ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS353/AB/R
12 mars 2012

(12-1313)

Original: anglais

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

AB-2011-3

Rapport de l'Organe d'appel

RCC SUPPRIMÉS, COMME INDIQUÉ [***]
RCES OMIS, COMME INDIQUÉ [[RCES]]

I. Introduction 1
A. Allégations formulées par les Communautés européennes devant le Groupe spécial 6
B. Constatations du Groupe spécial 8
C. Procédure d'appel 17
II. Arguments des participants et des participants tiers 22
A. Allégations d'erreur formulées par l'Union européenne – Appelant 22
1. Annexe V de l'*Accord SMC* 22
2. Contribution financière – Champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* 27
3. Spécificité – Répartition des droits de brevet 31
4. Effets défavorables 34
a) Évaluation collective des subventions pour la R&D aéronautique et des réductions du taux de l'impôt B&O, et de leurs effets 35
b) Évaluation collective des subventions fiscales liées et des subventions restantes, et de leurs effets 40
5. Article 11 du Mémorandum d'accord 41
B. Arguments des États-Unis – Intimé 43
1. Annexe V de l'*Accord SMC* 43
2. Contribution financière – Champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* 50
3. Spécificité – Répartition des droits de brevet 54
4. Effets défavorables 58
a) Évaluation collective des subventions pour la R&D aéronautique et des réductions du taux de l'impôt B&O, et de leurs effets 58
b) Évaluation collective des subventions fiscales liées et des subventions restantes, et de leurs effets 62
5. Article 11 du Mémorandum d'accord 64
C. Allégations d'erreur formulées par les États-Unis – Autre appelant 66
1. Contrats d'achat de la NASA et instruments d'aide de l'USDOD 66
a) Contribution financière – Application du critère relatif à l'"achat de services" 66
b) Avantage 74
2. Réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington 80
a) Contribution financière – Recettes abandonnées 80
b) Spécificité – Article 2.1 a) de l'*Accord SMC* 85
3. Obligations industrielles de la ville de Wichita (IRB) – Spécificité 87
4. Effets défavorables 90
a) Effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique 90
b) Effets sur les prix des subventions fiscales liées 107
D. Arguments de l'Union européenne – Intimé 117

1. Contrats d'achat de la NASA et instruments d'aide de l'USDOD 117
a) Contribution financière – Application du critère relatif à l'"achat de services" 117
b) Avantage 125
2. Réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington 133
a) Contribution financière – Recettes abandonnées 133
b) Spécificité – Article 2.1 a) de l'*Accord SMC* 135
3. Obligations industrielles de la ville de Wichita (IRB) – Spécificité 137
4. Effets défavorables 141
a) Effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique 141
b) Effets sur les prix des subventions fiscales liées 151
E. Arguments des participants tiers 165
1. Australie 165
a) Contribution financière 165
b) Spécificité 169
c) Effets défavorables 171
2. Brésil 174
a) Annexe V de l'*Accord SMC* 174
b) Contribution financière 175
c) Spécificité 176
d) Effets défavorables 176
3. Canada 180
a) Annexe V de l'*Accord SMC* 180
b) Contribution financière 180
c) Spécificité 180
d) Effets défavorables 182
4. Chine 184
a) Annexe V de l'*Accord SMC* 184
b) Spécificité 185
c) Effets défavorables 186
5. Japon 186
a) Spécificité 186
b) Effets défavorables 187
6. Corée 192
a) Annexe V de l'*Accord SMC* 192
b) Spécificité 193
c) Effets défavorables 194
III. Questions soulevées dans le présent appel 195
IV. Mesures en cause 200
A. Introduction 200
B. Mesures du gouvernement fédéral des États-Unis 201
1. Mesures de R&D aéronautique 202

a) NASA 202
b) USDOD 203
2. Répartition des droits de brevet 206
3. Législation FSC/ETI et législation successive 209
a) Dispositions du Code des impôts des États-Unis relatives aux FSC 211
b) Loi de 2000 portant abrogation des dispositions relatives aux FSC et régissant l'exclusion des revenus extraterritoriaux 211
c) Loi de 2004 sur la création d'emplois 212
d) Loi de conciliation de 2005 destinée à empêcher des hausses d'impôt 213
C. Mesures des États et locales 213
1. État de Washington 213
a) Mesures au titre du Projet de loi n° 2294 213
b) Réduction du taux de l'impôt B&O local de la ville d'Everett 217
c) Accord-cadre sur le site relatif au projet Olympus 218
2. Obligations industrielles de la ville de Wichita (Kansas) 219
3. État de l'Illinois 221
V. Procédures au titre de l'Annexe V de l'*Accord SMC* 223
A. Introduction 223
B. Décision préliminaire du Groupe spécial 224
C. Aperçu des allégations et arguments présentés en appel 227
D. Évaluation de l'allégation d'erreur formulée en appel par l'Union européenne 230
1. Demande de l'Union européenne visant à ce que les constatations formulées par le Groupe spécial au paragraphe 7.22 de son rapport soient infirmées 230
2. Demande de l'Union européenne visant à ce que l'analyse soit complétée 235
a) Interprétation des dispositions pertinentes de l'*Accord SMC* et du Mémorandum d'accord 235
b) Autres demandes de l'Union européenne visant à ce que l'analyse soit complétée 250
c) Demandes additionnelles de l'Union européenne 256
E. Conclusion 257
VI. Contrats d'achat de la NASA et instruments d'aide de l'USDOD 258
A. Contribution financière 258
1. Introduction 258
2. Constatations du Groupe spécial 260
a) Interprétation de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* par le Groupe spécial 261
b) Évaluation des mesures de la NASA par le Groupe spécial 265
c) Évaluation des mesures de l'USDOD par le Groupe spécial 268
3. Approche générale du Groupe spécial 273

4. Quelle est la qualification appropriée des mesures de la NASA/l'USDOD en cause? 276
a) Contrats d'achat de la NASA 277
b) Instruments d'aide de l'USDOD 281
c) Description des transactions par le Groupe spécial dans son analyse du préjudice grave 284
d) Résumé des principales caractéristiques des mesures 285
5. Types de contributions financières visés par l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* 286
6. Les mesures de la NASA et de l'USDOD soulevées en appel constituent-elles des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*? 290
B. Avantage 292
1. Constatations du Groupe spécial 293
a) NASA 293
b) USDOD 294
2. Le Groupe spécial a-t-il fait erreur en déterminant l'existence d'un avantage? 295
C. Portée des constatations du Groupe spécial concernant l'avantage s'agissant des mesures de la NASA 313
1. Constatations du Groupe spécial 313
2. L'allégation des États-Unis entre-t-elle dûment dans le cadre du présent appel? 317
3. Le Groupe spécial a-t-il fait erreur au regard de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*? 321
D. Article 11 du Mémorandum d'accord – Montant du financement pour la R&D accordé par l'USDOD susceptible de concerner les LCA 327
1. Constatations du Groupe spécial 327
2. Le Groupe spécial a-t-il procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord en formulant la déclaration contestée? 330
VII. Répartition des droits de brevet de la NASA/l'USDOD – Spécificité 338
A. Introduction 338
B. Constatations du Groupe spécial 341
C. Approche arguendo du Groupe spécial 344
D. Le Groupe spécial a-t-il fait erreur dans son interprétation de l'article 2.1 a) de l'Accord SMC? 346
E. Le Groupe spécial a-t-il fait erreur dans l'application de l'article 2.1 a) de l'Accord SMC? 353
F. Le Groupe spécial a-t-il fait erreur en n'examinant pas l'allégation de spécificité de facto formulée par les Communautés européennes au titre de l'article 2.1 c)? 368
VIII. Réduction du taux de l'impôt sur les activités (B&O) de l'État de Washington 373
A. Contribution financière – Recettes abandonnées 373
1. Constatations du Groupe spécial 373

2. Quand les pouvoirs publics abandonnent-ils des recettes normalement exigibles? 376
3. Évaluation de l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC* 380
B. Spécificité 388
1. Constations du Groupe spécial 389
2. Évaluation de l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC* 391
IX. Obligations industrielles de la ville de Wichita (IRB) – Spécificité 400
A. Contexte 400
B. Constatations du Groupe spécial 400
C. Évaluation de l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 2.1 c) de l'Accord SMC 405
X. Effets défavorables 414
A. Introduction 414
1. Renseignements de caractère général 418
a) Marchés pertinents, période de référence et évaluation temporelle des phénomènes sur le marché pertinents 418
b) Aspects clés de la branche de production des LCA 421
2. Approche du lien de causalité adoptée par le Groupe spécial 427
3. Analyse par le Groupe spécial des "effets sur la technologie" et des "effets sur les prix" 430
a) Analyse par le Groupe spécial des "effets sur la technologie" des subventions pour la R&D aéronautique 431
b) Analyse par le Groupe spécial des "effets sur les prix" des subventions 432
4. Ordre d'analyse des questions soulevées en appel concernant les constatations de l'existence d'un préjudice grave formulées par le Groupe spécial 434
B. Effets sur la technologie 434
1. Introduction 434
2. Renseignements généraux concernant le Boeing 787 436
3. Analyse par le Groupe spécial des effets des subventions pour la R&D aéronautique sur Boeing 438
4. Appel des États-Unis 445
5. Motifs d'appel spécifiques invoqués par les États-Unis 449
a) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en "extrapolant les constatations" concernant trois programmes de la NASA relatifs aux composites à tous les programmes de R&D 449
b) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en ne constatant pas que la recherche de la NASA était trop éloignée des technologies commerciales utilisées pour le 787 457
c) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son estimation du rôle de Boeing et de ses fournisseurs dans le développement des technologies utilisées pour le 787 461

d) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son estimation de la pertinence de la diffusion au public par la NASA des résultats de ses travaux de R&D 471
e) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation de l'importance des subventions pour la R&D aéronautique de la NASA 474
f) Conclusion 477
6. Analyse hypothétique du Groupe spécial 478
a) Introduction 478
b) Analyse hypothétique du Groupe spécial: première étape 484
c) Analyse hypothétique du Groupe spécial: deuxième étape 488
7. Analyse par le Groupe spécial des effets des subventions pour la R&D aéronautique sur Airbus 490
8. L'appel des États-Unis concernant le deuxième stade de l'analyse par le Groupe spécial des effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique 494
a) Pertes de ventes notables 495
b) Menace de détournement et d'entrave 503
c) Empêchement notable de hausses de prix 513
d) Conclusion 529
C. Article 11 du Mémorandum d'accord 530
D. Effets sur les prix 541
1. Renseignements généraux sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges 543
a) Marché des LCA de 100 à 200 sièges 543
b) Marché des LCA de 300 à 400 sièges 544
2. Allégation concernant les effets sur les prix présentée par les Communautés européennes au Groupe spécial 545
3. Analyse et constatations du Groupe spécial 549
4. Évaluation de l'analyse du lien de causalité effectuée par le Groupe spécial au titre des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC* 557
a) Question de savoir si le Groupe spécial a effectué une analyse du lien de causalité appropriée 557
b) Question de savoir si le Groupe spécial a effectué une analyse correcte de l'empêchement notable de hausses des prix, des pertes de ventes notables, ainsi que du détournement et de l'entrave 575
c) Évaluation globale de l'analyse par le Groupe spécial des effets des subventions fiscales liées sur les prix 588
d) Compléter l'analyse 590
5. Conclusion 605
E. Évaluation collective des subventions et de leurs effets 605
1. Introduction 605
2. Évaluation des allégations d'erreur formulées en appel par l'Union européenne 608
a) Introduction 608

b) Différentes approches d'une évaluation collective 609
c) Approche suivie par le Groupe spécial concernant une évaluation collective des effets des subventions en cause 616
d) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en s'abstenant d'évaluer collectivement les effets des subventions pour la R&D aéronautique et les effets des réductions du taux de l'impôt B&O 620
e) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en s'abstenant d'évaluer collectivement les effets des subventions fiscales liées et les effets des subventions restantes 630
3. Conclusion 644
XI. Constatations et conclusions 645

ANNEXE I Notification d'un appel présentée par l'Union européenne
ANNEXE II Notification d'un autre appel présentée par les États-Unis
ANNEXE III Décision procédurale et procédures additionnelles pour la protection des renseignements sensibles
ANNEXE IV Décision procédurale et procédures additionnelles pour la conduite de l'audience
ANNEXE V Annexe RCES

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
Australie – Saumons	Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, WT/DS18/AB/R, adopté le 6 novembre 1998
Brésil – Aéronefs	Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, WT/DS46/AB/R, adopté le 20 août 1999
Brésil – Aéronefs	Rapport du Groupe spécial *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, WT/DS46/R, adopté le 20 août 1999, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS46/AB/R
Brésil – Aéronefs (article 21:5 – Canada II)	Rapport du Groupe spécial *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Deuxième recours du Canada à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS46/RW/2, adopté le 23 août 2001
Brésil – Aéronefs (article 21:5 – Canada)	Rapport du Groupe spécial *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS46/RW, adopté le 4 août 2000, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS46/AB/RW
Brésil – Pneumatiques rechapés	Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, adopté le 17 décembre 2007
Canada – Aéronefs	Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999
Canada – Automobiles	Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopté le 19 juin 2000
Canada – Exportations de blé et importations de grains	Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/AB/R, adopté le 27 septembre 2004
Canada – Produits laitiers (article 21:5 – États-Unis et Nouvelle-Zélande)	Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers – Recours des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW, adopté le 18 décembre 2001
CE – Accessoires de tuyauterie	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, WT/DS219/AB/R, adopté le 18 août 2003
CE – Amiante	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001
CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II) / CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)	Rapports de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, adopté le 11 décembre 2008, et Corr.1 / *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/AB/RW/USA et Corr.1, adopté le 22 décembre 2008

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
CE – Bananes III	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997
CE – Certaines questions douanières	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/AB/R, adopté le 11 décembre 2006
CE – Éléments de fixation (Chine)	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine*, WT/DS397/AB/R, adopté le 28 juillet 2011
CE – Hormones	Rapport de l'Organe d'appel *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998
CE – Linge de lit	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde*, WT/DS141/AB/R, adopté le 12 mars 2001
CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde – Recours de l'Inde à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS141/AB/RW, adopté le 24 avril 2003
CE – Matériels informatiques	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adopté le 22 juin 1998
CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM	Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS299/R, adopté le 3 août 2005
CE – Sardines	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
CE – Volailles	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles*, WT/DS69/AB/R, adopté le 23 juillet 1998
CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316/AB/R, adopté le 1er juin 2011
CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs	Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316/R, adopté le 1er juin 2011, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS316/AB/R
Chili – Système de fourchettes de prix	Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles*, WT/DS207/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)	Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles – Recours de l'Argentine à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS207/AB/RW, adopté le 22 mai 2007
Chine – Publications et produits audiovisuels	Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, adopté le 19 janvier 2010

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
Corée – Boissons alcooliques	Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adopté le 17 février 1999
Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf	Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001
Corée – Navires de commerce	Rapport du Groupe spécial *Corée – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS273/R, adopté le 11 avril 2005
Corée – Produits laitiers	Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, adopté le 12 janvier 2000
États-Unis – Acier au carbone	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne*, WT/DS213/AB/R, adopté le 19 décembre 2002
États-Unis – Acier laminé à chaud	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS184/AB/R, adopté le 23 août 2001
États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs	*États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS317
États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, WT/DS353/R, distribué aux Membres de l'OMC le 31 mars 2011
États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, adopté le 1er février 2002
États-Unis – Bois de construction résineux III	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Déterminations préliminaires concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS236/R, adopté le 1er novembre 2002
États-Unis – Bois de construction résineux IV	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004
États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS277/AB/RW, adopté le 9 mai 2006, et Corr.1
États-Unis – Cartographie par sonar	Rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Marché concernant un système de cartographie par sonar*, GPR.DS1/R, 23 avril 1992, non adopté
États-Unis – Chemises et blouses de laine	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, et Corr.1
États-Unis – Coton upland	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/R, adopté le 21 mars 2005
États-Unis – Coton upland	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/R et Add.1 à 3, adopté le 21 mars 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS267/AB/R

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS267/AB/RW, adopté le 20 juin 2008
États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS267/RW et Corr.1, adopté le 20 juin 2008, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS267/AB/RW
États-Unis – Crevettes	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998
États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS379/AB/R, adopté le 25 mars 2011
États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, adopté le 20 juillet 2005
États-Unis – Essence	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996
États-Unis – FSC	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, WT/DS108/AB/R, adopté le 20 mars 2000
États-Unis – FSC	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, WT/DS108/R, adopté le 20 mars 2000, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS108/AB/R
États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Deuxième recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/AB/RW2, adopté le 14 mars 2006
États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Deuxième recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/RW2, adopté le 14 mars 2006, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS108/AB/RW2
États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/AB/RW, adopté le 29 janvier 2002
États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/RW, adopté le 29 janvier 2002, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS108/AB/RW
États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)	Décision de l'arbitre *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC*, WT/DS108/ARB, 30 août 2002

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
États-Unis – Gluten de froment	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes*, WT/DS166/AB/R, adopté le 19 janvier 2001
États-Unis – Jeux	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005, et Corr.1
États-Unis – Maintien de la réduction à zéro	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro, WT/DS350/AB/R, adopté le 19 février 2009
États-Unis – Maintien de la réduction à zéro	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/R, adopté le 19 février 2009, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS350/AB/R
États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS212/AB/R, adopté le 8 janvier 2003
États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine*, WT/DS268/AB/R, adopté le 17 décembre 2004
États-Unis – Restrictions à l'exportation	Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions*, WT/DS194/R, adopté le 23 août 2001
États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier*, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, adopté le 10 décembre 2003
États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée*, WT/DS202/AB/R, adopté le 8 mars 2002
Guatemala – Ciment I	Rapport de l'Organe d'appel *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/AB/R, adopté le 25 novembre 1998
Inde – Brevets (États-Unis)	Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998
Inde – Restrictions quantitatives	Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, WT/DS90/AB/R, adopté le 22 septembre 1999
Indonésie – Automobiles	Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adopté le 23 juillet 1998
Japon – Boissons alcooliques II	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1er novembre 1996

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
Japon – DRAM (Corée)	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS336/AB/R et Corr.1, adopté le 17 décembre 2007
Japon – DRAM (Corée)	Rapport du Groupe spécial *Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS336/R, adopté le 17 décembre 2007, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS336/AB/R
Japon – Pommes	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, WT/DS245/AB/R, adopté le 10 décembre 2003
Japon – Produits agricoles II	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, WT/DS76/AB/R, adopté le 19 mars 1999
Mexique – Mesures antidumping visant le riz	Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz, plainte concernant le riz*, WT/DS295/AB/R, adopté le 20 décembre 2005
Mexique – Sirop de maïs (article 21:5 – États-Unis)	Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS132/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001
Norvège – Matériel pour les péages de Trondheim	Rapport du Groupe spécial du GATT *Groupe spécial du marché norvégien concernant le matériel pour la perception des péages destiné à la ville de Trondheim*, GPR.DS2/R, adopté le 13 mai 1992, IBDD S40/372
Thaïlande – Cigarettes (Philippines)	Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, WT/DS371/AB/R, adopté le 15 juillet 2011

ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Abréviation	Description
Accord antidumping	*Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*
Accord de 1992	*Accord entre la Communauté économique européenne et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application au commerce des aéronefs civils de grande capacité de l'Accord du GATT relatif au commerce des aéronefs civils*, conclu à Bruxelles le 17 juillet 1992, *Journal officiel de l'Union européenne*, série L, n° 301 (17 octobre 1992) 32
Accord SMC	*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*
Accord sur l'OMC	*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*
Accords au titre de la Loi sur l'espace	Accords entre la NASA et Boeing conclus en vertu du pouvoir conféré à la NASA par la Loi sur l'espace
AJCA	American Jobs Creation Act of 2004 (Loi de 2004 sur la création d'emplois), Loi générale n° 108-357, 118 Stat. 1418 (pièce EC-626 présentée au Groupe spécial)
AL/FEM	aide au lancement/financement des États membres
ATCAS	programme Advanced Composite Technology Fuselage (technologie des composites à haute performance pour le fuselage)
ATP	programme Advanced Technology (Technologie avancée) de l'USDOC
B&O	Business and occupation (impôt sur les activités)
BCA	Boeing Commercial Airplanes (avions commerciaux de Boeing)
CHRA	Corporate Headquarters Relocation Act of 2001 (Loi de 2001 sur la relocalisation du siège social), Loi générale de l'Illinois n° 92-0207 (pièce EC-216 présentée au Groupe spécial)
Code des subventions du Tokyo Round	*Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* issu du Tokyo Round, IBDD, S26/63, entré en vigueur le 1er janvier 1980
Comité des subventions	Comité des subventions et des mesures compensatoires
Conseil	Conseil des inventions et contributions de la NASA
Convention de Vienne	*Convention de Vienne sur le droit des traités*, faite à Vienne le 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331; 8 International Legal Materials 679
Décret exécutif de 1987	Executive Order 12591, Facilitating Access to Science and Technology, 10 avril 1987 (pièce EC-561 présentée au Groupe spécial)
EDGE	Economic Development for a Growing Economy (crédit d'impôt pour la croissance de l'économie)
ETI	revenus extraterritoriaux
FAR	Federal Acquisition Regulation (Règlement sur les achats fédéraux)
FPDS	Federal Procurement Data Base (base de données des marchés fédéraux)
FPDS-NG	Federal Procurement Data Base – Next Generation (base de données des marchés fédéraux – nouvelle génération)
FSC	sociétés de ventes à l'étranger
IDS	Integrated Defense Systems (Systèmes de défense intégrés)
ILFC	International Lease Finance Corporation
IRB	Industrial revenue bonds (obligations industrielles)

Abréviation	Description
ITAR	Règlement relatif au trafic d'armes international
ITR	International Trade Resources
LCA	aéronef civil gros porteur
LCF	avion cargo gros porteur 747 de Boeing
LERD	Limited Exclusive Rights Data (données visées par des droits exclusifs limités)
Loi Bayh-Dole	Patent and Trademark Law Amendments Act of 1980 (Loi de 1980 portant modification de la Loi sur les brevets et les marques), codifiée dans le *United States Code*, titre 35, chapitre 18, articles 200-212 (Patent Rights in Inventions Made with Federal Assistance (Droits de brevet sur les inventions réalisées avec une aide fédérale)) (pièce EC-558 présentée au Groupe spécial)
Loi ETI	FSC Repeal and Extraterritorial Income Exclusion Act of 2000 (Loi de 2000 portant abrogation des dispositions relatives aux FSC et régissant l'exclusion des revenus territoriaux), Loi générale n° 106-519, 114 Stat. 2423 (pièce EC-625 présentée au Groupe spécial)
Loi sur l'espace	National Aeronautics and Space Act of 1958 (Loi nationale sur l'aéronautique et l'espace de 1958), Loi générale n° 85-568, modifiée (pièce EC-286 présentée au Groupe spécial)
Mémorandum présidentiel de 1983	Memorandum to the Heads of Executive Departments and Agencies: Government Patent Policy, Public Papers 248, 18 février 1983 (pièce EC-560 présentée au Groupe spécial)
modèle Cabral	modèle économique établi par Luis M.B. Cabral, professeur d'économie à la Stern School of Business de l'Université de New York, dans le rapport Cabral
MSA	*Project Olympus Master Site Development and Location Agreement between the Boeing Company and the State of Washington*, County of Snohomish, City of Everett and Certain Other Governmental Units and Authorities of or in the State of Washington (Accord-cadre sur l'aménagement et l'implantation du site relatif au projet Olympus), 19 décembre 2003 (pièce EC-58 présentée au Groupe spécial)
NASA	Administration nationale de l'aéronautique et de l'espace des États-Unis
obligations de la KDFA	obligations de l'Agence de financement du développement du Kansas
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORD	Organe de règlement des différends
OTA	accords du type "autre transaction"
procédures additionnelles	procédures additionnelles pour la protection des renseignements sensibles adoptées par la Division de l'Organe d'appel dans sa Décision procédurale datée du 15 avril 2011 (figurant à l'Annexe III du présent rapport)
Procédures de travail	*Procédures de travail pour l'examen en appel*, WT/AB/WP/6, 16 août 2010
programme ACT	programme Advanced Composites Technology (Technologie des composites à haute performance) de la NASA
programme AS	programme Aviation Safety (Sécurité aérienne) de la NASA
programme AST	programme Advanced Subsonic Technology (Technologie subsonique avancée) de la NASA
programme Base R&T	programme Research and Technology Base (Base de recherche et technologie de la NASA)
programme DUS&T	programme Dual Use Science and Technology (Sciences et technologies à double usage) de l'USDOC

Abréviation	Description
programme HPCC	programme High Performance Computing and Communications (Calcul et communications à haute performance) de la NASA
programme HSR	programme High-Speed Research (Recherche sur les transports à grande vitesse) de la NASA
programme ManTech	programme Manufacturing Technology (Technologie de fabrication) de l'USDOD
programme QAT	programme Quiet Aircraft Technology (Technologie de réduction du bruit des aéronefs) de la NASA
programme VS	programme Vehicle Systems (Systèmes de véhicule) de la NASA
Projet de loi n° 2294	Projet de loi n° 2294 de la Chambre des représentants de l'État de Washington, 58ème Assemblée législative, 2ème session extraordinaire (Washington, 2003) (pièce EC-54 présentée au Groupe spécial)
R&D	recherche et développement
R&DI	recherche et développement indépendante
R&DT	recherche et développement technologique
rapport Cabral	professeur L.M.B. Cabral, "Impact of Development Subsidies Granted to Boeing" (New York University and CEPR, March 2007) (pièce EC-4 présentée au Groupe spécial)
rapport du Groupe spécial	rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, WT/DS353/R
RCC	renseignements commerciaux confidentiels
RCES	renseignements commerciaux extrêmement sensibles
RDT&E	research, development, test and evaluation (recherche, développement, essais et évaluation)
RTM	resin transfer moulding (moulage par injection de résine)
S&P	soumissions et propositions
Spirit	Spirit AeroSystems
TIPRA	Tax Increase Prevention and Reconciliation Act of 2005 (Loi de conciliation de 2005 destinée à empêcher des hausses d'impôts), Loi générale n° 109-222, 120 Stat. 345 (pièce EC-627 présentée au Groupe spécial)
TRL	niveau de maturité technologique
USDOC	Département du commerce des États-Unis
USDOD	Département de la défense des États-Unis
USDOL	Département du travail des États-Unis

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)

Union européenne[1], *appelant/intimé*
États-Unis, *autre appelant/intimé*

Australie, *participant tiers*
Brésil, *participant tiers*
Canada, *participant tiers*
Chine, *participant tiers*
Corée, *participant tiers*
Japon, *participant tiers*

AB-2011-3

Présents:

Bautista, Président de la section
Unterhalter, membre
Zhang, membre

I. Introduction

1. L'Union européenne et les États-Unis font tous deux appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*[2] (le "rapport du Groupe spécial"). Le Groupe spécial a été établi le 17 février 2006 pour examiner une plainte présentée par les Communautés européennes concernant un certain nombre de mesures des États-Unis affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs ("LCA").[3] Les Communautés européennes ont allégué

[1] Le présent différend a commencé avant l'entrée en vigueur du *Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne* (fait à Lisbonne le 13 décembre 2007) le 1er décembre 2009. Le 29 novembre 2009, l'Organisation mondiale du commerce a reçu une note verbale (WT/L/779) du Conseil de l'Union européenne et de la Commission des Communautés européennes indiquant que, en vertu du *Traité de Lisbonne*, à compter du 1er décembre 2009, l'"Union européenne" se substitue et succède à la "Communauté européenne". Le 13 juillet 2010, l'Organisation mondiale du commerce a reçu une deuxième note verbale (WT/Let/679) du Conseil de l'Union européenne confirmant que, avec effet à compter du 1er décembre 2009, l'Union européenne a remplacé la Communauté européenne et a assumé tous les droits et obligations de la Communauté européenne en ce qui concerne tous les Accords dont le Directeur général de l'Organisation mondiale du commerce est le dépositaire et auxquels la Communauté européenne participe en tant que signataire ou partie contractante. Nous comprenons la référence à la "Communauté européenne" figurant dans les notes verbales comme une référence aux "Communautés européennes". Ainsi, bien que les Communautés européennes aient été partie à la procédure du Groupe spécial et que le Groupe spécial ait fait référence aux Communautés européennes dans son rapport, c'est l'Union européenne qui a déposé une déclaration d'appel dans le présent différend après l'entrée en vigueur du *Traité de Lisbonne* et nous nous référerons donc dans le présent rapport à l'Union européenne en tant qu'appelant et en tant qu'intimé. Cependant, lorsque nous faisons référence à des événements qui ont eu lieu pendant la procédure du Groupe spécial, ou que nous citons le rapport du Groupe spécial, nous nous référons aux Communautés européennes.

[2] WT/DS353/R, 31 mars 2011.

[3] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 1.1 à 1.3. Le Groupe spécial a pris note de la définition suivante des "aéronefs civils de grande capacité" (LCA) donnée par les Communautés européennes:

que les États-Unis avaient accordé des subventions à leurs producteurs de LCA, à savoir la société Boeing et McDonnell Douglas Corporation (avant sa fusion avec Boeing[4]), et que ces subventions étaient prohibées et/ou pouvaient donner lieu à une action en vertu de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* (l'"*Accord SMC*").

2. Les allégations formulées par les Communautés européennes devant le Groupe spécial concernaient des mesures de trois États des États-Unis et des municipalités s'y trouvant, ainsi qu'un certain nombre de mesures du gouvernement fédéral des États-Unis, qui, d'après les allégations, procuraient toutes des subventions à Boeing, et qui sont mentionnées ci-après[5]:

a) Mesures des États et des autorités locales:

i) État de Washington et municipalités s'y trouvant: octroi d'incitations fiscales par l'État de Washington au moyen de cinq mesures en vertu du Projet de loi n° 2294[6] ("Projet de loi n° 2294"); octroi par la ville d'Everett de réductions

---

En vertu de l'*Accord de 1992 entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application au commerce des aéronefs civils de grande capacité de l'Accord du GATT relatif au commerce des aéronefs civils*, les aéronefs civils de grande capacité ("LCA") comprennent tous les aéronefs tels qu'ils sont définis à l'article premier de l'Accord du GATT relatif au commerce des aéronefs civils, à l'exception des moteurs tels que définis à l'article 1.1 b) dudit accord, qui sont conçus pour le transport de passagers ou de fret et ont une capacité de 100 sièges ou plus ou son équivalent en configuration cargo. Boeing produit ou commercialise les familles suivantes de LCA: 717, 737, 747, 757, 767, 777 et 787.

(Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 20 relative au paragraphe 2.1 (citant la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes, initialement distribuée sous la cote WT/DS317/5 (telle que modifiée par les documents WT/DS353/2 et WT/DS317/Add.1, et corrigée par les documents WT/DS353/2/Corr.1, WT/DS317/5/Add.1/Corr.1), note de bas de page 4))

[4] Le Groupe spécial a expliqué que, avant 1997, deux entreprises produisaient des LCA aux États-Unis: la société Boeing et McDonnell Douglas Corporation. McDonnell Douglas a fusionné avec Boeing en 1997. Après la fusion, Boeing est devenue l'unique producteur de LCA des États-Unis. Boeing est constituée de plusieurs départements et unités d'entreprise différents: Boeing Commercial Airplanes ("BCA") est le département qui produit les LCA et leurs parties; le département Integrated Defense Systems ("IDS") est consacré à la défense, au renseignement, aux communications et à l'aérospatiale; l'unité Phantom Works de Boeing est en charge de la recherche-développement ("R&D") pour les départements BCA et IDS de la société; et Boeing Capital Corporation ("BCC") accorde des prêts et des crédits-bails adossés à des actifs à titre de soutien aux autres unités d'entreprise de Boeing en organisant, structurant et fournissant un financement visant à faciliter la vente et la livraison des produits LCA de Boeing. Le Groupe spécial a noté que, sauf indication contraire, les références faites à "Boeing" dans son rapport incluaient McDonnell Douglas. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 2.1 et 7.1, et note de bas de page 1004 y relative; et note de bas de page 1042 relative au paragraphe 7.33.) Nous suivons la même approche dans le présent rapport.

[5] Une description détaillée des mesures en cause qui sont pertinentes pour la présente procédure d'appel figure dans la partie IV du présent rapport.

[6] Washington State House Bill 2294, 58th Legislature, 2nd Special Session (Washington, 2003) "*An Act related to retaining and attracting the aerospace industry to Washington state*" (pièce EC-54 présentée au Groupe spécial). Ces cinq mesures sont les suivantes: i) réduction du taux de l'impôt B&O; ii) crédits d'impôt B&O pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatiques, et les impôts sur la

de l'impôt B&O conformément à l'arrêté municipal n° 2759-04[7]; et octroi de diverses incitations, y compris des moyens de formation et des améliorations des infrastructures, en relation avec la production du 787 de Boeing en vertu de l'*Accord-cadre sur l'aménagement et l'implantation du site relatif au projet Olympus entre la société Boeing et l'État de Washington* (le "MSA")[8];

ii) État du Kansas et municipalités s'y trouvant: octroi d'abattements de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes par la ville de Wichita au moyen de l'émission d'obligations industrielles ("IRB")[9]; et émission d'obligations de l'Agence de financement du développement du Kansas ("obligations de la KDFA") par l'État du Kansas pour financer le développement et la production d'une partie du fuselage du 787 de Boeing à Wichita, plus le versement par l'État du Kansas des intérêts sur ces obligations[10]; et

iii) État de l'Illinois et municipalités s'y trouvant: octroi de quatre incitations distinctes par le comté de Cook et la ville de Chicago en contrepartie de la décision de Boeing de relocaliser son siège social de Seattle (État de Washington) à Chicago en 2001[11]; et

---

propriété; iii) exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour les ordinateurs, la construction et les équipements; iv) exonérations des droits d'accise sur la location à bail; et v) exonérations de l'impôt sur la propriété. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.41 et 7.42)

[7] City of Everett Ordinance No. 2759-04 (2004) (pièce EC-61 présentée au Groupe spécial); rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.306 à 7.309.

[8] Project Olympus Master Site Development and Location Agreement Between the Boeing Company and the State of Washington, County of Snohomish, City of Everett and Certain Other Governmental Units and Authorities of or in the State of Washington, 19 December 2003 (pièce EC-58 présentée au Groupe spécial). Les Communautés européennes ont fait valoir que les huit mesures suivantes mentionnées dans le MSA constituaient des subventions spécifiques: i) améliorations routières spécifiques au profit des installations de production de LCA de Boeing à Everett; ii) renonciation aux redevances d'atterrissage pour les avions cargo gros porteurs 747 de Boeing ("LCF") à Paine Field afin d'abaisser les coûts de transport des composants du 787 jusqu'à Everett; iii) améliorations concernant les capacités de transfert train-barge et extension du terminal sud afin de faciliter le transport des composants du 787 jusqu'à Everett; iv) gel des tarifs des services d'approvisionnement en eau et d'évacuation des eaux usées, des déchets solides et de l'eau de procédé utilisés par les installations de production de LCA de Boeing à Everett; v) fourniture à Boeing de coordonnateurs pour aider au lancement du projet Olympus; vi) création d'un programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et fourniture d'un "centre de ressources d'emploi" afin de former les employés de Boeing devant travailler à l'assemblage des 787; vii) octroi aux LCF 747 des incitations fiscales et autres accordées pour le 787; et viii) prise en charge des frais de procédure que Boeing supporte en relation avec le MSA. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.357; voir aussi le paragraphe 4.37.)

[9] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.648 à 7.664.

[10] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 4.47 et 7.822 à 7.826.

[11] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.893 à 7.902. Les quatre incitations accordées par le comté de Cook et la ville de Chicago sont: i) le remboursement, à concurrence de 50 pour cent, des frais de relocalisation engagés par une "entreprise admissible"; ii) l'octroi de crédits d'impôt pour la croissance de l'économie ("EDGE") à une "entreprise admissible" pendant 15 ans, au lieu du crédit d'impôt d'une durée de dix

b) Mesures fédérales

i) Administration nationale de l'aéronautique et de l'espace des États-Unis ("NASA"): versements à Boeing et octroi d'un accès aux installations, équipements et employés de la NASA conformément à des contrats et accords passés dans le cadre de huit programmes de recherche-développement ("R&D") aéronautique[12];

ii) Département de la défense des États-Unis ("USDOD"): versements à Boeing et octroi d'un accès aux installations de l'USDOD pour la R&D aéronautique relative aux technologies "à double usage", conformément à des contrats et accords passés dans le cadre de 23 programmes de recherche, développement, essais et évaluation ("RDT&E")[13];

iii) NASA/USDOD: répartition des droits de propriété intellectuelle au profit de Boeing en vertu de contrats et accords passés avec la NASA et l'USDOD[14]; et versements par la NASA et l'USDOD aux fins des remboursements pour la recherche-développement indépendante ("R&DI") et les soumissions et propositions ("S&P"), concernant notamment la recherche fondamentale, la recherche appliquée, le développement et les systèmes et autres études relatives à la formulation de concepts[15];

---

ans normalement accordé en vertu de la Loi sur le crédit d'impôt EDGE; iii) l'abattement ou le remboursement d'une partie des impôts sur la propriété d'une "entreprise admissible" pour une durée maximale de 20 ans; et iv) le versement de 1 million de dollars par la ville de Chicago pour la résiliation du bail du locataire précédent du bâtiment abritant le nouveau siège de Boeing. Les trois premières incitations sont fondées sur la Loi de 2001 sur la relocalisation du siège social (Loi générale n° 92-0207 de l'Illinois (pièce EC-216 présentée au Groupe spécial)) (la "CHRA"). (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.893 à 7.902)

[12] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.942 à 7.947. Les huit programmes de R&D de la NASA qui ont financé les contrats et accords de R&D sont: i) le programme Advanced Composites Technology (Technologie des composites à haute performance) ("programme ACT"); ii) le programme High-Speed Research (Recherche sur les transports à grande vitesse) ("programme HSR"); iii) le programme Advanced Subsonic Technology (Technologie subsonique avancée) ("programme AST"); iv) le programme High Performance Computing and Communications (Calcul et communications à haute performance) ("programme HPCC"); v) le programme Aviation Safety (Sécurité aérienne) ("programme AS"); vi) le programme Quiet Aircraft Technology (Technologie de réduction du bruit des aéronefs) ("programme QAT"); vii) le programme Vehicle Systems (Systèmes de véhicule) ("programme VS"); et viii) le programme Research and Technology Base (Base de recherche et technologie) ("programme Base R&T"). (*Ibid.*, paragraphe 7.944)

[13] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1113 à 7.1123. Les 23 programmes RDT&E de l'USDOD identifiés par les Communautés européennes dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial sont indiqués au paragraphe 7.1113 du rapport du Groupe spécial.

[14] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1260 à 7.1265.

[15] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1315 à 7.1318.

iv) Département du commerce des États-Unis ("USDOC"): versements à Boeing et octroi d'un accès aux installations, équipements et employés de l'USDOC pour effectuer des travaux de R&D aéronautique dans le cadre de huit projets relevant du programme Advanced Technology (Technologie avancée) ("ATP"), qui entrent dans trois catégories générales[16];

v) Département du travail des États-Unis ("USDOL"): versement de 1,5 million de dollars fait à l'Edmonds Community College en vertu de la High Growth Job Training Initiative (Initiative pour la formation professionnelle dans les secteurs à forte croissance), destiné à la formation des travailleurs de l'industrie aérospatiale pour le développement et la production du 787 de Boeing[17]; et

vi) Législation sur les sociétés de ventes à l'étranger ("FSC")/les revenus extraterritoriaux ("ETI") et législation successive: octroi à Boeing d'exonérations d'impôt fédérales en vertu des dispositions initiales du Code des impôts des États-Unis relatives aux sociétés de ventes à l'étranger et des instruments législatifs successifs, y compris les clauses d'exemption pour antériorité et les règles transitoires.[18]

[16] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1213 à 7.1223. Les trois catégories dans lesquelles entrent les huit projets ATP sont: i) l'amélioration de la fabrication des structures et matériaux légers composites et métalliques; ii) l'amélioration des composants électroniques; et iii) l'amélioration de l'efficacité de la fabrication et de la logistique des chaînes d'approvisionnement. (*Ibid*., paragraphe 7.1222) Les huit projets de l'USDOC sont indiqués au paragraphe 7.1213 du rapport du Groupe spécial.

[17] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1355 et 7.1357.

