelle ils soulèvent une objection concernant l'inclusion par l'Union européenne de certains RCES dans ses réponses à la première série de questions de l'Arbitre aux parties, et, sur la base de cette objection, demandent que l'Arbitre entreprenne certaines actions. Il accuse également réception de la lettre de l'Union européenne, datée du 31 janvier 2020, qui explique les circonstances entourant l'inclusion des RCES pertinents dans les réponses aux questions qu'elle a fournies. Enfin, il accuse réception de la lettre des États-Unis datée du 4 février 2020, dans laquelle ils indiquent que, compte tenu des explications de l'Union européenne, ils retirent l'objection figurant dans leur lettre précédente. Il note donc que la lettre des États-Unis, datée du 4 février 2020, prive effectivement de fondement leur objection, ainsi que leurs demandes connexes d'action de l'Arbitre figurant dans leur lettre du 27 janvier 2020. Il juge par conséquent inutile, et s'abstient donc, de se prononcer sur l'objection soulevée par les États-Unis et sur leurs demandes connexes d'action de sa part.

En outre, l'Arbitre rappelle que l'Union européenne, dans sa lettre du 31 janvier 2020, a allégué que les États-Unis portaient atteinte à ses droits en matière de régularité de la procédure parce qu'ils "privaient {l'Arbitre} et l'Union européenne de la possibilité d'avoir un échange de vues approfondi à l'audience sur les points traités aux questions n° 23 et 26 {des questions de l'Arbitre aux parties}", et lui a demandé de rendre une décision selon laquelle les États-Unis "ne devraient pas être autorisés à présenter plus en détail leurs arguments et éléments de preuve sur ces points pendant le reste de la présente procédure".¹ L'Organe d'appel a expliqué qu'"e}n règle générale, la régularité de la procédure exige{ait} que soit ménagée à chaque partie une possibilité véritable de formuler des observations sur les arguments et les éléments de preuve présentés par l'autre partie".² Cette possibilité devait être "réelle, s'agissant de la capacité de cette partie de se défendre d'une manière adéquate".³ Nous ne sommes pas à même de discerner de quelle manière l'Union européenne a 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 dans les questions n° 23 et 26. En particulier, l'Union européenne a soulevé une objection quant au fait que les États-Unis n'avaient pas, selon elle, examiné de façon adéquate, à l'audience, ses propres réponses aux questions n° 23 et 26 sur le point des [[***]]. Toutefois, elle n'indique aucun cas dans lequel elle a été privée de la possibilité de répondre à un quelconque argument ou élément de preuve avancé par les États-Unis dans ce contexte en l'espèce. Nous notons en outre que l'Union européenne a eu la possibilité de formuler des observations sur les points soulevés par l'Arbitre dans les questions n° 23 et 26, dans ses réponses à ces questions, et qu'elle aura la possibilité de présenter encore ses observations sur les points concernant les [[***]] après la deuxième série de questions de l'Arbitre aux parties.

¹ Union européenne, lettre du 31 janvier 2020, page 5.

² Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 150.

³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 270. Selon l'Organe d'appel, la régularité de la procédure est aussi intrinsèquement liée aux notions d'équité, d'impartialité et aux droits des parties de se faire entendre et de se voir ménager des possibilités adéquates de présenter leurs allégations, de prouver la validité de leurs moyens de défense et d'établir les faits dans le contexte de procédures menées d'une manière équilibrée et harmonieuse, conformément aux règles établies. (Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 147)

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

L'Arbitre accuse réception de la lettre des États-Unis du 10 février 2020 et de la réponse de l'Union européenne du 12 février 2020 en ce qui concerne les délais de présentation des réponses à la deuxième série de questions écrites de l'Arbitre et des observations sur ces réponses.

Après avoir soigneusement examiné la teneur de ces lettres et les circonstances pertinentes, l'Arbitre accède à la demande de prorogation présentée par les États-Unis et révisé les délais pertinents de la manière suivante: i) les réponses à la deuxième série de questions de l'Arbitre doivent désormais être présentées le 2 mars 2020; et ii) les observations sur les réponses doivent désormais être présentées le 16 mars 2020. Un exemplaire du calendrier révisé est joint au présent document.

L'Arbitre considère que, globalement, l'octroi de la prorogation permettra d'obtenir des réponses complètes et réfléchies à ses questions, étayées par des éléments de preuve appropriés. Il est cependant sensible aux observations de l'Union européenne selon lesquelles ces prorogations ne devraient pas retarder de beaucoup la présente procédure d'arbitrage. Il indique donc qu'il ne pense pas que cette prorogation retardera de beaucoup l'ensemble de ses travaux. Il indique également qu'il ne prévoit pas d'accorder de prorogations supplémentaires et qu'il entend achever ses travaux dans la présente procédure sans retards importants. À cette fin, l'Arbitre rappelle à chaque partie de faire tout ce qui est en son pouvoir pour respecter les dates fixées dans le calendrier modifié dans le présent document.

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**

Comme les parties le savent, dans sa communication du 14 mars 2020 aux Chefs de délégation auprès de l'OMC, le Directeur général de l'OMC a décidé que les membres du personnel de l'Organisation devraient travailler depuis leur domicile à partir du 16 mars 2020.

Dans cette communication, le Directeur général a également informé le personnel de l'OMC qu'à compter du 16 mars 2020, l'accès aux locaux de l'OMC serait limité aux seuls fonctionnaires désignés comme indispensables, c'est-à-dire ceux dont la présence sur le site du Centre William Rappard (CWR) était nécessaire pour assurer le maintien des fonctions essentielles de l'OMC et, en particulier, les fonctions nécessaires pour permettre aux membres du personnel de travailler depuis leur domicile. Depuis le 16 mars 2020, le personnel du Secrétariat qui assiste l'Arbitre dans la présente procédure s'est vu accordé, à titre exceptionnel, par l'Équipe spéciale de l'OMC sur la santé en lien avec le coronavirus un accès limité au CWR dans le seul but de faciliter le dépôt, et la conservation dans le lieu sûr situé dans les locaux de l'OMC, de nouveaux documents contenant des RCES, de permettre aux représentants des parties d'accéder à ces RCES, et d'examiner ces RCES pour le compte de l'Arbitre.

Or, depuis la mise en place des restrictions initiales concernant l'accès au CWR, la situation liée au nouveau coronavirus 2019 (COVID-19) est allée en s'aggravant à Genève (et d'une manière plus générale en Suisse). L'Équipe spéciale sur la santé a révisé ses directives pour limiter encore le nombre de fonctionnaires autorisés à travailler au CWR. Elle a également souligné qu'on ne pouvait en aucun cas exiger des membres du personnel qu'ils travaillent au CWR dans les circonstances actuelles. En outre, le 26 mars, les arrangements concernant le "travail à domicile" ont été prorogés jusqu'à fin avril 2020.

Dans ce contexte, l'Arbitre tient à informer les représentants des parties que la situation actuelle va avoir des conséquences pour l'accès du personnel du Secrétariat au CWR pour des raisons liées aux RCES, dès maintenant et jusqu'à fin avril. D'ici là, il communiquera aux parties des renseignements actualisés sur l'évolution de la situation à cet égard.

L'Arbitre reconnaît le caractère sensible des documents contenant des RCES ainsi que la nécessité de mesures de sauvegarde spéciales pour préserver leur confidentialité. Les arrangements de remplacement suivants sont proposés compte tenu des restrictions extraordinaires concernant le travail au CWR qui ont été mises en place en réponse à la pandémie de COVID-19.

L'Arbitre considère que, pour que les fonctionnaires du Secrétariat qui l'assistent dans la présente procédure puissent bénéficier du même accès que celui qu'ils auraient d'ordinaire aux RCES conservés dans les locaux de l'OMC en travaillant dans ces locaux, il serait nécessaire d'autoriser temporairement ces fonctionnaires à accéder aux RCES, et à les conserver, à leur domicile. Par conséquent, cette autorisation supposerait de conserver les RCES dans d'autres lieux et d'une autre manière par rapport à ce qui est prévu dans les Procédures de travail additionnelles concernant la protection des renseignements commerciaux confidentiels et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles (procédures RCC/RCES) pour la durée de l'interdiction actuelle de travailler dans les locaux de l'OMC.

Spécifiquement, chacun des cinq fonctionnaires du Secrétariat qui assistent l'Arbitre, dont les noms figurent ci-après, devrait être autorisé à rapporter chez lui l'un des deux ordinateurs portables scellés fournis par l'Union européenne et l'un des ordinateurs autonomes de l'OMC sur lesquels auraient été créés et sauvegardés des fichiers électroniques contenant les RCES des États-Unis et ceux de l'UE. Ces fonctionnaires devraient être autorisés en outre à effectuer des séances de travail individuelles avec les RCES et à conserver ces RCES dans leurs domiciles respectifs sur ces ordinateurs portables scellés et ces ordinateurs autonomes. Enfin, les fonctionnaires du Secrétariat devraient également être autorisés à discuter des documents contenant des RCES, entre eux et avec l'Arbitre, au moyen de méthodes de communication sécurisée, telles que Skype Entreprise.

Les fonctionnaires du Secrétariat susmentionnés sont: [[noms omis]]

L'Arbitre demande aux parties d'indiquer si elles accepteraient de lever les restrictions concernant le travail des fonctionnaires du Secrétariat avec des RCES à leur domicile de la manière décrite ci-dessus, afin que l'Arbitre et le personnel du Secrétariat puissent mettre en œuvre les arrangements de remplacement susmentionnés.

L'Arbitre est prêt à envisager d'autres arrangements proposés d'un commun accord par les parties qui permettraient au personnel du Secrétariat qui l'assiste de travailler avec les RCES depuis leur domicile tout en appliquant par ailleurs les protocoles de distanciation sociale actuellement en vigueur en Suisse.

L'Arbitre souhaiterait connaître le point de vue des parties d'ici le **mercredi 8 avril 2020 à 17 heures**.

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

L'Arbitre accuse réception des réponses présentées par les parties le 8 avril 2020 à sa communication du 1^{er} avril 2020, dans laquelle il leur demandait de donner leur avis sur les arrangements de remplacement concernant l'accès aux RCES, et leur conservation, pendant la durée des restrictions d'accès au Centre William Rappard (CWR) de l'OMC actuellement en vigueur.

L'Arbitre prend note de l'absence d'accord entre les parties sur cette question et les informe donc que, pour l'heure, il ne mettra pas en œuvre les arrangements de remplacement proposés concernant l'accès aux RCES et leur conservation.

L'Arbitre et le personnel du Secrétariat qui l'assiste continuent à progresser dans leurs travaux, et espèrent continuer de le faire tant que les restrictions d'accès au CWR actuelles resteront en vigueur. L'Arbitre rappelle que, le 26 mars, les arrangements actuels concernant le "travail à domicile" ont été prorogés jusqu'à fin avril 2020. Il indique qu'il communiquera aux parties ultérieurement, dès qu'il sera en mesure de le faire, des renseignements actualisés sur l'évolution de la situation à cet égard. Il informe également les parties qu'il fera tout ce qui est en son pouvoir pour réduire au minimum les retards occasionnés par la pandémie de COVID-19.

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**

L'Arbitre souhaite informer les parties de l'évolution récente concernant les restrictions d'accès au Centre William Rappard (CWR) de l'OMC pour les fonctionnaires du Secrétariat. Il a été informé par le Secrétariat que, le 24 avril 2020, l'Équipe spéciale de l'OMC sur la santé avait annoncé que le retour progressif des fonctionnaires au CWR devrait commencer le 11 mai 2020. Alors que les procédures spécifiques régissant ce retour progressif sont toujours en cours d'élaboration par l'Équipe spéciale, l'Arbitre croit comprendre que, pendant la durée de la première étape qui commencera le 11 mai 2020, un maximum de 20% des membres du personnel de chaque Division seront autorisés à travailler au CWR.