[18] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1378 à 7.1385. Les subventions FSC/ETI ont été accordées conformément aux quatre textes législatifs des États-Unis suivants:

i) les articles 921 à 927 du Code des impôts des États-Unis ont permis à certaines sociétés situées dans certains lieux hors du territoire douanier des États-Unis (FSC) d'obtenir une exonération d'impôt pour une partie de leurs "revenus du commerce extérieur" (en substance, les recettes brutes d'une FSC imputables à la location-vente ou à la vente hors des États-Unis de "biens d'exportation" produits aux États-Unis). En outre, les dividendes versés à l'actionnaire sur les revenus exonérés et non exonérés remplissaient généralement les conditions requises pour bénéficier d'une déduction intégrale pour dividendes distribués. Cette mesure autorisait également les sociétés mères américaines de FSC à différer le paiement de l'impôt sur certains "revenus du commerce extérieur" qui étaient normalement assujettis à une imposition immédiate et à ne pas payer d'impôt sur les dividendes distribués par leurs FSC liés aux "revenus du commerce extérieur". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1379)

ii) La Loi de 2000 portant abrogation des dispositions relatives aux FSC et régissant l'exclusion des revenus extraterritoriaux (Loi générale n° 106-519, 114 Stat. 2423 (pièce EC-625 présentée au Groupe spécial)) (la "Loi ETI") a été adoptée le 15 novembre 2000 en réponse aux constatations formulées par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans le différend initial *États-Unis – FSC*, et a abrogé les dispositions du Code des impôts des États-Unis relatives à l'imposition des FSC, sous réserve de certaines clauses d'exemption pour antériorité et de certaines règles transitoires. La Loi ETI a aussi introduit une exclusion des revenus extraterritoriaux (le revenu brut d'un contribuable imputable à des "recettes brutes du commerce extérieur", c'est-à-dire des recettes brutes de certaines transactions remplissant les conditions requises qui consistaient en la vente ou la

3. Selon les Communautés européennes, toutes les mesures ci-dessus ont procuré à la division des LCA de Boeing des subventions qui ont représenté 19,1 milliards de dollars au cours de la période de 1989 à 2006.[19]

A. *Allégations formulées par les Communautés européennes devant le Groupe spécial*

4. Les Communautés européennes ont demandé au Groupe spécial de constater que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'*Accord SMC*. Premièrement, elles ont affirmé que les incitations fiscales au titre du Projet de loi n° 2294 de l'État de Washington et les régimes d'imposition fédéraux FSC et ETI constituaient des subventions prohibées au sens de l'article 3.1 a) et en violation de l'article 3.2 de l'*Accord SMC*.[20]

5. Deuxièmement, les Communautés européennes ont fait valoir que, au moyen de diverses mesures accordées par le gouvernement fédéral des États-Unis et les États de Washington, du Kansas et de l'Illinois, et les municipalités s'y trouvant, les États-Unis avaient accordé des subventions pouvant donner lieu à une action à la division des LCA de Boeing, qui avaient causé un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes, au sens des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*.[21]

---

location-vente de "biens de commerce extérieur remplissant les conditions requises" non destinés à une utilisation aux États-Unis du champ de l'impôt sur le revenu). (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1380 à 7.1383)

iii) La Loi de 2004 sur la création d'emplois (Loi générale n° 108-357, 118 Stat. 1418 (pièce EC-626 présentée au Groupe spécial)) (l'"AJCA") a été adoptée le 22 octobre 2004 en réponse aux constatations formulées par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans le différend sur la mise en conformité *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*. L'article 101 de l'AJCA abrogeait l'exclusion des revenus extraterritoriaux mais incluait une "règle transitoire pour 2005 et 2006" autorisant les contribuables américains à demander 80 pour cent des avantages fiscaux ETI en ce qui concerne certaines transactions effectuées en 2005 et 60 pour cent des avantages fiscaux ETI en ce qui concerne certaines transactions effectuées en 2006. L'AJCA a aussi exempté indéfiniment pour antériorité le régime de la Loi ETI en ce qui concerne certaines transactions, et n'a pas modifié les avantages FSC découlant de certaines transactions qui bénéficiaient d'une exemption pour antériorité au titre de la Loi ETI. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1384)

iv) La Loi de conciliation de 2005 destinée à empêcher des hausses d'impôts (Loi générale n° 109-222, 120 Stat. 345 (pièce EC-627 présentée au Groupe spécial)) (la "TIPRA") a été adoptée le 17 mai 2006 en réponse aux constatations formulées par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans le deuxième différend sur la mise en conformité *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*. L'article 513 a) de la TIPRA abrogeait la disposition de l'article 5 c) 1) B) de la Loi ETI qui autorisait la prolongation des avantages FSC en ce qui concerne les transactions ayant lieu conformément à un contrat irrévocable en vigueur le 30 septembre 2000. L'article 513 b) de la TIPRA abrogeait les dispositions de l'article 101 f) de l'AJCA qui autorisaient la prolongation des avantages fiscaux ETI en ce qui concerne les transactions ayant lieu conformément à un contrat irrévocable en vigueur le 17 septembre 2003. L'article 513 c) de la TIPRA dispose que "{l}es modifications apportées par le présent article s'appliquent aux années d'imposition commençant après la date d'adoption de la présente loi". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1385)

[19] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1605 et 7.1606. Les Communautés européennes ont aussi estimé que Boeing recevrait environ 4,6 milliards de dollars de subventions conformément à ces mesures entre 2007 et 2024. (*Ibid.*, paragraphe 7.1606 et note de bas de page 3371 y relative)

[20] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1 a) (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 24).

[21] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1 b).

En particulier, les Communautés européennes ont demandé au Groupe spécial de constater qu'un préjudice grave était causé par suite:

a) d'un empêchement notable de hausses de prix, au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*, en ce qui concerne les commandes de LCA des familles A330, A350 original, A350XWB-800, A320 et A340 d'Airbus ou, à titre subsidiaire, d'une menace d'empêchement notable de hausses de prix en ce qui concerne les livraisons de LCA des familles A330, A350XWB-800, A320 et A340 d'Airbus[22];

b) de pertes de ventes notables, au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*, en ce qui concerne les commandes de LCA des familles A330, A350 original, A320 et A340 d'Airbus ou, à titre subsidiaire, d'une menace de pertes de ventes notables en ce qui concerne les livraisons de LCA des familles A330, A320 et A340 d'Airbus[23];

c) d'un détournement ou d'une entrave, au sens de l'article 6.3 a) de l'*Accord SMC*, en ce qui concerne les commandes de LCA des familles A330 et A350 original d'Airbus ou, à titre subsidiaire, d'une menace de détournement ou d'entrave en ce qui concerne les livraisons de LCA des familles A330 et A350XWB-800 d'Airbus[24];

d) d'un détournement et d'une entrave, au sens de l'article 6.3 b) de l'*Accord SMC*, en ce qui concerne les commandes de LCA des familles A330, A350 original, A320 et A340 d'Airbus ou, à titre subsidiaire, d'une menace de détournement ou d'entrave en ce qui concerne les livraisons de LCA des familles A330, A350XWB-800, A320 et A340 d'Airbus[25]; et

e) d'une menace d'empêchement notable de hausses de prix en ce qui concerne les futures commandes de LCA des familles A330, A350XWB-800, A320 et A350XWB-900/1000 d'Airbus.[26]

[22] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1 b) i) (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1387, 1455 et 1654).
[23] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1 b) ii) (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1446 et 1654).
[24] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1 b) iii) (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1455 et 1654).
[25] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1 b) iv) (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1455, 1640 et 1654).
[26] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1 b) v) (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1654).

6. Troisièmement, les Communautés européennes ont affirmé que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec leurs obligations concernant le soutien à la branche de production des LCA, énoncées dans l'*Accord entre la Communauté économique européenne et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application au commerce des aéronefs civils de grande capacité de l'Accord du GATT relatif au commerce des aéronefs civils* conclu en 1992[27] (l'"Accord de 1992"), et que la violation par les États-Unis de cet accord constituait un préjudice grave causé aux intérêts des Communautés européennes, au sens de l'article 5 c) de l'*Accord SMC*.[28]

7. Le 24 novembre 2006, les Communautés européennes ont déposé une demande de décisions préliminaires concernant la procédure de collecte de renseignements exposée à l'Annexe V de l'*Accord SMC*. Elles ont présenté deux demandes alternatives. Premièrement, elles ont demandé au Groupe spécial de décider que la procédure au titre de l'Annexe V avait été engagée et que, en conséquence, les États-Unis étaient dans l'obligation de répondre à certaines questions qu'elles leur avaient posées dans une communication datée du 25 mai 2006. À titre subsidiaire, les Communautés européennes ont demandé au Groupe spécial d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui conférait l'article 13 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémorandum d'accord") de poser une partie ou l'ensemble de ces questions aux États-Unis.[29]

B. *Constatations du Groupe spécial*

8. Au cours de ses travaux, le Groupe spécial a adopté des procédures additionnelles pour la protection des renseignements commerciaux confidentiels ("RCC") et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles ("RCES"), et a rendu un certain nombre de décisions concernant ces procédures et d'autres questions.[30] Le 30 juillet 2007, le Groupe spécial a rendu une décision préliminaire rejetant les demandes qui avaient été présentées par les Communautés européennes

---

[27] Conclu à Bruxelles le 17 juillet 1992, *Journal officiel de l'Union européenne*, série L, n° 301 (17 octobre 1992), 32.

[28] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1 c) (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1055).

[29] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.19.

[30] Le Groupe spécial a adopté les procédures relatives aux RCC et RCES le 19 février 2007, à la demande des parties et après les avoir consultées. Les procédures ont été modifiées plusieurs fois au cours des travaux, et le Groupe spécial a rendu un certain nombre de décisions en relation avec elles. La version finale de ces procédures figure à l'annexe D du rapport du Groupe spécial. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.11) Le 21 décembre 2006, le Brésil a demandé au Groupe spécial de lui accorder certains droits de tierce partie renforcés et, le 22 décembre 2006, le Canada a demandé au Groupe spécial de lui accorder tous droits de tierce partie renforcés octroyés au Brésil. Les deux parties au différend ont présenté des observations et se sont opposées aux demandes. Le 23 février 2007, le Groupe spécial a informé les parties et les tierces parties qu'il avait décidé de n'accorder de droits de tierce partie renforcés à aucune tierce partie à la procédure. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 1.14, 7.14 et 7.15)

concernant la procédure de collecte de renseignements prévue à l'Annexe V de l'*Accord SMC*.[31] Il a estimé que l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V requérait une certaine forme d'action de la part de l'Organe de règlement des différends ("ORD").[32] Après avoir examiné les comptes rendus des diverses réunions de l'ORD au cours desquelles la demande des Communautés européennes concernant l'engagement d'une telle procédure avait été examinée, le Groupe spécial a constaté qu'il ressortait "clairement" que "l'ORD n'[avait] jamais entrepris aucune action pour engager une procédure au titre de l'Annexe V", ni pour désigner un représentant de l'ORD, comme le prescrivait ladite annexe.[33] En conséquence, le Groupe spécial a rejeté la demande des Communautés européennes visant à ce qu'il établisse qu'une procédure au titre de l'Annexe V avait été engagée, ainsi que diverses demandes additionnelles qui étaient subordonnées à cette demande.[34] Le Groupe spécial a aussi rejeté la demande alternative des Communautés européennes en expliquant que, dans les circonstances du présent différend, il n'estimait pas nécessaire ou approprié d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui conférait l'article 13 du Mémorandum d'accord de demander des renseignements aux États-Unis avant d'avoir examiné les premières communications écrites des parties.[35]

9. Le rapport du Groupe spécial a été distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (l"OMC") le 31 mars 2011. Dans son rapport, le Groupe spécial a constaté que les *mesures des États et des autorités locales* suivantes constituaient des subventions spécifiques au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC*[36]:

a) État de Washington et municipalités s'y trouvant: i) la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington prévue par le Projet de loi n° 2294; ii) les crédits d'impôt B&O pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatiques et les impôts sur la propriété prévus par le Projet de loi n° 2294; iii) les exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour le matériel, les

[31] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.19 à 7.24.
[32] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.21.
[33] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.20.
[34] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.22. À cet égard, le Groupe spécial a rejeté les demandes qui lui étaient faites: i) "de décider que les États-Unis {étaient} dans l'obligation de coopérer et de répondre aux questions qui leur {avaient} été posées dans la lettre des Communautés européennes au facilitateur datée du 23 mai 2006"; ii) "de décider que M. Mateo Diego-Fernández {avait} été effectivement désigné comme facilitateur dans cette procédure, et, au cas où le Groupe spécial ne rendrait pas cette décision, d'accorder néanmoins la réparation mentionnée dans les points précédents et suivants"; et iii) "d'adopter des procédures de travail qui permettraient d'achever la procédure au titre de l'Annexe V en temps voulu avant la date limite de dépôt de la première communication écrite des Communautés européennes". (*Ibid.* (citant la demande de décisions préliminaires présentée par les Communautés européennes, 24 novembre 2006 ("demande de décisions préliminaires des Communautés européennes"), paragraphe 58))
[35] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.23.
[36] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1431 a) i) à iv), b) i) et c) i) à iv), respectivement.

périphériques et les logiciels informatiques prévues par le Projet de loi n° 2294[37]; iv) la réduction du taux de l'impôt B&O de la ville d'Everett[38]; et v) le programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et le centre de ressources d'emploi prévus au titre du MSA[39];

b) État du Kansas et municipalités s'y trouvant: les abattements de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes institués par l'État et les autorités locales, accordés à Boeing au moyen de l'émission d'IRB[40]; et

c) État de l'Illinois et municipalités s'y trouvant: i) le remboursement d'une partie des frais de relocalisation de Boeing prévu par la Loi de 2001 sur la relocalisation du siège social[41] (la "CHRA"); ii) les crédits d'impôt sur une durée de 15 ans pour la croissance de l'économie ("EDGE") prévus par la CHRA; iii) l'abattement ou le remboursement d'une partie des impôts sur la propriété de Boeing prévu par la CHRA; et iv) le versement en vue de la résiliation du bail du locataire précédent du bâtiment du nouveau siège social de Boeing.[42]

10. Le Groupe spécial n'a pas été convaincu, néanmoins, que les Communautés européennes avaient établi que les mesures des États suivantes constituaient des subventions spécifiques au sens de l'*Accord SMC*: i) les exonérations des taxes sur les ventes de l'État de Washington pour les services de construction et les équipements, l'exonération du droit sur la location à bail et l'exonération de l'impôt sur la propriété accordées conformément au Projet de loi n° 2294[43]; ii) les mesures – autres

[37] Le Groupe spécial a estimé que les montants de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing au moyen des trois incitations fiscales prévues par le Projet de loi n° 2294 dont il avait constaté qu'elles constituaient des subventions spécifiques s'élevaient à: i) 13,8 millions de dollars (réduction du taux de l'impôt B&O); ii) 42,4 millions de dollars (crédits d'impôt B&O) (concernant les crédits d'impôt pour le développement préproduction (21,3 millions de dollars), les logiciels et le matériel informatiques (20 millions de dollars) et les impôts sur la propriété (1,1 million de dollars)); et iii) 8,3 millions de dollars (exonération des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour le matériel, les périphériques et les logiciels informatiques). (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.254, 7.257, 7.258, 7.300 et 7.302)

[38] Le Groupe spécial a estimé que le montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing par le biais de la réduction du taux de l'impôt B&O de la ville d'Everett jusqu'en 2006 s'élevait à 2,2 millions de dollars. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.354)

[39] Le Groupe spécial a estimé que le montant des subventions accordées à la division des LCA de Boeing par le biais du programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et du centre de ressources d'emploi au cours de la période de 1989 à 2006 s'élevait à 11 millions de dollars. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.644)

[40] Le Groupe spécial a estimé que le montant de la subvention accordée à Boeing au moyen de l'émission d'IRB s'élevait à 475,8 millions de dollars. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.819)

[41] Loi générale n° 92-0207 de l'Illinois (pièce EC-216 présentée au Groupe spécial).

[42] Le Groupe spécial a estimé que le montant de la subvention accordée au moyen des quatre incitations en cause s'était élevé à 11 millions de dollars au cours de la période de 2002 à 2006. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.939)

[43] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.303 et 7.1432 a) i) à iii).

que le programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et le centre de ressources d'emploi – accordées en vertu du MSA[44]; ou iii) l'émission d'obligations de la KDFA par l'État du Kansas.[45]

11. Le Groupe spécial a aussi constaté que les *mesures du gouvernement fédéral des États-Unis* suivantes constituaient des subventions spécifiques au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC*:

a) NASA: i) les versements faits à Boeing conformément à des contrats d'achat conclus dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique en cause; et ii) l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA accordé à Boeing conformément à des contrats d'achat et à des accords au titre de la Loi nationale de 1958 sur l'aéronautique et l'espace[46] (la "Loi sur l'espace") conclus dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique en cause ("Accords au titre de la Loi sur l'espace")[47];

b) USDOD: i) les versements faits à Boeing conformément à des instruments d'aide conclus dans le cadre des 23 programmes RDT&E en cause; et ii) l'accès aux installations de l'USDOD accordé à Boeing conformément à des instruments d'aide conclus dans le cadre des 23 programmes RDT&E en cause[48]; et

[44] Les mesures dont il a été constaté qu'elles n'étaient pas des subventions spécifiques sont: i) les projets d'extension de l'I-5 et de la SR 527, la construction d'un dispositif de transfert train-barge et l'extension du terminal sud par le port d'Everett; ii) la renonciation du comté de Snohomish aux redevances d'atterrissage du LCF 747 à Paine Field; iii) l'engagement allégué pris par la ville d'Everett et le comté de Snohomish de geler les tarifs des services publics appliqués à Boeing; iv) la fourniture de coordonnateurs à Boeing conformément au MSA; v) les incitations fiscales et autres relatives aux LCF 747; et vi) la prise en charge par l'État de Washington des frais de procédure judiciaire supportés par Boeing en relation avec le MSA. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.645 et 7.1432 a) iv) à ix))

[45] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.890 et 7.1432 b) i).

[46] Loi générale n° 85-568, modifiée (pièce EC-286 présentée au Groupe spécial).

[47] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1041, 7.1049 et 7.1431 d) i) et ii). Le Groupe spécial a estimé que le montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing sous la forme de versements au titre de contrats de R&D avait été de 1,05 milliard de dollars au cours de la période de 1989 à 2006, et que le montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing sous la forme d'un accès aux installations, équipements et employés de la NASA au titre de contrats et accords de R&D de la NASA avait été de 1,55 milliard de dollars au cours de la même période. En conséquence, le Groupe spécial a estimé que le montant total de la subvention accordée en vertu des huit programmes de R&D aéronautique de la NASA au cours de la période de 1989 à 2006 avait été de 2,6 milliards de dollars. (*Ibid*., paragraphes 7.1109 et 7.1110)

[48] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1188, 7.1198 et 7.1431 e) i) et ii). Le Groupe spécial a constaté qu'il ne pouvait pas fournir une estimation du montant de la subvention accordée en vertu des 23 programmes RDT&E de l'USDOD au cours de la période de 1991 à 2006 parce qu'il n'apparaissait "pas clairement". Les Communautés européennes avaient estimé que, sur les 45 milliards de dollars de financement pour la RDT&E que Boeing avait reçus de l'USDOD au cours de la période de 1991 à 2005, environ 4,3 milliards de dollars concernaient la R&D "à double usage". Pour leur part, les États-Unis ont estimé que le montant total de toute subvention accordée par l'USDOD à Boeing pour la R&D "à double usage" avait été sensiblement inférieur à 308 millions de dollars au cours de la période de 1991 à 2006. (*Ibid*., paragraphes 7.1203, 7.1204, 7.1209 et 7.1210)

c) régime FSC/ETI et législation successive: les exonérations d'impôt et exclusions du champ de l'impôt accordées à Boeing au titre de la législation FSC/ETI, y compris les dispositions transitoires et les clauses d'exemption pour antériorité de la Loi de 2000 portant abrogation des dispositions relatives aux FSC et régissant l'exclusion des revenus extraterritoriaux[49] (la "Loi ETI") et de la Loi de 2004 sur la création d'emplois[50] (l'"AJCA").[51]

12. Le Groupe spécial n'a pas été persuadé que les Communautés européennes avaient démontré que les mesures fédérales suivantes constituaient des subventions spécifiques: i) les versements de l'USDOD à Boeing conformément à des contrats d'achat dans le cadre des 23 programmes de RDT&E aéronautique en cause[52]; ii) l'octroi par l'USDOD de l'accès aux installations des pouvoirs publics conformément à des contrats d'achat dans le cadre des 23 programmes de RDT&E aéronautique en cause[53]; iii) les versements de l'USDOC aux coentreprises/consortiums auxquels Boeing participait par le biais de l'ATP[54]; iv) la répartition des droits de propriété intellectuelle en vertu des contrats d'achat et accords de R&D de la NASA/de l'USDOD[55]; v) le remboursement des dépenses de R&DI et S&P dans le cadre des contrats d'achat et accords de R&D de la NASA/de l'USDOD[56]; ou vi) le versement de l'USDOL à l'Edmonds Community College en vertu de la High Growth Job Training Initiative.[57]

13. Le Groupe spécial a aussi constaté que les subventions FSC/ETI et au titre des lois successives constituaient des subventions à l'exportation prohibées au sens de l'article 3.1 a) et 3.2 de l'*Accord SMC*.[58] Toutefois, il a estimé que les Communautés européennes n'avaient pas démontré que les mesures fiscales de l'État de Washington prévues par le Projet de loi n° 2294 étaient incompatibles avec l'article 3.1 a) et 3.2 de l'*Accord SMC*.[59]

14. Le Groupe spécial a déterminé que les mesures ci-dessus avaient procuré à la division des LCA de Boeing des subventions représentant "au moins 5,3 milliards de dollars" au cours de la

[49] *Supra*, note de bas de page 18, point ii). .
[50] *Supra*, note de bas de page 18, point iii).
[51] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1406 et 7.1431 f) i). Le Groupe spécial a estimé que le montant de la subvention accordée à Boeing au moyen de la législation FSC/ETI au cours de la période de 1989 à 2006 s'était élevé à environ 2,199 milliards de dollars. (*Ibid*., paragraphe 7.1429)
[52] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1171 et 7.1432 c) i).
[53] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1171 et 7.1432 c) ii).
[54] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1257 et 7.1432 e) i).
[55] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1312 et 7.1432 d) i).
[56] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1354 et 7.1432 d) ii).
[57] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1375 et 7.1432 f) i).
[58] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1464 et 8.2 a).
[59] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1590 et 8.2 b).

période allant de 1989 à 2006.[60] Il s'est abstenu de tenir compte des estimations des montants de subvention futurs associés à ces mesures.[61]

15. Au début de son analyse des allégations de préjudice grave présentées par les Communautés européennes, le Groupe spécial a formulé un certain nombre de constatations concernant les "marchés", "produits subventionnés" et "produits similaires" pertinents aux fins de son analyse. Les parties sont convenues, et le Groupe spécial a constaté, que "le marché des LCA {était} un marché mondial sur le plan géographique".[62] Les Communautés européennes ont en outre partagé le marché mondial des LCA en cinq segments de marchés, ou marchés de produit, sur la base du rayon d'action et de la capacité en sièges des différentes familles de LCA.[63] Leur allégation de préjudice grave était axée sur trois de ces marchés de produit: i) le marché des LCA de 100 à 200 sièges; ii) le marché des LCA de 200 à 300 sièges; et iii) le marché des LCA de 300 à 400 sièges.[64] Les "produits subventionnés" de Boeing et les "produits similaires" d'Airbus pertinents sur chaque marché sont présentés dans le tableau 3, au paragraphe 896 du présent rapport. Les États-Unis ont accepté le partage du marché proposé par les Communautés européennes comme base d'évaluation de l'allégation de préjudice grave formulée par celles-ci[65], et le Groupe spécial a fait de même.[66] Le Groupe spécial a aussi été d'avis que, si les Communautés européennes démontr{aient} l'existence de l'une des formes alléguées de préjudice grave énoncées aux alinéas a) à c) de l'article 6.3 pour un LCA subventionné particulier de Boeing et un produit similaire correspondant d'Airbus, elles établir{aient} l'existence d'un préjudice grave causé aux intérêts des Communautés européennes liés aux LCA aux fins de l'article 5 c) de l'*Accord SMC*.[67]

16. Le Groupe spécial a aussi noté que, en présentant leurs arguments, les Communautés européennes établissaient une distinction "fondé{e} sur la nature des subventions" entre, d'une part, les effets des subventions apportant des avantages à la famille de LCA 787 de Boeing et, d'autre part, les effets des subventions apportant des avantages aux familles de LCA 737NG et 777 de Boeing.[68] S'agissant du 787, qui est en concurrence sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, les Communautés européennes ont fait valoir que les subventions avaient *deux effets principaux*, alors que, en ce qui concerne les 737NG et 777, qui sont en concurrence sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et des LCA de 300 à 400 sièges, respectivement, elles ont allégué que les subventions

[60] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1433.
[61] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.153 à 7.158.
[62] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1671.
[63] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1669.
[64] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1670.
[65] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1670.
[66] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1672.
[67] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1667.
[68] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1696.

avaient seulement *un* de ces effets.[69] Pour les trois marchés de produit, les Communautés européennes ont allégué que toutes les subventions avaient des "effets sur les prix" parce qu'elles permettaient à Boeing de demander des prix plus faibles, soit en réduisant ses coûts marginaux unitaires soit en augmentant son flux de liquidités hors exploitation.[70] Pour le marché des LCA de 200 à 300 sièges, les Communautés européennes ont allégué que, outre ces effets sur les prix, les *subventions pour la R&D aéronautique* avaient des "effets sur la technologie" en ce sens qu'elles "{avaient} aidé Boeing à développer, lancer et produire un LCA de 200 à 300 sièges technologiquement avancé beaucoup plus rapidement qu'elle n'aurait pu le faire par elle-même".[71] Par conséquent, le Groupe spécial a considéré que les Communautés européennes faisaient valoir que les subventions causaient un empêchement notable de hausses de prix, des pertes de ventes notables, et un détournement et une entrave (et une menace de détournement et d'entrave) sur le marché de LCA de 200 à 300 sièges par le biais de leurs effets sur la technologie et de leurs effets sur les prix qui influaient sur le comportement commercial de Boeing concernant le 787.[72] Pour les marchés de LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges, le Groupe spécial a considéré que les Communautés européennes faisaient valoir que les subventions causaient les mêmes phénomènes survenant sur les marchés, mais seulement par le biais des effets sur les prix qui influaient sur le comportement commercial de Boeing concernant le 737NG et le 777.[73]

17. Le Groupe spécial a conclu ce qui suit en ce qui concerne les allégations des Communautés européennes concernant les *effets sur la technologie* des subventions pour la R&D aéronautique:

> {L}es subventions pour la R&D aéronautique ont pour effet de menacer de détourner les exportations des Communautés européennes des marchés de pays tiers et de menacer d'entraver ces exportations au sens de l'article 6.3 b) de l'Accord SMC s'agissant du

[69] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1697 et 7.1698.
[70] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1697 et 7.1698.
[71] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1697 (citant la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1343). Les subventions pour la R&D aéronautique, comprennent: i) les versements faits à Boeing et l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA accordé à Boeing par la NASA conformément à des contrats d'achat et à des accords au titre de la Loi sur l'espace conclus dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique en cause; et ii) les versements faits à Boeing et l'accès aux installations de l'USDOD accordé à Boeing conformément à des instruments d'aide établis dans le cadre des 23 programmes RDT&E de l'USDOD en cause. Le Groupe spécial a dit que ces subventions correspondaient à quatre types de mesures, à savoir: i) les versements faits à Boeing conformément à des contrats d'achat conclus dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique de la NASA en cause; ii) l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA accordé à Boeing conformément à des contrats d'achat et à des accords au titre de la Loi sur l'espace conclus dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique de la NASA en cause; iii) les versements faits à Boeing conformément à des instruments d'aide établis dans le cadre des 23 programmes RDT&E de l'USDOD en cause; et iv) l'accès aux installations de l'USDOD accordé à Boeing conformément à des instruments d'aide établis dans le cadre des 23 programmes RDT&E de l'USDOD en cause. (Voir *ibid.*, paragraphes 7.1110, 7.1210, 7.1431 et 7.1433.)
[72] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1697.
[73] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1698.

> marché des LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges, ainsi que de faire perdre des ventes et d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC s'agissant de ce marché de produit, chacun de ces effets constituant un préjudice grave causé aux intérêts des Communautés européennes au sens de l'article 5 c) de l'Accord SMC.[74]

18. S'agissant de l'allégation des Communautés européennes relative aux *effets sur les prix* des subventions FSC/ETI et des réductions du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington et de la ville d'Everett (les "subventions fiscales liées"):

> … le Groupe spécial {était} convaincu que les subventions FSC/ETI et les subventions relatives à l'impôt B&O de l'État de Washington {avaient} eu pour effet, sur le marché des LCA monocouloir de 100 à 200 sièges, d'empêcher dans une mesure notable des hausses des prix d'Airbus dans le cadre de ventes dans lesquelles elle était en concurrence avec Boeing et à faire perdre à Airbus des ventes dans une mesure notable, ainsi qu'à détourner des marchés de pays tiers les exportations des Communautés européennes et à entraver ces exportations sur ce marché de produit. {Le Groupe spécial était} également convainc{u} que les subventions FSC/ETI, les subventions relatives à l'impôt B&O de l'État de Washington et les subventions relatives à l'impôt B&O de la ville d'Everett {avaient} eu pour effet, sur le marché des LCA à fuselage large de 300 à 400 sièges, d'empêcher dans une mesure notable des hausses des prix d'Airbus dans le cadre de ventes dans lesquelles elle était en concurrence avec Boeing et à faire perdre à Airbus des ventes dans une mesure notable, ainsi qu'à détourner des marchés de pays tiers les exportations des Communautés européennes et à entraver ces exportations sur ce marché de produit.[75]

19. Dans son évaluation des effets des subventions sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial a observé que les subventions pour la R&D aéronautique de la NASA et de l'USDOD, d'une part, et les réductions du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington et de la ville d'Everett[76], d'autre part, "fonctionn{aient} selon des mécanismes de causalité entièrement différents".[77] Étant donné les différentes manières dont ces deux groupes de subventions fonctionnaient, le Groupe spécial a estimé qu'il n'était pas "approprié d'agréger les effets des subventions relatives à l'impôt B&O sur les prix fixés par Boeing pour le 787 avec les effets des subventions pour la R&D

[74] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1797.
[75] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1823.
[76] Comme il est expliqué *infra*, à la note de bas de page 1882, les Communautés européennes n'ont pas allégué que les subventions FSC/ETI avaient des effets défavorables sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, et le Groupe spécial a procédé à son analyse en partant de l'idée que ces subventions n'avaient pas d'effets sur ce marché de produit.
[77] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.

aéronautique sur le développement par Boeing de technologies appliquées au 787".[78] Il a donc évalué indépendamment les effets des deux réductions du taux de l'impôt B&O, et a constaté que "les éléments de preuve dont {il} dispos{ait n'étaient} pas suffisants pour … conclure que ces subventions {avaient} une importance qui leur permettrait, à elles seules, d'avoir sur les prix du 787 pratiqués par Boeing un effet tel que l'on pourrait constater que leurs effets sur le marché des aéronefs à fuselage large de 200 à 300 sièges consistaient en un empêchement notable de hausses de prix, en une perte de ventes notable, ou en un détournement ou une entrave visant les importations des Communautés européennes aux États-Unis ou leurs exportations vers des pays tiers".[79]

20. En ce qui concerne les huit subventions restantes dont il avait constaté qu'elles étaient spécifiques[80], le Groupe spécial n'a pas été convaincu que les Communautés européennes avaient établi que, par le biais de leurs effets sur le comportement de Boeing en matière de fixation des prix des LCA, ces subventions avaient causé un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes sur l'un quelconque des trois marchés de LCA pertinents dans le présent différend.[81]

21. Le Groupe spécial a appliqué le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne l'allégation des Communautés européennes selon laquelle certaines des subventions en cause menaçaient de causer un empêchement notable de hausses de prix pour les futures commandes de LCA d'Airbus[82], et en ce qui concerne l'allégation des Communautés européennes selon laquelle la

[78] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.
[79] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.
[80] Les huit subventions restantes, dont le Groupe spécial a constaté qu'elles s'élevaient à environ 550 millions de dollars, comprennent: i) les crédits d'impôt B&O pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatiques, et les impôts sur la propriété accordés par l'État de Washington; ii) les exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour le matériel, les périphériques et les logiciels informatiques accordées par l'État de Washington; iii) le programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et le centre de ressources d'emploi institués par l'État de Washington; iv) les abattements de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes accordés à Boeing en vertu d'IRB émises par l'État du Kansas et les municipalités s'y trouvant; v) le remboursement d'une partie des frais de relocalisation de Boeing accordé par l'État de l'Illinois; vi) les crédits d'impôt sur une durée de 15 ans pour l'EDGE accordés par l'État de l'Illinois; vii) l'abattement ou le remboursement d'une partie des impôts sur la propriété de Boeing accordé par l'État de l'Illinois; et viii) le versement en vue de la résiliation du bail du locataire précédent du bâtiment du nouveau siège social de Boeing à Chicago.
[81] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1828 et 7.1834.
[82] En particulier, les LCA des familles A330, A350XWB-800, A320 et A350XWB-900/1000. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1851) Nous notons également qu'il n'apparaît pas que le Groupe spécial a formulé explicitement une quelconque constatation ou conclusion concernant l'allégation des Communautés européennes selon laquelle l'utilisation par les États-Unis des subventions en cause a causé un détournement de leurs exportations vers les États-Unis ou une entrave à ces exportations au sens de l'article 6.3 a) de l'*Accord SMC*, en ce qui concerne les commandes de LCA des familles A330 et A350 original d'Airbus ou, à titre subsidiaire, une menace de détournement ou d'entrave en ce qui concerne les livraisons de LCA des familles A330 et A350XWB-800 d'Airbus. Néanmoins, il nous semble que, en constatant que des facteurs autres que les caractéristiques de performance ou la date de disponibilité du 787 avaient conduit Continental Airlines et Northwest Airlines à décider d'acheter des LCA de Boeing plutôt que des LCA d'Airbus, le Groupe spécial a effectivement constaté que les Communautés européennes n'avaient pas établi le bien-fondé

violation par les États-Unis de l'Accord de 1992 constituait un préjudice grave causé aux intérêts des Communautés européennes au sens de l'article 5 c) de l'*Accord SMC*.[83]

C. *Procédure d'appel*

22. Le 1er avril 2011, l'Union européenne a notifié à l'ORD son intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémorandum d'accord, et a déposé une déclaration d'appel[84] conformément à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel*[85] (les "*Procédures de travail*").

23. En outre, le 1er avril 2011, l'Organe d'appel a reçu une demande de l'Union européenne visant à ce qu'il adopte des procédures additionnelles pour protéger les RCC et RCES dans la présente procédure d'appel.[86] L'Union européenne a expliqué que les raisons de cette demande étaient essentiellement les mêmes que les raisons données par les participants dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, à savoir que la divulgation de renseignements confidentiels (qui, dans le présent différend, incluaient les données par société concernant la productivité, les coûts, les prix, les campagnes de vente, les accords commerciaux et les conseils exclusifs) risquait d'être "extrêmement préjudiciable" pour ceux dont émanaient les renseignements, c'est-à-dire les constructeurs de LCA ainsi que leurs clients et fournisseurs.[87] L'Union européenne a demandé l'adoption d'une décision procédurale libellée en des termes pour l'essentiel identiques à ceux de la décision adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Le même jour, la section de l'Organe d'appel choisie pour connaître du présent appel a invité les États-Unis et les tierces parties à formuler des observations par écrit sur la demande présentée par l'Union européenne, et a informé les participants et les tierces parties de sa décision d'adopter des mesures de précaution temporaires pour protéger les renseignements confidentiels. Étant donné que le dossier du Groupe spécial devait, conformément à la règle 25 des

---

de cet aspect de leur allégation. (*Ibid*., paragraphe 7.1786 et note de bas de page 3725 y relative) En tout état de cause, l'Union européenne n'a pas fait appel de l'absence de constatation explicite du Groupe spécial à cet égard.

[83] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1893 et 8.3 b).

[84] WT/DS353/8 (joint en tant qu'annexe I au présent rapport). En outre, le 1er avril 2011, l'Union européenne a envoyé une lettre à la Présidente de l'ORD expliquant, entre autres, que la raison pour laquelle elle décidait d'être la première à faire appel de certaines constatations formulées dans le rapport du Groupe spécial était qu'elle ne pouvait pas accepter de nouveaux retards dans le présent différend. Cette lettre a été distribuée aux Membres de l'OMC dans le document WT/DS353/9.

[85] WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

[86] Antérieurement, le 23 mars 2011, l'Union européenne avait envoyé une lettre au Directeur du Secrétariat de l'Organe d'appel pour suggérer, au cas où il serait fait appel du rapport du Groupe spécial dans le présent différend, l'adoption de procédures additionnelles concernant le traitement des RCC et RCES dans la procédure d'appel.

[87] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 17.

Procédures de travail, être transmis immédiatement à l'Organe d'appel dès qu'une déclaration d'appel aurait été déposée, la section a décidé d'accorder une protection additionnelle pour tous les RCC et RCES transmis à l'Organe d'appel dans ce dossier, en attendant sa décision définitive sur la demande de l'Union européenne.

24. Des observations écrites ont été communiquées par les États-Unis le 6 avril 2011, et par l'Australie, le Brésil, le Canada, la Chine et le Japon le 12 avril 2011. Les États-Unis ont souscrit à l'avis de l'Union européenne selon lequel il était nécessaire que la section adopte des procédures relatives aux RCC/RCES dans le présent appel. Globalement, les États-Unis sont convenus que la décision procédurale de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* constituerait une base appropriée pour une décision procédurale sur la protection des renseignements sensibles dans le présent appel, certaines modifications devant être apportées compte tenu de l'expérience passée. Les participants tiers ont appuyé la demande de l'Union européenne, ou ne s'y sont pas opposés, et ont suggéré d'apporter certaines modifications aux procédures proposées pour garantir que les droits des participants tiers de participer valablement à la présente procédure d'appel seraient pleinement protégés. Le 15 avril 2011, la section a rendu une décision procédurale adoptant des procédures additionnelles pour la protection des renseignements sensibles (les "procédures additionnelles"), conformément à la règle 16 1) des *Procédures de travail*. La décision procédurale et les procédures additionnelles sont jointes en tant qu'annexe III au présent rapport.

25. Le 19 avril 2011, conformément au paragraphe 19 xiv) des procédures additionnelles, chacun des participants a fourni une liste des personnes désignées comme "personnes habilitées RCC" et des personnes désignées comme "personnes habilitées RCES". Le même jour, conformément au paragraphe 19 xvi) des procédures additionnelles, chacun des participants tiers a fourni une liste comprenant jusqu'à huit personnes désignées comme "personnes habilitées RCC d'un participant tiers". Des demandes concernant la modification des listes des personnes habilitées RCC/RCES et des personnes habilitées RCC d'un participant tiers ont été présentées ultérieurement par l'Union européenne, les États-Unis, l'Australie, le Brésil, le Canada et la Corée.[88] La section a ménagé aux participants et aux participants tiers la possibilité de formuler des observations sur chaque demande. Il n'y a pas eu d'objection et la section a accédé à toutes les demandes.[89]

26. Après réception de la demande de l'Union européenne concernant des procédures additionnelles pour la protection des RCC et RCES dans la présente procédure, la section a décidé de

[88] L'Union européenne a communiqué des changements les 10 août, 28 septembre, 10 et 11 octobre 2011 et le 23 février 2012; les États-Unis le 11 août 2011; et l'Australie le 6 septembre, le Brésil le 5 août, le Canada les 28 avril et 8 août, et la Corée les 4 août et 12 septembre 2011.

[89] Lettres adressées par le Président de la section aux participants et participants tiers les 6 mai, 12 août, 19 septembre, 7 octobre 2011 et à la deuxième séance de l'audience, et le 6 mars 2012.

suspendre les délais qui devaient normalement s'appliquer en vertu des *Procédures de travail* pour le dépôt d'une déclaration d'un autre appel et pour le dépôt des communications écrites. Le 20 avril 2011, après avoir rendu sa décision procédurale, la section a communiqué aux participants et participants tiers les délais pour le dépôt des communications écrites, conformément à la règle 26 des *Procédures de travail*. Dans cette communication, la section a aussi invité les participants à examiner dans leurs communications en tant qu'intimés, et les participants tiers à examiner dans leurs communications écrites, les incidences pour les questions de droit soulevées dans le présent appel du rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, qui a été distribué ultérieurement le 18 mai 2011.

27. L'Union européenne a déposé une communication en tant qu'appelant le 21 avril 2011.[90] Le 28 avril 2011, les États-Unis ont notifié à l'ORD leur intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémorandum d'accord, et ont déposé une déclaration d'un autre appel[91] conformément aux règles 23 et 26 2) des *Procédures de travail*. Le même jour, les États-Unis ont déposé une communication en tant qu'autre appelant.[92]

28. Le 19 mai 2011, conformément à la règle 30 1) des *Procédures de travail*, l'Union européenne a notifié à la section de l'Organe d'appel connaissant du présent appel, ainsi qu'aux États-Unis et aux participants tiers, qu'elle retirait son appel dans la mesure où il concernait des subventions subordonnées aux exportations, avec effet immédiat.