Depuis la dernière communication de l'Arbitre aux parties, l'Arbitre et le personnel du Secrétariat qui l'assiste ont continué à progresser dans leurs travaux en l'espèce, et espèrent continuer de le faire tant que les restrictions d'accès au CWR actuelles resteront en vigueur. L'Arbitre prévoit que, à partir du 11 mai 2020, le retour progressif susmentionné devrait peu à peu permettre aux fonctionnaires qui l'assistent d'avoir accès aux RCES conservés dans le lieu sûr situé dans les locaux de l'OMC et de travailler avec ces RCES. D'ici la fin mai 2020, il communiquera aux parties des renseignements actualisés sur les faits nouveaux concernant l'accès au CWR.

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**

1.1. 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 (impôt sur les activités). Dans cette lettre, les États-Unis demandent 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, (la communication additionnelle), et visant à exposer "les implications de l'élimination de cette mesure sur le niveau autorisé des contre-mesures".¹ L'Union européenne a répondu à la demande des États-Unis le 20 mai 2020. Les États-Unis ont communiqué leur réplique à la réponse de l'Union européenne le 22 mai 2020. L'Union européenne a été invitée à présenter des observations complémentaires sur la réplique des États-Unis, mais elle s'est abstenue de le faire.

1.2. À l'appui de leur demande visant à être autorisés à déposer la communication additionnelle, les États-Unis se réfèrent au paragraphe 5 1) des procédures de travail de l'Arbitre, qui autorise la communication d'éléments de preuve après la réunion de fond, pour autant qu'ils seront nécessaires aux fins de la réfutation, ou à titre exceptionnel, sur exposé de raisons valables. Ils font valoir que la communication additionnelle constitue un élément de preuve et une argumentation essentiels aux fins de la réfutation et que, en tout état de cause, il existe des raisons valables pour accorder aux États-Unis l'autorisation de déposer la communication additionnelle.

1.3. Les États-Unis indiquent que les nouveaux éléments de preuve et arguments y relatifs contenus dans leur communication additionnelle sont centrés sur l'élimination de la réduction du taux de l'impôt B&O par l'État de Washington, avec effet au 1^{er} avril 2020.² Ils font valoir que ce fait nouveau s'est produit après la présentation de la communication de fond la plus récente des parties, à savoir la présentation des observations de chaque partie sur les réponses de l'autre partie à la deuxième série de questions de l'Arbitre le 16 mars 2020. Selon eux, la majeure partie de la demande de contre-mesures formulée par l'Union européenne est fondée sur la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington. Les États-Unis considèrent que l'élimination de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington à compter du 1^{er} avril 2020 est d'une importance primordiale pour les objectifs visés par le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le Mémoire d'accord), ainsi que pour l'évaluation par l'Arbitre de la demande de contre-mesures formulée par l'Union européenne au titre de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (l'Accord SMC), parce que, selon eux, l'élimination d'une mesure incompatible avec les règles de l'OMC affecte nécessairement le niveau des contre-mesures autorisées. Dans les arguments qu'ils avancent à l'appui de la communication additionnelle, les États-Unis, de façon expresse, "ne demandent *pas* à l'Arbitre de formuler une quelconque constatation sur la mise en conformité".³

1.4. L'Union européenne fait valoir que l'Arbitre devrait rejeter la demande des États-Unis visant à être autorisés à déposer la communication additionnelle pour trois raisons principales. Premièrement, elle fait valoir que la demande n'est pas présentée en temps utile, étant donné que la mesure en question a été adoptée le 25 mars 2020 et que les États-Unis ont attendu près de

¹ États-Unis, lettre à l'Arbitre, datée du 13 mai 2020.

² Les États-Unis indiquent que le projet de loi a été adopté le 25 mars 2020, mais que le traitement fiscal révisé a pris effet le 1^{er} avril 2020. (États-Unis, lettre à l'Arbitre, datée du 13 mai 2020)

³ États-Unis, lettre à l'Arbitre, datée du 22 mai 2020. (italique dans l'original) Voir aussi États-Unis, lettre à l'Arbitre, datée du 13 mai 2020; et communication additionnelle. Nous notons que, dans une communication adressée à l'Organe de règlement des différends (ORD), les États-Unis ont indiqué que l'élimination de la réduction du taux de l'impôt B&O signifiait qu'"ils {avaient} rendu leurs mesures conformes à leurs obligations au titre de l'Accord SMC et {avaient} donc pleinement mis en œuvre les recommandations de l'ORD dans le présent différend". (Communication présentée par les États-Unis, WT/DS353/34, paragraphe 3)

50 jours pour demander l'autorisation de déposer la communication additionnelle. Deuxièmement, elle fait valoir que l'objet de la demande des États-Unis (à savoir la prétendue élimination de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington) n'est pas pertinent pour le mandat de l'Arbitre au titre de l'article 7.9 et 7.10 de l'Accord SMC. Selon elle, il en est ainsi parce que son droit à des contre-mesures *en ce qui concerne* la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington est fondé sur la valeur des "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" dans la procédure de mise en conformité antérieure et non par référence à la situation actuelle. Troisièmement, l'Union européenne fait valoir que la décision de l'Arbitre d'accepter des renseignements après la fin de la phase de présentation des communications devrait tenir compte de l'obligation d'assurer un "règlement rapide" du différend, en particulier compte tenu du caractère expéditif de la procédure d'arbitrage et, plus encore, des "circonstances spécifiques de la présente affaire", dans laquelle l'Arbitre a reconnu précédemment qu'il était important pour l'Union européenne que le calendrier relatif à la présente procédure n'amplifie pas le décalage temporel existant avec la procédure d'arbitrage dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE) (la procédure d'arbitrage DS316).⁴