29. Le 15 juin 2011, l'Union européenne et les États-Unis ont chacun déposé une communication en tant qu'intimé[93] et, le 23 juin 2011, l'Australie, le Brésil, le Canada, la Chine, la Corée et le Japon ont chacun déposé une communication en tant que participant tiers.[94]

30. Le 4 juillet 2011, la Présidente de l'Organe d'appel a informé la Présidente de l'ORD que, en raison du volume considérable du dossier et de la complexité de l'appel, de la nécessité de tenir plusieurs séances de l'audience et de la charge de travail globale de l'Organe d'appel, l'Organe d'appel ne serait pas en mesure de distribuer son rapport pour le 31 mai 2011 – c'est-à-dire à l'expiration du délai de 60 jours prévu à l'article 17:5 du Mémorandum d'accord. La Présidente de l'ORD a aussi été informée que l'Organe d'appel tiendrait une première séance de l'audience en août et une seconde

[90] Conformément aux règles 21 et 26 2) des *Procédures de travail*.
[91] WT/DS353/10 (joint en tant qu'annexe II au présent rapport).
[92] Conformément aux règles 23 3) et 26 2) des *Procédures de travail*.
[93] Conformément aux règles 22, 23 4) et 26 2) des *Procédures de travail*.
[94] Conformément aux règles 24 1) et 26 2) des *Procédures de travail*.

séance en octobre 2011, et qu'il donnerait ensuite une estimation de la date à laquelle son rapport serait distribué.[95]

31. Dans une lettre conjointe datée du 11 juillet 2011, les participants ont demandé que l'audience dans le cadre du présent appel soit ouverte au public dans la mesure où cela serait possible compte tenu de la nécessité de protéger les renseignements sensibles. Les participants suggéraient que la section adopte une autre décision procédurale conformément à la règle 16 1) des *Procédures de travail* pour réglementer la conduite de l'audience compte tenu de la demande visant à permettre au public d'assister à l'audience et des procédures additionnelles, et proposaient des modalités spécifiques à cette fin. Le 12 juillet 2011, la section a invité les participants tiers à formuler des observations sur la demande des participants et sur les modalités proposées. Le 15 juillet 2011, le Canada et la Chine ont communiqué des observations sur la demande des participants visant à permettre au public d'assister à l'audience. Le Canada a souscrit à la proposition conjointe des participants visant à ce que la section adopte les mêmes procédures additionnelles que celles adoptées dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. La Chine a exprimé le souhait que la section suive la même pratique que dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* et donne aux participants tiers la possibilité de demander le traitement confidentiel de leurs déclarations orales. Le 26 juillet 2011, la section a rendu une décision procédurale dans laquelle elle accédait à la demande conjointe des participants visant à permettre au public d'assister à l'audience au moyen d'une diffusion en circuit fermé, et elle a adopté des procédures additionnelles pour la conduite de l'audience, y compris la protection de certains renseignements sensibles durant l'audience. La décision procédurale est jointe en tant qu'annexe IV au présent rapport.

32. L'audience dans le présent appel a eu lieu en deux séances: la première les 16 et 19 août 2011 et la seconde les 11 et 14 octobre 2011. Conformément à la décision procédurale du 26 juillet 2011, les participants et participants tiers n'ont fait référence à aucun RCC ou RCES dans leurs déclarations liminaires à l'une ou l'autre séance de l'audience. Les déclarations liminaires des participants et des participants tiers, à l'exception de celles de la Chine et de la Corée, ont été enregistrées sur support vidéo aussi bien à la première qu'à la seconde séance de l'audience. Après confirmation qu'aucun RCC ou RCES n'avait été mentionné par inadvertance, les enregistrements des déclarations liminaires ont été diffusés les 23 août et 18 octobre 2011 aux membres du public qui s'étaient inscrits pour les visionner. Aucun participant ou participant tiers n'a fait de déclaration finale à l'une ou l'autre séance de l'audience.

[95] WT/DS353/11.

33. Après la première séance de l'audience, la section a invité les participants et participants tiers à présenter par écrit des mémoires additionnels, conformément à la règle 28 des *Procédures de travail*. L'Union européenne et les États-Unis ont présenté chacun un mémoire additionnel le 5 septembre 2011, et le Brésil, le Canada, la Corée et le Japon ont présenté chacun un mémoire additionnel le 12 septembre 2011. Les participants et participants tiers ont eu la possibilité, à la seconde séance de l'audience, de formuler des observations sur les mémoires additionnels des autres.

34. Conformément au paragraphe 19 xiii) de la décision procédurale du 15 avril 2011, la section a informé les participants et participants tiers, le 23 février 2012, qu'elle n'avait pas jugé nécessaire d'inclure dans le rapport de l'Organe d'appel des références à des renseignements qui avaient été traités comme des RCC ou RCES par le Groupe spécial. Conformément au paragraphe 19 xiii) de la décision procédurale également, un exemplaire du rapport de l'Organe d'appel a été préalablement remis à l'Union européenne et aux États-Unis, le 29 février 2012. Les deux participants ont été invités à indiquer, pour le 5 mars 2012, s'il fallait continuer de traiter l'ensemble des renseignements commerciaux sensibles comme le Groupe spécial, et si des RCC ou RCES avaient été inclus dans le rapport de l'Organe d'appel sans avoir été identifiés comme tels. Le 5 mars 2012, l'Union européenne a indiqué qu'elle n'avait identifié aucun RCC ou RCES qui n'avait pas été désigné comme tel dans le rapport de l'Organe d'appel, et qu'elle souhaitait supprimer la protection RCC pour deux phrases concernant ses propres RCC. À la même date, les États-Unis ont identifié un cas dans lequel ils considéraient que des RCC avaient été divulgués par inadvertance, et ont indiqué que le texte visé devrait être désigné comme RCC ou révisé de sorte qu'une protection RCC ne soit plus nécessaire. Ils ont également identifié plusieurs cas, concernant leurs propres RCC ou des RCC de l'UE, pour lesquels ils suggéraient que la protection RCC soit supprimée ou ne s'opposaient pas à ce qu'elle le soit. Le même jour, la section a demandé à chaque participant de répondre aux observations de l'autre pour le 7 mars 2012. Le 6 mars 2012, l'Union européenne a fait savoir qu'elle ne s'opposait pas à la proposition des États-Unis visant la suppression de la protection RCC en ce qui concernait les renseignements touchant aux intérêts des États-Unis, mais s'y opposait en ce qui concernait les renseignements touchant à ses intérêts. Le 7 mars 2012, les États-Unis ont dit qu'ils ne s'opposaient pas à la suppression de la protection RCC pour les deux phrases mentionnées par l'Union européenne dans sa lettre du 5 mars 2012. La section a corrigé la divulgation de renseignements RCC faite par inadvertance, comme l'avaient suggéré les États-Unis, de sorte qu'une protection RCC ne soit pas nécessaire. Elle a décidé de supprimer la protection RCC dans certains cas, lorsque les participants l'avaient suggéré ou ne s'y étaient pas opposés.

II. Arguments des participants et des participants tiers

A. *Allégations d'erreur formulées par l'Union européenne – Appelant*

1. Annexe V de l'*Accord SMC*

35. L'Union européenne affirme que le Groupe spécial a fait erreur en refusant d'établir que la procédure de collecte de renseignements au titre de l'Annexe V de l'*Accord SMC* avait été engagée, et en rejetant un certain nombre de demandes connexes. Elle estime qu'en agissant comme il l'a fait, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au sens de l'article 11 du Mémorandum d'accord et a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 7.4 de l'*Accord SMC* et du paragraphe 2 de l'Annexe V y relative. Elle demande à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial a fait erreur en ne se prononçant pas sur la question de savoir si la procédure au titre de l'Annexe V avait été engagée, et de compléter l'analyse et de formuler une constatation selon laquelle la procédure au titre de l'Annexe V est engagée par consensus négatif ou automatiquement. En outre, et indépendamment de ces demandes, l'Union européenne prie instamment l'Organe d'appel de "garder constamment à l'esprit les circonstances de la présente affaire"[96], en particulier la non-communication de renseignements et la non-coopération de la part des États-Unis. Sur cette base, l'Organe d'appel devrait empêcher les États-Unis de critiquer le Groupe spécial pour son évaluation des faits ou pour avoir fait des inférences factuelles et, "{e}n cas de doute ou en cas de contradiction ou d'équilibre des éléments de preuve, l'Organe d'appel devrait se prononcer en faveur de l'Union européenne".[97]

36. Dans sa communication en tant qu'appelant, l'Union européenne fait une distinction entre une "action" de l'ORD et les questions qui appellent une "décision" de l'ORD.[98] Elle note que, au titre de l'article 2:4 du Mémorandum d'accord, des "décisions" nécessitent un consensus, mais que la prescription imposant que des "actions" aient lieu par consensus négatif transparaît dans tout le Mémorandum d'accord. À titre d'exemple, elle souligne que la dernière phrase de l'article 2:1 indique que "dans les cas où l'ORD administre les règles relatives au règlement des différends, il agit par le biais de "décisions ou de mesures"[99]; et l'article 6:1 confirme qu'un groupe spécial n'est pas établi par une décision par consensus, mais par le biais d'une action de l'ORD par consensus négatif à la seule condition qu'une demande d'établissement d'un groupe spécial ait été reçue, ce qui est quelque chose de différent d'une décision par consensus. C'est pourquoi un document de l'OMC consignant

[96] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 53.
[97] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 53.
[98] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 21, 24 et 25.
[99] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 23.

l'établissement du groupe spécial "conformément à l'article 6 du *Mémorandum d'accord*"[100] est par la suite distribué.[101] En outre, les articles 16:4, 17:14, 22:6, et la dernière phrase de l'article 22:7 décrivent également les actions de l'ORD qui ont lieu à la seule condition qu'une demande ait été reçue. Comme l'Annexe V de l'*Accord SMC*, la deuxième phrase de l'article 22.6 du Mémorandum d'accord, concernant les recours à l'arbitrage au sujet du niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations, ne fait pas expressément référence au consensus négatif. Néanmoins, il doit être établi qu'un Membre puisse demander l'examen d'une demande de suspension de concessions sans que cet examen soit bloqué par le Membre plaignant au moyen d'un refus de soutenir une décision par consensus.

37. L'Union européenne estime que cette distinction entre "action" et "décision" s'applique également à l'Annexe V de l'*Accord SMC*. Pour étayer sa position, elle fait référence: à l'article 7:4 de l'*Accord SMC*, qui prévoit l'établissement d'un groupe spécial "à moins que l'ORD ne décide par consensus de ne pas établir de groupe spécial"; au paragraphe 1 de l'Annexe V, qui dispose que "{t}ous les Membres coopéreront à la collecte des éléments de preuve qu'un groupe spécial examinera dans le cadre des procédures énoncées aux paragraphes 4 à 6 de l'article 7"; et au paragraphe 2 de l'Annexe V, qui dispose que "{d}ans les cas où des questions seront portées devant l'ORD au titre du paragraphe 4 de l'article 7, l'ORD, si demande lui en est faite, engagera la procédure pour obtenir ... les renseignements".

38. L'Union européenne affirme que les dix considérations ci-après concernant le texte et le contexte de l'Annexe V étayent sa position selon laquelle une action est engagée par consensus négatif. Premièrement, la référence directe à l'article 7.4 de l'*Accord SMC* qui est faite au paragraphe 2 de l'Annexe V constitue une "base textuelle solide"[102] pour un consensus négatif visant à engager une procédure au titre de l'Annexe V, en particulier à la lumière des arguments présentés plus haut en rapport avec l'article 22:6 du Mémorandum d'accord.

39. Deuxièmement, les termes utilisés au paragraphe 2 de l'Annexe V indiquent que "la disposition crée une obligation {impérative} pour l'ORD d'agir conformément aux termes du traité".[103] Aucun libellé impératif de ce genre n'est utilisé dans le Mémorandum d'accord dans les cas où une décision est requise par consensus. L'Union européenne fait valoir que "les Membres n'obligeraient pas l'ORD à agir, tout en donnant au Membre défendeur dans un différend les moyens

[100] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 27.
[101] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 27 et 28.
[102] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 21.
[103] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 33.

de faire obstacle à une telle action".[104] Cette "incohérence interne" rendrait la disposition conventionnelle "totalement inefficace" et il faut donc éviter une interprétation exigeant une décision par consensus.[105]

40. Troisièmement, le terme "demande" est utilisé au paragraphe 2 de l'Annexe V et il l'est également aux articles 6:1, 22:6 et 22:7 du Mémorandum d'accord. Cela étaye également l'engagement impératif d'une action par l'ORD une fois satisfaite la seule condition qui est de recevoir une demande.

41. Quatrièmement, le sens ordinaire du mot "under" (au titre du) figurant au paragraphe 2 de l'Annexe V inclut "covered by" (visé par), "subject to the authority" (régi par).[106] L'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V est donc régi par la règle du consensus négatif énoncée à l'article 7.4 de l'*Accord SMC*. Les références faites à des "cas" et "questions" au paragraphe 2 de l'Annexe V établissent également ce lien avec l'article 7.4.

42. Cinquièmement, l'article 2:1 du Mémorandum d'accord dispose que l'ORD administre les "règles et procédures" pertinentes. L'Appendice 2 du Mémorandum d'accord inclut l'Annexe V de l'*Accord SMC* parmi les règles et procédures pertinentes pour les décisions de l'ORD. Par conséquent, l'utilisation du terme "procédure" à l'Annexe V "relève clairement d'une action de l'ORD par consensus négatif visant à administrer les règles et procédures auxquelles il est fait référence dans le *Mémorandum d'accord*".[107]

43. Sixièmement, la prescription énoncée au paragraphe 1 de l'Annexe V et imposant à tous les Membres de coopérer à la collecte des éléments de preuve et de se conformer aux procédures "éclaire le reste de l'Annexe V"[108] et étaye solidement l'impossibilité pour un Membre de bloquer l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V ainsi que, par conséquent, une action impérative par consensus négatif. L'article 1:2 du Mémorandum d'accord exige la même interprétation afin d'éviter un conflit entre différentes dispositions. L'Union européenne fait valoir que les rédacteurs de l'*Accord SMC* n'ont pas pu avoir l'intention de rendre l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V impératif ("l'ORD ... engagera") tout en donnant à un Membre la possibilité de bloquer cet engagement.

---

[104] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 33. (soulignage omis)
[105] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 33.
[106] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 35 (faisant référence à *Shorter Oxford English Dictionary*, 5th edn, W.R. Trumble, A. Stevenson (eds) (Oxford University Press, 2002), Vol. 2, page 3425).
[107] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 37.
[108] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 38.

44. Septièmement, conformément au paragraphe 5 de l'Annexe V, le processus de collecte de renseignements sera achevé dans un délai de 60 jours après que la question aura été portée devant l'ORD. Par conséquent, il y a une hypothèse implicite selon laquelle une procédure au titre de l'Annexe V sera établie en même temps que le groupe spécial pour la même "question" à la suite de la même action par consensus négatif.

45. Huitièmement, les paragraphes 6 à 9 de l'Annexe V créent en effet des sanctions en cas de non-coopération d'un Membre. Permettre à un Membre de l'OMC de bloquer l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V en exigeant une décision par consensus priverait ces dispositions de leur but.

46. Neuvièmement, les conséquences de la non-coopération aux enquêtes en matière de droits compensateurs au titre de l'article 12.7 de l'*Accord SMC* sont des éléments de preuve indiquant que les rédacteurs ont reconnu l'importance de la collecte de renseignements dans les différends concernant des subventions. Par conséquent, dans le contexte des différends concernant des subventions dans lesquels sont formulées des allégations de préjudice grave, il n'y a aucune raison pour qu'un Membre soit libre d'empêcher la collecte de renseignements en toute impunité.

47. Dixièmement, le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs* confirme le principe général selon lequel les Membres doivent coopérer pendant les procédures de collecte de renseignements, et selon lequel il peut être approprié de faire des inférences défavorables quand ils ne le font pas.[109]

48. L'Union européenne soutient que le Groupe spécial a à tort "reformulé" une partie de la plainte des Communautés européennes comme étant une demande de décision sur une "affirmation *factuelle* étroite", à savoir que l'ORD avait engagé une procédure au titre de l'Annexe V par le biais "d'une action par consensus négatif.[110] De l'avis de l'Union européenne, le raisonnement du Groupe spécial est "circulaire et déraisonnable"[111] parce que le Groupe spécial a utilisé comme justification de son rejet de la demande des Communautés européennes précisément ce que les Communautés européennes contestaient: l'absence de procédure au titre de l'Annexe V.

49. L'Union européenne s'appuie également sur l'objet et le but pour étayer son point de vue selon lequel l'engagement de la procédure au titre de l'Annexe V" se fait et doit se faire par le biais d'une action par consensus négatif".[112] Elle allègue que la procédure au titre de l'Annexe V "est un

[109] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 42 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 202).
[110] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 50. (italique dans l'original)
[111] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 50.
[112] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 44.

corollaire … et fait partie intégrante"[113] de l'établissement d'un groupe spécial dans une procédure de règlement des différends, qui est lancée par consensus négatif. Constater que l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V exige une décision par consensus, et partant autoriser un veto de la partie défenderesse, "limiterait considérablement la possibilité pour une partie plaignante de déposer avec succès un recours pour préjudice grave", et l'*Accord SMC* "ser{ait} gravement compromis".[114] L'Union européenne ajoute que la partie plaignante doit avoir un outil pour préparer sa thèse concernant le préjudice grave en obtenant les renseignements nécessaires avant de présenter ses communications écrites au groupe spécial.

50. L'Union européenne trouve confirmation de son interprétation dans les travaux préparatoires de l'*Accord SMC*. À cet égard, elle rappelle que les dispositions de fond de l'Annexe V de l'*Accord SMC* sont apparues pour la première fois dans le troisième projet de texte distribué par le Président du Groupe de négociation sur les subventions et les mesures compensatoires et qu'"{i}l demeure évident d'après ce projet et les projets ultérieurs que la procédure au titre de l'Annexe V était liée à la demande d'établissement d'un groupe spécial.[115] De l'avis de l'Union européenne, cela explique pourquoi, lorsque la référence au consensus négatif a ensuite été ajoutée à l'article 7.4 de l'*Accord SMC*, il était bien entendu que la même règle en matière de prise de décision s'appliquerait à la procédure liée au titre de l'Annexe V.

51. L'Union européenne qualifie de "particulièrement instructif"[116] le fait que la procédure au titre de l'Annexe V a été ajoutée à l'*Accord SMC* à la suite d'une proposition présentée par les États-Unis. Elle rappelle que, dans les négociations du Cycle d'Uruguay, les États-Unis "ont expliqué de façon éloquente"[117] l'objet et le but de leur proposition, dont les éléments essentiels ont fait l'objet d'un accord de tous les Membres par consensus. L'Union européenne résume la proposition des États-Unis comme un "désir{}" d'avoir "une procédure de collecte de renseignements allant de pair avec une procédure de groupe spécial qui soit impérative (c'est-à-dire par consensus négatif) et assortie d'une menace d'inférences défavorables en cas de non-coopération".[118]

52. À la lumière de ce qui précède, l'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial visant à rejeter les demandes des Communautés européennes et de compléter l'analyse et formuler les constatations suivantes: i) l'engagement d'une procédure au titre de

[113] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 44.
[114] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 44.
[115] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 45 (faisant référence au document MTN.GNG/NG10/W/38/Rev.2, 2 novembre 1990).
[116] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 46 (faisant référence au document MTN.GNG/NG10/W/40, 5 octobre 1990, pages 2 à 4).
[117] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 46.
[118] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 47.

l'Annexe V se fait par le biais d'une action par consensus négatif; ii) en droit, toutes les conditions de l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V étaient remplies en l'espèce, et cette procédure a été engagée et/ou est réputée avoir été engagée et/ou aurait dû être engagée; iii) en refusant de coopérer au processus de collecte de renseignements, les États-Unis ne se sont pas acquittés de leurs obligations au titre de la première phrase du paragraphe 1 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*; et iv) les Communautés européennes étaient en droit de présenter leur thèse de l'existence d'un préjudice grave en se fondant sur les éléments de preuve dont elles disposaient, le Groupe spécial était en droit de compléter le dossier selon qu'il était nécessaire en se fondant sur les meilleurs renseignements disponibles par ailleurs et le Groupe spécial était en droit de faire des inférences défavorables.[119]

53. À l'audience, l'Union européenne a moins mis l'accent sur la distinction alléguée entre "actions" et "décisions" de l'ORD. Elle a plutôt axé ses arguments sur les raisons pour lesquelles elle considère que l'ORD peut décider d'engager des procédures au titre de l'Annexe V par consensus négatif. Elle a également présenté des arguments additionnels pour étayer son point de vue selon lequel l'Organe d'appel est compétent pour se prononcer sur cette question.

2. Contribution financière – Champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*

54. L'Union européenne demande l'infirmation ou la modification de la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 1.1 a) 1) exclut les "achats de services" par les pouvoirs publics du champ de l'*Accord SMC*. Toutefois, elle ne demande pas à l'Organe d'appel de compléter l'analyse en examinant les mesures au titre du programme RDT&E de l'USDOD dont le Groupe spécial a constaté qu'elles constituaient des achats de services.

55. L'Union européenne fait valoir que, en adoptant une interprétation de l'article 1.1 a) 1) qui exclut les achats de services par les pouvoirs publics du champ de l'*Accord SMC* – même si ces transactions incluaient des "transferts directs de fonds", la "fourni{ture} de{} biens", ou d'autres activités spécifiquement visées par l'article 1.1 a) 1) – le Groupe spécial n'a pas appliqué correctement les règles coutumières d'interprétation des traités codifiées aux articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*[120] (la "*Convention de Vienne*"). L'interprétation du Groupe spécial indique "la marche à suivre pour se soustraire entièrement aux disciplines de l'*Accord SMC*" et "permettrait aux Membres de fausser massivement les *échanges* internationaux *de marchandises*, en transférant des quantités énormes de fonds à des branches de production et sociétés spécifiques à des conditions autres que celles du marché, dès lors que ces "transferts de fonds" se font dans le cadre de

[119] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 51 et 52.
[120] Faite à Vienne le 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331; 8 International Legal Materials 679.

transactions qualifiées à juste titre d'achats de services".[121] L'Union européenne soutient que le Groupe spécial n'a pas examiné, de façon holistique et conformément à l'article 31 1) de la *Convention de Vienne*, le sens ordinaire des termes de l'article 1.1. a) 1), dans leur contexte, et à la lumière de leur objet et de leur but.[122] En particulier, elle fait objection à l'évaluation par le Groupe spécial du "contexte" et de l'"objet et {du} but".

56. L'Union européenne rappelle que le Groupe spécial a tiré deux conclusions du contexte fourni par l'article 1.1 a) 1) iii) et l'article 14 d) de l'*Accord SMC*, qui font référence à la fourniture "de biens ou de services" et à l'achat de "biens", mais pas à l'achat de services.[123] Il a conclu, premièrement, que les rédacteurs voulaient une telle exclusion, même si les transactions pouvaient être visées par d'autres éléments de la définition de la contribution financière et, deuxièmement, qu'une telle interprétation rendrait les termes "achètent des biens" employés à l'article 1.1 a) 1) iii) inutiles. L'Union européenne note que l'Organe d'appel a, dans des affaires antérieures, souligné le caractère holistique de l'interprétation des traités et signalé qu'une interprétation qui restreignait excessivement le sens d'un terme d'une manière qui allait à l'encontre de l'objet et du but du traité ne pouvait pas constituer une interprétation "holistique".[124] En constatant que le sens ordinaire de l'expression "transfert direct de fonds" dans son contexte *excluait* une catégorie importante de transferts directs de fonds (c'est-à-dire ceux qui se produisent dans le cadre de transactions qualifiées à juste titre d'"achats de services"), le Groupe spécial ne s'est pas appuyé sur le contexte et l'objet et le but pour "réduire la gamme des sens possibles du terme du traité".[125] Le Groupe spécial n'a pas non plus cherché à "déterminer l'intention commune des parties"[126] au traité, qui est le but de l'interprétation des traités au titre de l'article 31 de la *Convention de Vienne*. Au contraire, le Groupe spécial a écarté les préoccupations concernant l'objet et le but et a constaté qu'il y avait "tout lieu de penser"[127] que les groupes spéciaux futurs

[121] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 103. (italique dans l'original)

[122] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 102 et 103. L'Union européenne rappelle en l'approuvant la constatation du Groupe spécial selon laquelle le "sens ordinaire" du membre de phrase "une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds" figurant à l'article 1.1 a) 1) i) est suffisamment large pour couvrir les transferts de fonds qui ont lieu dans le cadre d'un achat de services. (*Ibid.*, paragraphe 104 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.954))

[123] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 108 à 110 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.955 et 7.956).

[124] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 111 et 112 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 268).

[125] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 113 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 399).

[126] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 114 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 312).

[127] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 114 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.960).

seraient d'une façon ou d'une autre capables de faire face de manière efficace à l'"énorme faille potentiellement créée par l'interprétation".[128]

57. L'Union européenne allègue en outre que le Groupe spécial a fait erreur en concluant que l'interprétation des Communautés européennes pouvait rendre les termes "achètent des biens" "inutiles".[129] En particulier, le Groupe spécial n'a pas réalisé, comme le Groupe spécial *Japon – DRAM (Corée)* l'avait indiqué, que "certaines ... transactions ... {pourraient} être visées simultanément par différents alinéas de l'article 1.1 a) 1)"[130] et que ce chevauchement n'était pas inattendu. Par conséquent, une interprétation qui permettrait que des achats de biens soient visés par deux alinéas différents de l'article 1.1 a) 1) n'est ni inattendue ni découragée d'une façon ou d'une autre, et il n'est pas nécessaire d'essayer d'interpréter le sens ordinaire afin d'éviter ce résultat. En outre, le texte de l'*Accord SMC* lui-même reconnaît que des chevauchements entre des catégories de contributions financières font partie intégrante de l'article 1.1 a) 1) et n'indiquent donc pas l'"inutilité" de certains alinéas de cette disposition. À titre d'exemple, l'Union européenne fait observer qu'une participation au capital social pourrait relever à la fois de l'article 1.1 a) 1) i) en tant que "transfert direct de fonds", et de l'article 1.1 a) 1) iii) en tant que "ach{at} de{} biens".

58. En outre, l'Union européenne affirme que le Groupe spécial a également fait erreur en rejetant l'interprétation des Communautés européennes au motif que "la portée et le champ d'application de l'article 1.1 a) 1) {de l'*Accord SMC*} seraient exactement les mêmes si ces termes {(à savoir "achètent des biens")} n'avaient pas été ajoutés à l'article 1.1 a) 1) iii)".[131] De l'avis de l'Union européenne, le champ d'application de l'article 1.1 a) 1) iii) peut viser un but qui n'est couvert par aucun autre alinéa de l'article 1.1 a) 1).[132]

59. S'agissant de l'évaluation faite par le Groupe spécial de l'objet et du but, l'Union européenne note que l'*Accord SMC* vise à "imposer des disciplines multilatérales pour les subventions qui faussent

[128] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 114.
[129] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.956.
[130] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 115 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 7.439). Voir aussi le rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.92, dans lequel ce Groupe spécial a constaté que l'achat d'obligations de sociétés constituait un "transfert direct de fonds".
[131] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.956.
[132] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 117. L'Union européenne donne un exemple d'une telle transaction, à savoir le cas où les pouvoirs publics achètent des biens à une société et où la "contrepartie" de l'achat est ou comporte la promesse d'exercer le pouvoir discrétionnaire dont les pouvoirs publics disposent pour faire appliquer les règlements d'une certaine façon, ou d'accorder un traitement préférentiel dans les mises en concurrence pour des contrats publics futurs. (*Ibid*.)

les échanges internationaux" de marchandises.[133] En outre, l'Organe d'appel a été d'avis que les "mesures qui impliqu{aient} un service concernant une marchandise particulière"[134] relevaient à juste titre des Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises figurant à l'Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (l'"Accord sur l'OMC")*. Ainsi, les transactions qualifiées à juste titre d'"achats de services" qui néanmoins concernent une "marchandise" particulière ne devraient pas être hors du champ de l'*Accord SMC*. L'approche du Groupe spécial créerait "une brèche considérable[135] dans le champ d'application de l'*Accord SMC* car elle permettrait à un Membre de se soustraire entièrement à l'*Accord SMC* simplement en demandant un certain type de service à un producteur de marchandises en échange de quelque chose qui serait autrement considéré comme une subvention prohibée ou pouvant donner lieu à une action au titre des Parties II et III de l'*Accord SMC* (qu'il s'agisse d'un transfert de fonds, de l'abandon de recettes publiques normalement exigibles ou de la fourniture de biens ou de services).

60. En outre, l'Union européenne observe que, dans l'application de son propre critère aux contrats et accords de R&D en l'espèce – c'est-à-dire la question de savoir si le contrat de service était principalement à l'avantage et pour l'usage des pouvoirs publics des États-Unis (ou de tierces parties non liées)[136] –, le Groupe spécial n'a pas éliminé la "faille"[137] créée par une exclusion des achats de services du champ de l'*Accord SMC*. De l'avis de l'Union européenne, le critère du Groupe spécial permet aux Membres de regrouper en une seule transaction: i) une transaction qualifiée à juste titre d'"achat de services" (que ce soit ou non à la valeur marchande); et ii) un énorme transfert direct de fonds sous la forme d'un don.[138] Même si, comme le Groupe spécial l'a noté, les groupes spéciaux et les autorités nationales chargées de l'enquête pouvaient détecter les transactions qui n'étaient pas qualifiées à juste titre d'"achats de services", les Membres pouvaient néanmoins combiner les

[133] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 118 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 7.26; et le rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs (article 21:5 – Canada II)*, paragraphe 4.4).

[134] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 221.

[135] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 119. À l'appui de son argument, l'Union européenne fait référence à la constatation formulée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Automobiles*, dans laquelle l'Organe d'appel n'a pas traité l'omission des termes "en droit ou en fait" à l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC* (alors qu'ils figuraient expressément dans l'alinéa 3.1 a) précédent)) comme excluant du champ d'application de cet article une référence à la subordination *de facto* à l'utilisation des produits nationaux de préférence à des produits importés. L'Organe d'appel a expliqué que limiter l'application à la seule subordination "en droit" serait contraire à l'objet et au but de l'*Accord SMC* et encouragerait le contournement des disciplines qui y sont définies. (*Ibid.*, paragraphe 120 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphes 142 et 143))

[136] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 123 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1137).

[137] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 121 et 123.

[138] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 123 et 124.

transactions qualifiées à juste titre d'"achats de services" avec des dons d'une manière qui mettait les dons à l'abri des disciplines de l'*Accord SMC*.[139]

61. Enfin, en ce qui concerne les moyens complémentaires d'interprétation prévus à l'article 32 de la *Convention de Vienne*, l'Union européenne pense que l'historique de la négociation donne "des indications limitées sur les conclusions qui peuvent déjà être tirées selon une interprétation au titre de l'article 31".[140] Ni le Groupe spécial ni les parties ne pouvaient attribuer une quelconque importance à l'élimination de l'expression "achats de services" des projets antérieurs de l'article 1.1 a) 1). En particulier, alors qu'on ne sait toujours pas très bien pourquoi les rédacteurs ont omis une référence explicite à l'"achat de services", "il est parfaitement clair que les rédacteurs *n'ont pas inséré une exemption* dans l'*Accord SMC* selon laquelle une transaction qui "comporte un transfert direct de fonds" ou "{l}a fourni{ture} de{} biens ou de{} services autres qu'une infrastructure générale"[141] serait hors du champ de l'article 1.1 a) 1) dans la mesure où elle est également considérée comme un "achat de services".

3. Spécificité – Répartition des droits de brevet

62. L'Union européenne allègue que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'expression "autorité qui accorde la subvention" figurant à l'article 2.1 de l'*Accord SMC* lorsqu'il a constaté que l'"autorité qui accorde la subvention" en l'espèce était le gouvernement des États-Unis dans son ensemble.

63. L'Union européenne affirme que le Groupe spécial n'a pas présenté une interprétation systématique de l'expression "autorité qui accorde la subvention" conformément à la *Convention de Vienne*, mais a plutôt implicitement interprété l'expression comme englobant l'autorité suprême du gouvernement des États-Unis au lieu de l'autorité particulière qui accordait effectivement les subventions en question. Le sens ordinaire de "granting authority" (autorité qui accorde la subvention) est "body or persons exercising power" (organe ou personnes exerçant un pouvoir) qui "bestow{s} or confer{s}" (concède{nt} ou confère{nt}) une subvention "as a favour, or in answer to a request" (comme une faveur ou en réponse à une demande).[142] En outre, les termes différents sont employés dans différentes dispositions de l'*Accord SMC* pour désigner l'intervenant en cause – par exemple, alors que l'article 2.1 fait référence à l'"autorité qui accorde la subvention", le terme

[139] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 124.
[140] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 125.
[141] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 126. (italique dans l'original)
[142] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 72 (faisant référence à *Oxford English Dictionary*, version en ligne de novembre 2010, disponible à l'adresse suivante <http://www.oed.com:80/Entry/80776> et <http://www.oed.com:80/Entry/13349>, respectivement).

"Membre" est utilisé aux articles 5 et 6. De l'avis de l'Union européenne, si les rédacteurs de l'*Accord SMC* avaient voulu que l'article 2.1 soit axé sur les activités du gouvernement dans son ensemble, ils auraient utilisé le terme "Membre" dans cette disposition également. Ainsi, l'utilisation de termes différents dans l'*Accord SMC* et d'autres Accords de l'OMC "confirme qu'il y a une distinction entre un "Membre", d'une part, et les "autorités" comprenant les structures gouvernementales internes d'un Membre, d'autre part"[143], et l'Union européenne rejette donc l'interprétation du Groupe spécial de l'"autorité qui accorde la subvention" comme étant l'équivalent de "Membre". L'Union européenne affirme en outre que l'objet et le but de l'*Accord SMC* pourraient être compromis par une interprétation de l'article 2.1 "qui prend en considération les politiques d'un Membre à l'échelle gouvernementale, plutôt que les actions et la législation de l'autorité qui accorde effectivement la subvention".[144]

64. L'Union européenne note que, conformément à l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*, soit l'"autorité qui accorde la subvention" soit "la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit" peut "limite{r} expressément … la possibilité de bénéficier de la subvention", et la spécificité peut donc être analysée de l'un ou l'autre de ces deux points de vue. En outre, au titre de l'article 2.1 b), qui n'a pas été spécifiquement traité par le Groupe spécial, la spécificité peut de même être évaluée du point de vue soit de l'"autorité qui accorde la subvention" soit de la "législation en vertu de laquelle ladite autorité agit". Les États-Unis n'ont pas dûment présenté un moyen de défense élaboré aux termes de l'article 2.1 b), et le Groupe spécial n'a pas évalué les arguments des États-Unis selon les termes de l'article 2.1 b), ni n'a fait de quelconques constatations selon lesquelles les États-Unis avaient satisfait aux conditions factuelles de cette disposition. Si le Groupe spécial avait dûment examiné l'article 2.1 b), "les arguments des parties auraient pu finalement s'orienter vers l'article 2.1 c), au titre duquel l'Union européenne avait également présenté des arguments et des éléments de preuve".[145] L'Union européenne soutient enfin que, en axant son analyse exclusivement sur l'article 2.1 a), le Groupe spécial n'a pas interprété l'article 2.1 de façon holistique.

---

[143] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 74. L'Union européenne souligne en outre que plusieurs dispositions de l'*Accord SMC* font à de nombreuses reprises référence aux "autorités d'un Membre" et "autorités du Membre importateur", qu'aussi bien dans l'*Accord SMC* que dans l'*Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (l'"*Accord antidumping*") le terme "autorité" ou "autorités" est souvent et systématiquement utilisé comme signifiant l'autorité chargée de l'enquête d'un Membre, et que dans d'autres Accords de l'OMC une distinction est également faite entre "autorité" et "Membre" par l'utilisation du terme "autorité" lorsqu'il est fait référence à des entités gouvernementales internes. (*Ibid.*)

[144] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 76.

[145] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 77 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 854 à 856; et à la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 578 à 582).

65. L'Union européenne estime que, du fait qu'il a adopté une interprétation erronée de l'expression "autorité qui accorde la subvention", le Groupe spécial a également fait erreur dans son application de l'article 2.1 de l'*Accord SMC*. Elle note qu'il n'est pas contesté que la NASA a sa propre législation et réglementation spécifique concernant les abandons de brevets. La base légale des activités de R&D aéronautique de la NASA est constituée par la Loi sur l'espace, qui dispose spécifiquement que toute invention réalisée en vertu d'un contrat conclu avec la NASA "sera la propriété exclusive des États-Unis, et, si une telle invention est brevetable, un brevet sera, par conséquent, délivré aux États-Unis"[146] à moins que la NASA ne l'abandonne. L'Union européenne note également que le Groupe spécial a reconnu à juste titre que, conformément au règlement spécifique à la NASA, celle-ci abandonne généralement les droits de brevet aux contractants qui en font la demande.[147] Compte tenu d'un tel processus de demande et d'octroi d'abandons de brevets, il est évident que l'"autorité qui accorde la subvention" est la NASA, et non le gouvernement des États-Unis dans son ensemble, parce que la demande d'abandon du droit de brevet est adressée à la NASA, et que la NASA est l'organe qui concède ou confère l'abandon de brevets.

66. En ce qui concerne les transferts de brevets de l'USDOD, l'Union européenne estime que, lorsqu'il a appliqué son interprétation de l'expression "autorité qui accorde la subvention", le Groupe spécial a de même fait erreur en constatant que les transferts de brevets de l'USDOD n'étaient pas "spécifiques" au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*. Elle rappelle le fait incontesté que, en tant qu'entité qui accorde les contrats de R&D, l'USDOD n'a pas besoin d'abandonner ou d'accorder à un contractant des droits sur des inventions résultant de contrats financés par l'USDOD.[148] Comme dans le cas de la NASA, l'USDOD est l'"autorité qui accorde la subvention", parce qu'il est l'organe qui inclut dans ses contrats de R&D les clauses prévoyant que les contractants ont généralement la faculté de bénéficier des droits découlant des inventions développées dans le cadre de ces contrats, et aussi l'organe qui choisit de ne pas exercer son pouvoir de supprimer cette faculté. Le Groupe spécial a constaté, en tant qu'autre fondement possible pour la spécificité du programme de RDT&E de l'USDOD dans son ensemble, que "le financement pour la RDT&E {était} attribué "de façon dominante" aux entreprises de l'industrie de la défense, et cela suffi{sait} pour établir qu'il y {avait} spécificité *de facto* au titre de l'article 2.1 c)".[149] En conséquence, l'Union européenne affirme que les

[146] Loi sur l'espace, article 305 a) 2).
[147] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 80 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1287).
[148] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 88 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1291).
[149] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1197.

transferts de droits de brevets découlant du financement pour la RDT&E sont également attribués de façon dominante aux entreprises de l'industrie de la défense.[150]

67. Dans sa déclaration orale à la première séance de l'audience, l'Union européenne a souligné qu'elle avait fait valoir devant le Groupe spécial que les répartitions des droits de brevets en vertu des contrats et accords de la NASA et de l'USDOD étaient spécifiques, sur la base des deux articles 2.1 a) *et* 2.1 c) de l'*Accord SMC*. Elle a expliqué que, au titre de l'article 2.1 a), elle avait mis l'accent sur les limitations expresses des types de R&D que la NASA et l'USDOD pouvaient financer, et par conséquent les entreprises qui pouvaient bénéficier des abandons de brevets. Elle a fait observer qu'elle avait présenté au Groupe spécial des éléments de preuve concernant la manière dont l'autorité qui accorde la subvention a exercé un pouvoir discrétionnaire dans la décision d'accorder une subvention conformément à l'article 2.1 c). Elle avait également fait valoir que Boeing, ainsi que quatre autres sociétés, avait reçu jusqu'à 45 pour cent du financement total de l'USDOD pour la R&D, ce qui étaye aussi une constatation du caractère disproportionné. Le Groupe spécial n'a examiné aucun des éléments de preuve et arguments concernant l'article 2.1 c) présentés par les Communautés européennes et n'a donc pas tenu compte de la troisième série de principes énoncés dans cette disposition. De l'avis de l'Union européenne, le fait que le Groupe spécial n'a pas examiné les actions des autorités qui exercent le pouvoir discrétionnaire d'accorder une subvention crée une brèche importante dans les disciplines relatives aux subventions. En l'espèce, la NASA et l'USDOD avaient un certain pouvoir discrétionnaire pour décider d'abandonner/transférer ou non les droits de brevets, et de passer ou non les contrats de R&D en premier lieu. Toutefois, bien qu'il y ait une allégation de spécificité *de facto* conformément à l'article 2.1 c), le Groupe spécial s'est arrêté de façon soudaine et inattendue après avoir examiné les arguments au titre de l'article 2.1 a). L'Union européenne considère par conséquent que le Groupe spécial n'a pas procédé à l'interprétation et l'application holistiques de l'article 2.1 exigées par l'*Accord SMC*.

4. Effets défavorables

68. L'Union européenne demande à l'Organe d'appel: i) d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle il n'était pas "approprié d'agréger" les effets des réductions du taux de l'impôt B&O avec les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA 200 à

[150] L'Union européenne fait observer que les États-Unis n'ont pas contesté les faits sous-jacents essentiels concernant le financement pour la RDT&E, par exemple, la part moyenne du financement pour la RDT&E attribuée à Boeing (12,6 pour cent) et à cinq sociétés aérospatiales (45,2 pour cent). (Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 91 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 338)) En conséquence, de l'avis de l'Union européenne, si l'"autorité qui accorde la subvention" appropriée et déterminée, ces faits incontestés constituent un fondement solide pour une constatation de spécificité au sens de l'article 2.1 de l'*Accord SMC*. (*Ibid.*)

300 sièges[151]; ii) d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions restantes, en elles-mêmes, ne causent pas d'effets défavorables[152]; et iii) d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les programmes RDT&E de l'USDOD (autres que le programme Manufacturing Technology ("programme ManTech") et le programme Dual Use Science and Technology ("programme DUS&T")) ne causent pas les mêmes effets que les autres subventions pour la R&D aéronautique, du moins dans la mesure où les programmes RDT&E restants de l'USDOD sont financés par le biais d'instruments d'aide.[153] En liaison avec la deuxième de ces demandes, l'Union européenne demande en outre à l'Organe d'appel de compléter l'analyse et de constater que, lorsqu'elles sont agrégées avec les subventions fiscales (ou les subventions pour la R&D aéronautique et les subventions fiscales) dont il a été constaté qu'elles causaient des effets défavorables, les subventions restantes causent également des effets défavorables. L'Union européenne ne demande pas à l'Organe d'appel de compléter l'analyse en ce qui concerne les deux autres motifs d'appel.

a) Évaluation collective des subventions pour la R&D aéronautique et des réductions du taux de l'impôt B&O, et de leurs effets

69. L'Union européenne estime que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* quand il s'est abstenu d'évaluer les *effets cumulatifs* des réductions du taux de l'impôt B&O *et* des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. La raison donnée par le Groupe spécial pour évaluer les effets de ces deux groupes de subventions séparément – à savoir que les deux groupes de subventions fonctionnent selon des "mécanismes de causalité entièrement différents"[154] – ne tient pas compte du fait que les deux ont contribué à une incidence commerciale négative pour les LCA d'Airbus sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, et n'est pas une base légitime pour s'abstenir d'évaluer les effets cumulatifs de la totalité des subventions. Même si les groupes spéciaux disposent d'un certain pouvoir discrétionnaire pour choisir une méthode appropriée afin de déterminer les effets d'une subvention, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité, et ne permet pas à un groupe spécial d'isoler ou de compartimenter son analyse de manière à masquer la contribution d'une subvention quelconque à des effets défavorables. En fait, une bonne interprétation des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* exige que les groupes spéciaux évaluent – quantitativement ou qualitativement – les effets collectifs de toutes les subventions qui ont une incidence sur la concurrence sur le marché en cause.

70. L'Union européenne suggère que l'approche ci-après est celle qu'il convient d'adopter. Dans un premier temps, un groupe spécial devrait examiner la nature des subventions individuelles, du

[151] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.
[152] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1828.
[153] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1701.
[154] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.

point de vue de leur structure, de leur conception et de leur fonctionnement, et grouper les subventions spécifiques qui ont un lien suffisant avec le produit subventionné et ont une structure, une conception et un fonctionnement semblables. Ensuite, un groupe spécial devrait évaluer, par subvention ou groupe de subventions pris individuellement, si chaque subvention ou groupe de subventions donne un avantage concurrentiel au producteur subventionné et à ses produits sur le marché, et comment il le fait. À ce stade de son analyse, comme l'Organe d'appel l'a dit dans des différends antérieurs, un groupe spécial a un certain pouvoir discrétionnaire pour structurer son approche, et pour choisir les éléments de preuve sur lesquels il entend s'appuyer.[155] Quelle que soit la façon dont un groupe spécial exerce ce pouvoir discrétionnaire, en fin de compte il doit évaluer – quantitativement ou qualitativement – si l'incidence concurrentielle collective des différentes subventions (différents groupes de subventions) dont il a été constaté qu'elles (ils) avaient une incidence négative sur la concurrence sur le marché cause une ou plusieurs des formes particulières d'effets défavorables énumérées à l'article 6.3 de l'*Accord SMC*.

71. L'Union européenne s'appuie sur le texte des articles 5 et 6.3, dans leur contexte, ainsi que sur l'objet et le but de l'*Accord SMC*, pour étayer sa position. La référence générale faite à l'article 5 au "recour{s} à ... *une quelconque ... subvention{}*"[156], conjuguée à la référence générale faite à l'article 6.3 à un "produit subventionné", montre qu'aucune de ces dispositions ne fait de distinction entre différents types de subventions et donne à penser que ces dispositions soumettent à des disciplines l'incidence collective de toutes les subventions apportant un avantage au produit subventionné sur le marché en cause. Ces dispositions ne font pas référence à des mécanismes de causalité particuliers ni n'établissent de distinction entre de tels mécanismes. En conséquence, lorsqu'il entreprend l'analyse du lien de causalité exigée par ces dispositions, un groupe spécial doit examiner collectivement les effets de toutes les subventions qui favorisent le même produit et ont une incidence négative sur la concurrence sur le marché en cause pour déterminer s'ils représentent des effets défavorables au sens de l'article 6.3. Les articles 5 et 6.3 n'étayent en rien une interprétation selon laquelle les effets de différentes subventions ne peuvent pas être évalués cumulativement simplement parce que ces subventions affectent la concurrence selon des "mécanismes de causalité ... différents".[157] L'article 6.1 aujourd'hui venu à expiration de l'*Accord SMC* constitue un autre élément contextuel étayant une évaluation cumulative des effets des subventions de deux manières. Premièrement, pour déterminer si les subventions atteignent un niveau de subventionnement *ad valorem* suffisant pour déclencher la présomption de préjudice grave, l'article 6.1 a) et l'Annexe IV

[155] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 202 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 436; et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 370).
[156] Italique ajouté par l'Union européenne.
[157] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.

prescrivaient que *toutes* les subventions soient incluses (sauf celles ne donnant pas lieu à une action). Deuxièmement, l'article 6.1 b) c) et d) indique que, lorsque les rédacteurs de l'*Accord SMC* souhaitaient imposer de prendre isolément les effets de types particuliers de subventions, ils l'ont fait explicitement. Ces dispositions identifiaient expressément les *types* de subventions qui apportaient des avantages aux produits subventionnés et affectaient le marché en cause selon des mécanismes de causalité particuliers (les subventions couvrant les pertes d'exploitation d'une branche de production ou d'une entreprise, ainsi que l'annulation directe d'une dette) et créaient une présomption de préjudice grave. Par contre, l'article 6.3 ne fait pas de distinction entre les subventions sur la base de leur type ou du mécanisme de causalité; il met plutôt l'accent sur les *effets* des subventions.

72. En outre, l'interprétation du Groupe spécial compromet l'objet et le but de l'*Accord SMC*, qui exige que ses dispositions soient interprétées de manière à "renforcer et améliorer"[158] les disciplines relatives aux subventions pouvant donner lieu à une action, et non à les compromettre. L'interprétation du Groupe spécial permettrait aux Membres d'échapper à une constatation de préjudice grave en accordant une série de petites subventions dont chacune affecterait le bénéficiaire d'une manière légèrement différente. Selon l'approche du Groupe spécial, du fait que ces petites subventions fonctionnent selon des enchaînements de causalité différents, leurs effets ne peuvent pas être cumulés. Ainsi, il ne pourrait pas être constaté que ces subventions causent des effets défavorables si chacune, en elle-même, cause un degré de distorsion des échanges qui est insuffisant pour représenter des effets défavorables. En réalité, toutefois, le Membre défendeur "en recourant à l'une quelconque des subventions visées aux paragraphes 1 et 2 de l'article premier (causerait des) effets défavorables.[159] L'approche du Groupe spécial compromet donc l'objet et le but de l'*Accord SMC*. Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, l'Organe d'appel a souligné qu'il importait d'examiner si les subventions non subordonnées aux prix "contribu{aient} à l'empêchement de hausses de prix"[160], ce qui de l'avis de l'Union européenne est pleinement compatible avec une approche selon laquelle l'évaluation au titre des articles 5 et 6.3 exigerait un examen de la question de savoir si chaque subvention spécifique contestée apportant des avantages à un produit subventionné commun contribue aux mêmes effets défavorables allégués.

73. L'Union européenne rappelle les arguments qu'elle a présentés devant le Groupe spécial, à savoir que: i) "*les subventions pour la R&D aéronautique* ... "ont aidé Boeing à développer, lancer et produire un LCA de 200 à 300 sièges technologiquement avancé beaucoup plus rapidement qu'elle

[158] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 210.
[159] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 211 (citant l'article 5 de l'*Accord SMC*).
[160] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, note de bas de page 589 relative au paragraphe 450. L'Union européenne note que le Brésil n'a pas fait appel du refus du Groupe spécial de cumuler de quelconques effets des subventions non subordonnées aux prix.

n'aurait pu le faire par elle-même""[161]; et ii) "*toutes les subventions* ont ... des "effets sur les prix", en ce sens qu'elles ont permis à Boeing de pratiquer des prix moins élevés pour ses LCA".[162] Les États-Unis n'ont pas traité la question de l'agrégation, parce qu'ils ont fait valoir que les subventions n'avaient ni des effets sur la technologie ni des effets sur les prix. Du fait que les Communautés européennes ont formulé des allégations et présenté des arguments concernant les effets défavorables causés *conjointement* par les réductions du taux de l'impôt B&O et les subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial était tenu d'évaluer les effets de ces subventions cumulativement. L'Union européenne souligne, à cet égard, qu'en ce qui concerne les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges, le Groupe spécial a jugé "inévitable"[163] sa conclusion selon laquelle les effets cumulatifs des subventions FSC/ETI et des réductions du taux de l'impôt B&O avaient causé un empêchement notable de hausses de prix, une perte de ventes dans une mesure notable, et un détournement et une entrave préjudiciables aux intérêts des Communautés européennes. Ce sont les mêmes formes d'effets défavorables que celles que, d'après les allégations des Communautés européennes, les réductions du taux de l'impôt B&O ont causé sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.[164] Étant donné, par conséquent, que les éléments de preuve dont disposait le Groupe spécial donnent à penser que les réductions du taux de l'impôt B&O pouvaient contribuer aux effets défavorables causés par les subventions pour la R&D aéronautique, qui apportent les unes et les autres des avantages au 787, le Groupe spécial était tenu d'évaluer les effets de ces subventions cumulativement – même s'il constatait qu'il n'avait pas été démontré que, "en elles-mêmes"[165], les réductions du taux de l'impôt B&O causaient des effets défavorables sur ce marché.

74. L'Union européenne considère que le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* étaye son allégation selon laquelle le fait que le Groupe spécial n'a pas agrégé les effets des réductions du taux de l'impôt B&O avec les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges constitue une erreur de droit réversible. Dans ce différend, l'Organe d'appel a reconnu que le pouvoir discrétionnaire qu'un groupe spécial avait de structurer son analyse du lien de causalité n'était pas illimité et ne pouvait pas le dispenser de devoir établir l'existence d'un rapport réel et substantiel de cause à effet. Comme les États-Unis l'ont fait valoir dans cet appel, "isoler certaines subventions de l'analyse du lien de

[161] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1597 (citant la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1343). (soulignage ajouté par le Groupe spécial)
[162] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1598 (citant la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1229). (soulignage ajouté par le Groupe spécial)
[163] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1822.
[164] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 216 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1822).
[165] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 216.

causalité faite par un groupe spécial "permettrait de contourner les disciplines de l'article 6.3 en cas de mesures plus petites qui, individuellement, n'auraient pas causé d'effets défavorables, mais qui, collectivement, affecteraient la concurrence d'une manière incompatible avec les articles 5 et 6.3"."[166] L'Organe d'appel a précisé que, lorsque des subventions individuelles sont agrégées, le lien de causalité peut être établi pour l'ensemble de ces subventions agrégées, *même si* certaines subventions individuelles (ou certains groupes de subventions) ne pouvaient pas, considérés séparément, donner lieu à une constatation indiquant qu'ils étaient une cause réelle et substantielle d'effets défavorables.

75. L'Union européenne note en outre que, dans ce différend, l'Organe d'appel a également été d'avis que les subventions pouvaient être agrégées dans certaines circonstances, même dans les cas où ces subventions présentaient de grandes "différences ... sur le plan de leur nature et de leur fonctionnement", qui "{pouvaient} donner à penser que ces mesures avaient des effets distincts.[167] L'Organe d'appel a constaté que, dès lors que des subventions distinctes "{avaient} toutes un lien de causalité réel avec l'incidence sur le marché alléguée, elles pouvaient être considérées comme se "complét{ant} et {s'}amplifi{ant}" mutuellement.[168] L'Organe d'appel a en outre constaté que des subventions qui étaient tout à fait distinctes des subventions au titre de l'aide au lancement/du financement des États membres ("AL/FEM") sur le plan de la forme, de la conception et du fonctionnement (participations au capital social, allongements de pistes et autres subventions pour les infrastructures) devaient être agrégées avec les subventions AL/FEM. Dans la présente affaire, les réductions du taux de l'impôt B&O complètent et amplifient les effets des subventions pour la R&D aéronautique, parce qu'elles renforcent la capacité de Boeing d'obtenir un avantage en matière de prix. Ainsi, selon l'Union européenne, ayant constaté que les subventions pour la R&D aéronautique permettent à Boeing d'empêcher des hausses des prix d'Airbus sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, et ayant également constaté que les subventions relatives à l'impôt B&O (de même que les subventions FSC/ETI) étaient susceptibles d'empêcher des hausses des prix d'Airbus sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et des LCA de 300 à 400 sièges, le Groupe spécial aurait dû agréger les réductions du taux de l'impôt B&O pour le marché des LCA de 200 à 300 sièges avec les subventions pour la R&D aéronautique.

[166] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 726 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1367).
[167] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1397.
[168] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 733 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1397).

b) Évaluation collective des subventions fiscales liées et des subventions restantes, et de leurs effets

76. L'Union européenne affirme que le Groupe spécial a également fait erreur dans son interprétation et son application des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* en n'agrégeant pas les subventions fiscales liées avec les subventions restantes. L'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions restantes ne causent pas, en elles-mêmes, d'effets défavorables, et de constater, par contre, que les subventions restantes causent elles aussi des effets défavorables lorsqu'elles sont agrégées avec les subventions fiscales liées (ou avec les subventions pour la R&D aéronautique associées aux subventions fiscales liées) dont il a été constaté qu'elles causaient des effets défavorables. Compte tenu de la constatation d'effets défavorables en ce qui concerne les subventions fiscales liées à elles seules, une analyse cumulative appropriée doit aussi aboutir à une constatation d'effets défavorables en ce qui concerne les subventions restantes.

77. Faisant référence à la déclaration faite par le Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Union européenne estime qu'il est approprié d'agréger des subventions qui se complètent et s'amplifient mutuellement dans des circonstances où les subventions ont un "lien suffisant avec le produit subventionné ... {et} ont aussi un lien suffisant avec "{les} variable{s} particulière{s} axée{s} sur les effets qui font l'objet de l'examen"".[169] Il s'ensuit que le Groupe spécial, en l'espèce, n'aurait pas dû dissocier son analyse des effets défavorables afin de pouvoir tenir compte de l'effet combiné sur le marché de subventions qui collectivement accroissent les liquidités de Boeing et sa capacité de baisser le prix de ses LCA. Tant les subventions restantes que les subventions fiscales liées contribuent aux effets sur les prix et satisfont également aux prescriptions énoncées par le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland* concernant un "examen intégré des effets de toutes subventions", en ce sens que les subventions restantes i) ont "un lien suffisant" avec le "produit subventionné" (c'est-à-dire les LCA de Boeing) et ii) ont une incidence sur la *même* "variable ... axée sur les effets" que les subventions fiscales liées (c'est-à-dire le prix).[170] En outre, dans le différend *États-Unis – Coton upland*, l'Organe d'appel a reconnu que des subventions non subordonnées aux prix pouvaient néanmoins contribuer à l'empêchement de hausses de prix et a ainsi laissé entendre que le Groupe spécial aurait pu agréger des subventions non subordonnées aux prix avec les subventions subordonnées aux prix.[171]

[169] Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1961.
[170] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1192.
[171] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 230 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, note de bas de page 589 relative au paragraphe 450).

78. L'Union européenne considère que le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* étaye également son allégation selon laquelle le fait que le Groupe spécial n'a pas agrégé les effets des subventions fiscales liées avec les effets des subventions restantes constitue une erreur de droit. Les constatations formulées par l'Organe d'appel dans ce différend montrent que des subventions de nature différente peuvent être agrégées lorsqu'elles ont un lien de causalité réel avec le même effet global allégué. Dans le présent différend, le Groupe spécial a constaté que les subventions restantes majoraient de 550 millions de dollars le montant des liquidités dont Boeing tirait avantage. Au lieu de constater que des subventions "de ce montant"[172] n'ont pas entraîné des effets sur le marché atteignant le niveau d'un préjudice grave, le Groupe spécial aurait dû combiner les effets de ces subventions avec les effets des autres subventions causant les mêmes effets sur le marché. Les effets de ces deux groupes de subventions complétaient et amplifiaient l'"avantage généralisé et constant en matière de prix"[173] dont Boeing bénéficiait en raison des effets des subventions fiscales liées, parce que Boeing avait ces fonds additionnels à sa disposition pour les utiliser dans des campagnes de vente stratégiques. Ainsi, ayant constaté que les subventions fiscales liées causaient, en elles-mêmes et à elles seules, un préjudice grave, le Groupe spécial aurait dû poursuivre son analyse et constater que les subventions restantes complétaient et amplifiaient les effets sur les prix de ces taxes fiscales.

79. L'Union européenne fait valoir également que le Groupe spécial a fait erreur en ne cumulant pas les effets des subventions restantes avec les effets tant des subventions pour la R&D aéronautique que des subventions fiscales liées. Le Groupe spécial était chargé d'évaluer si l'utilisation des subventions contestées causait des effets défavorables, et il a fait erreur en limitant son évaluation à la question de savoir si les subventions restantes, en elles-mêmes, causaient des effets défavorables. En ne procédant pas aux étapes de l'analyse appropriée pour cumuler les effets des subventions restantes avec les effets des subventions pour la R&D aéronautique (et les effets des subventions fiscales liées), le Groupe spécial ne s'est pas conformé aux prescriptions en matière de lien de causalité énoncées aux articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC*.

5. Article 11 du Mémorandum d'accord

80. L'Union européenne fait valoir que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec le principe de la régularité de la procédure pour deux raisons distinctes, mais liées, lorsqu'il a décidé d'exclure tous les programmes de RDT&E de l'USDOD sauf deux de son analyse des effets

[172] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1828.
[173] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 737 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1819).

défavorables. Elle allègue que l'approche de la "prédominance"[174] suivie par le Groupe spécial a été exposée pour la première fois dans le rapport final que celui-ci a remis aux parties; en conséquence, il n'a pas été ménagé aux parties une possibilité de faire des observations sur cette approche. L'Union européenne fait valoir que l'approche suivie par le Groupe spécial dans le rapport final n'aurait pas pu être anticipée par les parties, étant donné que les deux parties s'opposaient à l'idée de dissocier les contrats d'achat des instruments d'aide afin de déterminer l'existence d'une subvention et d'effets défavorables. Dans le même ordre d'idées, l'Union européenne soutient que le rapport intérimaire expliquait que la seule raison d'exclure tous les programmes de RDT&E de l'USDOD sauf deux était que le Groupe spécial ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants concernant le point de savoir si ces programmes finançaient des instruments d'aide par opposition à des contrats d'achat. Par contre, le Groupe spécial a ensuite introduit dans le rapport final un critère différent, à savoir si les programmes RDT&E de l'USDOD en cause "*finançaient surtout {de façon prédominante} des instruments d'aide*, par opposition à des contrats d'achat, ou un mélange d'instruments d'aide et de contrats d'achat".[175]

81. Deuxièmement, l'Union européenne soutient que, bien qu'il ait reconnu l'insuffisance des éléments de preuve pour établir les effets des instruments d'aide à eux seuls, le Groupe spécial n'a pas demandé aux États-Unis les renseignements nécessaires, en dépit du fait que les États-Unis avaient systématiquement ignoré les demandes des Communautés européennes visant à ce qu'ils fournissent des renseignements qui auraient permis une analyse contrat par contrat. Dans la mesure où le Groupe spécial a choisi d'appliquer son approche "inattendue" de la "prédominance", l'Union européenne allègue qu'"il était impératif que le Groupe spécial demande aux États-Unis les renseignements sur les contrats que l'Union européenne avait cherché à obtenir pour lui permettre de procéder à l'évaluation qu'il jugeait nécessaire pour régler le différend".[176] Toutefois, bien qu'il ait adopté la nouvelle approche de la "prédominance", le Groupe spécial n'a jamais adressé de demandes de renseignements aux États-Unis au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord, ni n'a fait d'inférences défavorables à partir de cas de non-coopération des États-Unis à la divulgation des contrats pertinents.

82. En conséquence, de l'avis de l'Union européenne, le Groupe spécial n'a pas protégé les droits des Communautés européennes en matière de régularité de la procédure et a donc agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. En outre, l'Union européenne fait valoir que les conséquences de ces erreurs du Groupe spécial ont été aggravées par le

[174] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 246 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1701).
[175] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 246 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1701). (italique ajouté par l'Union européenne)
[176] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 251.

fait que les États-Unis ont continué de ne pas divulguer les contrats RDT&E et les détails concernant les éléments des programmes RDT&E qui étaient exclusivement en leur possession. Suivant une approche semblable à celle du Groupe spécial *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, l'Union européenne estime que le Groupe spécial "a exigé des éléments de preuve …, mais ensuite … n'a pas pris les dispositions nécessaires pour obtenir des parties des renseignements qui pourraient … lui permettre "de se faire une meilleure idée des faits et des questions propres au différend dont il {était} saisi"".[177] Dans ce différend, l'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial avait violé l'article 11 du Mémorandum d'accord.

83. L'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les programmes RDT&E de l'USDOD – autres que les programmes ManTech et DUS&T – ne causent pas les mêmes effets que les autres subventions pour la R&D aéronautique, mais elle ne lui demande pas de compléter l'analyse.

B. *Arguments des États-Unis – Intimé*

1. Annexe V de l'*Accord SMC*

84. Les États-Unis font observer qu'à la fois l'ouverture d'une procédure au titre de l'Annexe V et la désignation d'un facilitateur requièrent une décision par consensus positif de l'ORD. Ni l'une ni l'autre ne peuvent avoir lieu sans que l'ORD parvienne à une "décision" (*decision*), qui est définie comme "*{t}he action of coming to a determination or resolution with regard to any point or course of action; a resolution or conclusion arrived at*" (l'action consistant à parvenir à une détermination ou une résolution au sujet de tout point ou ligne d'action; une résolution ou conclusion formulée).[178] L'article 2:4 du Mémorandum d'accord et la note de bas de page 3 relative à l'article IX:1 de l'*Accord sur l'OMC* établissent une règle générale imposant que les décisions de l'ORD soient prises par consensus positif à moins qu'il n'en soit expressément disposé autrement – comme aux articles 6:1, 16:4, 17:14, 22:6 et 22:7 du Mémorandum d'accord, qui "prévoient tous que l'ORD prenne des dispositions procédurales déterminées "à moins qu'il ne décide par consensus de ne pas" prendre la disposition procédurale en question".[179] On retrouve la même disposition aux articles 4.4 et 7.4, aux articles 4.8, 4.9, 7.6 et 7.7 et aux articles 4.10 et 7.9 de l'*Accord SMC*. Étant donné que l'Annexe V n'impose aucune règle spécifique en matière de prise de décisions, la règle générale du consensus

[177] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 258 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 347, qui cite le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, note de bas de page 20 relative au paragraphe 6.20).

[178] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 54 (citant *The New Shorter Oxford English Dictionary*, 4th edn, L. Brown (ed.) (Clarendon Press, 1993), Vol. 1, page 608).

[179] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 55.

positif doit s'appliquer. L'engagement d'une procédure et la désignation d'un représentant de l'ORD en tant que facilitateur sont des actions qui relèvent du sens ordinaire du terme "décision" et, en tant que telles, elles appellent un consensus de l'ORD au titre de l'article 2:4 du Mémorandum d'accord et de l'article IX:1 de l'*Accord sur l'OMC*.

85. Les États-Unis notent que leur position est conforme à la pratique systématique de l'ORD qui, dans toutes les affaires antérieures, a engagé des procédures au titre de l'Annexe V et désigné des facilitateurs par consensus positif. En outre, avant d'adopter la position inverse dans le présent différend, les Communautés européennes elles-mêmes "ont vigoureusement défendu le point de vue selon lequel l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V est soumis au consensus positif"[180] pour s'opposer à la demande d'engagement d'une telle procédure que les États-Unis avaient présentée dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Dans le contexte de ce différend, elles ont exprimé à l'ORD leur point de vue selon lequel "conformément à la jurisprudence de l'OMC, l'ouverture d'une procédure au titre de l'Annexe V ne pouvait être décidée par une seule des parties au différend, mais exigeait une convergence de vues, un réel accord entre les parties".[181]

86. Les États-Unis ajoutent que "rien dans le "cadre général" du Mémorandum d'accord n'étaye la distinction que {l'Union européenne} cherche à établir entre les "décisions" et les "actions" de l'ORD, ni les règles décisionnelles différentes que {l'Union européenne} attribuerait aux unes et aux autres".[182] Le "cadre général" du Mémorandum d'accord impose à l'ORD de faire un certain nombre de choses différentes, mais ne divise pas ces fonctions en "actions" et "décisions". Dans le Mémorandum d'accord, le terme "*action*" (mesure, suite) n'est employé que trois fois à propos de l'ORD, aux articles 2:1, 21:7 et 21:8, et dans aucune de ces dispositions l'emploi de ce terme n'étaye l'existence de la dichotomie action/décision dont l'Union européenne pose le principe. L'article 2:1, en particulier, énonce simplement une règle spéciale permettant de déterminer quels Membres peuvent participer au règlement des différends qui surviennent dans le cadre des Accords commerciaux plurilatéraux et ne peut pas servir de "principe structurel"[183] ainsi que le soutient l'Union européenne. En outre, l'argument de l'Union européenne selon lequel l'ORD ne prend pas de "décision" en établissant un groupe spécial (article 6:1), en adoptant des rapports de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel (articles 16:4 et 17:14) ou en autorisant la suspension de concessions (article 22:6 et 22:7) "repose sur une perception erronée de la nature d'une décision".[184] Une *décision*

[180] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 56.
[181] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 56 (citant le document WT/DSB/M/196, paragraphe 45).
[182] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 59.
[183] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 62. (note de bas de page omise)
[184] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 63.

est une *action* d'un type particulier.[185] Qu'un groupe spécial soit établi ou qu'il y ait un consensus pour ne pas établir de groupe spécial, l'ORD aura pris une décision concernant l'établissement d'un groupe spécial. En outre, quand il établit un groupe spécial ou adopte un rapport, l'ORD déclare qu'il est "convenu d'établir un groupe spécial" ou qu'il "adopte" le rapport. Cela indique que l'ORD n'est pas un "spectateur passif"[186], mais qu'il a envisagé une action et pris une décision en ce qui concerne cette action. Par conséquent, dans la mesure où le cadre général du Mémorandum d'accord est pertinent pour l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V, cela indique que l'ORD agit par consensus positif, sauf quand des exceptions explicites en disposent autrement. Les États-Unis soulignent qu'aucune exception expresse ne s'applique à l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V ou à la désignation d'un représentant de l'ORD afin de faciliter cette procédure.

87. Les États-Unis soulignent en outre que même si la procédure de collecte de renseignements envisagée à l'Annexe V est liée à l'examen d'allégations au titre de l'article 6 de l'*Accord SMC* par un groupe spécial, l'Annexe V préconise une procédure menée en collaboration, indépendante de la procédure de groupe spécial et régie par des règles différentes. Une telle procédure est "totalement optionnelle"[187] en ce sens qu'il se peut fort bien qu'aucune partie n'en fasse la demande dans un différend donné. Seul l'ORD, et non le groupe spécial, joue un rôle dans un tel processus. En fait, la durée du processus étant limitée à 60 jours, il est tout à fait possible que le groupe spécial n'ait pas encore été constitué pendant une partie importante de cette période. En outre, l'Annexe V ne donne pas d'indications détaillées au sujet des procédures engagées à ce titre et le représentant de l'ORD, qui a "*uniquement* pour tâche"[188] d'assurer la collecte en temps utile des renseignements nécessaires, n'a aucunement l'autorité d'un groupe spécial. En conséquence, les États-Unis font un raisonnement selon lequel il n'y a aucune base permettant de transposer les règles procédurales applicables aux groupes spéciaux dans la procédure au titre de l'Annexe V.

88. En ce qui concerne les dix points soulevés par l'Union européenne à l'appui de son argument selon lequel l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V est une action de l'ORD soumise au consensus négatif, les États-Unis considèrent que les premier, quatrième et septième points sont dépourvus de toute logique. Le fait qu'il y a une relation entre une procédure au titre de l'Annexe V et l'examen par un groupe spécial d'allégations présentées au titre de l'article 6 de l'*Accord SMC* ne dit rien au sujet des procédures applicables à l'engagement ou l'administration de cette procédure et de cet examen. L'ORD a recours au consensus négatif pour certaines décisions liées à des différends et au

[185] Voir la communication des États-Unis en tant qu'intimé, note de bas de page 94 relative au paragraphe 62.
[186] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 64.
[187] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 66.
[188] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 66 (citant l'Annexe V, paragraphe 6). (italique ajouté par les États-Unis)

consensus positif pour d'autres, comme celle d'autoriser son Président à rédiger un mandat autre qu'un mandat type. En outre, certaines démarches – comme demander des consultations, devenir tierce partie à un différend ou soumettre une question à arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord – ne requièrent aucune action de la part de l'ORD. Cela signifie qu'il n'est pas raisonnable de supposer qu'une procédure, simplement parce qu'elle est liée à un différend, est soumise au consensus négatif. Cela signifie aussi que la référence à l'article 7.4 de l'*Accord SMC* qui est faite au paragraphe 2 de l'Annexe V n'inclut pas une règle de décision par consensus négatif. En fait, cette référence indique simplement que l'établissement d'un groupe spécial est une condition préalable à l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V.

89. Les États-Unis s'élèvent en outre contre les affirmations de l'Union européenne selon lesquelles les termes "au titre de", "cas" et "questions" figurant à l'Annexe V signifient qu'une procédure au titre de cette annexe et l'établissement d'un groupe spécial ne sont pas séparés. L'expression "au titre du paragraphe 4 de l'article 7" précise simplement que l'Annexe V ne peut pas être invoquée quand un groupe spécial est établi au titre d'une autre disposition – comme l'article 4.4 de l'*Accord SMC* – et ne permet pas de penser que l'article 7.4 régit l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V ou la désignation d'un représentant de l'ORD en tant que facilitateur. En outre, puisqu'une "question" est une mesure spécifique et le fondement juridique d'une plainte, une procédure au titre de l'Annexe V n'est pas une "question", mais simplement "une étape procédurale qui peut avoir lieu dans le processus d'examen d'une question".[189] Le simple fait qu'une procédure au titre de l'Annexe V est liée à une question ne signifie pas que les règles en matière de prise de décisions sont les mêmes. Les États-Unis contestent par ailleurs l'hypothèse de l'Union européenne selon laquelle l'engagement d'une procédure de collecte de renseignements aura lieu une fois qu'un groupe spécial aura été établi. Le paragraphe 5 de l'Annexe V fixe un délai de 60 jours à compter de la date à laquelle la question a été portée devant l'ORD pour l'achèvement du processus de collecte de renseignements, sans tenir compte de la date réelle d'engagement de la procédure. Un tel délai n'indique pas que les règles d'établissement d'un groupe spécial (comme la règle du consensus négatif) s'appliquent à l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V.

90. Les États-Unis rejettent en outre les troisième et cinquième considérations de l'Union européenne selon lesquelles les liens textuels entre l'Annexe V et les dispositions de l'*Accord SMC* indiquent une règle du consensus négatif pour les décisions liées à l'Annexe V. Une "demande" d'un Membre peut déclencher une décision par consensus positif ou négatif au titre du Mémorandum d'accord. La meilleure démonstration en est donnée par l'article 6:1 du Mémorandum d'accord, en vertu duquel une "demande" d'établissement d'un groupe spécial requiert un consensus positif à la

[189] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 70.

première réunion de l'ORD au cours de laquelle la demande est présentée, alors qu'ensuite la même demande requiert un consensus négatif à la deuxième réunion de l'ORD. En outre, bien que le mot "procédure" qui figure au paragraphe 2 de l'Annexe V soit lié aux "règles et procédures" qui, comme le prévoient l'article 2:1 et l'Appendice 2 du Mémorandum d'accord, sont administrées par l'ORD, cela n'implique pas une règle du consensus négatif, parce que l'ORD administre de nombreuses procédures par voie de consensus positif, comme les décisions d'établir un groupe spécial unique ou de modifier les procédures pour des différends particuliers.

91. De l'avis des États-Unis, les deuxième, sixième, huitième, neuvième et dixième considérations de l'Union européenne agitent toutes le spectre d'une approche des procédures au titre de l'Annexe V fondée sur le consensus positif qui les rendrait "totalement inefficaces".[190] Rappelant que l'ORD a eu recours au consensus positif pour de nombreuses décisions relatives à des différends, y compris pour l'engagement de procédures au titre de l'Annexe V, les États-Unis font observer que l'"alarmisme"[191] de l'Union européenne est injustifié.

92. Pour les États-Unis, une règle du consensus positif s'accorde mieux avec la nature coopérative de l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V et de la désignation d'un représentant de l'ORD en tant que facilitateur. En fait, les États-Unis craignent qu'étant donné la structure de l'Annexe V, une règle du consensus négatif pour la désignation d'un facilitateur soit "inapplicable"[192], parce que l'Annexe V n'établit pas de procédures par défaut, sauf pour une supervision partielle par un représentant de l'ORD, qui a un pouvoir très limité. Les États-Unis s'inscrivent en faux contre l'argument de l'Union européenne selon lequel les rédacteurs de l'*Accord SMC* n'ont pas pu avoir l'intention de rendre l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V impératif tout en donnant à un Membre la possibilité de bloquer un tel engagement. Pour les États-Unis, les dispositions pertinentes – y compris l'article 2:4 du Mémorandum d'accord – traduisent simplement un équilibre du système et ne sont qu'une illustration des circonstances dans lesquelles l'ORD est censé agir, mais il doit le faire par consensus. Prendre des décisions par consensus impose aux Membres de collaborer pour trouver des solutions. Bien que cela puisse s'avérer difficile, la règle garantit que la solution trouvée serve les intérêts collectifs de tous les Membres.

93. Les États-Unis réfutent spécifiquement le sixième point de l'Union européenne – à savoir que l'existence de l'obligation générale de coopérer que le paragraphe 1 de l'Annexe V impose à tous les Membres confirme que l'engagement de la procédure doit être soumis au consensus négatif – parce

[190] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 75 (faisant référence à la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 33).
[191] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 75.
[192] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 59.

qu'il est impossible que les rédacteurs aient créé "une obligation de coopérer, mais un droit de ne rien faire".[193] Le paragraphe 1 de l'Annexe V crée une obligation généralisée de coopérer à la collecte des éléments de preuve qui est séparée et indépendante de la procédure envisagée au paragraphe 2. L'obligation s'applique même s'il n'y a pas de demande au titre du paragraphe 2 pour qu'une procédure soit engagée au titre de l'Annexe V et elle s'étend au-delà d'une telle procédure parce qu'elle vise aussi la fourniture des renseignements demandés par le groupe spécial au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord, la présentation de renseignements par les parties à l'appui de leurs arguments et toute autre procédure de collecte de renseignements au cours de la procédure de groupe spécial.

94. En ce qui concerne le huitième argument de l'Union européenne, les États-Unis soulignent que les conséquences de la non-coopération exposées aux paragraphes 6 à 9 de l'Annexe V sont en fait une reconnaissance explicite de la possibilité que les parties ne coopèrent pas et que ces conséquences – l'utilisation des meilleurs renseignements disponibles ou l'établissement d'inférences défavorables – sont essentiellement les mêmes que celles qui se rapportent à la non-coopération dans le contexte des procédures des groupes spéciaux. Par conséquent, le fait de bloquer une procédure au titre de l'Annexe V ne libère pas un Membre de son obligation de répondre à une demande de renseignements formulée par un groupe spécial ni ne le protège des conséquences d'un manquement à cette obligation.

95. Répondant spécifiquement au neuvième argument de l'Union européenne, les États-Unis font valoir qu'une procédure interne en matière de droits compensateurs ne s'apparente pas à une procédure au titre de l'Annexe V. Comme les autorités chargées de l'enquête dont les demandes de renseignements n'ont pas reçu de réponse satisfaisante, un groupe spécial peut s'appuyer sur les meilleurs renseignements disponibles quand une partie ne fournit pas les renseignements demandés. En outre, et s'agissant du dixième point de l'Union européenne, la présence ou l'absence d'une procédure au titre de l'Annexe V n'influe pas sur les capacités d'un groupe spécial de collecter des renseignements et les pouvoirs qu'il a d'utiliser les meilleurs renseignements disponibles et de faire des inférences défavorables.

96. En ce qui concerne l'objet et le but de l'*Accord SMC*[194], les États-Unis estiment qu'interpréter les dispositions pertinentes comme signifiant qu'une procédure au titre de l'Annexe V est engagée par consensus positif est conforme à l'objet et au but de l'*Accord SMC* du fait que cela exige une approche

[193] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 78 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 38).

[194] Les États-Unis rappellent qu'il a été considéré que l'objet et le but de l'*Accord SMC* étaient "de renforcer et d'améliorer les disciplines du GATT relatives à l'utilisation aussi bien des subventions que des mesures compensatoires, tout en reconnaissant, dans le même temps, le droit des Membres d'imposer de telles mesures à certaines conditions". (Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 83 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 64, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphes 73 et 74))

coopérative qui équilibre les besoins et les sensibilités de la partie plaignante et de la partie défenderesse. En revanche, accepter la position de l'Union européenne autoriserait la partie plaignante à dicter les règles procédurales. Cela est illustré par le fait que l'Union européenne va jusqu'à faire valoir que non seulement l'ORD désigne un représentant par consensus négatif, mais que la partie plaignante peut aussi choisir unilatéralement le candidat à ce poste.[195] De l'avis des États-Unis, un tel résultat romprait l'"équilibre délicat"[196] qu'établit l'*Accord SMC* entre les intérêts des parties plaignantes et ceux des parties défenderesses.

97. Enfin, les États-Unis demandent instamment à l'Organe d'appel de n'accorder aucun poids au recours de l'Union européenne à l'historique de la négociation de l'*Accord SMC* et à la proposition initiale concernant une procédure de collecte des renseignements. Ils s'inscrivent en faux contre l'argument de l'Union européenne selon lequel l'historique de la négociation indique "clairement" que "la procédure connexe au titre de l'Annexe V suivrait la même procédure"[197] que celle qui est exposée à l'article 7.4 de l'*Accord SMC*. En outre, les États-Unis soulignent que la proposition qu'ils avaient présentée au cours des négociations du Cycle d'Uruguay reposait sur l'absence "de mécanisme permettant de recueillir des renseignements, {ou} de moyen de s'assurer la coopération de la partie qui est en possession des renseignements nécessaires pour démontrer l'existence d'effets défavorables"[198] dans l'*Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* du Tokyo Round[199] (le "*Code des subventions du Tokyo Round*"). La situation est différente dans le cadre du Mémorandum d'accord qui, comme l'Organe d'appel l'a reconnu, confère aux groupes spéciaux le pouvoir de faire des inférences défavorables à partir du refus d'un Membre de fournir des renseignements et, par conséquent, représente une forte incitation à coopérer.[200]

[195] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 84 (faisant référence, entre autres, à la demande de décisions préliminaires des Communautés européennes, paragraphe 44).

[196] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 84 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 301 et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 115; et faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 64).

[197] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 85 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 45).

[198] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 86 (citant le document MTN.GNG/NG10/W/40, page 2).

[199] IBDD, S26/63, entré en vigueur le 1er janvier 1980.

[200] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 86 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 202).

2. Contribution financière – Champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*

98. Les États-Unis pensent comme le Groupe spécial que les transactions qui sont qualifiées à juste titre d'"achats de services" ne relèvent pas de l'article 1.1 a) 1) ni, par conséquent, de l'*Accord SMC*. À leur avis, cette constatation est "au-delà de tout reproche".[201]

99. Les États-Unis soulignent qu'une interprétation correcte de l'*Accord SMC* donne un sens à l'ensemble de ses termes et n'insère pas des mots ou des concepts qui n'y figurent pas.[202] En outre, comme l'a dit l'Organe d'appel, cela représente un "exercice holistique"[203] consistant à appliquer les règles d'interprétation pertinentes afin d'établir le sens des termes d'un traité de manière à donner effet aux intentions des parties. Les États-Unis font valoir que l'objet et le but du traité, qui sont exprimés à un "niveau de généralité élevé"[204], ne peuvent être placés au-dessus d'autres considérations. Tenter de donner une lecture qui inclut "achats de services" dans le texte de l'article 1.1 a) 1) "de manière à mettre en avant des objectifs "holistiques" devinés à partir de l'objet et du but" serait incompatible avec les principes d'interprétation des traités.[205] En outre, les États-Unis ne partagent pas l'avis selon lequel une interprétation qui "restreint le sens d'un terme"[206] va nécessairement à l'encontre de l'objet et du but de l'*Accord SMC*. En fait, conformément à la jurisprudence de l'Organe d'appel, l'objet et le but de l'*Accord SMC* correspondent à un "équilibre délicat"[207] qui est au cœur de l'Accord.