1.5. L'Arbitre note que la teneur de la communication additionnelle des États-Unis constitue de fait une contestation de la demande de contre-mesures, sous la forme d'une suspension annuelle, que l'Union européenne a présentée en ce qui concerne la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington. L'expression "suspension annuelle" fait référence à une situation dans laquelle un arbitre "fix{e} un unique niveau maximal de contre-mesures ou de suspension de concessions ou d'autres obligations que la partie plaignante {est} ensuite autorisée à imposer chaque année".⁵ C'est ce que l'Union européenne demande en ce qui concerne la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, à savoir que l'Arbitre: a) calcule un unique niveau maximal de contre-mesures sur la base de la valeur des effets de la mesure au cours d'une période antérieure intervenant immédiatement après le moment où les États-Unis auraient dû se mettre en conformité (c'est-à-dire la période de référence utilisée dans la procédure de mise en conformité); et b) l'autorise à imposer cette valeur maximale chaque année.⁶

1.6. Les États-Unis n'ont pas contesté cette approche générale jusqu'ici. À présent, ils demandent à l'Arbitre de constater que, du fait de la prétendue élimination de la réduction du taux de l'impôt B&O, "l'UE n'est pas *actuellement* en droit d'imposer des contre-mesures de quelque montant que ce soit, dès lors que le taux préférentiel reste retiré", mais que "l'Arbitre pourra indiquer explicitement que l'UE serait en droit d'imposer des contre-mesures au niveau qu'il déterminera si, à l'avenir, l'État de Washington appliquait à la fabrication, à la vente en gros et à la vente au détail d'aéronefs un taux de l'impôt B&O inférieur au taux de l'impôt B&O normal généralement applicable".⁷

1.7. Aux fins de l'évaluation de la demande des États-Unis dans ce contexte, nous rappelons que l'Arbitre dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE) (l'Arbitre dans l'affaire DS316) a expliqué en détail la justification juridique d'une suspension annuelle, d'une manière générale, et, en particulier, sa compatibilité avec le mandat d'un arbitre au titre de l'article 7.10 dans des circonstances très semblables à celles qui existent en l'espèce. Dans cette procédure, comme de fait en l'espèce, la question pertinente dont l'Arbitre était saisi était celle de "savoir s'il {pouvait} accepter des contre-mesures sous la forme d'une suspension annuelle d'un niveau qui refl{était} le niveau des effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence {utilisée dans la procédure de mise en conformité} {avait} été déterminée".⁸ L'Arbitre dans l'affaire DS316 a répondu par l'affirmative à cette question, en analysant deux sous-questions clés: a) si le *niveau* maximal des contre-mesures (prenant la forme d'une suspension de concessions ou d'autres obligations) pouvait raisonnablement être déterminé sur la base des effets des

⁴ Union européenne, lettre à l'Arbitre, datée du 20 mai 2020 (faisant référence, entre autres, à la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE)).

⁵ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), paragraphe 6.3.

⁶ L'Union européenne demande à l'Arbitre d'ajouter ce montant au montant séparé calculé en ce qui concerne les effets des subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 afin d'obtenir un unique niveau global de suspension annuelle. Les questions relatives aux subventions pour la R&D aéronautique antérieures à 2007 seront traitées dans la décision de l'Arbitre à venir.

⁷ États-Unis, communication additionnelle, paragraphe 11. (italique dans l'original; guillemets internes et note de bas de page omis)

⁸ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (article 22:6 – UE), paragraphe 6.42.

subventions pertinentes pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité; et, dans l'affirmative, b) s'il était raisonnable d'autoriser que ce niveau maximal soit maintenu indéfiniment (c'est-à-dire la *durée* du niveau maximal de suspension). Selon nous, ces analyses sont instructives et directement pertinentes en l'espèce. Par conséquent, nous examinons ci-après le raisonnement principal de l'Arbitre, et appliquons ce raisonnement aux présentes circonstances.

1.8. Nous notons donc que la communication additionnelle des États-Unis pourrait être interprétée comme une contestation de la méthode générale proposée par l'Union européenne pour la détermination du *niveau* maximal des contre-mesures (prenant la forme d'une suspension de concessions ou d'autres obligations). S'agissant de cette question, l'Arbitre dans l'affaire DS316 a expliqué que, pour ce qui était de "la question de savoir ce qui détermin{ait} le niveau des contre-mesures qui {pouvaient} être accordées", "{son} mandat au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC consist{ait} à déterminer si les "contre-mesures" proposées {étaient} "proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence {avait} été déterminée"". ⁹ Cet arbitre a noté que, dans le contexte de ce différend, le membre de phrase "effets défavorables dont l'existence aura été déterminée" exigeait qu'il soit fait référence "aux constatations concernant les effets défavorables formulées dans la procédure de mise en conformité qui constitu{aient} le fondement permettant à l'ORD d'autoriser les États-Unis à prendre des contre-mesures." ¹⁰ L'Arbitre dans l'affaire DS316 a également souligné qu'il n'y avait pas eu d'effet défavorable dont l'existence avait été déterminée à un moment quelconque après la fin de cette période de référence. ¹¹ La période de référence utilisée dans la procédure de mise en conformité antérieure, comme dans le présent cas d'espèce, est également intervenue immédiatement après le moment où le défendeur aurait dû se mettre en conformité. Ainsi, l'évaluation des effets des subventions pendant cette période de référence a été jugée compatible avec "le but fondamental d'une procédure d'arbitrage {, à savoir} déterminer le dommage causé à la partie plaignante par {l}e manquement {du défendeur} {à son obligation de mise en conformité}." ¹² Par conséquent, l'Arbitre dans l'affaire DS316 a indiqué que le fait que le *niveau* maximal de contre-mesures soit déterminé en ce qui concerne les effets des subventions pertinentes pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité était compatible avec le mandat de l'arbitre énoncé à l'article 7.10. ¹³ Nous sommes d'accord.

1.9. Dans le présent arbitrage, le mandat de l'Arbitre consiste à évaluer "les effets défavorables dont l'existence aura été déterminée". L'Union européenne considère que les "effets défavorables dont l'existence {a} été déterminée" aux fins de la réduction du taux de l'impôt B&O sont ceux qui ont été identifiés dans la procédure de mise en conformité et, en particulier, pendant la période de référence utilisée dans la procédure de mise en conformité, au moyen d'analyses fondées sur les faits. Les États-Unis ne formulent aucune objection spécifique contre cette approche générale, admettant même apparemment dans la communication additionnelle que l'Arbitre puisse déterminer un niveau maximal (non nul) de contre-mesures calculé par référence à la valeur des effets défavorables identifiés dans la procédure de mise en conformité. Nous ne voyons aucune raison de remettre en cause l'approche de l'Union européenne dans ce contexte, puisqu'aucune analyse concernant la présence d'effets défavorables pertinents n'a été effectuée en relation avec une quelconque période suivant la période de référence utilisée dans la procédure de mise en conformité. ¹⁴ La période de référence relative à la mise en conformité est également intervenue immédiatement après le moment où les États-Unis auraient dû se mettre en conformité, et, par conséquent, les effets défavorables identifiés pendant cette période représentent le préjudice causé à l'Union européenne par la non-mise en conformité des États-Unis. Par conséquent, nous ne voyons

⁹ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.43.

¹⁰ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.43.

¹¹ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.44.

¹² Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.56. Voir aussi la décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.57.

¹³ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.46.

¹⁴ Les seuls autres effets défavorables identifiés comme ayant été causés par la réduction du taux de l'impôt B&O en l'espèce sont ceux dont le Groupe spécial initial a déterminé qu'ils avaient été causés par la réduction du taux de l'impôt B&O pendant la période de référence initiale (à savoir 2004-2006). Aucune des deux parties ne préconise de calculer un niveau de contre-mesures par référence à ces effets défavorables, et nous ne voyons aucune raison de le faire dans ces circonstances.

aucune raison de calculer le niveau maximal des contre-mesures en ce qui concerne la réduction du taux de l'impôt B&O par référence à quelque chose d'autre que la valeur des effets défavorables dont l'existence pendant la période de référence relative à la mise en conformité a été déterminée. La valeur de ces effets défavorables, aux fins du nouveau niveau des contre-mesures proposé par les États-Unis, serait nulle. Nous ne pouvons pas admettre que l'"élimination" affirmée de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington en 2020 affecte le niveau des contre-mesures que l'Union européenne est autorisée à prendre.

1.10. Nous notons en outre que la demande des États-Unis, dans la mesure où elle concerne le *niveau* des contre-mesures, semble préconiser une manière de faire varier le niveau des contre-mesures sur une base prospective suivant le statut juridique de la mesure pertinente. Les États-Unis auraient toutefois pu proposer cette approche à n'importe quel moment au cours de la phase de présentation des communications du présent arbitrage. Ils ne l'ont pas fait et décident de le faire seulement maintenant.¹⁵

1.11. Ainsi, dans la mesure où les États-Unis contestent la manière générale dont l'Union européenne propose de déterminer le *niveau* maximal de la suspension annuelle, leur demande est sans fondement et n'est pas présentée en temps utile.

1.12. Nous reconnaissons que la communication additionnelle des États-Unis pourrait aussi être interprétée comme une contestation de la proposition de l'Union européenne visant à ce que le niveau maximal des contre-mesures soit maintenu indéfiniment (c'est-à-dire la *durée* du niveau maximal de suspension). L'Arbitre dans l'affaire DS316 a également examiné "la question de la période pendant laquelle des contre-mesures {pouvaient} être imposées {au} niveau {déterminé} au moyen de l'évaluation des effets défavorables dont il avait été déterminé qu'ils existaient pendant la période de référence du Groupe spécial de la mise en conformité".¹⁶ Dans ce contexte, il a expliqué que les articles pertinents du Mémoire d'accord¹⁷ étaient compatibles avec l'explication de l'Organe d'appel selon laquelle "l'autorisation de maintenir la suspension annuelle en cause ne deviendrait caduque qu'après la confirmation, au moyen d'une procédure de règlement des différends de l'OMC ou d'une solution mutuellement convenue, de la mise en conformité sur le fond de la partie défenderesse".¹⁸ Autrement dit, "c'est la situation formelle multilatérale de la partie défenderesse au regard de la mise en conformité qui justifie le maintien de la suspension annuelle au niveau précédemment autorisé, et non l'idée que le niveau autorisé reflète correctement les effets pertinents des mesures de la partie défenderesse au fil du temps".¹⁹

1.13. Nous notons donc que les États-Unis pourraient effectivement demander à l'Arbitre de limiter la *durée* du niveau maximal de suspension annuelle à la période pendant laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O (ou peut-être une mesure de remplacement) produirait un effet juridique. Toutefois, considérée ainsi, la demande des États-Unis est sans objet. Il en est ainsi parce que, comme cela a été expliqué, c'est la situation du défendeur au regard de la mise en conformité qui

¹⁵ Par exemple, les États-Unis auraient pu, dans leur communication écrite, proposer que le niveau des contre-mesures varie en fonction du statut juridique de la mesure en question, même s'il n'y avait pas encore eu de changement dans ce statut juridique qu'ils considéraient comme pertinent.

¹⁶ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.48.