100. Pour les États-Unis, les critiques spécifiques de l'interprétation du Groupe spécial formulées par l'Union européenne ne constituent pas une base permettant d'inclure les achats de services dans le champ de l'*Accord SMC*. Premièrement, le Groupe spécial a entrepris un "examen attentif de l'ensemble du texte et du contexte, y compris la manière dont chaque disposition éclairait la portée des autres"[208] dans un type d'exercice holistique précédemment approuvé par l'Organe d'appel. Contrairement à ce que fait valoir l'Union européenne, le Groupe spécial a appliqué toutes les règles

[201] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 148.
[202] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 154 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 45; *Inde – Restrictions quantitatives*, paragraphe 94; *CE – Hormones*, paragraphe 181; *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation*, paragraphe 250; *États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier*, paragraphe 471; *CE – Linge de lit*, paragraphe 83; *CE – Matériels informatiques*, paragraphe 83; *CE – Volailles*, paragraphe 146; et *CE – Certaines questions douanières*, paragraphe 297).
[203] Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 399; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphes 268 et 273.
[204] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 155.
[205] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 155.
[206] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 156.
[207] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 301; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 115; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 64.
[208] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 158.

pertinentes d'interprétation des traités d'une manière compatible avec les indications de l'Organe d'appel.

101. Les États-Unis affirment en outre que le Groupe spécial a considéré à juste titre que la liste des catégories indiquées aux alinéas de l'article 1.1 a) 1) était "fermée"[209] et qu'elles se donnaient mutuellement un sens. Contrairement à d'autres dispositions de l'*Accord SMC* – y compris celles qui ont trait à l'"avantage" (articles 1.1 b) et 14) et aux subventions "subordonnées à l'exportation" (article 3.1 a)), qui contiennent une liste non exhaustive de termes qui précisent la portée de ces termes – la liste fermée des transactions incluses dans la définition d'une "contribution financière" figurant à l'article 1.1 a) 1) est structurée de telle sorte qu'une transaction qui ne relève pas d'une des catégories énumérées n'est pas visée par l'Accord. Pour les États-Unis, il faut savoir avec précision de quel alinéa relève la transaction spécifique, car cela a des répercussions pour d'autres aspects de l'analyse d'une subvention, comme l'avantage au titre de l'article 14 et la spécificité au titre de l'article 2.1.

102. Les États-Unis jugent "infondé"[210] le recours de l'Union européenne à une déclaration du Groupe spécial *Japon – DRAM (Corée)* selon laquelle certaines transactions pourraient être visées par plus d'un alinéa de l'article 1.1 a) 1). Bien qu'il ait reconnu la possibilité d'un chevauchement, le Groupe spécial n'a pas constaté que tel était le cas en ce qui concerne les achats de "biens". Puisque l'argument des Communautés européennes concernant l'"achat de services" impliquait nécessairement un tel chevauchement, il "ne pouvait pas être admis".[211] En outre, l'exemple des participations au capital social donné par l'Union européenne pour montrer qu'une transaction peut relever de deux catégories est "tout simplement dénué de pertinence"[212] dans le cas des achats de biens. En tout état de cause, les États-Unis ne partagent pas l'avis selon lequel les transactions comportant des participations au capital social constituent à la fois des achats de biens et des transferts directs de fonds, parce qu'ils n'acceptent pas la lecture que l'Union européenne fait des constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV* comme signifiant que "les droits de propriété peuvent être considérés comme des "biens"".[213] En outre, l'article 14 a) et 14 d), qui énonce deux principes directeurs "séparés et distincts" pour le calcul du montant d'une subvention en ce qui concerne respectivement une participation au capital social et l'achat de biens "démontre que

[209] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.955.
[210] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 163 (faisant référence à la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 115, qui fait référence au rapport du Groupe spécial *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 7.439).
[211] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 165.
[212] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 166.
[213] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 167 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 116, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphes 46 à 76).

les sens de ces deux expressions sont clairement distincts dans le contexte de l'Accord SMC" et qu'une participation au capital social ne peut relever que d'une seule catégorie.[214]

103. Les États-Unis approuvent la conclusion du Groupe spécial selon laquelle classer les "transferts directs de fonds" comme comprenant les "ach{ats de} biens" rendrait "redondante et inutile"[215] la référence explicite figurant à l'alinéa iii), résultat que n'autorisent pas les règles d'interprétation des traités. L'Union européenne tente d'éviter la conclusion d'inutilité en posant en principe que l'expression "ach{ats de} biens" vise les transactions qui, autrement, ne relèveraient pas de l'*Accord SMC*, comme dans les cas où les pouvoirs publics promettent d'appliquer un traitement préférentiel en échange de la fourniture de biens par une société privée.[216] De l'avis des États-Unis, cela ne constitue pas une base permettant d'attribuer un sens indépendant à l'expression "ach{ats de} biens".[217] Les États-Unis se demandent s'il s'agirait même d'un "achat", puisque l'Union européenne ne fournit aucun élément de preuve indiquant que de telles transactions ont lieu ou que les rédacteurs souhaitaient viser ces transactions.

104. Les États-Unis affirment en outre que l'interprétation de l'Union européenne ne tient pas compte de l'objet et du but de l'*Accord SMC*, qui "correspondent à un équilibre délicat entre les Membres qui voulaient imposer plus de disciplines à l'utilisation des subventions et ceux qui voulaient en imposer davantage à l'application des mesures compensatoires".[218] Ils ne souscrivent pas à la description que fait l'Union européenne de déclarations antérieures de l'Organe d'appel concernant l'objet et le but de l'*Accord SMC*, parce qu'il en résulte "une évaluation partiale des disciplines relatives aux subventions qui ne prendrait pas en compte ou réduirait au minimum les dispositions qui … "reconnaiss{ent} … le droit des Membres d'imposer de telles mesures à certaines conditions"".[219]

105. Les États-Unis ne partagent pas l'avis selon lequel l'analyse du Groupe spécial crée les "failles" envisagées par l'Union européenne. En fait, le Groupe spécial était conscient que le risque existait que les Membres qualifient leurs transactions d'"achats de services" afin d'échapper aux disciplines prévues par l'*Accord SMC* et il s'est dit confiant que cela serait détecté par les groupes

[214] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 168.
[215] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.956.
[216] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 170 (faisant référence à la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 117).
[217] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 172.
[218] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 173 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 301, qui cite le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 115).
[219] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 173 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 301; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 64).

spéciaux de l'OMC et les autorités chargées de l'enquête.[220] Les préoccupations concernant un contournement n'ont pas lieu d'être ici parce que l'accent est mis uniquement sur les transactions "*qualifiées à juste titre*" d'"achats de services".[221] Les États-Unis prennent note en outre de l'argument de l'Union européenne selon lequel l'analyse du Groupe spécial permettrait aux Membres de se soustraire à l'*Accord SMC* en demandant un service à un producteur de biens "en échange … d'un transfert de fonds, de l'abandon de recettes publiques normalement exigibles ou de la fourniture de biens et de services".[222] Ils ne sont pas convaincus que ces "scénarios"[223] présentent une menace de contournement.

106. Dans le cas du scénario dans lequel les pouvoirs publics fournissent un service en échange d'un "transfert de fonds", les États-Unis nient qu'un "contournement" se produirait, parce que la transaction qui en résulte: soit i) ne serait pas une contribution financière (parce qu'elle constitue un "achat de services"); soit ii) serait un autre type de contribution financière (comme un don s'accompagnant de services accessoires); soit iii) serait un transfert net de fonds aux pouvoirs publics, qui n'est pas visé par l'*Accord SMC*.[224] En ce qui concerne le scénario dans lequel des services sont fournis en échange de l'abandon de recettes publiques normalement exigibles, les États-Unis notent qu'il pourrait s'agir d'une transaction qualifiée à juste titre d'"achat de services" ou d'une contribution financière s'accompagnant d'un "service accessoire", mais qu'une telle détermination dépendrait d'un examen détaillé des faits.[225] Enfin, pour ce qui est du scénario dans lequel les pouvoirs publics fournissent des biens et des services en échange de la fourniture de biens par un producteur, les États-Unis se réfèrent aux constatations formulées ailleurs dans le rapport du Groupe spécial, selon lesquelles de telles transactions constituent une "fourniture", plutôt que des "achats", de services, ce qui rend "{ir}réalistes" les préoccupations de l'Union européenne au sujet d'un contournement.[226]

107. Par conséquent, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel de confirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les transactions qualifiées à juste titre d'"achats de services" sont exclues du champ de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*.

[220] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 175 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.960).
[221] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 175 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.960 (en italique dans l'original)).
[222] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 119.
[223] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 178.
[224] Voir la communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphes 179 à 182.
[225] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 183.
[226] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 184.

3. Spécificité – Répartition des droits de brevet

108. Les États-Unis notent que l'Union européenne ne conteste pas la déclaration du Groupe spécial selon laquelle "la répartition des droits de brevet est uniforme … en ce qui concerne tous les départements et organismes publics des États-Unis, pour toutes les entreprises de tous les secteurs".[227] Selon les États-Unis, cela devrait clore l'analyse au titre de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*. Contrairement à ce que fait valoir l'Union européenne, rien dans l'*Accord SMC* n'étaye l'idée qu'un traitement uniforme devient spécifique quand certains organismes publics, comme la NASA et l'USDOD, accordent un tel traitement conformément à des contrats et accords soumis à des règles procédurales propres à ces organismes.[228]

109. Les États-Unis font observer en outre que bien que le Groupe spécial soit parvenu à sa décision avant que l'Organe d'appel ait publié ses rapports dans les affaires *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)* et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'analyse du Groupe spécial "suit les lignes tracées dans ces rapports".[229] Le Groupe spécial a examiné à juste titre tous les instruments juridiques à tous les niveaux des pouvoirs publics et a procédé à une "évaluation détaillée"[230], examinant chaque instrument individuellement et le considérant en tant qu'élément d'un "cadre" plus général.[231] Il a en outre examiné si les autorités ou la législation imposaient des limitations concernant l'accès à la subvention alléguée et a constaté que tel n'était pas le cas. Enfin, de l'avis des États-Unis, le Groupe spécial a conclu – sans toutefois utiliser ces mots précis – que "les éléments de preuve examinés indiqu{aient} sans équivoque qu'il y {avait} … non-spécificité, en droit"[232] au regard de l'article 2.1 a), rendant inutile une analyse plus approfondie.

110. Les États-Unis affirment que l'Union européenne interprète mal l'article 2.1 de l'*Accord SMC* en demandant une analyse fondée sur un sous-ensemble de la législation des États-Unis se rapportant aux contributions financières contestées. Le "vice fondamental" de l'approche adoptée par l'Union européenne est son insistance pour qu'au titre de l'article 2.1 a), "la seule "autorité qui accorde la subvention" aux fins de l'analyse de la spécificité soit l'entité qui a conféré directement la contribution financière alléguée au bénéficiaire allégué".[233] Si de multiples autorités participent au processus

[227] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1276.
[228] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 115.
[229] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 124.
[230] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 126.
[231] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1293.
[232] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 126 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 371; et le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 945).
[233] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 128.

d'octroi de la subvention, rien dans le texte de l'article 2.1 a) n'empêche un groupe spécial de considérer que toutes ces autorités sont collectivement "l'autorité qui accorde la subvention". Les États-Unis affirment que l'Union européenne a également fait erreur en ne reconnaissant pas que l'article 2.1 a) "ne restreint pas l'analyse à l'autorité qui accorde la subvention *ou* à la législation, mais en fait "autorise un examen de l'une et de l'autre, selon qu'il convient ".[234]

111. Les États-Unis sont d'accord avec l'Union européenne sur le sens ordinaire de l'expression "autorité qui accorde la subvention"[235], mais ils rejettent la conclusion de l'Union européenne selon laquelle l'"autorité qui accorde la subvention" désigne uniquement l'entité gouvernementale qui a établi le document conférant la contribution financière qui est à la base de la subvention. L'Union européenne n'examine pas la définition complète du mot "autorité", qui peut comporter "*un ou plusieurs* de "ceux qui exercent un pouvoir ou un contrôle" ("*{t}hose in power or control*") sur la subvention alléguée".[236] Le contexte fourni par l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* – qui fait référence aux "pouvoirs publics ou {à} tout organisme public" – confirme la précédente conclusion. L'article 2.1 de l'*Accord SMC* définit l'analyse de la spécificité dans des termes différents, parce qu'il fait référence à "l'autorité qui accorde la subvention". Ce changement de terminologie "recentre l'analyse sur l'"autorité" chargée d'accorder la subvention et l'éloigne de l'acte mécanique consistant à apporter la contribution".[237] En réponse à l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle un Membre ne peut pas être une autorité qui accorde la subvention parce que dans l'*Accord SMC* le terme "Membre" est utilisé dans certains contextes et le terme "autorité" dans d'autres, les États-Unis font valoir que le terme "autorité" est "conceptuellement plus large" – il peut recouvrir une entité ou des

[234] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 128. (italique dans l'original) Les États-Unis notent que l'Organe d'appel a souligné que dans le texte introductif de l'article 2.1, l'emploi du terme "principes" – au lieu, par exemple, du terme "règles" – "donn{ait} à penser que les alinéas a) à c) {devaient} être considérés à l'intérieur d'un cadre analytique qui reconnaît et accorde un poids approprié à chaque principe". (*Ibid*., paragraphe 132 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 366; et le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 942))

[235] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 129 (faisant référence à la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 72).

[236] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 129 (citant *The New Shorter Oxford English Dictionary*, 4th edn., L. Brown (ed.) (Clarendon Press, 1993), Vol. 1, page 151). (italique ajouté par les États-Unis) Les États-Unis notent en outre que l'Organe d'appel est parvenu pour l'essentiel à la même conclusion quand il a constaté dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)* que, pour examiner la spécificité au titre de l'article 2.1 a), "une analyse factuelle correcte" était "fondée sur la totalité des éléments de preuve, *à tous les niveaux des pouvoirs publics*". (*Ibid*., paragraphe 129 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 400) (italique ajouté par les États-Unis))

[237] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 130.

entités multiples à divers niveaux – alors que le terme "Membre" fait exclusivement référence au Membre dans son ensemble".[238]

112. Les États-Unis rejettent l'idée que l'article 2.1 a) crée un choix binaire, exclusif entre "l'autorité qui accorde la subvention" et "la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit". Au contraire, ils considèrent que l'expression "autorité qui accorde la subvention" appelle un "examen, selon qu'il sera approprié, de l'autorité, de la législation, ou des deux".[239] En outre, les États-Unis rejettent l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial a fondé sa conclusion relative à la non-spécificité sur "une "politique" globale liée aux droits de propriété intellectuelle dans les contrats des pouvoirs publics".[240] Le Groupe spécial a fondé sa conclusion sur des prescriptions juridiques et rien dans son raisonnement ne permet de penser qu'un Membre de l'OMC pourrait s'appuyer, comme le craint l'Union européenne, sur une politique générale "pour aller à l'encontre de la spécificité pour un traitement différencié entre les secteurs".[241]

113. S'agissant des arguments de l'Union européenne concernant la NASA, les États-Unis notent que si l'Union européenne veut laisser entendre que "la Loi sur l'espace et ses règlements d'application sont la *seule* législation en vertu de laquelle la NASA agit, elle a tort".[242] Au contraire, la NASA agit en vertu de mesures additionnelles – la Loi de 1980 portant modification de la Loi sur les brevets et les marques[243] ("Loi Bayh-Dole"), le Mémorandum présidentiel de 1983[244] et le Décret de 1987[245] – et ces instruments "font partie de la "législation" qui peut indiquer la spécificité ou la non-spécificité aux fins de l'article 2.1 a)".[246] L'Union européenne ne trouve rien dans l'*Accord SMC* "qui empêche d'examiner tout l'éventail des mesures qui influent sur l'octroi d'une subvention par une autorité".[247] Elle se focalise à tort sur l'"autorité qui accorde la subvention" par opposition à la subvention et aux limitations concernant l'accès à celle-ci. Les États-Unis font observer que les contrats et les instruments d'abandon de la NASA ne "limitent pas l'accès"[248] à la subvention alléguée, à Boeing ou à l'industrie aérospatiale. D'autres entreprises d'autres branches de production peuvent avoir accès aux

[238] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 131.
[239] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 132.
[240] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 133 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 70).
[241] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 134.
[242] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 137. (italique dans l'original)
[243] Codifiée dans le *United States Code*, Titre 35, chapitre 18, articles 200 à 212 (Patent Rights in Inventions Made with Federal Assistance) (pièce EC-558 présentée au Groupe spécial).
[244] Memorandum to the Heads of Executive Departments and Agencies: Government Patent Policy, Public Papers 248, 18 février 1983 (pièce EC-560 présentée au Groupe spécial).
[245] Executive Order 12591, Facilitating Access to Science and Technology, 10 avril 1987 (pièce EC-561 présentée au Groupe spécial).
[246] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 137. (note de bas de page omise)
[247] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 137.
[248] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 139.

mêmes droits en passant des contrats avec d'autres organismes. Les États-Unis estiment en outre que "{l}e simple fait que les {Communautés européennes} se soi{ent} intéressée{s} à deux organismes {n'empêchait pas} le Groupe spécial d'examiner la disponibilité d'un traitement identique dans l'ensemble des pouvoirs publics des États-Unis".[249]

114. S'agissant de l'USDOD, les États-Unis affirment que les "tentatives de dépeindre la répartition des droits de brevets … comme étant spécifique {faites par l'Union européenne} sont encore moins recevables que ses arguments concernant la NASA, parce que {l'US}DOD n'a même pas ses propres lois et règlements dans ce domaine".[250] L'USDOD suit les règlements généraux applicables à tous les organismes en vertu du *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, articles 27.300 à 27.306.[251] Le rôle qu'il joue dans la passation de contrats "ne signifie pas qu'il est la seule autorité qui accorde la subvention, ni qu'il limite l'accès à la subvention alléguée … auprès d'autres organismes dans d'autres secteurs".[252] Il ne signifie pas non plus que "la législation en vertu de laquelle la répartition des droits de brevets a lieu est {} spécifique".[253] L'USDOD, comme tous les organismes, est "*tenu* d'autoriser ses contractants à "conserver" la propriété des inventions"[254] et ne peut faire autrement que "dans des circonstances exceptionnelles".[255] L'exception, toutefois, ne modifie pas l'analyse au titre de l'article 2.1 a), parce que "*tous* les organismes ont le même pouvoir".[256] Les arguments de l'Union européenne "ne justifient aucunement qu'un examen de la spécificité soit effectué isolément pour chaque organisme"[257] et, par conséquent, ne peuvent pas servir de base à l'Organe d'appel pour infirmer les constatations du Groupe spécial sur la spécificité.

115. À l'audience, les États-Unis ont rejeté l'argument de l'Union européenne selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en n'examinant pas les affirmations concernant la spécificité *de facto* qu'elle avait formulées au titre de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*. À leur avis, il n'y avait pour le Groupe spécial aucun engagement pertinent à examiner. L'article 2.1 c) définit l'analyse de la spécificité comme devant répondre à la question de savoir s'il y a eu "octroi à certaines entreprises de montants de subvention disproportionnés".[258] En conséquence, le caractère disproportionné dépend de la subvention, et non des autorités particulières qui accordent la subvention. Les affirmations de

[249] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 140.
[250] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 142.
[251] (Patent Rights under Government Contracts (Droits de brevet dans le cadre des contrats publics)) (pièce EC-559 présentée au Groupe spécial).
[252] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 143.
[253] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 143.
[254] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 144. (italique dans l'original)
[255] *United States Code*, Titre 35, chapitre 18, article 202 (Disposition of rights) (pièce US-137 présentée au Groupe spécial).
[256] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 144. (italique dans l'original)
[257] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 147.
[258] Déclaration orale des États-Unis à la première séance de l'audience.

l'Union européenne ne portaient que sur les contrats de la NASA et de l'USDOD, qui ne fournissaient aucun renseignement en ce qui concerne la subvention accordée par d'autres entités et ne contenaient par conséquent aucun renseignement pertinent aux fins de l'évaluation du caractère disproportionné.

4. Effets défavorables

116. Les États-Unis soutiennent que les deux motifs d'appel de l'Union européenne concernant la décision du Groupe spécial de ne pas agréger des effets de certains groupes de subventions "sont dénués de fondement".[259] L'"interprétation extrêmement large"[260] des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* par l'Union européenne, qui revient à exiger une évaluation cumulative dans tous les cas, est incompatible avec le texte de ces dispositions, ainsi qu'avec l'interprétation antérieure desdites dispositions par l'Organe d'appel.

a) Évaluation collective des subventions pour la R&D aéronautique et des réductions du taux de l'impôt B&O, et de leurs effets

117. Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a évalué à juste titre les effets des subventions pour la R&D aéronautique séparément de ceux des réductions du taux de l'impôt B&O. L'approche du Groupe spécial est admissible au titre des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* et compatible avec l'interprétation de ces dispositions par l'Organe d'appel, qui affirme que les groupes spéciaux jouissent "d'un certain pouvoir discrétionnaire pour choisir une méthode appropriée" afin de déterminer les effets défavorables et qu'il "peut être nécessaire de déterminer le caractère approprié d'une méthode particulière au cas par cas".[261] Les États-Unis font observer en outre que bien que l'Union européenne s'appuie à maintes reprises sur le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, ce groupe spécial s'est abstenu d'agréger les subventions non subordonnées aux prix avec les subventions subordonnées aux prix, parce que les premières étaient "d'une nature différente, et {avaient} donc un effet différent".[262]

118. Les États-Unis considèrent qu'en l'espèce, étant donné l'argumentation et les éléments de preuve qui lui ont été présentés concernant les natures fondamentalement différentes des subventions pour la R&D aéronautique et des réductions du taux de l'impôt B&O, le Groupe spécial a choisi une méthode appropriée fondée sur "la nature, la conception et le fonctionnement des subventions en cause, les phénomènes sur le marché allégués et la mesure dans laquelle les subventions sont

[259] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 187.
[260] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 190.
[261] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1376.
[262] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1307.

accordées en ce qui concerne un ou des produits particuliers".[263] Le Groupe spécial a structuré son analyse des effets défavorables à la lumière des allégations des Communautés européennes concernant la nature des diverses subventions et leurs effets sur le comportement commercial de Boeing. Devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont établi une "distinction catégorique"[264] entre les subventions dont il est allégué qu'elles réduisent les coûts marginaux unitaires de Boeing et toutes les autres subventions en cause, et n'ont jamais allégué que les réductions du taux de l'impôt B&O avaient un quelconque effet "sur la technologie" ou autre effet sur la capacité de Boeing de lancer le 787 en 2004. Le Groupe spécial a évalué à juste titre les effets de ces deux groupes de subventions séparément et a considéré à juste titre qu'il "ne fai{sait} aucun doute que les deux groupes de subventions fonctionn{aient} selon des mécanismes de causalité entièrement différents".[265]

119. Les États-Unis ajoutent que l'approche du Groupe spécial est conforme aux points de vue exprimés par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a mis en évidence deux méthodes qui visent à rendre compte des effets combinés de subventions multiples: i) une évaluation "agrégée", dans laquelle les effets de subventions multiples sont évalués collectivement et simultanément; et ii) une évaluation "complémentaire", dans laquelle les effets d'un groupe de subventions très semblables sont d'abord analysés et qui permet ensuite, si ce premier groupe de subventions a un rapport de causalité "réel et substantiel" avec les phénomènes sur le marché allégués, de déterminer si un deuxième groupe de subventions a un "lien de causalité réel" avec les mêmes phénomènes sur le marché, de telle sorte que ce deuxième groupe "compl{ète} ou amplifi{e}" le premier.[266] L'Organe d'appel a approuvé l'application de cette dernière méthode par le Groupe spécial, tout en soulignant la nécessité d'établir un "lien de causalité réel" pour chaque subvention.[267] Les États-Unis croient comprendre que l'Organe d'appel a considéré que les deux méthodes d'évaluation des effets de subventions multiples devaient viser à déterminer si les diverses subventions fonctionnaient selon le même mécanisme de causalité pour causer des effets défavorables et a reconnu qu'il était important de veiller à ne pas constater que des subventions ayant peu ou n'ayant pas de rapport de causalité causaient des effets défavorables simplement parce qu'elles étaient groupées avec des subventions qui avaient effectivement un lien de causalité réel et substantiel avec les effets allégués. En l'espèce, le Groupe

[263] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 196 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1376).
[264] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 197.
[265] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.
[266] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1378 et 1379.
[267] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 200 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1378 et 1379).

spécial a agrégé toutes les subventions dont il était allégué qu'elles fonctionnaient selon le mécanisme de causalité consistant à renforcer la capacité de Boeing de lancer le 787, à savoir les subventions pour la R&D aéronautique. Étant donné que le Groupe spécial n'a pas constaté que les subventions pour la R&D aéronautique avaient des "effets sur les prix" consistant à amener Boeing à réduire le prix de vente du 787, et puisque les réductions du taux de l'impôt B&O, de par leur nature, leur conception et leur fonctionnement, n'avaient pas influé sur le lancement du 787 par Boeing et qu'il n'y a pas eu d'allégation en ce sens, les États-Unis estiment que le Groupe spécial a eu raison de ne pas les inclure dans son analyse des effets des subventions pour la R&D aéronautique.

120. Les États-Unis font valoir que rien n'étaye l'"interprétation extrêmement large" des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* proposée par l'Union européenne, qui revient à dire que "ces dispositions exigent une évaluation cumulative *dans tous les cas*".[268] Une telle règle n'est pas étayée par le texte des articles 5 et 6.3 et est incompatible avec l'interprétation que l'Organe d'appel a donnée de ces dispositions dans des affaires antérieures. Les États-Unis font observer que la référence qui est faite, à l'article 5, à "l'une quelconque des subventions" et celles qui sont faites, à chacun des alinéas de l'article 6.3, à l'effet de la subvention ("la subvention a pour effet/la subvention se traduit par") sont au singulier. Cela correspond à la prescription selon laquelle un "rapport réel et substantiel de cause à effet" ou un "lien de causalité réel" doit être établi entre toute subvention particulière dont l'existence a été constatée et tout effet défavorable dont l'existence a été constatée[269], plutôt qu'à l'idée de l'Union européenne selon laquelle "ces dispositions soumettent à une discipline l'incidence *collective* de *toutes* les subventions apportant des avantages au produit subventionné sur le marché en question".[270] Bien qu'il puisse être vrai que "{l}e texte {des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC*} ne fait même pas référence à un quelconque "mécanisme" ou une quelconque manière dont les subventions causent des effets défavorables"[271], il est également vrai que le texte de ces dispositions ne fait pas référence à des subventions qui complètent et amplifient l'"effet produit" d'autres subventions. Néanmoins, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a constaté qu'il était admissible que le Groupe spécial examine, dans son analyse des effets défavorables, si des subventions multiples complétaient et amplifiaient un "effet produit" particulier.[272] Les États-Unis rappellent, à cet égard, que "l'article 6.3 c) impos{e} l'établissement d'un lien de causalité entre les

[268] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 203 (faisant référence à la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 205 et 206). (italique dans l'original)

[269] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 204 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 438; et au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1376 et 1378).

[270] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 205. (italique dans l'original)

[271] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 207.

[272] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 207 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1378 et 1381 à 1409).

subventions et les situations particulières du marché dont l'existence {est} alléguée au titre de cette disposition"[273], mais la méthode précise à utiliser pour établir ce lien de causalité n'est pas spécifiée dans l'*Accord SMC*.

121. Les États-Unis ajoutent que l'interprétation proposée par l'Union européenne va à l'encontre de la constatation formulée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* et affaiblirait le "pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la méthode"[274] dont les groupes spéciaux disposent dans leur analyse des effets défavorables et ne tiendrait pas compte du fait que la détermination sur le point de savoir si une évaluation cumulative est appropriée est, par nature, propre à chaque cas. Une telle détermination est "fonction d'un certain nombre de facteurs et de circonstances factuelles tels que la nature, la conception et le fonctionnement des subventions en cause, les phénomènes sur le marché allégués et la mesure dans laquelle les subventions sont accordées en ce qui concerne un ou des produits particuliers".[275] Les États-Unis soulignent à cet égard que dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial "était tenu de faire plus que simplement constater que deux subventions ou davantage "favoris{aient} le même produit subventionné et {avaient} une incidence négative sur la concurrence sur le marché en cause"".[276] Ils croient comprendre que l'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial était tenu d'établir que les subventions non AL/FEM avaient un "lien de causalité réel" avec le même mécanisme de causalité selon lequel fonctionnait l'AL/FEM (la capacité d'Airbus de lancer ses modèles de LCA) de telle sorte qu'elles causaient les effets défavorables allégués de la *même* manière que les subventions AL/FEM.[277] Pour toutes ces raisons, les États-Unis estiment que l'Organe d'appel devrait rejeter l'"approche analytique uniforme"[278] de l'Union européenne selon laquelle l'agrégation ou le cumul est exigé dans tous les cas.

[273] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 207 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1231).
[274] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 208.
[275] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 209 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1376).
[276] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 210 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 206; et faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1376).
[277] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 210. Les États-Unis citent la déclaration suivante faite par l'Organe d'appel au paragraphe 1379 de son rapport dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*: "{L}'approche adoptée par le Groupe spécial pour analyser le lien de causalité ne le dispensait pas d'établir l'existence d'un lien de causalité réel entre les différentes catégories de subventions non AL/FEM et la capacité d'Airbus de lancer et de mettre sur le marché ses modèles de LCA, *causant* ainsi, *de même*, le détournement et les pertes notables de ventes de LCA de Boeing pendant la période de référence". (italique ajouté par les États-Unis)
[278] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 211.

b) Évaluation collective des subventions fiscales liées et des subventions restantes, et de leurs effets

122. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en s'abstenant d'agréger les subventions restantes et les subventions fiscales liées dans son analyse des effets défavorables. En conséquence, l'Organe d'appel devrait rejeter la demande de l'Union européenne visant à infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions restantes ne causent pas d'effets défavorables, ainsi que son autre demande visant à ce que l'Organe d'appel constate que, quand elles sont agrégées avec les subventions fiscales liées (ou les subventions pour la R&D aéronautique), les subventions restantes causent aussi des effets défavorables. Les États-Unis font observer qu'il y a implicitement dans cette demande de compléter l'analyse une demande visant à ce que l'Organe d'appel constate que les subventions restantes ont amené Boeing à offrir des réductions de prix particulières pour des produits subventionnés particuliers, or l'Union européenne n'indique aucune constatation factuelle ni aucun fait non contesté qui étayerait une telle constatation. La déclaration d'appel de l'Union européenne ne contient pas non plus de demande visant à ce que l'Organe d'appel complète l'analyse en ce qui concerne cette constatation du Groupe spécial.

123. De l'avis des États-Unis, l'Union européenne fonde son appel sur deux arguments viciés. Le premier s'appuie de façon incorrecte sur les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Coton upland* et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, et le second incorpore par référence l'interprétation viciée des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* selon laquelle ces articles imposent l'évaluation collective de "*toutes* les subventions apportant des avantages au produit subventionné sur le marché en question".[279] En réponse au dernier de ces arguments, les États-Unis s'appuient sur leur réponse, résumée plus haut, à l'interprétation de ces dispositions que l'Union européenne a proposée dans le contexte de son appel de la décision du Groupe spécial de ne pas agréger les effets des subventions pour la R&D aéronautique avec les effets des subventions B&O sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.

124. Les États-Unis observent que l'Union européenne cite le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, qui a constaté qu'un "examen intégré des effets de toutes subventions" était autorisé dans des circonstances où ces subventions avaient "un lien suffisant" avec i) "le produit subventionné" et ii) "la variable particulière axée sur les effets qui {faisaient} l'objet de l'examen"[280], et affirme que "{l}es subventions restantes en l'espèce satisfont à ces prescriptions".[281] Ils qualifient cette affirmation

[279] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 205. (italique dans l'original)
[280] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 227 (citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1192).
[281] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 228.

d'"incorrecte"[282] pour deux raisons principales. Premièrement, aucun lien suffisant entre les subventions restantes et les produits subventionnés n'a été établi. Sur la base des arguments des Communautés européennes, le Groupe spécial a défini trois groupes séparés de produits subventionnés. Il a constaté que les subventions restantes, "contrairement aux subventions {liées} relatives à l'impôt … ne se rapport{aient} pas directement à la production ou à la vente de LCA par Boeing"[283] et l'Union européenne elle-même admet que les subventions restantes ne sont pas liées à la production des LCA de Boeing. Le simple fait que les subventions restantes ont été reçues par la division des LCA de Boeing ne dit pas grand-chose au sujet de l'existence d'un quelconque lien entre ces subventions et l'un quelconque des trois groupes de produits subventionnés et, comme les États-Unis l'ont fait valoir devant le Groupe spécial, "les manières dont Boeing a supposément utilisé les subventions alléguées sont fondamenta{les} pour leurs arguments relatifs au lien de causalité"; "{o}r ces "éléments de preuve" sont pour l'essentiel inexistants".[284] En outre, le Groupe spécial n'a jamais souscrit à l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle les subventions restantes conféraient l'équivalent de liquidités additionnelles. Deuxièmement, les subventions restantes n'ont pas d'incidence sur la même "variable axée sur les effets" que les subventions fiscales liées, à savoir le prix. Le Groupe spécial a rejeté les deux bases sur lesquelles repose la théorie de la causalité des Communautés européennes concernant les effets sur les prix qu'ont les subventions restantes et les autres subventions non récurrentes – c'est-à-dire i) le modèle Cabral d'effets sur les prix[285] et ii) les arguments des Communautés européennes selon lesquels Boeing n'aurait pas été économiquement viable sans les subventions.[286] Les États-Unis font observer que le Groupe spécial a néanmoins tenu compte à juste titre de ses constatations sur la nature et l'importance des subventions restantes pour évaluer leurs effets et parvenir à la conclusion que les éléments de preuve étaient tout simplement insuffisants pour étayer l'allégation selon laquelle les subventions restantes ont une incidence sur le prix de tout produit subventionné.

125. Les États-Unis rejettent en outre la tentative de l'Union européenne de s'appuyer sur une déclaration du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* pour étayer l'idée qu'"un groupe spécial ne doit pas dissocier son analyse des effets défavorables de telle sorte qu'il ne peut pas tenir compte de l'effet combiné sur le marché des subventions qui

[282] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 213.
[283] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1827.
[284] Voir le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3786 relative au paragraphe 7.1828 (faisant référence aux observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 301 du Groupe spécial, paragraphes 601 et 602).
[285] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1832. Le modèle Cabral est expliqué en détail dans l'Appendice VII.F.2 du présent rapport, page 862.
[286] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1831.

collectivement accroissent les liquidités de Boeing et sa capacité de baisser le prix des LCA".[287] Ils soulignent que le Groupe spécial n'a pas constaté que les subventions restantes ou les subventions fiscales liées "accroissaient les liquidités de Boeing", et encore moins qu'elles le faisaient "collectivement", et qu'il a rejeté tous les arguments des Communautés européennes selon lesquels les subventions restantes "accroissaient" la "capacité {de Boeing} de baisser le prix des LCA".[288] Cela contraste nettement avec la situation dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* dans laquelle l'Organe d'appel a confirmé les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les subventions non AL/FEM complétaient et amplifiaient les effets des subventions AL/FEM. Les circonstances du présent différend sont, en fait, plus comparables à celles dans lesquelles l'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* parce qu'"une constatation générale selon laquelle elles avaient permis à Airbus de développer "des caractéristiques et des aspects" de ses LCA en suivant un calendrier qu'elle n'aurait sinon pas pu respecter ne fournit pas une base suffisante pour déterminer que les subventions pour la {recherche et le développement technologique ("R&DT")} complétaient et amplifiaient l'"effet produit" de l'AL/FEM en permettant à Airbus de lancer des modèles particuliers de LCA".[289] De même, ici, l'allégation générale des Communautés européennes selon laquelle les subventions restantes "constituent l'équivalent fonctionnel de liquidités additionnelles à la disposition de la division des LCA de Boeing"[290] – que le Groupe spécial n'a pas acceptée – n'aurait pas pu fournir une base suffisante pour déterminer que ces subventions complètent et amplifient l'effet des subventions fiscales liées en permettant à Boeing de réduire le prix de chaque aéronef qu'elle fabrique et vend. Par conséquent, estiment les États-Unis, l'approche adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* confirme que le Groupe spécial en l'espèce a eu raison de s'abstenir d'agréger les subventions fiscales liées et les subventions restantes.

5. Article 11 du Mémorandum d'accord

126. Les États-Unis soutiennent en outre que le Groupe spécial a agi d'une manière compatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord quand il a constaté qu'il n'était pas en mesure de déterminer si certaines subventions RDT&E de l'USDOD causaient les effets défavorables allégués.

---

[287] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 217 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 226).

[288] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 218 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1829 à 7.1832).

[289] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1407.

[290] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 228.

127. Les États-Unis estiment que l'allégation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial aurait dû lui ménager une possibilité de réagir à l'approche qu'il avait adoptée ou de demander aux États-Unis les renseignements nécessaires est dénuée de fondement. Tout d'abord, les parties ne sont pas habilitées à formuler des observations sur les révisions apportées par un groupe spécial à son rapport intérimaire parce que, sinon, "le stade de l'examen intérimaire {deviendrait} un cycle potentiellement infini d'observations et de modifications".[291] En tout état de cause, les États-Unis maintiennent qu'en l'espèce, les Communautés européennes ont eu toutes les possibilités voulues de fournir leurs éléments *prima facie*, puisque le Groupe spécial a ménagé aux parties la possibilité de présenter des observations sur le rapport intérimaire et tenu compte de ces observations dans le rapport final, conformément à l'article 15:3 du Mémorandum d'accord.

128. En outre, les États-Unis soutiennent que l'approche du Groupe spécial n'était pas "inattendue"[292] ni "surprenante"[293], parce que les Communautés européennes avaient été "clairement avisées"[294] que les programmes RDT&E de l'USDOD finançaient des catégories différentes d'instruments contractuels qui pouvaient être traitées différemment au titre de l'article premier de l'*Accord SMC*. Plusieurs des questions posées par le Groupe spécial aux parties font apparaître la préoccupation du Groupe spécial au sujet des différentes implications juridiques des divergences entre les catégories d'instruments juridiques sur lesquelles reposent les subventions alléguées. Par conséquent, le Groupe spécial a procédé à une évaluation objective des arguments et des éléments de preuve présentés par les parties et, ayant constaté que les instruments d'aide, mais pas les contrats d'achat, étaient des subventions "spécifiques", a conclu à juste titre qu'il pouvait uniquement formuler des constatations d'effets défavorables au sujet des programmes RDT&E de l'USDOD pour lesquels il disposait d'éléments de preuve patents indiquant les effets des instruments d'aide – à savoir les programmes ManTech et DUS&T. L'Union européenne se méprend sur l'analyse du Groupe spécial en faisant valoir que celui-ci a limité ses constatations à deux programmes RDT&E de l'USDOD. En fait, le Groupe spécial a dit clairement que son analyse des effets défavorables concernait tous les programmes RDT&E, mais que les Communautés européennes n'avaient pas présenté d'arguments ni d'éléments de preuve en ce qui concerne les effets des subventions relevant de tous les programmes RDT&E de l'USDOD en cause, sauf deux.

129. Les États-Unis affirment que le Groupe spécial n'avait aucune obligation au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord "de collecter des renseignements au nom de la partie

[291] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 223.
[292] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 244.
[293] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 247.
[294] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 227.

plaignante".[295] En outre, ils n'ont pas manqué de coopérer au processus de collecte des renseignements, parce qu'ils se sont conformés aux décisions pertinentes de l'ORD au titre de l'Annexe V de l'*Accord SMC* et ont longuement évoqué pendant toute la procédure du Groupe spécial les différents contrats d'achat et instruments d'aide. De plus, le Groupe spécial a posé de nombreuses questions au sujet des différences entre les instruments juridiques financés dans le cadre des programmes RDT&E de l'USDOD en cause. L'Union européenne, une fois encore, se méprend sur la constatation d'effets défavorables formulée par le Groupe spécial lorsqu'elle reproche à celui-ci de n'avoir pas demandé de contrats spécifiques aux États-Unis. Du point de vue des États-Unis, le Groupe spécial n'avait pas besoin de "plus de contrats" mais, plutôt, de plus d'éléments de preuve provenant des Communautés européennes au sujet des effets des instruments d'aide que les États-Unis avaient versés au dossier "des années auparavant".[296]

C. *Allégations d'erreur formulées par les États-Unis – Autre appelant*

1. Contrats d'achat de la NASA et instruments d'aide de l'USDOD

a) Contribution financière – Application du critère relatif à l'"achat de services"

i) *NASA*

130. Les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer l'application par le Groupe spécial de son critère relatif à l'"achat de services" aux contrats d'achat passés entre la NASA et Boeing pour la R&D aéronautique ainsi que la constatation finale du Groupe spécial selon laquelle les transactions ne sont pas des "achats de services". L'appel des États-Unis est double. Premièrement, ils affirment que le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de son critère relatif à l'"achat de services" aux faits de la cause. Deuxièmement, ils font valoir que, lors de son examen des éléments de preuve, le Groupe spécial n'a pas procédé à une "évaluation objective de la question" au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. En cas d'infirmation de la constatation du Groupe spécial pour l'un de ces motifs ou les deux, les États-Unis ne demandent pas que l'analyse soit complétée compte tenu de la complexité et de la nature contestée des faits figurant dans le dossier du Groupe spécial.