¹⁷ L'Arbitre a cité l'article 22:2, l'article 22:6 et l'article 22:8 du Mémoire d'accord 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 147)

¹⁸ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.51 (mentionnant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, section IV.E). "En d'autres termes, ... en attendant cette confirmation, la suspension annuelle peut être maintenue en place pendant un certain temps, en dépit du fait que les effets pertinents des dernières mesures prises pour se conformer seraient en fait évalués comme étant nuls étant donné que la mise en conformité sur le fond avait été réalisée. Cela étaye en outre, à notre avis, l'idée que c'est la situation formelle multilatérale de la partie défenderesse au regard de la mise en conformité qui justifie le maintien de la suspension annuelle au niveau précédemment autorisé, et non l'idée que le niveau autorisé reflète correctement les effets pertinents des mesures de la partie défenderesse au fil du temps". (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.51)

¹⁹ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.51. "{L}a suspension annuelle peut rester en place au niveau autorisé jusqu'à ce qu'un organe juridictionnel de l'OMC constate que la partie défenderesse a réalisé la mise en conformité sur le fond ou que les parties aient trouvé une autre solution". (Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.53)

détermine la durée du niveau maximal de suspension annuelle, et que les États-Unis ne demandent explicitement *pas* à l'Arbitre de déterminer qu'ils se sont mis en conformité d'une quelconque manière pertinente.²⁰

1.14. Ainsi, dans la mesure où les États-Unis pourraient contester la manière dont l'Union européenne propose de déterminer la *durée* de la suspension annuelle, leur demande est sans objet.²¹

1.15. Nous notons que deux arbitres récents ont rejeté des demandes semblables présentées par des défendeurs en avançant un raisonnement semblable et instructif. Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – États-Unis), les États-Unis ont révisé la mesure pertinente après que la première procédure de mise en conformité avait eu lieu, et ils ont allégué que l'Arbitre devrait déterminer un niveau de suspension par référence aux effets de la nouvelle mesure révisée, et non de la mesure qui existait au moment auquel le délai raisonnable de mise en conformité était venu à expiration.²² L'Arbitre a rejeté la demande des États-Unis et a déterminé à la place un niveau maximal de suspension annuelle en ce qui concerne les effets de la mesure qui existait au moment auquel le délai raisonnable de mise en conformité était venu à expiration en utilisant une période de référence correspondant à peu près à ce moment. Selon lui, cela était justifié parce que le texte de l'article 22:6 du Mémoire d'accord prescrivait à un arbitre d'évaluer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages causée par la mesure initiale incompatible avec les règles de l'OMC (dans les cas où aucune mesure de mise en conformité n'avait été prise ultérieurement), ou une mesure de mise en conformité ultérieure incompatible avec les règles de l'OMC qui existait au moment de l'expiration du délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD.²³

1.16. Dans l'affaire *États-Unis – Méthodes antidumping (Chine)* (article 22:6 – États-Unis), l'Arbitre s'est abstenu d'exclure de son évaluation du niveau de l'annulation et de la réduction des avantages une ordonnance antidumping qui avait été abrogée après l'expiration du délai raisonnable de mise en conformité, au motif que cela serait incompatible avec son mandat parce qu'il "ne tiendr{ait} pas compte de l'annulation ou de la réduction des avantages causée par l'absence de mise en œuvre par les États-Unis des recommandations et décisions de l'ORD ... avant l'expiration du délai raisonnable".²⁴ Il a cité à l'appui de son raisonnement la décision de l'Arbitre dans l'affaire *Thon II (Mexique)*, qui vient d'être mentionnée.²⁵

1.17. Nous notons en outre que les États-Unis font valoir que la décision arbitrale dans l'affaire *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* (article 22:6 – États-Unis) étaye cette approche. Nous estimons que cette décision arbitrale n'est pas pertinente dans ce contexte. Dans cette procédure, l'Arbitre, agissant au titre de l'article 22:7 du Mémoire d'accord, a déterminé une manière prospective pour les Communautés européennes d'ajuster le niveau de la suspension de concessions au fil du temps par référence à la survenue de certaines applications de la mesure pertinente qui avait été jugée incompatible "en tant que telle" avec les règles de l'OMC.²⁶ Cela a été considéré comme approprié dans cet arbitrage, notamment parce qu'il n'y avait pas eu d'applications pertinentes démontrées de la mesure à la date à laquelle l'Arbitre avait rendu sa décision, ce qui avait entraîné un niveau initial de suspension égal à zéro.²⁷ En résumé, il ne s'était encore rien produit de pertinent qui pouvait être évalué par l'Arbitre. Ainsi, l'arbitrage dans l'affaire *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* concernait des faits et des circonstances très différents de ceux auxquels nous sommes confrontés

²⁰ États-Unis, lettre à l'Arbitre, datée du 22 mai 2020. Voir aussi États-Unis, communication additionnelle, note de bas de page 1. Il n'y a pas eu non plus de solution mutuellement convenue entre les parties.

²¹ Les États-Unis citent les articles 3:7, 22:4 et 22:8 du Mémoire d'accord ainsi que l'article 7.9 et 7.10 de l'Accord SMC à l'appui de leurs arguments. Nous ne voyons rien dans ces dispositions qui remette en question notre analyse.

²² Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – États-Unis), paragraphe 3.4.

²³ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – États-Unis), paragraphe 3.24.

²⁴ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Méthodes antidumping (Chine)* (article 22:6 – États-Unis), paragraphe 3.10.

²⁵ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Méthodes antidumping (Chine)* (article 22:6 – États-Unis), note de bas de page 49.

²⁶ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* (article 22:6 – États-Unis), paragraphes 6.14 à 6.17 et 7.8.

²⁷ Décision de l'Arbitre *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* (article 22:6 – États-Unis), paragraphes 6.5 et 6.11.

en l'espèce. Il ne concernait pas une suspension annuelle ou le caractère approprié de cette suspension, en général, ou au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC, spécifiquement.

1.18. Enfin, nous rappelons que bon nombre de différends dans lesquels une procédure d'arbitrage a été engagée ont abouti à l'octroi d'une suspension annuelle au plaignant, y compris dans les deux arbitrages antérieurs engagés au titre de l'article 7.10 de l'Accord SMC, à savoir les procédures d'arbitrage DS316 et *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*. Dans la première procédure, l'Arbitre a expliqué que les "niveaux de cette suspension annuelle {avaient} 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".²⁸ La détermination d'un niveau maximal de suspension annuelle de la manière générale demandée par l'Union européenne est donc une pratique admise.

1.19. Pour les raisons qui précèdent, nous considérons que la communication additionnelle des États-Unis est sans fondement, n'a pas été présentée en temps utile et/ou est sans objet. Par conséquent, nous constatons que la communication additionnelle n'est pas nécessaire aux fins de la réfutation et qu'il n'existe pas non plus de raisons valables de l'accepter maintenant. La demande des États-Unis visant à être autorisés à déposer la communication additionnelle est donc rejetée.

²⁸ Décision de l'Arbitre *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 22:6 – UE)*, paragraphe 6.56. (notes de bas de pages omises)

ANNEXE C-8

COMMUNICATION DE L'ARBITRE AUX PARTIES, DATÉE DU 26 JUIN 2020

L'Arbitre accuse réception de la lettre de l'Union européenne du 22 juin 2020, dans laquelle elle fait objection à l'indication qu'il a donnée dans sa communication du 17 juin 2020 concernant sa meilleure estimation du délai dans lequel il compte communiquer sa décision aux parties.

L'Arbitre assure sans équivoque aux parties que les membres de l'Arbitre et le personnel du Secrétariat qui l'assiste ont à tout moment fait preuve du dévouement, de l'intégrité et de l'objectivité qui conviennent dans le cadre de leurs fonctions dans la présente procédure. En dépit des multiples difficultés dues à la pandémie de COVID-19 qui ont remis en question leurs modalités de travail et considérablement affecté leur lieu de travail, leur famille, leur communauté et leur pays, l'Arbitre et le personnel du Secrétariat qui l'assiste continuent d'œuvrer avec diligence à la réalisation du mandat de l'Arbitre dans la présente procédure. L'Arbitre est pleinement conscient qu'il est important pour l'Union européenne que la présente procédure soit achevée le plus rapidement possible.

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**

Comme les parties le savent, la pandémie de COVID-19 continue de rendre très difficiles les voyages internationaux. Compte tenu de ces difficultés, et pour passer aux dernières étapes de la présente procédure, l'Arbitre étudie différentes possibilités pour tenir les réunions internes finales à distance. En vue de faciliter ce mode de réunion, il demande par la présente si l'Union européenne accorderait, à titre temporaire, à l'Arbitre et aux autres personnes habilitées de l'OMC qui sont en outre autorisées à avoir accès aux RCES la permission d'examiner *oralement* certains RCES, strictement aux fins des réunions internes de l'Arbitre qui se tiendront au moyen de Skype for Business au cours de la période du 24 août au 30 septembre 2020. Actuellement, la demande de l'Arbitre concerne les documents RCES suivants uniquement:

- Union européenne, réponse à la question n° 75 de l'Arbitre, paragraphes 392, 393, 405 et 406 (y compris la note de bas de page 425); et la déclaration de [[***]], 25 février 2020 ("utilisation des taux d'actualisation par Airbus") (pièce EU-78 (RCES)).
- Calendriers de livraison proposés dans l'offre finale d'Airbus dans la campagne de vente de Fly Dubai de 2008 (Fly Dubai 2008 final offer, **[[RCES]]** (pièce EU-5 (RCES), page 7 (renseignements figurant dans les colonnes "Aircraft Rank" et "Delivery Period"))) et dans la campagne de vente de Delta Airlines de 2011 (Delta Airlines final offer, **[[RCES]]** (pièce EU-4 (RCES), page 26)).

L'Arbitre note que les procédures de travail additionnelles pour la protection des renseignements commerciaux confidentiels et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles (procédures RCC/RCES) permettent à une partie de "trait{er} ... ses propres RCC et RCES"¹ comme elle l'entend (sauf disposition contraire des procédures) et, par conséquent, permettent aux parties d'autoriser l'Arbitre et le personnel de l'OMC désigné à examiner ces documents de la manière décrite plus haut en ce qui concerne leurs propres RCES. L'Arbitre considère donc que, si l'Union européenne devait répondre favorablement à sa demande, le fait de l'autoriser à examiner ces documents de la manière décrite plus haut laisse inchangées les procédures RCC/RCES et les protections accordées aux RCC et aux RCES dans ces procédures.

L'Arbitre demande à l'Union européenne de faire savoir si elle convient d'accorder la permission temporaire susmentionnée avant la fermeture des bureaux le vendredi 14 août 2020.

¹ Paragraphe 24 des procédures RCC/RCES.

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**

1.1. L'Arbitre accuse réception de la lettre de l'Union européenne du 10 août 2020 faisant référence à la communication de l'Arbitre du 5 août 2020. Il prend note également de sa communication du 17 juin 2020, de la lettre de l'Union européenne du 22 juin 2020 et de la réponse qu'il a donnée à cette lettre le 26 juin 2020.

1.2. Dans sa communication du 17 juin 2020, l'Arbitre a indiqué qu'il comptait communiquer la décision aux parties (afin de faire en sorte que les RCC/RCES soient dûment caviardés) au plus tôt à la fin de septembre 2020. Il fait savoir qu'il compte maintenant communiquer la décision aux parties dans ce but pour la fin de septembre 2020 au plus tard. La demande de l'Arbitre visant à obtenir l'autorisation d'examiner certains RCES pendant toute la période allant jusqu'à la communication de la décision aux parties pour que celles-ci passent en revue les RCC/RCES avait pour but de répondre à tout besoin imprévu d'examiner des RCES qui pourrait autrement retarder ses travaux.