131. Les États-Unis approuvent le critère défini par le Groupe spécial pour l'identification d'une transaction comportant un achat de services par les pouvoirs publics. Ils ne contestent pas que, pour déterminer si une transaction comporte un achat de services, il faut déterminer si l'objet de la

[295] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 239.
[296] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 243.

transaction était "principalement à l'avantage et pour l'usage"[297] de l'entité privée ou des pouvoirs publics (ou de tierces parties non liées). Bien que les États-Unis n'approuvent pas l'utilisation par le Groupe spécial d'"une définition non pertinente du terme "service"'[298], ils ne considèrent pas que l'utilisation de cette définition a affecté la conclusion globale du Groupe spécial. Néanmoins, afin "d'éviter toute confusion future"[299], les États-Unis demandent à l'Organe d'appel de clarifier le raisonnement du Groupe spécial en utilisant une définition plus appropriée du terme "service".

132. Les États-Unis soulignent que le critère du Groupe spécial "nécessite une analyse comparative" puisque "{p}arvenir à une conclusion sur le point de savoir si les pouvoirs publics ont payé des services "principalement" pour l'usage et à l'avantage du bénéficiaire, et non pour l'usage et à l'avantage des pouvoirs publics (ou de tierces parties non liées) requiert une comparaison de la façon dont chaque partie à la transaction pourrait effectivement faire usage ou tirer avantage de la recherche".[300]

133. En l'absence d'examen de ce qui a été reçu par les deux parties aux transactions de recherche, il est impossible de parvenir à une conclusion motivée sur le point de savoir si l'avantage et l'usage de la recherche reviennent *principalement* à une partie ou à l'autre. Selon les États-Unis, le Groupe spécial a examiné exclusivement l'avantage et l'usage de la recherche de la NASA pour Boeing, sans se pencher sur l'avantage et l'usage pour les pouvoirs publics ou les tierces parties non liées à Boeing. Cependant, cette approche "partiale"[301] ne respectait pas le critère juridique qui, comme le Groupe spécial l'a constaté à juste titre, était nécessaire et, par conséquent, n'établissait pas l'existence d'une "contribution financière" aux fins de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*, texte conventionnel que le Groupe spécial cherchait à appliquer.

134. D'après les États-Unis, les programmes et contrats de la NASA portés à la connaissance du Groupe spécial avaient pour objectif d'élargir les connaissances fondamentales en matière d'aéronautique au profit de l'ensemble de la communauté scientifique aux États-Unis et dans d'autres pays, et pas seulement de Boeing. Cependant, le Groupe spécial a fait erreur en s'attachant de façon étroite à deux objectifs de la NASA définis par la loi, sans tenir compte du fait qu'une partie importante des activités de recherche aéronautique de la NASA visaient des objectifs d'"usage

[297] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.978.
[298] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 23; voir aussi le paragraphe 19.
[299] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 23.
[300] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 23.
[301] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 13. Voir, plus généralement, les paragraphes 16 à 37.

indéniable par les pouvoirs publics".[302] Deuxièmement, même si le Groupe spécial a noté que presque toutes les transactions entre la NASA et Boeing avaient pris la forme de contrats d'achat – par opposition à des instruments d'aide –, il a néanmoins conclu que cela "n'apport{ait} pas beaucoup d'éclaircissements sur la nature des transactions".[303] Troisièmement, le Groupe spécial n'a pas examiné les éléments de preuve versés au dossier qui montrent que la NASA et des tierces parties non liées avaient bénéficié de la R&D aéronautique effectuée par Boeing. Quatrièmement, le Groupe spécial n'a pas non plus procédé à une analyse comparative de l'avantage et de l'usage, pour les parties aux transactions, des droits de propriété intellectuelle résultants. Enfin, lorsqu'il a examiné le point de savoir si les transactions en cause "comport{aient} les éléments habituels d'un achat de services"[304], le Groupe spécial a fait erreur en se centrant uniquement sur le point de savoir si les contrats prévoyaient une rémunération, sans jamais examiner "d'*autres* éléments habituels d'un achat, tels que l'existence d'un échange "valeur contre valeur"".[305]

135. Les États-Unis affirment également que la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA accordé à Boeing conformément aux contrats de R&D était une contribution financière doit être jugée sans fondement, de même que sa constatation concernant les contrats eux-mêmes. Le Groupe spécial n'a donné aucune explication concernant cette constatation. Les États-Unis estiment, en outre, que le fait de reconnaître que les contrats de R&D de la NASA en cause étaient des achats de services amène à conclure que tout accès aux installations, équipements et employés de la NASA était "inhérent"[306] à ces achats.

136. En plus d'alléguer qu'il y a eu une erreur d'application, les États-Unis affirment que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord dans son évaluation de l'"avantage et l'usage" de la recherche menée au titre des contrats en cause. Ils allèguent que le Groupe spécial a fait erreur, premièrement, en n'examinant pas les éléments de preuve concernant les objectifs de la NASA dans son évaluation de l'"avantage et l'usage" pour Boeing et pour les pouvoirs publics et des tierces parties non liées[307]; et, deuxièmement, en n'examinant pas d'autres éléments de preuve objectifs concernant l'utilité des programmes de R&D aéronautique pour les pouvoirs publics et des tierces parties non liées.[308]

---

[302] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 25.
[303] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.984.
[304] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1026.
[305] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 36. (en italique dans l'original)
[306] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 39.
[307] Voir la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 45 à 58.
[308] Voir la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 59 et 60.

137. Les États-Unis rappellent l'accent mis par le Groupe spécial sur deux des neufs objectifs déclarés de la Loi sur l'espace, à savoir "le maintien du rôle des États-Unis en tant que chef de file dans le secteur des sciences et technologies aéronautiques et spatiales" et le "maintien de la suprématie des États-Unis dans le secteur aéronautique et spatial au moyen de la recherche et du développement technologique relatifs à des procédés de fabrication connexes".[309] Ils font toutefois observer qu'il y a d'autres objectifs de la Loi sur l'espace que le Groupe spécial n'a pas examinés d'une manière adéquate – par exemple "{l}'élargissement des connaissances humaines concernant la Terre et les phénomènes atmosphériques et spatiaux"[310] – qui sont essentiels pour comprendre l'usage et l'avantage pour les pouvoirs publics et la communauté dans son ensemble. De l'avis des États-Unis, le Groupe spécial a "examiné d'une manière inadéquate" l'objectif "amélioration de l'utilité, de la performance, de la vitesse, de la sécurité et de l'efficacité des véhicules aéronautiques et spatiaux".[311] Les États-Unis expliquent que les activités menées par la NASA dans ce domaine – y compris la recherche effectuée par Boeing – sont pour l'usage et à l'avantage des pouvoirs publics parce qu'elles améliorent la sécurité du transport aérien, rendent la gestion du trafic aérien plus efficace et permettent de découvrir des moyens de réduire l'impact environnemental du transport aérien. Comme le montrent plusieurs déclarations officielles, la "NASA ne considérait pas que ces progrès concernaient spécifiquement Boeing".[312]

138. Les États-Unis soutiennent que, en outre, "{l}es éléments de preuve ne se limitent pas à des déclarations officielles" concernant les objectifs de la NASA, mais qu'il existe aussi en fait des éléments de preuve concernant l'"utilité des activités de recherche de la NASA pour l'ensemble de la communauté scientifique aux États-Unis et dans le monde".[313] Ils notent que les scientifiques de la NASA présentent leurs activités de recherche aéronautique lors de conférences ouvertes à la communauté aérospatiale mondiale – y compris les employés d'Airbus – et la publient également dans des revues scientifiques. De plus, la NASA exige que les contractants présentent des rapports périodiques sur les progrès de leurs travaux, qui sont eux aussi rendus publics. Ces éléments de preuve montrent comment les travaux menés par des entités privées au titre des contrats de recherche

[309] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 45 (citant la Loi sur l'espace, article 102 d) 5) et 9), respectivement). Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.982.
[310] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 45 (citant la Loi sur l'espace, article 102 d) 1)).
[311] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 46 (citant la Loi sur l'espace, article 102 d) 2)).
[312] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 48 (faisant référence, entre autres, aux déclarations de l'Administrateur de la NASA, Dan Goldin, témoignant devant le Congrès le 24 avril 2001, Senate Hearing on Science, Technology and Space of the Committee on Commerce, Science and Transportation, FDCH Political Transcripts (pièce EC-292 présentée au Groupe spécial)).
[313] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 59.

de la NASA servent l'objectif, défini dans la Loi sur l'espace, de "{l}'élargissement des connaissances humaines concernant la Terre et les phénomènes atmosphériques et spatiaux".[314]

139. Les États-Unis estiment que, en laissant de côté presque tous ces éléments de preuve et en n'examinant que les éléments de preuve étayant l'allégation des Communautés européennes selon laquelle les programmes de R&D aéronautique de la NASA existaient pour servir les intérêts de Boeing, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des faits au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. Les États-Unis demandent donc à l'Organe d'appel d'infirmer la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les contrats de R&D passés par la NASA avec Boeing constituent un "transfert direct de fonds" au titre de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*.

140. À l'audience, les États-Unis ont souligné que le critère appliqué par le Groupe spécial pour déterminer si une mesure pouvait être qualifiée à juste titre d'"achat de services" n'était pas une question dont l'Organe d'appel était saisi puisque aucun des deux participants n'avait contesté le critère du Groupe spécial en appel. À leur avis, étant donné que les participants avaient admis le caractère approprié du "critère principalement à l'avantage et pour l'usage" appliqué par le Groupe spécial, l'Organe d'appel n'a pas bénéficié d'un exposé énergique des points de vue et arguments divergents pour ou contre ce critère.

141. Toujours à l'audience, les États-Unis ont souligné qu'ils ne demandaient pas à l'Organe d'appel de formuler une constatation sur la compatibilité du "critère principalement à l'avantage et pour l'usage" avec l'*Accord SMC*. Toutefois, dans l'éventualité où l'Organe d'appel infirmerait le critère "principalement à l'avantage et pour l'usage" du Groupe spécial, les États-Unis ont noté que la constatation du Groupe spécial selon laquelle les contrats d'achat passés par la NASA avec Boeing étaient des contributions financières perdrait nécessairement sa validité puisque cette constatation aurait donc été fondée sur un critère non valable. Ils ont ajouté que, vu qu'un grand nombre de constatations du Groupe spécial étaient fondées sur ce critère, il était difficile de voir comment l'Organe d'appel pourrait compléter l'analyse du Groupe spécial en se fondant sur ces mêmes constatations tout en utilisant un critère juridique différent.

ii) *USDOD*

142. Les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les instruments d'aide entre l'USDOD et Boeing pour la R&D aéronautique ne sont pas qualifiés à juste titre d'"achats de services" et sa constatation corollaire selon laquelle les

[314] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 60 (citant la Loi sur l'espace, article 102 d) 1)).

versements et l'accès aux installations de l'USDOD accordés à Boeing au titre de ces instruments constituaient des "contributions financières" au sens l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.

143. Tout d'abord, les États-Unis affirment que le fait que le Groupe spécial n'a pas pris en considération les descriptifs des travaux effectués au titre des instruments d'aide constituait une erreur importante, étant donné que le Groupe spécial lui-même avait indiqué que la nature des travaux que Boeing était tenue d'effectuer était "essenti{elle} pour comprendre la *condition* fondamentale de la transaction".[315] Ils estiment que, bien que le Groupe spécial ait constaté qu'il y avait dans une certaine mesure un "avantage et un usage" pour les pouvoirs publics sur la base de son analyse des descriptifs succincts des éléments des programmes RDT&E identifiés par un numéro, il aurait constaté qu'il y avait un "avantage et un usage importants pour les pouvoirs publics"[316] s'il avait examiné les avis de travaux. Les États-Unis rappellent que les parties ont fourni au Groupe spécial les descriptifs des travaux et les résumés concernant cinq accords de coopération, six accords d'investissement dans la technologie ("TIA") et deux accords du type "autre transaction ("OTA")".[317]

144. Les États-Unis font valoir que ces descriptifs des travaux à effectuer, et, dans la plupart des cas, "les intitulés à eux seuls"[318], montrent que la recherche a des applications militaires qui constituent clairement un avantage et un usage importants pour les pouvoirs publics. À cet égard, ils mentionnent l'avis de travaux relatif à certains TIA et notent, par exemple, que la surveillance de l'état des structures est importante pour repérer des dommages structuraux avant qu'ils ne compromettent la performance, ce qui est un avantage manifeste pour les exploitants d'aéronefs militaires. De même, les réservoirs utilisés sur les missiles et les matériaux améliorés des turbomachines sont tout aussi utiles dans le domaine militaire, alors que l'enregistrement d'images de précision a des applications dans le domaine militaire et celui du renseignement.[319] Les États-Unis affirment que, lorsqu'il a évalué si la recherche était principalement à l'avantage et pour l'usage des pouvoirs publics ou du contractant, le Groupe spécial a fait erreur en n'examinant pas les "éléments de preuve les plus déterminants", à savoir les accords de coopération, les TIA et les OTA, qui "indiquent de la manière la plus précise et, par conséquent, la plus significative, la nature de la recherche".[320]

145. De plus, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial n'a pas tenu compte de l'effet limitatif du Règlement relatif au trafic d'armes international (l'"ITAR") sur la capacité de Boeing de tirer avantage et de faire usage des résultats de la R&D de l'USDOD. Bien qu'il ait admis que l'ITAR

[315] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1137. (italique dans l'original)
[316] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 84.
[317] Voir la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 86 à 88.
[318] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 86 et 87.
[319] Voir la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 87.
[320] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 89.

restreignait l'utilisation par Boeing de certaines technologies issues de la R&D de l'USDOD pour les LCA et que Boeing "se conform{ait} à l'ITAR en général et {avait} pris des mesures pour faire en sorte que le 787 soit "exempté de l'ITAR""[321], le Groupe spécial a rejeté l'affirmation selon laquelle l'ITAR "empêch{ait} effectivement"[322] Boeing d'utiliser les résultats de la R&D. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial n'est pas allé au-delà de simples observations et n'a pas réellement examiné l'effet des restrictions prévues par l'ITAR. S'il avait fait cela, il se serait rendu compte que les LCA régis par l'ITAR ne sont "d'aucune utilité à Boeing d'un point de vue commercial"[323] pour les raisons suivantes: les restrictions visant chaque composant de LCA sont activement mises en application; les exceptions à ces restrictions sont rares; l'ITAR limite les pays vers lesquels un LCA régi par l'ITAR peut voler; et chaque composant qui est exporté doit être examiné d'une manière approfondie par le Département d'État des États-Unis avant qu'une licence d'exportation ne soit accordée. En outre, les États-Unis font référence aux arguments qu'ils ont présentés devant le Groupe spécial montrant que Boeing a mis en place "un ensemble de procédures internes rigoureuses et détaillées"[324] pour faire en sorte que des composants visés par l'ITAR ne soient pas inclus dans ses produits, y compris le Boeing 787. En outre, le niveau de l'avantage et de l'usage résultant pour Boeing des instruments d'aide à la R&D de l'USDOD est réduit lorsque les restrictions prévues par l'ITAR sont prises en considération conjointement avec d'autres constatations du Groupe spécial – à savoir le fait que la R&D de l'USDOD avait pour objectif de concevoir des systèmes de défense avancés ou de réduire leurs coûts, et le fait que la plupart des accords prévoyaient un partage des coûts à parts égales – et le fait que les Communautés européennes admettaient que 44 pour cent des versements effectués au titre de 23 programmes RDT&E de l'USDOD[325], même compte non tenu des restrictions prévues par l'ITAR, visaient des objectifs militaires. Les États-Unis font valoir que le fait que le Groupe spécial n'a pas appliqué sa constatation concernant l'ITAR à son appréciation de l'utilité

[321] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1160.

[322] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1160 (faisant référence à la déclaration de Michael Blair (pièce US-7 présentée au Groupe spécial)).

[323] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 95.

[324] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 95.

[325] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 98 (faisant référence à la pièce EC-25 présentée au Groupe spécial, tableau figurant à la page 20, comprenant des données sur la RDT&E de l'USDOD). Le Groupe spécial a noté que les Communautés européennes avaient contesté le financement accordé dans le cadre de 13 programmes pour les "aéronefs en général" – Defense Research Sciences; Materials; Aerospace Flight Dynamics and Aerospace Vehicle Technologies; Aerospace Propulsion; Aerospace Sensors; Dual Use Applications and Dual Use Science & Technology; Advanced Materials for Weapon Systems; Flight Vehicle Technology; Aerospace Structures and Aerospace Technology Dev/Demo; Aerospace Propulsion and Power Technology; Flight Vehicle Technology Integration; RDT&E for Aging Aircraft; et Manufacturing Technology/Industrial Preparedness – ainsi que dans le cadre de dix programmes pour les "aéronefs militaires" – C-17; CV-22; Joint Strike Fighter; AV-8B Aircraft; Comanche; F-22; B-2 Advanced Technology Bomber; V-22; A-6 Squadrons; et F/A-18 Squadrons. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1114 à 7.1117; et la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 676 et 677.)

civile et militaire de la recherche de l'USDOD signifiait qu'il n'avait pas procédé à la comparaison nécessaire pour son critère "principalement à l'avantage et pour l'usage".

146. De l'avis des États-Unis, la deuxième erreur du Groupe spécial concerne son application du critère "principalement à l'avantage et pour l'usage" aux cinq catégories d'éléments de preuve qu'il a dit vouloir examiner.[326] S'agissant des deux premières catégories – l'analyse par le Groupe spécial de la législation des États-Unis pertinente et les types d'instruments passés entre l'USDOD et Boeing – les États-Unis soutiennent que la catégorisation réglementaire formelle des instruments d'aide n'étaye pas la conclusion juridique selon laquelle la recherche en cause était principalement pour l'usage et à l'avantage de Boeing, parce que, bien que les accords de coopération, les TIA et les OTA puissent tous relever de la catégorie de l'"aide", cela ne signifie pas qu'ils exigent que Boeing mène des activités de recherche qui sont principalement à l'avantage et pour l'usage de la société.[327] S'agissant de l'évaluation par le Groupe spécial de l'"utilisation concrète"[328] de la R&D effectuée dans le cadre des programmes pour l'USDOD, les États-Unis affirment que les propres constatations du Groupe spécial étayent la conclusion selon laquelle l'USDOD était le bénéficiaire ou l'utilisateur principal de la recherche effectuée par Boeing. S'agissant de la répartition des droits de propriété intellectuelle, ils font valoir qu'elle n'impliquait pas que les pouvoirs publics paient une partie privée sans rien obtenir en échange; en fait, l'attribution de droits d'utilisation des données fait partie de ce que la partie privée obtient en échange de sa contribution à un projet de recherche présentant un intérêt pour les deux parties. Bien que le Groupe spécial semble être parvenu à la même conclusion, les États-Unis ne voient pas comment il a pris cela en compte dans son analyse globale des instruments d'aide. Enfin, dans son analyse des "éléments habituels" d'un achat de services, le Groupe spécial a adopté un "point de vue trop étroit", ne prenant en considération que le profit pour le vendeur sans examiner d'autres éléments habituels, comme l'échange "valeur contre valeur".[329]

147. En résumé, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial n'a pas expliqué "comment il avait soupesé les cinq facteurs qu'il avait examinés les uns par rapport aux autres".[330] En outre, l'analyse par le Groupe spécial de deux des facteurs qu'il avait effectivement examinés – à savoir l'"utilisation concrète" de la R&D et la répartition des droits de propriété intellectuelle – démontre effectivement

[326] Les cinq catégories d'éléments de preuve examinés par le Groupe spécial étaient: i) la législation des États-Unis autorisant les programmes en cause; ii) les types d'instrument passés entre l'USDOD et Boeing; iii) la question de savoir si l'USDOD faisait une "utilisation concrète" de la R&D effectuée dans le cadre des programmes; iv) la répartition des droits de propriété intellectuelle dans le cadre des transactions; et v) la question de savoir si les transactions en cause présentaient les "éléments habituels d'un "achat de services"". (Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 100; rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1138)

[327] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 102 et 106.

[328] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 107.

[329] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 109.

[330] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 115.

que la R&D était à l'avantage et pour l'usage des pouvoirs publics.[331] Les États-Unis ne considèrent pas que l'examen par le Groupe spécial des trois autres facteurs étaye sa conclusion selon laquelle les instruments d'aide n'étaient pas des achats de services et, par conséquent, ils demandent à l'Organe d'appel d'infirmer la conclusion formulée par le Groupe spécial au titre de l'article 1.1 a) 1) i) et iii) de l'*Accord SMC*.

148. Comme ils l'ont fait en ce qui concerne les contrats d'achat de la NASA, les États-Unis ont souligné à l'audience qu'aucune des deux parties n'avait fait appel du critère "principalement à l'avantage et pour l'usage" du Groupe spécial et, par conséquent, que ce critère n'entrait pas dans le champ de l'examen en appel. Néanmoins, dans l'éventualité où l'Organe d'appel infirmerait le critère du Groupe spécial, ils ont noté que la constatation de ce dernier selon laquelle les instruments d'aide de l'USDOD étaient des contributions financières perdrait nécessairement sa validité puisqu'elle aurait donc été fondée sur un critère non valable, et qu'il serait difficile à l'Organe d'appel de compléter l'analyse en se fondant sur la même constatation tout en utilisant un critère juridique différent.

b) Avantage

i) *NASA*

149. Les États-Unis font appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle les contributions financières accordées à Boeing dans le cadre des contrats d'achat de R&D aéronautique de la NASA "confèrent un avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*. Ils estiment que la constatation du Groupe spécial selon laquelle la recherche menée au titre des contrats de R&D de la NASA était "principalement à l'avantage et pour l'usage de Boeing" était la seule base pour la constatation de l'existence d'un avantage.[332] De l'avis des États-Unis, étant donné que la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la recherche était principalement à l'avantage et pour l'usage de Boeing est erronée, la constatation de l'existence d'un avantage est tout aussi erronée.

150. Les États-Unis rappellent que le Groupe spécial est parvenu à sa conclusion au titre de l'article 1.1 b) en trois étapes. Premièrement, il a noté que la ""condition" fondamentale à laquelle les contributions financières {étaient} octroyées" était "que Boeing utilise les versements et l'accès aux installations, équipements et employés qu'elle {recevait} de la NASA dans le but d'effectuer des travaux de R&D aéronautique qui {étaient} principalement à son propre avantage et pour son propre usage".[333] Deuxièmement, le Groupe spécial a indiqué que le "point de repère du marché pertinent serait les conditions d'une transaction commerciale dans laquelle une entité {payait} une autre entité

[331] Voir la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 101, 107 et 115.
[332] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 64.
[333] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1038.

pour mener des activités de R&D".[334] Troisièmement, il a conclu qu'"aucune entité commerciale, autrement dit aucune entité privée agissant conformément à des considérations commerciales, n'accorderait de versements (et l'accès à ses installations et à son personnel) à une autre entité commerciale à la condition que cette autre entité mène des activités de R&D principalement à son propre avantage et pour son propre usage".[335]

151. Les États-Unis allèguent que la troisième conclusion – à savoir qu'aucune entité privée n'accorderait de versements ou d'autres formes de soutien à ces conditions – n'a aucun fondement si ce n'est la constatation erronée du Groupe spécial selon laquelle la recherche était principalement à l'avantage et pour l'usage de Boeing, et que, par conséquent, elle ne peut pas établir l'existence d'un avantage aux fins de l'article 1.1 b). Compte tenu de cela, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les contributions financières dont l'existence a été constatée par le Groupe spécial conféraient un avantage à Boeing.

152. De plus, les États-Unis estiment que le Groupe spécial a fait erreur au regard de l'article 1.1 b) lorsqu'il a estimé la valeur de tout avantage conféré à Boeing au titre des contrats et accords de R&D de la NASA. Le Groupe spécial a fait erreur parce qu'il a fondé son évaluation de l'avantage total conféré par la NASA "sur une combinaison de transactions couvrant non seulement la "recherche relative aux LCA" contestée par les {Communautés européennes}, mais aussi d'autres transactions que les {Communautés européennes} ne contestaient pas".[336]

153. Les États-Unis rappellent que les Communautés européennes ont explicitement exclu de leur contestation toute activité de recherche menée par Boeing pour la NASA dans les domaines de l'espace, des moteurs d'aéronefs, du vol hypersonique, de la gestion du trafic aérien et sur d'autres sujets sans lien avec le développement et la production de LCA par Boeing.[337] Ils rappellent en outre que, lorsque la NASA a entrepris de déterminer la valeur des contrats de recherche visés par les allégations des Communautés européennes, "elle a d'abord isolé toutes les dépenses réalisées au titre des contrats passés entre Boeing et les quatre centres de recherche aéronautique de la NASA, qui s'élevaient à 1,05 milliard de dollars" et a ensuite "exclu les 280 millions de dollars de dépenses pour

[334] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1039 (faisant référence à la réponse des Communautés européennes à la question n° 21 du Groupe spécial, paragraphe 76; et à la réponse des États-Unis à la question n° 136 du Groupe spécial, paragraphe 85).
[335] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1039.
[336] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 66.
[337] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 66 (faisant référence à la pièce EC-25 présentée au Groupe spécial, comprenant une compilation de tableaux détaillant les subventions pour la R&D aéronautique accordées par la NASA/l'USDOD/l'USDOC à la division des LCA de Boeing; et à CRA International, "Response to U.S. Assertions in DS353 Regarding Benefits of DoD RDT&E for Boeing's Large Civil Aircraft Division", CRA Project No. D08745-00 (November 2007) (pièce EC-1176 présentée au Groupe spécial)).

la recherche que les {Communautés européennes} n'avaient pas contestées, ce qui a abouti à une valeur totale de 775 millions de dollars entre 1989 et 2006".[338] Cependant, lorsqu'il a calculé la valeur des contrats de recherche de la NASA, le Groupe spécial "s'est arrêté au chiffre de 1,05 milliard de dollars" et a fait erreur en ne déduisant pas les versements de la NASA à Boeing pour la recherche sans lien avec les allégations des Communautés européennes "et en n'examinant même pas les éléments de preuve indiquant que le chiffre de 1,05 milliard de dollars incluait cette recherche".[339] Les États-Unis qualifient cette omission d'"erreur" incompatible avec l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* parce qu'"elle traite les transactions qui ne faisaient pas partie de la contribution financière au titre de l'article 1.1 a) comme conférant un avantage".[340]

154. Les États-Unis s'appuient sur le raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*[341] pour étayer leur affirmation selon laquelle un avantage aux fins de l'article 1.1 b) peut être conféré uniquement par une contribution financière identifiée au regard de l'article 1.1 a). Ainsi, l'évaluation de l'avantage "est limitée à ce que les pouvoirs publics ont conféré au moyen de la contribution financière" et les "actions des pouvoirs publics qui ne font *pas* partie de la contribution financière pertinente ne font *pas* partie de l'avantage".[342]

155. Les États-Unis ajoutent que le Groupe spécial a estimé la valeur de l'accès aux installations, équipements et employés accordé par la NASA à Boeing sur la base du rapport entre les versements au titre des contrats de R&D contestés et les versements totaux de la NASA à tous les contractants. Par conséquent, ils estiment que toute erreur dans le calcul de la valeur totale des versements au titre des contrats affecterait la valeur estimée de l'accès aux installations, équipements et employés.

156. Par conséquent, si l'Organe d'appel devait confirmer la constatation du Groupe spécial concernant la contribution financière, les États-Unis lui demandent de modifier la constatation du Groupe spécial concernant la valeur de l'avantage résultant pour Boeing des programmes de R&D aéronautique de la NASA en déduisant les versements qui ne font pas partie de la contribution financière contestée par les Communautés européennes et en ajustant, en conséquence, la valeur associée de l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA fourni à Boeing.

---

[338] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 66 (faisant référence à la réponse des États-Unis à la question n° 188 du Groupe spécial, paragraphe 223).
[339] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 66.
[340] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 66.
[341] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 67 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157).
[342] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 67. (italique dans l'original)

157. À l'audience, les États-Unis ont rejeté l'argument de l'Union européenne selon lequel leur appel était "dénué de fondement juridique"[343] parce que leur déclaration d'un autre appel ne faisait pas explicitement référence à la valeur de l'avantage en tant que question soulevée en appel. À leur avis, le montant de l'avantage découle du même processus que celui visant à déterminer l'existence de l'avantage, et ils ont clairement mentionné la question de savoir si les contributions financières en question conféraient un avantage dans leur déclaration d'un autre appel. Les États-Unis ne souscrivaient pas non plus à l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* ne portait que sur l'existence d'un avantage et non sur sa valeur. Ils ont affirmé que le fait que l'Organe d'appel avait constaté qu'une quantification précise du montant d'une subvention n'était pas exigée dans les procédures au titre des articles 5 et 6 de l'*Accord SMC* ne voulait pas dire que l'évaluation était complètement hors du champ de l'analyse de l'article 1.1 b). En outre, ils ont fait valoir que, bien que l'Union européenne soutienne que le Groupe spécial "n'avait trouvé aucune base adéquate"[344] permettant de réduire le montant de la subvention de 1,05 milliard de dollars à 775 millions de dollars, le fait était que le Groupe spécial n'avait formulé aucune constatation sur ce point. Les États-Unis ont affirmé que les quatre raisons alléguées par l'Union européenne à l'appui de l'approche du Groupe spécial soit n'avaient pas été mentionnées par celui-ci, soit n'étaient pas pertinentes, ou les deux. Par exemple, le Groupe spécial n'avait jamais constaté que les États-Unis avaient réalisé un examen "*subjectif*"[345] pour obtenir le chiffre de 775 millions de dollars. Enfin, les États-Unis ont rejeté l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial avait considéré que le chiffre de 1,05 milliard de dollars était une "estimation" et selon laquelle l'avantage pouvait être supérieur à 1,05 milliard de dollars compte tenu de la constatation formulée par le Groupe spécial dans son analyse des effets défavorables, selon laquelle ce type de subvention "{était} censé multiplier l'avantage apporté par une dépense donnée".[346] Les États-Unis ont fait valoir que l'affirmation du Groupe spécial au sujet de la "multipl{ication de} l'avantage" dans le contexte des effets défavorables n'affectait pas, et ne devrait pas affecter, l'évaluation de l'avantage aux fins de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.

ii) *USDOD*

158. Les États-Unis contestent la constatation du Groupe spécial selon laquelle les contributions financières accordées à Boeing dans le cadre des instruments d'aide de l'USDOD confèrent un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*. Ils estiment qu'une telle constatation est erronée

[343] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, page 42, sous-section II.A.4.f.ii.1.
[344] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 106.
[345] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 106. (italique dans l'original)
[346] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.

car le Groupe spécial n'a pas pris en considération les versements et autres contributions faits par Boeing dans le cadre des instruments d'aide.

159. De l'avis des États-Unis, le Groupe spécial "a fondé son analyse de l'avantage sur une transaction qui ne s'est jamais produite"[347], à savoir l'octroi par l'USDOD de versements et de l'accès à ses installations à la condition que Boeing mène des activités de R&D principalement à son propre avantage sans la moindre forme de redevance ou de remboursement. Les États-Unis notent que les instruments d'aide présentés au Groupe spécial exigent généralement une contribution de Boeing et ils rappellent également que le Groupe spécial lui-même a constaté que "en vertu des instruments d'aide, le "bénéficiaire" {était} tenu d'affecter ses propres fonds à la R&D sur une base de partage des coûts".[348] En conséquence, "l'échange sur lequel le Groupe spécial a fondé sa constatation de l'existence d'un avantage – l'octroi de versements pour des activités de recherche à l'avantage et pour l'usage de Boeing sans la moindre forme de redevance ou de remboursement – n'est pas ce qui {était prévu par les instruments d'aide à la} R&D".[349]

160. Les États-Unis rappellent que, dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, l'Organe d'appel a souligné que la comparaison entre la contribution financière des pouvoirs publics et le marché devait être axée sur les "conditions" offertes par les pouvoirs publics.[350] À cet égard, ils soutiennent que, "si l'appréciation des *conditions* de la contribution financière est incorrecte, la comparaison avec le marché sera également incorrecte et toute conclusion concernant l'existence d'un avantage ne sera pas valable".[351] En l'espèce, le Groupe spécial n'a pas examiné toutes les conditions pertinentes des instruments d'aide et il n'a pas considéré que les conditions qu'il avait effectivement examinées "exigeaient que Boeing effectue des activités de recherche à l'avantage et pour l'usage {de l'US}DOD et affecte ses propres ressources au projet de R&D".[352]

161. Les États-Unis indiquent que, lorsqu'il a effectué son analyse de l'avantage, le Groupe spécial a d'abord décrit ce qu'il a qualifié de "condition" fondamentale'" des instruments d'aide de l'USDOD, à savoir "que Boeing utilise les versements et l'accès aux installations qu'elle re{cevait} {de l'USDOD} dans le but d'effectuer des travaux de R&D aéronautique qui {étaient} principalement à son propre

[347] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 116 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1184).
[348] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1149.
[349] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 116.
[350] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 117 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157).
[351] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 117. (pas d'italique dans l'original)
[352] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 118.

avantage et pour son propre usage".[353] Le Groupe spécial a également noté que les deux parties étaient convenues que le point de repère approprié pour la comparaison avec le marché était "les conditions d'une transaction commerciale dans laquelle une entité {payait} une autre entité pour mener des activités de R&D".[354] Les États-Unis admettent que, si un groupe spécial constate qu'une contribution financière est "irrationnelle d'un point de vue économique", il pourra conclure que cette transaction confère un avantage, même "en l'absence d'éléments de preuve contraires".[355] Cependant, les États-Unis contestent les constatations formulées par le Groupe spécial en l'espèce parce que "la transaction dont le Groupe spécial a constaté qu'elle était irrationnelle d'un point de vue économique … n'est pas la transaction financière qui s'est réellement produite".[356] Outre les versements qui lui ont été faits par les pouvoirs publics, Boeing a affecté ses propres ressources à des activités de recherche qui présentaient un intérêt pour les pouvoirs publics.

162. Les États-Unis affirment que, "lorsqu'elle est formulée correctement, la question posée par le Groupe spécial ne permet pas une conclusion abstraite sur le point de savoir si la transaction est rationnelle d'un point de vue économique".[357] En fait, la réponse devrait dépendre des "conditions globales des transactions" et plus spécifiquement du "point de savoir si l'échange réellement effectué par les parties était un échange qui se serait produit sur le marché".[358] Les États-Unis considèrent que c'était le cas pour les instruments d'aide de l'USDOD.

163. Par conséquent, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle la contribution financière dont il a constaté l'existence confère un avantage à Boeing aux fins de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*. Ils ne demandent toutefois pas à l'Organe d'appel de compléter l'analyse sur ce point parce que le dossier du Groupe spécial ne contient pas d'éléments de preuve factuels suffisants à cet égard.

164. Les États-Unis demandent aussi l'infirmation de l'assertion faite par le Groupe spécial au paragraphe 7.1205 de son rapport, à savoir qu'il "ne juge{ait} pas crédible que moins de 1 pour cent des 45 milliards de dollars de financement pour la R&D aéronautique que {l'USDOD} {avait} accordés à Boeing au cours de la période de 1991 à 2005 ait été susceptible de concerner les LCA". Ils affirment que cette assertion n'est pas fondée sur des éléments de preuve et que, en la formulant, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du

[353] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1183.
[354] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1184 (citant la réponse des Communautés européennes à la question n° 21 du Groupe spécial, paragraphe 76; et la réponse des États-Unis à la question n° 136 du Groupe spécial, paragraphe 85).
[355] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 121.
[356] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 121.
[357] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 122.
[358] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 122.

Mémorandum d'accord. Les États-Unis soutiennent en outre que l'assertion contestée est incompatible avec la propre constatation du Groupe spécial selon laquelle "toute tentative du Groupe spécial pour aller plus loin et établir sa propre estimation du montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing serait d'ordre conjectural".[359] En outre, elle est difficile à concilier avec le fait que le Groupe spécial a admis qu'il existait des différences concernant la portée exacte de l'expression "à double usage" et a souligné qu'il "ne pren{ait} pas position sur cette question de définition".[360] Compte tenu de cela, les États-Unis affirment que toute constatation relative à la valeur du financement de l'USDOD pour la R&D susceptible de concerner les LCA "n'était clairement pas fondée sur des éléments de preuve".[361] Ils estiment que l'Organe d'appel devrait donc "constater que cette observation est incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord"[362] et infirmer la constatation du Groupe spécial à cet égard.

2. Réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington

a) Contribution financière – Recettes abandonnées

165. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur tant dans l'interprétation que dans l'application de la règle juridique à appliquer au titre de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC* pour déterminer s'il y a une contribution financière parce que des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées. En conséquence, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington pour les fabricants d'avions commerciaux ou de composants, adoptée dans le cadre du Projet de loi n° 2294, constitue une contribution financière au titre de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*.

i) *Interprétation de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'Accord SMC*

166. S'agissant de l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) ii), les États-Unis affirment que le Groupe spécial "a dérogé à la règle énoncée dans le texte de l'Accord SMC et a procédé à une analyse trop simpliste qui ne prenait pas en compte la complexité du système de l'impôt B&O de {l'État de} Washington".[363] Ils ajoutent qu'en dépit du fait qu'il a fait référence à des passages de rapports antérieurs de l'Organe d'appel sur les affaires *États-Unis – FSC* et *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, y compris des "mises en garde contre les risques inhérents à un simple critère "en l'absence

[359] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1209.
[360] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2796 relative au paragraphe 7.1205.
[361] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 125.
[362] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 125.
[363] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 130.

de""[364], le Groupe spécial a paraphrasé et interprété de manière incorrecte les indications de l'Organe d'appel.[365]

167. Les États-Unis font valoir que, contrairement à ce que croyait comprendre le Groupe spécial, la prescription imposant de comparer la mesure fiscale contestée avec le traitement appliqué à des revenus comparables de contribuables dans des circonstances comparables ne se limite pas aux "autres situations"[366] dans lesquelles un critère "en l'absence de" ne peut pas être appliqué. Dans l'affaire *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, l'Organe d'appel a rejeté l'affirmation selon laquelle le critère "en l'absence de", ou l'analyse de la "règle générale" et de l'"exception", correspondait à la règle correcte au regard de l'article 1.1 a) 1) ii). Les États-Unis croient comprendre que l'Organe d'appel a expliqué, "plutôt", que "la mesure fiscale contestée devrait toujours être comparée au traitement appliqué à des revenus comparables de contribuables dans des circonstances comparables dans la juridiction en cause".[367] Selon les États-Unis, cette règle doit "être appliquée dans tous les cas, et un critère "en l'absence de" est juste une méthode qui peut être utile pour l'application de cette règle dans certaines situations limitées".[368]

168. Les États-Unis estiment que, bien qu'il soit possible dans certaines situations d'appliquer un critère "en l'absence de" pour procéder à la comparaison requise par l'article 1.1 a) 1) ii), l'Organe d'appel a observé que, "généralement"[369], il serait difficile de le faire. Selon eux, la règle générale prescrit une comparaison avec le traitement fiscal de revenus légitimement comparables. Or, le Groupe spécial "a à tort élevé le critère "en l'absence de" au statut de règle générale et a traité la comparaison de revenus légitimement comparables comme une exception à cette règle, qui ne devait être appliquée que si l'on ne pouvait établir aucune situation "en l'absence de"".[370]

ii) *Application de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'Accord SMC*

169. S'agissant de l'application de l'article 1.1 a) 1) ii), les États-Unis contestent deux aspects de l'analyse du Groupe spécial. Ils affirment que le Groupe spécial a fait erreur, premièrement, en identifiant comme point de référence normatif non pas le système de l'impôt B&O de l'État de

[364] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 130 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.116 et 7.117; au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 90; et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 91).
[365] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 138 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphes 91 et 98).
[366] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120.
[367] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 141 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 91).
[368] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 139.
[369] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 91.
[370] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 142.

Washington dans son ensemble, mais un sous-ensemble de ce système d'imposition, à savoir les taux d'imposition appliqués aux activités de fabrication, de vente en gros et de vente au détail. Selon les États-Unis, l'Organe d'appel a précisé que la "règle interne applicable"[371] apparaissant dans la législation fiscale d'un Membre constituait le point de référence quand il s'agissait de déterminer si des "recettes abandonnées" étaient "normalement exigibles" et d'identifier le traitement fiscal des revenus pertinents de contribuables dans des situations comparables.[372] Les taux d'imposition pour les activités de fabrication, de vente en gros et de vente au détail ne reflètent pas, à eux seuls, la règle interne applicable. En fait, le système de l'impôt B&O de l'État de Washington "est un système d'imposition à taux multiples qui applique de nombreux taux d'imposition à de nombreuses catégories d'activité identifiées individuellement, et le taux d'imposition appliqué à la fabrication et la vente dans le secteur aérospatial est dans la fourchette des taux d'imposition appliquée aux autres activités".[373]

170. Les États-Unis observent que l'Organe d'appel a expliqué qu'"il {fallait} qu'il y ait une base rationnelle pour comparer le traitement fiscal des revenus visés par la mesure contestée et le traitement fiscal de certains autres revenus".[374] L'Organe d'appel a également souligné qu'"il import{ait} de s'assurer que l'examen au regard de l'article 1.1 a) 1) ii) comport{ait} une comparaison du traitement fiscal des revenus pertinents des contribuables dans des situations comparables".[375] Les États-Unis affirment qu'il n'y a pas de base rationnelle justifiant que le Groupe spécial n'ait pas tenu compte du traitement fiscal des autres activités qui sont aussi identifiées individuellement dans le code fiscal de l'État de Washington. Le Groupe spécial a fait erreur en s'appuyant sur le libellé utilisé dans le Projet de loi n° 2294 et dans d'autres documents produits par l'État de Washington, parce que les termes utilisés dans ces documents "n'indiquent pas si les revenus générés par certaines activités sont "légitimement comparables" aux revenus générés par d'autres, ou si un taux représente un "abandon" de recettes normalement exigibles".[376] Ce libellé est donc dénué de pertinence pour une analyse correcte au regard de l'article 1.1 a) 1) ii), et ne justifie pas que le Groupe spécial n'ait pas pris en compte le traitement fiscal d'autres revenus pertinents de contribuables dans des situations comparables.

171. Les États-Unis affirment qu'au lieu de tenir compte de l'instruction donnée par l'Organe d'appel de procéder à une analyse de fond du point de référence normatif, "le Groupe spécial a cherché à simplifier les choses en réduisant l'analyse à deux catégories de revenus – la fabrication

[371] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 90.
[372] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 152 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 91).
[373] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 153.
[374] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 90.
[375] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 92.
[376] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 155.

aérospatiale et la fabrication non visée par un taux propre à un secteur – sans tenir compte d'autres catégories quelconques de revenus".[377] Les États-Unis soutiennent que cet examen isolé de quelques lignes du code fiscal de l'État de Washington est contraire à l'instruction donnée par l'Organe d'appel d'examiner les règles d'imposition appliquées au moyen de la mesure contestée par rapport au traitement fiscal d'autres revenus pertinents de contribuables dans des situations comparables.

172. Les États-Unis affirment que les Communautés européennes n'ont pas expliqué pourquoi les revenus de certaines catégories d'activité économique dans l'État de Washington devenaient non "légitimement comparables" simplement parce que le système de l'impôt B&O de l'État de Washington imposait des taux d'imposition multiples pour différentes catégories d'activité économique. Le Groupe spécial n'a pas non plus expliqué, ni même examiné, pourquoi des activités économiques autres que celles relevant des catégories "fabrication", "vente en gros" et "vente au détail" n'étaient pas "légitimement comparables" à la fabrication et la vente d'aéronefs. Le fait que le Groupe spécial n'a pas examiné cette question de droit résultait du fait qu'il se concentrait de manière étroite sur l'application d'un critère "en l'absence de" exagérément simplifié.[378] Même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que toutes les activités économiques visées par l'impôt B&O de l'État de Washington ne soient pas "légitimement comparables", la constatation implicite du Groupe spécial – à savoir que les catégories "fabrication", "vente en gros" et "vente au détail" sont les uniques catégories d'activité économique qui sont "légitimement comparables" à la fabrication et la vente d'aéronefs – est insuffisante sur le plan juridique. La raison en est que le Groupe spécial n'a pas pris en compte, par exemple, d'autres catégories d'activité économique identifiées séparément, telles que la fabrication de matériaux semi-conducteurs et la fabrication et la vente de dispositifs de traitement du combustible nucléaire. En fait, le Groupe spécial n'a jamais examiné pourquoi les autres catégories d'activité économique identifiées séparément dans le code fiscal de l'État de Washington, y compris diverses autres activités de fabrication et de vente, seraient ou ne seraient pas "légitimement comparables" à la fabrication et la vente d'aéronefs. Le fait que le Groupe spécial n'a pas dûment identifié les revenus "légitimement comparables" dans le but d'effectuer la comparaison requise à l'article 1.1 a) 1) ii) est rédhibitoire pour la constatation du Groupe spécial concernant la contribution financière.[379]

173. La deuxième erreur que le Groupe spécial a commise dans l'application de l'article 1.1 a) 1) ii) est qu'il n'a pas dûment examiné le traitement fiscal des autres contribuables dans des situations

[377] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 156.
[378] Mémoire additionnel présenté par les États-Unis après la première séance de l'audience, paragraphe 51.
[379] Mémoire additionnel présenté par les États-Unis après la première séance de l'audience, paragraphe 52.

comparables. Les États-Unis expliquent que les éléments de preuve relatifs au taux d'imposition effectif sont extrêmement pertinents pour la compréhension du "traitement fiscal" des revenus des activités économiques dans le cadre du système de l'impôt B&O de l'État de Washington.[380] Ils expliquent que, compte tenu de la pyramidalisation inhérente au système de l'impôt B&O de l'État de Washington, la réduction du taux de l'impôt B&O a ramené le taux d'imposition effectif pour la fabrication aérospatiale de 2,53 pour cent à 1,578 pour cent, soit un taux supérieur au taux d'imposition effectif moyen applicable à d'autres activités dans l'État de Washington, à savoir 1,53 pour cent. Le taux d'impôt B&O réduit, par conséquent, "n'est *pas un taux favorable*"[381] pour la fabrication aérospatiale. En fait, il rend le taux d'imposition effectif pour ce secteur "*moins inégal* comparé au taux d'imposition effectif appliqué à d'autres activités économiques dans l'État".[382] Pour ces raisons, les États-Unis estiment que le taux d'imposition appliqué à la fabrication et la vente dans le secteur aérospatial ne peut être considéré comme des recettes normalement exigibles abandonnées au titre de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*.

174. Les États-Unis notent qu'il apparaît que le rejet par le Groupe spécial de leurs arguments concernant le taux effectif de l'impôt B&O dans l'État de Washington est fondé sur la reconnaissance par les États-Unis du fait que ce taux "n'est pas un point de référence normatif auquel confronter le traitement fiscal accordé à des revenus légitimement comparables".[383] Pour les États-Unis, la conclusion du Groupe spécial est dépourvue de toute logique car elle ne rend pas les éléments de preuve relatifs au taux d'imposition effectif non pertinents pour l'analyse du Groupe spécial. Au lieu de cela, "les éléments de preuve relatifs au taux d'imposition effectif moyen sont extrêmement pertinents – sur le plan tant factuel que juridique – pour la détermination sur le point de savoir si une contribution financière a été accordée du fait de la réduction du taux d'imposition nominal pour la fabrication et la vente dans le secteur aérospatial".[384] Les États-Unis estiment que le fait que le Groupe spécial n'a pas pris ces éléments de preuve en compte dans son analyse compromet sa constatation selon laquelle le taux d'imposition appliqué à la fabrication et à la vente dans le secteur aérospatial constitue une contribution financière.

[380] Voir la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 157 à 161; la déclaration orale des États-Unis à la première séance de l'audience; et le mémoire additionnel présenté par les États-Unis après la première séance de l'audience, paragraphe 54.
[381] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 157. (italique dans l'original)
[382] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 157. (italique dans l'original)
[383] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.137.
[384] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 160.

b) Spécificité – Article 2.1 a) de l'*Accord SMC*

175. Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC* en ne prenant pas en considération, dans son évaluation de la spécificité, la totalité de la subvention dont il avait constaté l'existence.

176. Les États-Unis soulignent que l'évaluation au titre de l'article 2.1 de l'*Accord SMC* vise à "déterminer si une subvention, *telle qu'elle est définie au paragraphe 1 de l'article premier*, est spécifique".[385] Par conséquent, l'analyse "doit porter sur la spécificité de la subvention dont l'existence a été constatée, et non d'une quelconque autre subvention, ni simplement d'une partie de la subvention dont l'existence a été constatée".[386] Selon les États-Unis, après avoir identifié le taux d'imposition normal dans l'État de Washington, et constaté que l'application d'un taux d'imposition inférieur au taux normal constituerait une subvention, le Groupe spécial était tenu d'évaluer si et comment la législation fiscale de l'État de Washington "limit{ait} expressément" à "certaines entreprises" la possibilité de bénéficier de cette subvention. Le Groupe spécial n'a pas procédé à cette évaluation parce qu'il a examiné uniquement si la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington pour la fabrication, la vente en gros et la vente au détail d'aéronefs était "spécifique"; or, "les exceptions ou règles différenciées dont le Groupe spécial a constaté l'existence ne sont pas limitées à la branche de production des aéronefs".[387] Les États-Unis notent, par exemple, que le Groupe spécial a lui-même reconnu qu'il y avait d'autres activités de fabrication, de vente en gros et de vente au détail, en plus de celles qui se rapportaient à la vente d'aéronefs commerciaux et de composants, qui faisaient l'objet de taux d'imposition différenciés.[388]

177. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial n'a pas expliqué la pertinence des éléments de preuve montrant que "les taux d'imposition différenciés {avaient} été institués à des dates très diverses et dans des buts très différents".[389] Ils observent que le Groupe spécial lui-même décrit les "exceptions" aux "taux généraux" comme faisant "tous partie de la même subvention".[390] Le fait que les taux d'imposition appliqués à d'autres activités diffèrent du taux appliqué à la fabrication, à la vente en gros et à la vente au détail dans le secteur aérospatial, et le fait que les taux d'imposition diffèrent les uns des autres seraient, à tout le moins, pertinents pour l'évaluation de l'avantage conféré à un bénéficiaire donné quelconque de la contribution financière. Cette question est distincte de celle

[385] Italique ajouté par les États-Unis.
[386] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 168.
[387] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 172.
[388] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 172 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.202 et 7.203).
[389] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205 (faisant référence à Business and Occupation Tax – Differential Tax Rates, *Revised Code of Washington*, article 82.04 (pièce US-191 présentée au Groupe spécial)).
[390] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 175.

de savoir s'il y a spécificité. En outre, les États-Unis font valoir que rien dans l'article 2.1 a) n'indique que le *but* d'une subvention est pertinent pour l'analyse de la spécificité. Comme le Groupe spécial l'a expliqué, il faut déterminer la spécificité *de jure* en évaluant "le texte de la législation ou d'autres déclarations ou moyens par lesquels l'autorité qui accorde la subvention exprime sa volonté".[391] Les États-Unis affirment en outre que le fait que les taux d'imposition différenciés ont été institués ou modifiés à des moments différents n'est pas pertinent pour l'analyse de la spécificité. L'objet pertinent de l'analyse aurait dû être le code fiscal de l'État de Washington tel qu'il existait au moment où le Groupe spécial a réalisé l'analyse de la spécificité.

178. Les États-Unis notent que bien qu'il ait reconnu la nécessité d'examiner le code fiscal de l'État de Washington "dans son ensemble"[392], le Groupe spécial a formulé une constatation de spécificité *de jure* qui n'était pas étayée par les éléments de preuve versés au dossier et était fondée sur des considérations dénuées de pertinence.[393] Le Groupe spécial a constaté que l'article 3 du Projet de loi n° 2294 avait pour effet d'ajouter la fabrication et la vente d'aéronefs à la "liste {existante} des activités qui {étaient} soumises à un taux d'imposition différent" des "taux généraux".[394] Il était donc tenu de déterminer si toutes les branches de production auxquelles des taux d'imposition préférentiels avaient été accordés, prises ensemble, constitueraient "certaines entreprises" aux fins de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*. Or, il n'a pas procédé à une telle analyse. À la place, il a constaté que les taux d'imposition pour les autres activités ne s'inscrivaient pas "dans le cadre d'un programme commun de subventions" parce qu'ils avaient "été institués à des dates très diverses et dans des buts très différents".[395] Selon les États-Unis, la prise en considération de la date et du but a des "implications {potentiellement} préoccupantes"[396], que l'on peut éviter en se concentrant dûment sur le texte de la législation qui existe. À cet égard, les États-Unis notent que les différents taux d'imposition sont tous énoncés dans la même disposition du code fiscal de l'État de Washington et que chacun est décrit en des termes presque identiques.

179. Les États-Unis estiment que la question pertinente dont le Groupe spécial était saisi était celle de savoir si la possibilité de bénéficier de la subvention dont il avait constaté l'existence – à savoir l'application d'un taux d'imposition préférentiel inférieur au taux général – était expressément limitée à "certaines entreprises". Le Groupe spécial a observé que les "taux différenciés" prévus par le code

[391] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.192.
[392] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.199.
[393] Mémoire additionnel présenté par les États-Unis après la première séance de l'audience, paragraphe 60.
[394] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.125; mémoire additionnel présenté par les États-Unis après la première séance de l'audience, paragraphe 61.
[395] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205.
[396] Mémoire additionnel présenté par les États-Unis après la première séance de l'audience, paragraphe 63.

fiscal de l'État de Washington étaient expressément limités à certaines entreprises[397], mais il n'a pas analysé si la possibilité d'en bénéficier était limitée lorsque tous les "taux différenciés" étaient considérés collectivement. Étant donné que le Groupe spécial "n'a même pas tenté de déterminer" si la possibilité de bénéficier de la subvention était ainsi limitée, les États-Unis soutiennent que la constatation de spécificité formulée par le Groupe spécial "est sans fondement".[398]

180. En conséquence, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle "la réduction de l'impôt B&O accordée à l'industrie aérospatiale au titre du {Projet de loi n°} 2294 est une subvention qui est spécifique au sens de l'article 2.1 a)".[399] Ils ajoutent qu'il n'est pas possible pour l'Organe d'appel de compléter l'analyse. Le Groupe spécial n'a formulé aucune constatation factuelle sur le point de savoir si un ensemble quelconque d'entreprises ou de branches de production en plus de l'industrie "aérospatiale" constitueraient "certaines entreprises", et il y a dans le dossier des éléments de preuve insuffisants pour permettre à l'Organe d'appel de compléter l'analyse et de déterminer que les taux d'imposition préférentiels sont *de jure* spécifiques.

3. Obligations industrielles de la ville de Wichita (IRB) – Spécificité

181. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les IRB de la ville de Wichita étaient "en fait … spécifique{s}" au sens de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC* au motif que des montants disproportionnés de la subvention étaient accordés à Boeing et à Spirit Aerosystems ("Spirit").[400] Ils soutiennent que le Groupe spécial a utilisé la mauvaise valeur de référence pour son analyse du caractère disproportionné et qu'il n'a pas tenu compte de l'absence de diversification de l'économie de la ville de Wichita.

182. S'agissant de la valeur de référence du Groupe spécial, les États-Unis reprochent au Groupe spécial d'avoir utilisé les niveaux d'emploi par société de Boeing et de Spirit par rapport à l'emploi total dans le secteur de la fabrication dans la juridiction de l'autorité accordant la subvention. Ils font valoir que l'approche du Groupe spécial aboutirait à des constatations de spécificité même dans les cas où une subvention serait "assez largement disponible"[401] et où il n'y aurait pas de limite *de jure* ou *de facto* à la possibilité de bénéficier de la subvention. Les États-Unis expliquent qu'il n'y a pas de

[397] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.204.
[398] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 178.
[399] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205.
[400] Dans leur communication en tant qu'autre appelant, les États-Unis affirment que le Groupe spécial avait fait erreur en constatant que les IRB émises après la date de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes relevaient de son mandat. Toutefois, ils n'ont pas présenté d'argumentation à l'appui de cette allégation. À l'audience, ils ont confirmé qu'ils ne maintenaient pas cette allégation particulière.
[401] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1142.

raison de supposer qu'il y a nécessairement un rapport de "proportionnalité" entre, d'une part, le nombre d'employés d'une société particulière ou d'un groupe de sociétés particulier par rapport à l'emploi total dans le secteur de la fabrication de Wichita et, d'autre part, le montant des avantages fiscaux liés aux IRB reçus. Il aurait été beaucoup plus logique, selon les États-Unis, d'examiner les investissements remplissant les conditions requises effectués pendant la période considérée, ou un quelconque autre facteur ayant un rapport réel avec le nombre de sociétés remplissant les conditions requises pour bénéficier d'un financement IRB. Le choix de la valeur de référence fait par le Groupe spécial ne tenait pas non plus compte du fait que certaines branches de production "{pouvaient} employer un nombre disproportionné de personnes pour toute une série de raisons parfaitement justifiables".[402] Le Groupe spécial n'a pas non plus tenu compte du fait que de nombreux programmes des pouvoirs publics pouvaient être largement ou généralement disponibles mais que le nombre des sociétés recourant aux programmes pouvait ne pas être directement proportionnel au niveau de l'emploi global qu'elles représentaient ou que certaines sociétés pouvaient ne pas être en mesure de soutenir l'effort administratif requis pour participer au programme ou ne pas souhaiter pour une autre raison y participer. Ces exemples confirment que l'approche du Groupe spécial, centrée sur un unique rapport numérique et utilisant le niveau total de l'emploi dans le secteur de la fabrication dans la juridiction de l'autorité accordant la subvention comme valeur de référence, ne fournit pas un point de repère valable pour la détermination de la proportionnalité. Au lieu de cela, elle débouche sur une constatation de spécificité *de facto* "chaque fois qu'il existe des disparités entre le niveau d'emploi relatif d'une société dans une économie dans son ensemble et le montant de la subvention qu'elle reçoit".[403]

183. Les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial aurait pu éviter ces problèmes s'il avait suivi l'approche qu'eux-mêmes préconisaient, qui consistait à utiliser le groupe des bénéficiaires de la subvention alléguée comme valeur de référence pour l'analyse du caractère disproportionné. Cette approche tient compte de la proportion de sociétés remplissant réellement ou potentiellement les conditions requises pour bénéficier des avantages IRB, au lieu de déterminer la spécificité "sur la base d'un facteur de référence général sans aucun rapport avec la proportion dans laquelle on s'attendrait à ce que les bénéficiaires recourent à la subvention".[404] Quant à la crainte du Groupe spécial que l'approche des États-Unis soit incompatible avec le but consistant à déterminer si une subvention est assez largement disponible dans toute une économie, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* est arrivé à la conclusion opposée. Ce groupe spécial a conclu que, "dans les cas où la subvention en cause {avait} été accordée au titre d'un

[402] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 184.
[403] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 186.
[404] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 188.

programme de subventions, ce programme dev{ait} normalement être utilisé aux fins d'identifier la "valeur de référence" ou les "données de référence" nécessaires pour procéder à une analyse du caractère disproportionné".[405] Les États-Unis affirment que, si le Groupe spécial avait utilisé les bénéficiaires réels ou potentiels du programme de subventions comme valeur de référence en l'espèce, au lieu du niveau total de l'emploi dans le secteur de la fabrication dans la juridiction de l'autorité accordant la subvention, il n'aurait pas constaté de spécificité *de facto*, "parce qu'il n'y a dans le dossier aucun renseignement laissant entendre que les parts des avantages liés aux IRB de Wichita détenues par Boeing et par Spirit étaient disproportionnées par rapport à leurs parts respectives dans le groupe total des bénéficiaires réels ou potentiels de ces IRB".[406]

184. Les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial a aussi fait erreur en ne tenant pas compte de l'importance de la diversification de l'économie dans la ville de Wichita. Ils observent qu'ils ont présenté au Groupe spécial des éléments de preuve pour étayer leur argument selon lequel l'économie de la ville de Wichita n'était pas diversifiée et était axée sur la production d'aéronefs. En dépit du fait que les Communautés européennes n'avaient soumis aucun élément de preuve à titre de réfutation, et nonobstant la prescription de l'article 2.1 c) voulant que l'importance de la diversification d'une économie soit prise en compte, le Groupe spécial a rejeté l'argument des États-Unis. Il "a simplement fait abstraction du fait que ... il incombait {aux Communautés européennes} de démontrer, et au Groupe spécial de constater, qu'en plus du "caractère disproportionné" qui apparaissait, la subvention était *en fait* spécifique, même compte tenu de l'absence de diversification de l'économie de Wichita et des éléments de preuve présentés par les États-Unis en ce sens".[407]

185. À l'audience, les États-Unis ont répété leurs critiques concernant l'approche du Groupe spécial. Premièrement, ils ont fait observer que la pertinence de la part de Boeing dans l'activité économique pour l'analyse du caractère disproportionné n'était pas manifeste, indépendamment du groupe de référence. Dans les cas où une subvention est accordée à quasiment tous les demandeurs selon des montants proportionnels à l'activité de construction et d'amélioration pour laquelle la subvention est demandée, le fait qu'une société reçoit une part plus importante de la subvention parce qu'elle entreprend une activité admissible plus importante ne peut pas équivaloir à une constatation selon laquelle cette société a reçu des montants de subvention disproportionnés. Deuxièmement, même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que la part de Boeing dans l'activité économique ait été pertinente, le niveau d'emploi de Boeing ne révèle pas grand-chose quant à la place de la société dans l'économie, parce qu'aucun indicateur ne peut à lui seul le faire. Selon les

[405] Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.964.
[406] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 190.
[407] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 193. (italique dans l'original)

États-Unis, les Communautés européennes n'ont pas présenté tous les éléments de preuve nécessaires pour arriver à une conclusion valable quant à la place de Boeing dans l'économie de Wichita. Troisièmement, on ne voit pas non plus très bien pourquoi la part de Boeing dans l'activité économique totale dans le secteur de la fabrication tout entier serait pertinente pour l'analyse du caractère disproportionné effectuée par le Groupe spécial. À cet égard, les États-Unis partageaient l'avis de l'Australie selon lequel comparer la part de la subvention d'un bénéficiaire avec la valeur de référence constituée par son importance économique relative dans l'économie dans son ensemble amènerait toujours à constater le caractère disproportionné et, donc, la spécificité.

186. Pour ces raisons, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les IRB de la ville de Wichita sont "spécifiques" au sens de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*.

4. Effets défavorables

a) Effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique

187. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les subventions pour la R&D aéronautique avaient causé des effets défavorables au sens des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*. Tout d'abord, ils rappellent que le Groupe spécial a procédé à son examen des effets défavorables des subventions pour la R&D aéronautique en deux étapes, en commençant par "une analyse des effets des subventions sur la fixation des prix et les offres de produits de *Boeing*, et en procédant ensuite à une analyse des effets des subventions … sur les prix et les ventes d'*Airbus*".[408] Les arguments des États-Unis portent sur les deux étapes de l'analyse du Groupe spécial.

i) *Constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont amélioré l'offre de produits de Boeing pour le 787*

188. Les États-Unis invoquent deux motifs d'appel séparés et indépendants en ce qui concerne la première étape de l'analyse du Groupe spécial. Premièrement, ils affirment que le Groupe spécial a fait erreur quand il a constaté que les subventions pour la R&D aéronautique avaient causé des effets défavorables au sens des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC* parce qu'elles avaient "contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787".[409] Deuxièmement, ils allèguent que le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC* "en n'incorporant pas l'ensemble de ses constatations pertinentes dans l'analyse

[408] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1660. (italique dans l'original)
[409] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1773.

hypothétique de la question de savoir si, en l'absence des subventions, Boeing aurait lancé le 787 au même niveau d'innovation technologique en 2004".[410]

Constatations du Groupe spécial concernant un lien réel et substantiel entre les subventions pour la R&D aéronautique et le 787

189. Les États-Unis estiment que les faits, tels qu'ils ont été constatés par le Groupe spécial, n'établissent pas l'existence d'un rapport réel et substantiel de cause à effet entre les subventions pour la R&D aéronautique et le développement de technologies pour le 787. Ils notent que le Groupe spécial a formulé un certain nombre de constatations[411] et a qualifié les subventions pour la R&D de la NASA de "programmes de R&D ayant des objectifs stratégiques et une dimension commerciale importante et omniprésente, qui sont exécutés en collaboration avec la branche de production des États-Unis afin de lui apporter des avantages concurrentiels en finançant des activités de recherche à haut risque et forte rentabilité du type de celles que des sociétés individuelles ne sont pas susceptibles de financer par elles-mêmes".[412] En ce qui concerne les programmes ManTech et DUS&T de l'USDOD, le Groupe spécial a en outre noté que ces programmes étaient "ax{és} sur le développement de technologies "à double usage" en collaboration avec la branche de production des États-Unis".[413] Toutefois, le Groupe spécial a également formulé "un certain nombre d'autres constatations" qui indiquent que les liens que le Groupe spécial a essayé de forger entre la R&D de la NASA/l'USDOD et la disponibilité de technologies pour le développement du 787 en 2004 ne correspondent pas à "un rapport réel et substantiel de cause à effet".[414] Les États-Unis affirment donc que, "ayant formulé ces *constatations*, le Groupe spécial devait en tenir compte dans son analyse du lien de causalité", et le manquement à cette obligation signifie que les constatations du Groupe spécial "étaient erronées".[415] Les États-Unis présentent les arguments spécifiques ci-après à cet égard.

190. Premièrement, les États-Unis affirment que la majeure partie de la R&D de la NASA en cause en l'espèce ni ne faisaient partie de l'enchaînement de causalité des technologies que le Groupe spécial jugeait extrêmement pertinentes pour le 787 ni ne visaient à rendre Boeing plus compétitive.[416] Même

[410] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 215.
[411] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 219 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1740, 7.1742, 7.1745 à 7.1748 et 7.1771).
[412] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1764.
[413] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1764.
[414] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 220 (faisant référence aux sous-sections VI.B.1.a et b de sa communication; et au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760).
[415] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 221. (pas d'italique dans l'original) Les États-Unis "n'approuvent pas la façon dont le Groupe spécial présente les activités de la NASA. Toutefois, les erreurs du Groupe spécial, sauf indication contraire donnée plus loin, n'atteignent pas le niveau d'un manquement à l'obligation de procéder à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord". (*Ibid.*)
[416] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, page 90, sous-section VI.B.1.a.

si le Groupe spécial "a reconnu à juste titre que les activités de recherche de la NASA dans des domaines particuliers de la science aéronautique auraient des degrés de pertinence différents pour la capacité de Boeing de lancer le 787 en 2004", il a fait erreur quand il a examiné "uniquement trois programmes" et a ensuite "extrapolé leurs effets" aux autres programmes de la NASA et de l'USDOD.[417] Ce faisant, le Groupe spécial "a exagéré l'effet"[418] de ces programmes restants. Les États-Unis rappellent que le Groupe spécial a mis l'accent sur les travaux concernant les composites et les technologies des composites étudiés dans le cadre des trois programmes de la NASA – à savoir le programme Advanced Composites Technology (Technologie des composites à haute performance) ("programme ACT"), le programme Advanced Subsonic Technology (Technologie subsonique avancée) ("programme AST") et le programme Research and Technology Base (Base de recherche et technologie) ("programme Base R&T") – parce que, à son avis, ils étaient "les programmes les plus importants sur les plans commercial et technologique".[419] Les États-Unis contestent par conséquent la "conclusion générale" du Groupe spécial concernant la nature et l'importance de l'intégralité de la participation de Boeing aux programmes de R&D aéronautique, qui était fondée uniquement sur l'avis du Groupe spécial concernant ce "sous-ensemble des activités de recherche" dans le cadre des trois programmes qu'il jugeait "de la plus haute importance pour le 787".[420]

191. Les États-Unis rappellent, à cet égard, que les constatations du Groupe spécial établissent que la plupart des programmes de R&D de la NASA "ne se rapportaient *pas* aux domaines désignés où il y avait un avantage commercial pour le 787" et qu'ils "ne concernaient *pas* en premier lieu un avantage concurrentiel pour la branche de production".[421] À titre d'exemple, les États-Unis mettent en avant le programme Aviation Safety (Sécurité aérienne) ("programme AS"), qui vise à "sauver des vies", et non à conférer un "avantage concurrentiel" ou à développer des technologies pour "l'usage exclusif ou dominant de Boeing".[422] Ils font référence également au programme High-Speed Research (Recherche sur les transports à grande vitesse) ("programme HSR"), qui représente "près de 40 pour cent des 1,05 milliard de dollars de contrats de la NASA avec Boeing dont le Groupe spécial a constaté qu'ils étaient des subventions", et notent que les activités de recherche au titre de ce programme portaient sur les vols supersoniques et "ne s'inscrivaient pas dans l'enchaînement de causalité qui … aboutissait aux technologies choisies pour le 787 subsonique".[423] Compte tenu de cela, les États-Unis soutiennent que les constatations du Groupe spécial indiquent "peu ou pas de

[417] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 222.
[418] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 222.
[419] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1702.
[420] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 224.
[421] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 224. (pas d'italique dans l'original)
[422] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 225.
[423] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 226.

rapport"[424] entre les activités de recherche en matière supersonique dans le cadre du programme AS ou du programme HSR d'une part, et les technologies utilisées sur le 787 d'autre part. En conséquence, ils affirment que la présence de ces activités de recherche dans la catégorie plus large des subventions pour la R&D aéronautique analysée par le Groupe spécial "soulève la question de savoir si les activités de recherche restantes relatives au 787 étaient suffisantes pour causer un préjudice grave du type de celui dont le Groupe spécial a constaté l'existence".[425]

192. Deuxièmement, les États-Unis soutiennent que, même lorsque les activités de recherche de la NASA s'inscrivaient dans l'enchaînement de causalité menant aux technologies incorporées dans le 787, le Groupe spécial a constaté que les activités de recherche s'arrêtaient à un niveau bien inférieur à ce dont Boeing avait besoin pour appliquer une technologie dans un contexte commercial.[426] Ils notent que le Groupe spécial lui-même a reconnu qu'"il fa[llait] beaucoup de temps et d'efforts pour assurer la maturation d'une technologie depuis le concept initial jusqu'à l'application commerciale".[427] En effet, le Groupe spécial a illustré la distance entre différents niveaux de maturation technologique en faisant référence aux niveaux de maturité technologique ("TRL") de la NASA, échelle qui indique les progrès de la recherche depuis "principes de base scientifiques/techniques observés et décrits" (TRL 1) jusqu'à "utilisation opérationnelle éprouvée du système réel et avantages prouvés" (TRL 9).[428] Le Groupe spécial a en outre constaté que "les efforts de recherche de la NASA mett[aient] l'accent sur le développement de technologies à plus haut risque jusqu'au TRL 6 (démonstration d'un prototype)".[429] Les États-Unis soutiennent que tous "travaux futurs nécessaires à la maturation de technologies" pour atteindre le niveau "utilisation opérationnelle" (TRL 9) devraient être effectués par Boeing ou une autre entité.[430]

193. À cet égard, les États-Unis notent que les éléments de preuve cités par le Groupe spécial indiquent que, pour les technologies relatives à la cellule, il faut 16,5 années pour passer du TRL 1 au TRL 9, dont 11,3 années pour passer du TRL 6 au TRL 9.[431] Cela signifie qu'il faut, en moyenne, 5,2 années pour passer du TRL 1 au TRL 6. Les États-Unis soulignent, toutefois, que le Groupe

[424] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 228.
[425] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 228.
[426] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, page 93, sous-section VI.B.1.b.
[427] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 229 (faisant référence, entre autres, au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1758).
[428] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 230 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1748; et D.J. Peisen *et al.*, *Case Studies: Time Required to Mature Aeronautic Technologies to Operational Readiness* (SAIC and GRA, Inc., novembre 1999 (pièce EC-795 présentée au Groupe spécial) ("Étude Peisen")).
[429] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1748.
[430] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 230 (faisant référence à Affidavit of Branko Sarh (pièce US-1254 présentée au Groupe spécial, paragraphe 15).
[431] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 231 (faisant référence à l'Étude Peisen, page 11).

spécial "n'a pas utilisé ces chiffres, apparemment parce qu'il a mal compris le tableau qu'il citait".[432] Le Groupe spécial a dit que "le délai moyen entre *le TRL 1 et le TRL 6 était de 11,3 ans* …, tandis que le délai moyen entre le TRL 1 et le TRL 9 était de 16,5 ans".[433] De l'avis des États-Unis, ces constatations du Groupe spécial démontrent que "même si une technologie de la NASA s'inscrit dans l'enchaînement de causalité menant à une technologie prête pour une utilisation opérationnelle … sur le 787", elle "nécessit{erait} des travaux de développement privés additionnels substantiels pour atteindre ce niveau".[434]

194. Troisièmement, les États-Unis soulignent que Boeing a consacré une partie substantielle de ses propres travaux de recherche au développement des technologies utilisées sur le 787.[435] En particulier, ils rappellent que le Groupe spécial lui-même a constaté que "Boeing avait effectué de sa propre initiative des travaux importants de recherche pour développer et lancer le 787"[436], et que la recherche aéronautique de la NASA "s'arrêt{ait} au TRL 6 ou à un niveau inférieur", alors que le plus gros investissement en temps au cours du processus de développement "intervient aux étapes ultérieures consistant à transformer des concepts technologiques en applications commerciales".[437] Le Groupe spécial a également constaté que "même aux stades antérieurs du développement, {Boeing} effectuait des travaux indépendamment de la NASA".[438] Par conséquent, les États-Unis soutiennent que la recherche financée par la NASA jouait un petit rôle dans la capacité de Boeing de lancer en 2004 un 787 technologiquement novateur.

195. Quatrièmement, les États-Unis mettent en avant le rôle des fournisseurs de Boeing, qui sont à l'origine d'une quantité importante des technologies nécessaires au 787, et la propre expérience de Boeing, qui contribuait largement à sa capacité d'intégrer ces technologies dans un produit fini.[439] Selon les États-Unis, même si le Groupe spécial a eu raison de dire que c'était "grâce en grande partie"[440] à la NASA et à l'USDOD que Boeing avait des capacités d'intégration des technologies dans le secteur de l'aéronautique civile, les constatations du Groupe spécial établissent que les "compétences propres de la société étaient également à l'origine d'une grande partie" de "la capacité de Boeing d'absorber le flux de technologie venant des fournisseurs".[441] Par conséquent, la

[432] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 232.
[433] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1748. (pas d'italique dans l'original)
[434] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 235.
[435] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, page 96, sous-section VI.B.1.c.
[436] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 236.
[437] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 236.
[438] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 236 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1746).
[439] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, page 96, sous-section VI.B.1.d.
[440] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1772 (citant la déclaration orale des Communautés européennes à la première réunion du Groupe spécial (RCC), paragraphe 14).
[441] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 239.

contribution des fournisseurs à la base de connaissances de Boeing atténue tout lien entre les subventions pour la R&D aéronautique et les technologies utilisées sur le 787.

196. Les États-Unis considèrent en outre que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, puisqu'il n'y a rien dans les éléments de preuve qui étaye véritablement la constatation selon laquelle la capacité de Boeing d'utiliser sur le 787 des technologies commercialement disponibles d'autres sociétés était due aux "connaissances et {à} l'expérience que Boeing {avait} acquises dans le cadre des subventions pour la R&D aéronautique en matière d'intégration des différentes technologies".[442] Le Groupe spécial a simplement accepté l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle "la NASA fournit le savoir et l'expérience pertinents pour exécuter la tâche consistant à intégrer des technologies fournies par des tierces parties dans un {LCA} complet"[443]; mais les Communautés européennes n'ont cité aucun élément de preuve. Les États-Unis font observer qu'il y avait toutefois dans le dossier du Groupe spécial des éléments de preuve indiquant que Boeing avait acquis de l'expérience dans l'application des composites dans des structures primaires et secondaires à partir des années 1960, avait enrichi cette expérience lorsque les travaux sur le 777 avaient commencé à la fin des années 1980 et avait continué de l'enrichir dans les années 1990. Ces travaux consistaient à intégrer les technologies de fournisseurs multiples indépendants des programmes de R&D de la NASA et de l'USDOD. Les États-Unis affirment que, par conséquent, la constatation du Groupe spécial selon laquelle Boeing pouvait relever le défi que représentait l'intégration de technologies venant de fournisseurs très divers "grâce en grande partie au financement et au soutien de la NASA et {de l'US}DOD"[444] n'est pas fondée sur les éléments de preuve et devrait être infirmée.

197. Les États-Unis allèguent également que l'intégration de diverses technologies venant des fournisseurs dans un programme commercial diffère beaucoup, tant en ampleur qu'en qualité, des travaux exécutés conformément aux programmes de R&D de la NASA et de l'USDOD en cause. Même le programme de la NASA le plus important (le programme HSR) représentait un montant de 440 millions de dollars seulement, qui à la fin n'était que de 307 millions de dollars étant donné que la NASA avait écourté le programme.[445] En outre, la nature de l'"intégration" dans un projet de la NASA diffère de trois manières essentielles de celle de l'"intégration" à laquelle Boeing a procédé en fabriquant des LCA: i) les projets de R&D aéronautique financés par la NASA ne vont pas au-delà du laboratoire et ne traitent pas des problèmes du monde réel que pose l'application de ces technologies;

[442] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1772.
[443] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 247.
[444] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1772 (citant la déclaration orale des Communautés européennes à la première réunion du Groupe spécial (RCC), paragraphe 14).
[445] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 242.

ii) la plupart des travaux de recherche de la NASA ne comportent pas la fabrication de pièces et composants matériels utilisables; et iii) même dans les rares cas où les projets de la NASA prévoyaient la fabrication d'un composant matériel, il s'agissait tout au plus de fabriquer un ou deux articles sur plusieurs mois ou années à des fins d'essai en laboratoire.[446] Les États-Unis ajoutent qu'une autre différence capitale entre le projet même le plus important de la NASA (le programme HSR) et le développement des LCA par Boeing concerne la personne qui a la charge du projet. Dans le premier cas, la NASA donne des instructions sur "ce qui doit être fait et comment cela doit se faire"[447], alors que pour un projet de développement de LCA, c'est Boeing qui joue ce rôle.

198. Cinquièmement, les États-Unis soutiennent que l'obligation de diffusion au public de la NASA amoindrit la valeur des subventions pour la R&D aéronautique accordées à Boeing.[448] Ils rappellent la constatation du Groupe spécial selon laquelle "la NASA a rendu publics les rapports qui résumaient les résultats de la recherche menée au titre des huit programmes {de la NASA} en cause, et {selon laquelle} cela représente une situation dans laquelle Boeing a renoncé à quelque chose de valeur en échange des fonds et de l'accès aux installations, équipements et employés qu'elle a reçus".[449] Ils reconnaissent que le Groupe spécial a également constaté que "il y {avait} des restrictions en ce qui concerne la diffusion de certains aspects des résultats des travaux de recherche financés par la NASA, et que la diffusion au public n'{avait} pas lieu immédiatement".[450] Toutefois, l'"implication essentielle" de cette dernière constatation est que les clauses relatives aux données visées par des droits exclusifs limités ("LERD") "restreignent *uniquement* la diffusion de "*certains aspects*" des résultats des travaux de recherche pendant un temps "*limité*"".[451] Par conséquent, en dépit du fait que le Groupe spécial s'est abstenu d'évaluer quelle part du financement de la NASA ne conférait pas un avantage, il n'en reste pas moins que le Groupe spécial a constaté qu'une partie des 2,6 milliards de dollars de financement avait moins de valeur à cause des politiques de diffusion de la NASA.

199. Sixièmement, les États-Unis affirment que, par rapport aux énormes dépenses de R&D de Boeing et de ses fournisseurs, l'importance des subventions pour la R&D aéronautique est trop faible pour créer un rapport réel et substantiel de cause à effet avec les technologies utilisées sur le 787.[452] Ils soutiennent que le chiffre de 2,6 milliards de dollars des subventions pour la R&D aéronautique

[446] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 244.
[447] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 245.
[448] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, page 101, sous-section VI.B.1.e.
[449] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1100.
[450] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1771.
[451] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 250. (pas d'italique dans l'original)
[452] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, page 102, sous-section VI.B.1.f.

constaté par le Groupe spécial, réparti sur les 18 années allant de 1989 à 2006, "est faible par rapport aux propres dépenses {de R&D} de Boeing".[453] À cet égard, ils notent que, lorsqu'un programme complet de développement d'un aéronef comme le 787 est en cours, les coûts de R&D de Boeing "atteignent plus de 2 milliards de dollars *par an*, par opposition à la moyenne de 153 millions de dollars par an de subventions pour la R&D aéronautique constatée par le Groupe spécial".[454] Par conséquent, étant donné que le total de 2,6 milliards de dollars "est moins important qu'il n'y paraît" et que le coût total du développement d'un LCA est "plus élevé", tout lien entre la recherche et la capacité de Boeing de développer et de lancer le 787 technologiquement novateur en 2004 "est d'autant plus atténué".[455]

200. En conclusion, les États-Unis estiment que, lorsqu'elles sont considérées dans leur totalité, les constatations du Groupe spécial n'établissent pas un rapport réel et substantiel de cause à effet et ne satisfont donc pas à la prescription des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* permettant d'établir que les subventions pour la R&D aéronautique causaient des effets défavorables.

201. À l'audience, les États-Unis ont rejeté l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle ils contestaient les constatations de fait du Groupe spécial. Ils ont répondu qu'ils contestaient uniquement une constatation de fait au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord (à savoir celle selon laquelle les projets de recherche de la NASA étaient "en grande partie à l'origine"[456] des compétences de Boeing en matière d'intégration dans un aéronef), et que, par ailleurs, ils acceptaient les faits tels qu'ils étaient exposés par le Groupe spécial. De l'avis des États-Unis, la question du lien de causalité est une question juridique impliquant l'application du critère de causalité énoncé dans l'*Accord SMC* aux faits en cause.

202. À la lumière de ce qui précède, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont causé des effets défavorables aux intérêts des Communautés européennes au sens des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*.

Constatations du Groupe spécial concernant l'analyse hypothétique

203. Les États-Unis avancent un deuxième motif d'appel, à savoir que l'analyse hypothétique du Groupe spécial était insuffisante pour démontrer qu'en l'absence des subventions pour la R&D

[453] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 251.
[454] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 251. (italique dans l'original)
[455] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 252.
[456] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, page 96, sous-section VI.B.1.d.

aéronautique, Boeing n'aurait pas été en mesure de lancer le 787 en 2004.[457] Ils qualifient l'examen par le Groupe spécial de la question de savoir si Boeing aurait lancé le 787 au moment où elle l'a fait en l'absence des subventions de "sommaire"[458] et ils critiquent le Groupe spécial pour n'avoir pas tenu compte de ses propres constatations concernant la nature de la subvention, les priorités de recherche de Boeing, ses activités de recherche réelles et ses ressources disponibles. Une analyse hypothétique correcte du lien de causalité, conformément au raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, aurait, d'une manière plus rigoureuse, examiné toutes les constatations du Groupe spécial et pris en compte toutes les constatations du Groupe spécial dans le contexte des conditions de concurrence.[459] Les États-Unis affirment que plusieurs constatations du Groupe spécial démontrent que le comportement commercial de Boeing en relation avec le lancement du 787 n'aurait pas changé en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique.