1.3. À cet égard, l'Arbitre demande en outre à l'Union européenne l'autorisation d'examiner (de la même manière, et sur la même période, que ce qui est indiqué dans sa communication du 5 août 2020) les RCES de l'UE suivants:

1. Nombre proposé de commandes fermes (et modèles de LCA d'Airbus concernés) dans:
 - a. la campagne de vente de Fly Dubai de 2008 (Fly Dubai 2008 final offer, **[[RCES]]** (pièce EU-5 (RCES), page 7, clause 3.1.1));
 - b. la campagne de vente d'Air Canada de 2013 (Air Canada final offer, **[[RCES]]** (pièce EU-3 (RCES), page 37, clause 2.1));
 - c. la campagne de vente d'Icelandair de 2013 (Icelandair final offer, **[[RCES]]** (pièce EU-8 (RCES), page 7, clause 3.1)); et
 - d. la campagne de vente de Fly Dubai de 2014 (Fly Dubai 2014 final offer, **[[RCES]]** (pièce EU-6 (RCES), page 5, clause 1.1 et pages 9 et 10, clause 3.1.1)).
2. Valeurs numériques des effets défavorables figurant spécifiquement dans:
 - a. 2RPQ valuation of single-aisle lost sales – Airbus delivery schedules (pièce EU-85 (RCES), feuille de calcul intitulée "Total Adverse Effects");
 - b. Updated valuation of single-aisle threat of impedance (pièce EU-60 (RCES), feuille de calcul intitulée "Total Adverse Effects"); et
 - c. 2RPQ valuation of single-aisle threat of impedance – Airbus delivery schedules (pièce EU-77 (RCES), feuille de calcul intitulée "Total Adverse effects").
3. Exposé explicatif (à l'exclusion des notes de bas de page) figurant dans l'appendice 2 (RCES) du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité (pièce EU-65 (RCES), paragraphes 160 à 166 (à l'exclusion de la première phrase du paragraphe 163 et de la dernière phrase du paragraphe 164) et 266 à 271 (à l'exclusion de la deuxième phrase du paragraphe 270)).

Dans l'éventualité où l'Arbitre présenterait une demande ultérieure en ce qui concerne de quelconques autres RCES de l'UE, il le fera avant la fermeture des bureaux le lundi 31 août 2020.

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**

Comme vous le savez, le 28 septembre 2020, l'Arbitre a fourni à l'avance aux parties des copies des versions non-RCC et RCC de la Décision dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) (article 22:6 – *États-Unis*), ainsi qu'un CD-ROM contenant les calculs RCES de l'Arbitre.

Les parties ont été informées que les documents pouvaient encore à ce stade contenir des RCC et/ou des RCES et que ces documents leur ont été communiqués avant la distribution de la Décision expressément dans le but de leur permettre de vérifier sa teneur pour veiller à ce qu'aucun RCC ou RCES ne soit divulgué par inadvertance dans la version publique de la Décision. Cette procédure était prévue dans les procédures RCC/RCES de l'Arbitre spécifiquement pour la protection des renseignements confidentiels des parties aux fins du présent différend.

Par conséquent, et comme il est expliqué dans la lettre de couverture transmettant ces documents, l'Arbitre a expressément indiqué que l'intégralité du texte de sa décision, y compris les chiffres et les renseignements non désignés comme étant des RCC, devait rester strictement confidentielle jusqu'à la distribution de la version publique de la Décision.

L'Arbitre a eu connaissance d'articles de presse indiquant le montant des contre-mesures, publiés aux premières heures du 30 septembre 2020, qui ont été suivis d'articles dans d'autres médias le 30 septembre 2020 et les jours suivants. La liste des articles de presse dont l'Arbitre a actuellement connaissance est jointe à la présente lettre.

Dans leur communication du 2 octobre 2020, les États-Unis ont fait référence à un article de presse de Bloomberg daté du 30 septembre 2020, et ils ont indiqué qu'aucune de leurs personnes habilitées "n'avait fait fuiter la teneur du rapport confidentiel". Ils ont également demandé à l'Arbitre de mener l'enquête sur l'origine de cette fuite et de prendre toutes les mesures qui conviennent.

Dans sa communication du 6 octobre 2020, l'Union européenne a aussi exprimé une préoccupation analogue au sujet de la fuite et a affirmé que celle-ci était apparue pour la première fois dans un article de Reuters daté du 30 septembre 2020. Elle a indiqué qu'aucune de ses personnes habilitées, ni aucun membre de sa délégation (qu'il soit ou non habilité RCC/RCES) "n'était à l'origine de la fuite".

Les membres de l'Arbitre ont pleinement affirmé qu'à tous les moments pertinents, ils ont i) traité la Décision, y compris les RCC/RCES qu'elle contient, conformément aux procédures RCC/RCES, et ii) à tous autres égards, ont traité la Décision de l'Arbitre comme strictement confidentielle.

L'Arbitre a également demandé au Directeur de la Division des affaires juridiques de l'OMC de se renseigner auprès de tous les membres du personnel du Secrétariat de l'OMC qui ont eu accès au projet de décision (toutes les personnes, y compris les personnes habilitées de l'OMC, figurant dans la lettre ci-jointe). Toutes ces personnes ont pleinement affirmé qu'à tous les moments pertinents, elles ont i) traité la Décision, y compris les RCC/RCES qu'elle contient, conformément aux procédures RCC/RCES, et ii) à tous autres égards, ont traité la Décision de l'Arbitre comme strictement confidentielle.

L'Arbitre considère que, si toutes les personnes ayant eu accès à la Décision l'avaient en fait traitée à tous égards comme strictement confidentielle, il n'est tout simplement pas possible que le montant des contre-mesures ait été communiqué à une personne qui était autorisée à le communiquer à un journaliste pour qu'il soit publié dans un article de presse.

L'Arbitre condamne le non-respect de la stricte confidentialité de la teneur de sa décision. Il considère que de tels agissements compromettent en fin de compte l'intégrité du processus de règlement des différends, et le respect nécessaire du principe de bonne foi, qui est un principe fondamental et nécessaire pour engager une procédure de cette nature.