204. Les États-Unis rappellent tout d'abord la conclusion du Groupe spécial selon laquelle "{l}a concurrence intense que se livrent Boeing et Airbus porte en substance sur la conception et la construction de meilleurs avions".[460] Ils voient dans cette déclaration une reconnaissance du fait que les constructeurs de LCA "sont fortement incités sur le plan commercial à dépenser les ressources nécessaires à l'obtention d'un avantage technique sur leurs concurrents".[461] Les États-Unis mentionnent aussi la constatation du Groupe spécial selon laquelle dans le cadre des programmes de R&D aéronautique, "la définition du champ et du programme de recherche a été établie en collaboration avec la branche de production"[462] et selon laquelle, par conséquent, les programmes de R&D aéronautique étaient axés sur la création d'un avantage concurrentiel pour Boeing.[463] Par conséquent, Boeing "savait quelles recherches devaient être faites, savait qu'elles se traduiraient par un avantage concurrentiel et pouvait établir un plan pour l'affectation des ressources nécessaires à la réalisation de ces objectifs".[464] L'avantage concurrentiel escompté de Boeing, selon les États-Unis, "fournirait un motif impérieux de faire précisément cela".[465]

205. En outre, les États-Unis mentionnent la constatation du Groupe spécial établissant que des parties privées peuvent obtenir l'accès aux biens et services de la NASA dans le cadre d'accords remboursables au titre de la Loi sur l'espace et que, en vertu de ces instruments, "la NASA demande le

[457] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, page 105, section VI.B.2.
[458] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 258.
[459] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 261 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 351).
[460] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1765.
[461] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 263.
[462] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1745.
[463] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 264 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1740).
[464] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 264.
[465] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 264.

remboursement intégral, défini comme le "recouvrement intégral des coûts" afférents aux biens, services ou installations fournis".[466] Les États-Unis affirment donc qu'une partie privée peut recourir aux installations, équipements et employés de la NASA en payant à l'agence le coût de leur utilisation. Ils font en outre référence à la constatation du Groupe spécial selon laquelle Boeing autofinançait des recherches portant sur les mêmes sujets que celles de la NASA et le faisait au même moment.[467] Ils mettent aussi en avant la constatation du Groupe spécial selon laquelle Boeing avait des fonds suffisants pour acquérir les mêmes connaissances et expériences que celles qui auraient pu découler des subventions pour la R&D aéronautique en cause.[468]

206. Les États-Unis affirment que toutes ces constatations "suggèrent une conclusion hypothétique simple"[469], à savoir que, en l'absence des subventions, Boeing "aurait financé cette recherche "essentielle" elle-même, soit en utilisant ses propres ressources, soit en obtenant des ressources de la NASA dans le cadre d'un accord remboursable au titre de la Loi sur l'espace".[470] En conséquence, une analyse "hypothétique correcte" aurait déterminé que "les subventions pour la R&D aéronautique {n'étaient} *pas* une cause réelle et substantielle d'effets défavorables".[471] Le Groupe spécial est parvenu à "la conclusion inverse" et n'a fourni "aucune explication rapprochant cette conclusion de ses autres constatations".[472]

207. Les États-Unis font aussi valoir que le rejet par le Groupe spécial de l'affirmation selon laquelle Boeing aurait effectué les mêmes recherches au motif que "des facteurs importants dissuadaient le secteur privé d'investir dans la R&D aéronautique à long terme et à haut risque"[473] est contredit par la constatation du Groupe spécial selon laquelle la R&D aéronautique a un effet plus important que ce que laisserait penser sa valeur en dollar, parce qu'elle est "censé{e} multiplier l'avantage apporté par une dépense donnée".[474] Les États-Unis notent en outre que le Groupe spécial a rejeté "l'invitation des États-Unis à comparer les montants des subventions pour la R&D aéronautique et la rémunération que Boeing {avait} versée aux actionnaires".[475] Ils expliquent toutefois qu'ils "n'ont *pas* "invité" à procéder à cette comparaison", mais plutôt à procéder à une comparaison des

[466] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 266 (citant le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2624 relative au paragraphe 7.1082).
[467] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 267 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1746).
[468] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 268 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1759, 7.1830 et 7.1831).
[469] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 269.
[470] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 270.
[471] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 270. (pas d'italique dans l'original)
[472] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 271.
[473] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1759.
[474] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.
[475] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.

"recettes et liquidités nettes résultant d'opérations au cours de la période"[476], dont ils avaient démontré qu'elles "étaient suffisant{es}" pour soutenir le comportement commercial de Boeing en l'absence des subventions".[477] Ils ont montré que ce comportement commercial aurait existé "*même si* Boeing avait versé aux actionnaires la totalité des 16 milliards de dollars qu'elle a versés au cours de la période".[478] En outre, le Groupe spécial a fait une "erreur plus importante" en n'acceptant pas l'affirmation selon laquelle "les subventions pour la R&D aéronautique avaient essentiellement pour effet d'apporter des avantages aux actionnaires de Boeing"[479], qui est une implication nécessaire de l'analyse hypothétique.

208. En conclusion, les États-Unis estiment que le Groupe spécial n'a pas dûment procédé à son analyse hypothétique et n'a donc pas établi l'existence d'un lien de causalité entre les subventions et les effets défavorables pour les intérêts des Communautés européennes. Pour ces raisons, ils demandent à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle, "en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing n'aurait pas été en mesure de lancer en 2004 un aéronef incorporant l'ensemble des technologies utilisées dans le 787, en promettant de commencer les livraisons en 2008"[480], et aussi d'infirmer les constatations subordonnées selon lesquelles ces subventions ont causé des effets défavorables pour les intérêts des Communautés européennes au sens des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*.

ii) *Constatation du Groupe spécial concernant les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur les prix et ventes d'Airbus*

209. S'agissant de la deuxième étape de l'analyse du Groupe spécial concernant les effets sur la technologie[481], les États-Unis font appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle "les subventions avaient pour effet des pertes de ventes notables, {une menace de} détournement et {d'}entrave, et un empêchement de hausses de prix en ce qui concerne l'A330 ou l'A350 original".[482]

---

[476] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 275. (pas d'italique dans l'original)

[477] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 275.

[478] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 275 (faisant référence aux observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 78 du Groupe spécial, paragraphe 270). (italique dans l'original)

[479] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 276.

[480] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1775.

[481] Les États-Unis précisent qu'ils formulent cette allégation "en supposant, pour les besoins de l'argumentation, qu'il existe un lien réel et substantiel entre les subventions et la capacité de Boeing d'atteindre le niveau d'innovation technologique présent dans le 787". (Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 216)

[482] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 216.

Pertes de ventes et menace de détournement ou d'entrave

210. Les États-Unis notent, premièrement, que le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'Airbus avait "perdu" des ventes d'A330 et d'A350 original dans des campagnes de vente où "le client avait choisi le 787 au détriment de l'A350 original".[483] Ils observent que les campagnes de vente impliquant Qantas, Ethiopian Airlines, Icelandair et Kenya Airways "comportaient chacune une unique transaction", et que "{d}ans aucune de ces transactions, le client n'avait envisagé d'acheter à la fois un A350 original *et* un A330".[484] Les États-Unis soutiennent donc que, "dans la mesure où l'une quelconque de ces transactions s'est traduite par une perte de vente d'A350 {original}, elle ne {pouvait} pas constituer également une perte de vente d'A330", étant donné qu'Airbus "ne {pouvait} pas perdre la même vente deux fois".[485]

211. Les États-Unis affirment par ailleurs que dans chacune des ventes perdues dont le Groupe spécial a constaté l'existence, Airbus "n'a fait d'offre pour aucun aéronef"[486], "n'a pas retiré l'A330 au profit de l'A350 original"[487], ou n'a "offert que l'A350 original face au 787".[488] Par conséquent, "{a}ucune de ces campagnes ne supposait une commande potentielle d'A350 original *et* d'A330".[489] Les États-Unis ajoutent que, "même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que le 787 n'ait pas été disponible au moment de la campagne" ou "n'ait pas eu les caractéristiques technologiques qui ont influencé les clients", Airbus "aurait seulement pu s'attendre à obtenir des ventes additionnelles d'A350 original", mais pas aussi d'A330.[490] Par conséquent, les constatations de pertes de ventes concernant l'A330 ne satisfont pas aux prescriptions de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*. Étant donné que le Groupe spécial a utilisé ces constatations "non valables" de pertes de ventes comme seul fondement pour ses constatations de menace de détournement et d'entrave concernant l'A330 en Australie, en Éthiopie, en Islande et au Kenya, les États-Unis affirment que ces dernières constatations sont "pareillement incompatibles" avec l'article 6.3 b) de l'*Accord SMC*.[491]

---

[483] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 281.
[484] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 281. (italique dans l'original)
[485] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 281.
[486] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 283 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe D – Annexe concernant les campagnes du 787 (RCES), paragraphe 42).
[487] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 283 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe D – Annexe concernant les campagnes du 787 (RCES), paragraphe 22).
[488] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 283 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe D – Annexe concernant les campagnes du 787 (RCES), paragraphes 49 et 60).
[489] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 283. (italique dans l'original)
[490] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 284.
[491] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 281.

212. Deuxièmement, les États-Unis font valoir qu'en constatant des pertes de ventes d'A350 original et d'A330 en ce qui concernait Ethiopian Airlines, Icelandair et Kenya Airways, le Groupe spécial a fait erreur parce qu'il n'a pas tenu compte de "situations propres aux clients qui montraient que la victoire de Boeing dans la campagne n'était pas l'effet des subventions pour la R&D aéronautique".[492] Le Groupe spécial a constaté à juste titre que "les relations de Boeing avec ses clients empêchaient des constatations de pertes de ventes pour Continental Airlines, All Nippon Airways et Japan Airlines".[493] Or, de l'avis des États-Unis, il existait "essentiellement la même situation" en ce qui concernait Ethiopian Airlines, Icelandair et Kenya Airways, à savoir qu'"{e}lles avaient des flottes composées en totalité de Boeing, Ethiopian Airlines et Kenya Airways cherchant à remplacer leurs 767 et Icelandair ses 757".[494] La constatation du Groupe spécial était donc contradictoire à cet égard.

213. Troisièmement, les États-Unis font valoir qu'il existe une "incompatibilité semblable" entre la constatation de pertes de ventes formulée par le Groupe spécial en ce qui concerne Icelandair et la constatation d'absence de perte de vente formulée par le Groupe spécial en ce qui concerne Royal Air Maroc au motif qu'Airbus n'avait "pas … présenté d'offre formelle dans le délai imparti par la compagnie aérienne (Royal Air Maroc)".[495] S'agissant de la campagne impliquant Icelandair, les États-Unis observent que, pour qu'une vente soit "perdue" par un Membre, "il faut qu'il y ait eu une certaine concurrence dans le cadre de laquelle le producteur du Membre "aurait pu remporter" la vente".[496] Si le producteur du Membre n'a pas tenté d'obtenir la vente ou n'a pas fait d'offre qui répondait aux exigences du client, il ne pouvait pas s'attendre à remporter la vente et, par conséquent, ne peut pas être considéré comme l'ayant "perdue".[497] Les États-Unis soutiennent donc que "{l}e fait que Boeing a obtenu une commande ne signifie pas nécessairement, comme il apparaît que le Groupe

---

[492] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 286.

[493] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 288 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3725 relative au paragraphe 7.1786).

[494] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 288 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCC), note de bas de page 2 relative au paragraphe 10).

[495] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 289 (citant le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3725 relative au paragraphe 7.1786).

[496] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 290. Les États-Unis notent que l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC* dispose qu'un préjudice grave peut apparaître dès lors que "la subvention … a pour effet … de faire perdre des ventes sur le même marché", et qu'il apparaît que le sens pertinent de "lost" (perdre) est "fail to obtain (something one might have had)" (ne pas obtenir (quelque chose que l'on aurait pu avoir)) ou "{b}e deprived of (something) in a contest or game … be defeated in (a game, battle, a lawsuit)" (être privé de (quelque chose) lors d'une compétition ou d'un jeu … être battu dans (un jeu, une bataille, un procès)) (*ibid.* (citant *The New Shorter Oxford English Dictionary*, 4th edn, L. Brown (ed.) (Clarendon Press, 1993), Vol. 1, page 1632 (pièce US-14 présentée au Groupe spécial); et faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 892) (non souligné dans l'original)).

[497] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 290 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 892 et 893).

spécial l'a présumé, qu'Airbus a *perdu* la commande"[498], et ils notent qu'il n'y a pas d'éléments de preuve concernant la vente à Icelandair qui démontrent que, "si Boeing n'avait pas obtenu la commande, Airbus l'aurait réellement obtenue".[499]

214. Enfin, les États-Unis font valoir que, puisque la constatation erronée du Groupe spécial concernant les pertes de ventes était "le seul fondement"[500] de sa constatation selon laquelle il y existait une menace de détournement ou d'entrave en Éthiopie, en Islande et au Kenya, cette dernière constatation n'est aucunement étayée. En conséquence, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer ces constatations du Groupe spécial au titre des articles 5 c) et 6.3 b) de l'*Accord SMC*.

Menace de détournement ou d'entrave

215. Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a fait erreur en constatant l'existence d'une menace de détournement et d'entrave visant les LCA de 200 à 300 sièges d'Airbus au titre de l'article 6.3 b) de l'*Accord SMC* en Éthiopie, au Kenya et en Islande.[501] Premièrement, le Groupe spécial s'est abstenu d'évaluer si ces pays constituaient des "marchés de pays tiers" au sens de l'article 6.3 b).[502] Deuxièmement, la constatation du Groupe spécial concernant une menace de détournement et d'entrave en Éthiopie, au Kenya et en Islande, seulement fondée sur une unique campagne de vente dans chaque pays, signifie que le Groupe spécial a interprété et appliqué l'article 6.3 b) d'une manière qui "réduit le "marché" à néant".[503] Si les rédacteurs avaient voulu une telle interprétation, l'article 6.3 b) parlerait d'un détournement ou d'une entrave en relation avec "un pays tiers" et omettrait toute référence au "*marché* d'un pays tiers".[504] Par conséquent, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial concernant une menace de détournement et d'entrave.

Empêchement de hausses de prix

216. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a constaté à tort que les subventions pour la R&D aéronautique avaient pour effet d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable sur le marché mondial des LCA de 200 à 300 sièges. Premièrement, s'agissant de l'A330, ils affirment que le Groupe spécial n'a pas satisfait aux prescriptions relatives à une constatation d'empêchement notable de hausses de prix, car "il n'a pas procédé à une évaluation hypothétique valable" et "s'est

[498] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 291. (italique dans l'original)
[499] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 292.
[500] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 294.
[501] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 295 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1791 et 7.1794).
[502] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 295.
[503] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 295 et 296.
[504] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 296. (italique dans l'original)

appuyé sur une analyse de la coïncidence des tendances qui n'examinait pas de manière assez approfondie l'évolution des tendances".[505] Les États-Unis expliquent que le Groupe spécial s'est appuyé sur une coïncidence perçue entre le lancement en 2004 du 787 et une baisse des prix de l'A330, au lieu d'effectuer une analyse hypothétique sérieuse des prix de l'A330.[506] En outre, le Groupe spécial a tiré la mauvaise conclusion des données concernant la part du marché mondial pour les LCA de 200 à 300 sièges.[507] Tout en reconnaissant que les conclusions arithmétiques tirées par le Groupe spécial d'une comparaison des tendances pour la période de 2000 à 2003 avec les tendances pour la période de 2004 à 2006 étaient correctes, les États-Unis font néanmoins valoir qu'il a fait erreur en "n'examinant pas avec plus de rigueur l'évolution de ces tendances", qui révélait qu'"il n'exist{ait} aucune corrélation discernable entre la présence du 787 sur le marché et les prix de l'A330".[508] Par conséquent, les constatations d'empêchement de hausses des prix de l'A330 formulées par le Groupe spécial sont erronées parce que celui-ci s'est appuyé sur une "coïncidence temporelle" entre les niveaux de la part de marché et les prix de l'A330 qui "contredi{sait} ses inférences".[509]

217. Deuxièmement, s'agissant de l'A350 original, les États-Unis soutiennent que la constatation du Groupe spécial concernant l'empêchement notable de hausses de prix n'est pas valable parce que, "sans la moindre donnée relative aux prix et avec des éléments de preuve empiriques portant sur à peine 30 pour cent des ventes", les éléments de preuve relatifs à l'A350 original "sont insuffisants pour étayer une quelconque conclusion concernant les niveaux de prix globaux".[510] Les États-Unis rappellent que le Groupe spécial a identifié le marché mondial des LCA de 200 à 300 sièges comme étant le "même marché" que celui sur lequel il analyserait si les subventions avaient pour effet d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable pour l'A350 original et pour les autres aéronefs d'Airbus présents sur ce "marché de produit" (l'A330 et l'A350XWB-800).[511] Les États-Unis ne font pas appel de cet aspect du raisonnement du Groupe spécial, mais soutiennent que, "une fois que le Groupe spécial avait choisi ce marché en tant que cadre de référence", il était tenu d'évaluer, conformément à l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*, "si les prix des {LCA} de 200 à 300 sièges d'Airbus *sur ce marché mondial* faisaient l'objet d'un empêchement notable de hausses de prix".[512]

---

[505] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 298.
[506] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 299 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1782 à 7.1785).
[507] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 300 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1783 à 7.1785).
[508] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 302.
[509] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 303.
[510] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 304.
[511] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 307 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1674; et à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1186).
[512] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 307. (italique dans l'original)

218. Les États-Unis disent également qu'en dépit du fait que la charge leur incombait de présenter des éléments de preuve à l'appui de leurs affirmations, les Communautés européennes n'ont fourni aucun élément de preuve relatif aux données concernant les tendances des prix de l'A350 original.[513] En outre, étant donné qu'une "évaluation de l'empêchement de hausses de prix sans prix est dénuée de toute logique", les États-Unis estiment que la conclusion, quelle qu'elle soit, formulée par le Groupe spécial n'établit pas, "pour cette seule raison", l'existence d'une incompatibilité avec l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*.[514] Ils notent que, pour tenter "de combler la lacune" laissée par les Communautés européennes, le Groupe spécial s'est référé à des "éléments de preuve empiriques concernant "certaines ventes"".[515] Or, les "ventes" en question étaient "trois campagnes qui constitu{aient} une base insuffisante sur laquelle se fonder pour tirer des conclusions" sur le point de savoir si les prix sur "le même marché" avaient fait l'objet d'un empêchement de hausses de prix dans une mesure notable.[516] Les trois campagnes de vente d'A350 original citées par les Communautés européennes représentaient 30,4 pour cent des commandes totales concernant cet aéronef sur "le même marché", et il n'y avait donc "tout simplement aucun moyen de savoir ce qui s'était passé pour les prix de l'A350 original dans la majorité des ventes de cet aéronef".[517]

219. Par conséquent, les États-Unis affirment qu'en l'absence d'éléments de preuve quant aux prix réels ou aux tendances des prix de l'A350 original sur le marché mondial, le Groupe spécial n'avait aucun moyen de déterminer si l'évolution réelle des prix cadrait avec sa théorie selon laquelle "la technologie supérieure conjuguée aux coûts d'exploitation inférieurs du 787 {avait} manifestement altéré la valeur comparative de l'A330 et de l'A350 original d'Airbus, ne laissant pas à Airbus d'autre choix que de réduire les prix de ses aéronefs afin d'affronter la concurrence".[518] Une "attente fondée sur un raisonnement économique"[519] n'est pas suffisante pour justifier la constatation nécessaire à l'établissement d'une incompatibilité avec l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*: à savoir que "la subvention … *a* pour effet d'empêcher des hausses de prix … sur le même marché dans une mesure notable".[520]

220. Enfin, en ce qui concerne le marché des LCA de 200 à 300 sièges d'Airbus dans son ensemble, les États-Unis affirment qu'afin d'évaluer si les subventions pour la R&D aéronautique en

[513] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, page 309 (faisant référence aux observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 381 du Groupe spécial, paragraphe 337).
[514] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 309.
[515] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 310.
[516] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 310.
[517] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 310.
[518] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1792.
[519] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 311.
[520] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 311. (en italique dans l'original)

faveur du 787 avaient pour effet d'empêcher des hausses de prix sur le même marché dans une mesure notable au sens de l'article 6.3 c), le Groupe spécial avait pour tâche de déterminer s'il existait un empêchement notable de hausses de prix pour le "*produit en question, dans son ensemble*, sur le marché pertinent, dans son ensemble".[521] Le Groupe spécial a choisi d'examiner l'empêchement de hausses de prix "modèle par modèle"[522], en dépit du fait que le produit en question était composé des trois modèles d'Airbus de 200 à 300 sièges identifiés par les Communautés européennes: l'A330, l'A350 original et l'A350XWB-800. De plus, le Groupe spécial a rejeté l'affirmation des Communautés européennes concernant l'empêchement notable de hausses des prix de l'A350XWB-800[523], et, de surcroît, leur affirmation selon laquelle il disposait d'une base insuffisante sur laquelle se fonder pour constater l'existence d'un empêchement notable de hausses des prix pour l'A350 original. D'après les États-Unis, il "ne reste une constatation d'empêchement de hausses de prix que pour … l'A330".[524] Une constatation d'empêchement de hausses de prix concernant spécifiquement à l'A330 ne peut pas être considérée comme une base suffisante pour la conclusion du Groupe spécial quant aux effets "s'agissant du marché des LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges".[525] Les États-Unis demandent donc à l'Organe d'appel d'infirmer la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont pour effet d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable en ce qui concerne les LCA de 200 à 300 sièges d'Airbus.

iii) *Conclusion concernant les effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique*

221. En résumé, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les subventions pour la R&D aéronautique avaient causé des effets défavorables au titre des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*. Ils demandent à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont causé des effets défavorables pour les intérêts de l'Union européenne en contribuant "d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787".[526] En outre, étant donné que le Groupe spécial n'a pas procédé à une analyse hypothétique correcte, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle, "en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing n'aurait pas été en mesure de lancer en 2004 un aéronef incorporant l'ensemble

[521] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 312 (citant le rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.557). (italique ajouté par les États-Unis)
[522] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 313.
[523] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 313 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1793).
[524] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 313.
[525] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.3 a) i).
[526] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 217 et 257.

des technologies utilisées dans le 787, en promettant de commencer les livraisons en 2008"[527], ainsi que les constatations subordonnées selon lesquelles ces subventions ont causé des effets défavorables pour les intérêts des Communautés européennes. Enfin, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial concernant les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur les prix et les ventes des LCA d'Airbus en concurrence sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.

b) Effets sur les prix des subventions fiscales liées

222. Les États-Unis formulent un certain nombre d'allégations concernant l'analyse par le Groupe spécial des effets sur les prix au regard des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC*. Chacune de ces allégations découle de l'avis des États-Unis selon lequel le Groupe spécial "a pris un certain nombre de raccourcis inadmissibles dans son analyse des subventions fiscales" – à savoir les subventions FSC/ETI et les réductions du taux de l'impôt B&O – "dont il était allégué qu'elles avaient été accordées à Boeing" et, par conséquent, "n'a pas établi l'existence d'un rapport réel et substantiel de cause à effet entre les subventions et les effets défavorables allégués par {les Communautés européennes}".[528] Les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les effets des subventions FSC/ETI et des réductions du taux de l'impôt B&O sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges étaient un empêchement notable de hausses de prix, des pertes de ventes notables, et un détournement et une entrave, au sens des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC*.

i) *Analyse hypothétique du Groupe spécial*

223. Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a fait erreur en faisant abstraction de considérations que l'Organe d'appel avait qualifiées d'importantes ou essentielles pour les groupes spéciaux lors de l'évaluation d'allégations au titre des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*.

224. Les États-Unis font valoir que l'analyse hypothétique du Groupe spécial n'a pas examiné si les prix de Boeing auraient été supérieurs en l'absence des subventions fiscales. Une analyse hypothétique des effets des subventions sur les prix devrait évaluer si les prix du producteur subventionné "aurai{ent} été plus élevé{s} *en l'absence des* subventions".[529] Au lieu de cela, le Groupe spécial a dit qu'il "ne dout{ait} pas"[530] que la disponibilité des subventions FSC/ETI,

[527] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1775.
[528] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 315.
[529] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 321 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 370 (italique dans l'original)).
[530] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818.

conjuguée à celle des réductions du taux de l'impôt B&O, avait permis à Boeing de réduire ses prix en deçà du niveau qui aurait normalement été justifiable sur le plan économique, et que, dans certains cas, cela lui avait permis de remporter des ventes qu'elle n'aurait normalement pas obtenues tandis que, dans d'autres cas, cela avait fait qu'Airbus n'avait pu remporter la vente qu'à un prix réduit. Les États-Unis soutiennent que "cette explication succincte ne remplace pas une analyse hypothétique" et que le Groupe spécial "n'a pas établi que, en l'absence des subventions fiscales, les prix de Boeing auraient atteint un niveau plus élevé "justifiable sur le plan économique"".[531]

225. Selon les États-Unis, l'argumentation et les éléments de preuve des parties ont restreint la question hypothétique dont le Groupe spécial était saisi à celle de savoir si, en l'absence des subventions, Boeing aurait eu les ressources nécessaires pour agir d'une manière rationnelle sur le plan économique. Or, le Groupe spécial a rejeté l'argument des Communautés européennes selon lequel, en l'absence des subventions, Boeing aurait été forcée, par nécessité économique, à augmenter ses prix. En conséquence, le Groupe spécial a fait erreur au regard des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* en constatant que les subventions fiscales avaient amené Boeing à réduire ses prix en deçà d'un niveau "justifiable sur le plan économique".

Importance des subventions

226. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial n'a pas effectué une analyse correcte de l'importance des subventions fiscales. L'Organe d'appel a dit que l'importance d'une subvention était un facteur important dans l'analyse du point de savoir si la subvention avait pour effet d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable.[532] En fait, lorsqu'il a constaté que les réductions du taux de l'impôt B&O étaient, en elles-mêmes, trop faibles pour causer un préjudice grave, le Groupe spécial a implicitement reconnu que l'importance pouvait être le facteur *décisif*. Il n'a cependant effectué aucune analyse de ce type en ce qui concerne la mesure FSC/ETI. Les États-Unis soutiennent que les deux parties ont présenté des calculs montrant que le montant de l'avantage FSC/ETI était toujours inférieur à 1 pour cent de la valeur des ventes annuelles de Boeing entre 2001 et 2006. Le Groupe spécial a écarté cet élément de preuve au motif qu'il n'"éclair{ait} ou {n'}illustr{ait} {pas} particulièrement la capacité des subventions FSC/ETI à influer sur les prix de Boeing et, par voie de conséquence, sur les prix et les ventes d'Airbus"[533], mais il n'a pas reconnu que cela signifiait que la partie plaignante ne s'était pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait. S'agissant de leurs allégations relatives aux pertes de ventes, les éléments de preuve que les Communautés

[531] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 321 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818).
[532] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 323 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 461).
[533] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1816.

européennes ont elles-mêmes présentés montrent qu'une augmentation hypothétique de moins de 1 pour cent des prix de Boeing n'aurait pas modifié l'issue des campagnes remportées par le 737 et le 777. S'agissant de l'empêchement notable de hausses de prix, les Communautés européennes n'ont jamais affirmé ni tenté de démontrer qu'un empêchement de hausses des prix d'Airbus de moins de 1 pour cent *ad valorem* constituerait un empêchement notable de hausses de prix. Étant donné que ces subventions étaient simplement trop faibles pendant la période de 2004 à 2006 pour avoir eu pour effet de permettre à Boeing de remporter des ventes et une part de marché notables aux dépens d'Airbus, ou d'empêcher des hausses des prix d'Airbus dans une mesure notable, les États-Unis affirment qu'il n'existe aucun lien de causalité.

Corrélation entre les subventions et leurs effets

227. Les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial n'a pas examiné l'absence de toute corrélation entre le montant des subventions fiscales et les pertes de ventes alléguées, l'empêchement de hausses de prix et l'évolution de la part de marché. L'Organe d'appel a antérieurement constaté que l'on s'attendrait à ce qu'il y ait une corrélation discernable entre les prix dont les hausses avaient été empêchées dans une mesure notable et la subvention contestée si la subvention avait pour effet un empêchement notable de hausses de prix, et qu'il s'agissait "d'un facteur important dans toute analyse du point de savoir si une subvention {avait} pour effet un empêchement notable de hausses de prix".[534] Le même raisonnement s'applique quand il s'agit d'évaluer si la subvention a pour effet des pertes de ventes notables, ou un détournement ou une entrave. En l'espèce, il n'existe aucune corrélation entre le niveau des subventions et l'évolution des prix et ventes des LCA pendant les périodes de 2001 à 2003 et de 2004 à 2006. Les États-Unis font valoir que ces faits montrent qu'il n'existe aucun rapport significatif entre les subventions fiscales et les prix et ventes des LCA de Boeing, et que d'ailleurs, le Groupe spécial n'a jamais formulé la moindre constatation sur cette question.

Facteurs de non-imputation

228. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial n'a pas procédé à une analyse adéquate de la non-imputation, comme l'exigent les articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*. Bien que l'Organe d'appel ait observé qu'"il {était} nécessaire de s'assurer que les effets d'autres facteurs sur les prix {n'étaient} pas indûment imputés aux subventions contestées"[535], le Groupe spécial n'a effectué aucune analyse sérieuse des effets d'autres facteurs sur les prix et ventes de Boeing ou d'Airbus. Les États-Unis avaient fait valoir devant le Groupe spécial que les ventes et les prix des A320 et A340 d'Airbus

[534] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 451.
[535] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 437.

n'étaient pas supérieurs à ce qu'ils étaient parce que: i) Airbus avait sous-coté les prix tant des LCA de 100 à 200 sièges que des LCA de 300 à 400 sièges, ce qui avait fait considérablement augmenter sa part de marché mais avait amené les clients à s'attendre à des prix bas; ii) Boeing avait décidé de fixer pour le 737 et le 777 des prix plus concurrentiels suite aux pertes notables de parts de marché au profit d'Airbus; et iii) les prix de l'A340 quadrimoteur d'Airbus avaient baissé (par rapport au 777 plus économe en carburant) lorsque les prix des carburants avaient fortement augmenté en 2005 et 2006. Or, le Groupe spécial n'a pas expliqué les incompatibilités entre ses constatations et les éléments de preuve versés au dossier concernant ces facteurs autres que les subventions. Les États-Unis font valoir qu'en fait, le Groupe spécial n'a mentionné aucun facteur autre que les subventions dans son analyse, se contentant de dire que les arguments et éléments de preuve des États-Unis "n'infirm{aient} pas ni n'atténu{aient} l'avantage généralisé et constant en matière de prix dont Boeing {avait} bénéficié dans les campagnes relatives aux LCA qui {avaient} eu lieu sur la période de 2001 à 2003 en raison de la disponibilité des subventions FSC/ETI".[536] Les États-Unis estiment que la déclaration du Groupe spécial n'était qu'une reformulation du critère énoncé par l'Organe d'appel, mais ne garantissait en rien que les effets d'autres facteurs sur les prix n'étaient pas attribués à tort aux subventions contestées.

ii) *Traitement des subventions FSC/ETI comme des subventions à l'exportation prohibées*

229. Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a fait erreur en présumant qu'une constatation selon laquelle une subvention était prohibée au titre de la Partie II de l'*Accord SMC* signifiait également que la subvention causait un préjudice grave au titre de la Partie III de cet accord. En particulier, ils font référence à la déclaration du Groupe spécial selon laquelle, "c'est précisément parce que les subventions FSC/ETI sont subordonnées à la réalisation de ventes à l'exportation par Boeing que nous sommes habilités à déterminer, en l'absence d'éléments de preuve fiables du contraire, qu'en raison de leur nature même, elles auront des effets de distorsion des échanges".[537] Bien que le Groupe spécial n'ait pas utilisé les termes "présomption" ou "présumer", le mécanisme qu'il a décrit ne peut être distingué d'une présomption réfragable. Les États-Unis estiment que le rapport dont le Groupe spécial a affirmé l'existence entre les constatations au titre des Parties II et III est contraire aux termes de l'*Accord SMC*.

230. Les États-Unis affirment qu'il y a "de nombreuses différences importantes"[538] entre les Parties II et III de l'*Accord SMC*. Contrairement à la Partie III, la Partie II s'applique sans constatation

[536] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1819.
[537] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1810.
[538] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 340.

de spécificité, n'exige aucune constatation quant à l'effet de la subvention et n'impose aucune prescription concernant le caractère notable. De plus, la Partie II impose une prohibition absolue de certaines subventions, tandis que la Partie III permet à un Membre de maintenir une subvention s'il peut éliminer les effets défavorables, quels qu'ils soient. Le défaut dans le raisonnement du Groupe spécial est que la Partie II prohibe les subventions subordonnées aux exportations et les subventions au remplacement des importations même si elles n'ont pas d'effets défavorables. Par conséquent, on ne peut pas dire qu'une constatation au titre de la Partie II "habilite"[539] un groupe spécial à supposer l'existence d'effets de distorsion des échanges dans d'autres parties de l'*Accord SMC*.

231. Les États-Unis font valoir qu'un examen du contexte fourni par diverses dispositions de l'*Accord SMC* met en évidence d'autres défauts dans le raisonnement du Groupe spécial. Lorsque les négociateurs entendaient transposer des règles juridiques d'une partie de l'*Accord SMC* à une autre, ils ont créé des renvois spécifiques. L'absence d'un tel renvoi indique que les constatations au titre de la Partie II ne créent pas de présomptions aux fins de la Partie III. L'article 6.1 aujourd'hui caduc de la Partie III disposait qu'un "préjudice grave au sens du paragraphe c) de l'article 5 {serait} réputé exister" dans des circonstances spécifiées, mais les subventions prohibées au titre de la Partie II de l'*Accord SMC* n'étaient pas visées. La Partie V confirme également que le Groupe spécial a tort parce que, bien que l'article 15 énonce les conditions détaillées dans lesquelles l'autorité chargée de l'enquête peut constater que des importations subventionnées causent un dommage important, il ne contient aucun libellé habilitant cette autorité à déterminer qu'une subvention prohibée aura des effets de distorsion des échanges. Les États-Unis estiment que l'article 6 exige l'analyse d'"un nombre de questions intrinsèquement factuelles" et que "{l}e raccourci analytique du Groupe spécial fait abstraction de ces questions et, par conséquent, ne constitue pas le type d'analyse solide du préjudice grave dont l'Organe d'appel a constaté la nécessité".[540]

232. Les États-Unis estiment également que les rapports de règlement des différends de l'OMC sur lesquels le Groupe spécial s'est appuyé ont une pertinence limitée parce qu'ils ne concernaient pas des allégations de subventions pouvant donner lieu à une action au titre des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC*. En outre, ces rapports n'étayent pas les conclusions du Groupe spécial. Bien que l'Organe d'appel ait fait référence, dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, à des affaires concernant des subventions à l'exportation prohibées "dont les effets défavorables {étaient} présumés"[541], rien n'indique que l'Organe d'appel entendait faire référence aux effets défavorables aux fins de l'article 5.

[539] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 341.
[540] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 345 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphes 434, 437, 451, 458 et 461; et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 351).
[541] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 202.

En tout état de cause, la déclaration de l'Organe d'appel était un *obiter dictum* et il convient de l'interpréter comme décrivant de manière générale la situation au titre de la Partie II et non comme créant une possibilité de présomption aux fins de la Partie III de l'*Accord SMC*. En outre, bien que le Groupe spécial *Brésil – Aéronefs* ait dit que les subventions prohibées "vis{aient} expressément à affecter le commerce"[542], cela ne signifie pas qu'elles auront nécessairement des effets de distorsion des échanges. Les États-Unis ajoutent que l'*Accord SMC* n'est pas axé sur l'intention de l'autorité qui accorde la subvention mais plutôt sur les effets réels de la subvention.

233. Les États-Unis soutiennent que l'agrégation par le Groupe spécial de ses analyses des mesures fiscales FSC/ETI et B&O "met aussi en lumière un danger"[543] de son approche. Le Groupe spécial a constaté que les réductions du taux de l'impôt B&O, en elles-mêmes, étaient d'une importance insuffisante pour causer un préjudice grave en ce qui concernait les LCA de 200 à 300 sièges. Toutefois, il n'a pas tenu compte des éléments de preuve indiquant que les avantages FSC/ETI étaient relativement insignifiants par rapport aux valeurs des livraisons et commandes de Boeing. Au lieu d'expliquer pourquoi ces données concernant l'importance étaient dénuées de pertinence, le Groupe spécial s'est appuyé sur le statut de subvention à l'exportation de la mesure fiscale FSC/ETI. Les États-Unis font valoir que, par conséquent, la présomption du Groupe spécial quant aux "effets de distorsion des échanges" des subventions prohibées "déterminait le résultat"[544] dans la constatation selon laquelle les réductions du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington et de la ville d'Everett causaient un préjudice grave sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges.

234. Les États-Unis affirment que, sans la présomption d'effets de distorsion des échanges formulée par le Groupe spécial, toute sa constatation selon laquelle les subventions fiscales causaient des effets défavorables est réduite à néant. Cela tient à ce que "{l}a constatation selon laquelle les subventions liées aux ventes auront une incidence sur ces ventes est exacte, mais sans intérêt dans ce contexte, car elle ne dit rien sur le point de savoir si les incidences prennent la forme d'un détournement, d'une entrave, d'un empêchement de hausses de prix ou d'une perte de ventes, ou si une incidence quelconque a le caractère notable requis".[545] Les observations selon lesquelles les subventions peuvent avoir une incidence notable ou peuvent permettre un certain comportement de Boeing sont également insuffisantes, car aucune n'établit que Boeing a réellement eu le comportement que ces subventions rendaient possible. Les États-Unis concluent que, étant donné que l'évaluation du Groupe spécial était "à ce point subordonnée à sa référence incorrecte au statut de subvention à

[542] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 7.26.
[543] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 350.
[544] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 350.
[545] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 352.

l'exportation des subventions FSC"[546], la constatation du Groupe spécial concernant les subventions fiscales n'établit pas qu'elles causaient des effets défavorables sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges.

iii) *Allégations additionnelles concernant l'analyse par le Groupe spécial de l'empêchement de hausses de prix, des pertes de ventes et du détournement et de l'entrave*

Empêchement de hausses de prix

235. Les États-Unis affirment que le Groupe spécial a constaté l'existence d'un empêchement notable de hausses de prix pour l'A320 et l'A340 d'Airbus sans entreprendre l'analyse des prix requise pour ces aéronefs et pour les 737 et 777 de Boeing. L'Organe d'appel a observé qu'au titre de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*, une évaluation de l'évolution générale des prix était "manifestement pertinente pour évaluer un empêchement de hausses de prix dans une mesure notable (quoique, ainsi que le Groupe spécial l'{avait} lui-même reconnu, l'évolution des prix n'{était} pas en soi concluante)".[547] S'agissant des segments de marché concernant le 737/l'A320 et le 777/l'A340, le Groupe spécial: i) n'a jamais fait référence aux données concernant l'évolution des prix versées au dossier pour les aéronefs pertinents; ii) n'a jamais examiné d'autres facteurs pertinents affectant les prix, comme la sous-cotation des prix d'Airbus et les niveaux de production élevés ou le rôle de l'envolée des prix des carburants, pour évaluer si les données concernant les prix étaient compatibles avec un empêchement de hausses de prix; et iii) n'a jamais évalué le degré de l'empêchement de hausses de prix pour déterminer s'il était "notable" au sens de l'article 6.3 c). Les États-Unis soutiennent que la constatation du Groupe spécial est donc inadéquate en droit au titre de l'article 6.3 c), et que, étant donné que l'évolution des prix était "clairement incompatible avec un phénomène d'empêchement de hausses de prix"[548], le Groupe spécial n'avait aucun fondement rationnel lui permettant de constater que les mesures fiscales empêchaient des hausses de prix dans une mesure notable.

Pertes de ventes

236. Les États-Unis font valoir que, allant à l'encontre de ses propres constatations sur les subventions pour la R&D aéronautique et des rapports d'autres groupes spéciaux, le Groupe spécial n'a pas identifié les transactions dont il a constaté qu'elles causaient des pertes de ventes notables. Selon les États-Unis, les constatations du Groupe spécial sont insuffisantes pour établir qu'il existait

[546] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 354.
[547] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 434.
[548] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 369.

un préjudice grave aux fins de l'article 6.3 c). En outre, les États-Unis soutiennent que "le degré élevé d'imprécision"[549] dans ces constatations signifie que le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de son obligation au titre de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord d'inclure dans son rapport "les justifications fondamentales de {ses} constatations et recommandations".

237. Les États-Unis soutiennent qu'une constatation de pertes de ventes notables au titre de l'article 6.3 c) exige une constatation positive en ce qui concerne chacun des éléments déterminants: i) caractère notable; ii) pertes de ventes; et iii) marché sur lequel elles se produisent. L'absence de l'un quelconque de ces critères signifie qu'il n'y a pas de préjudice grave au titre de l'article 6.3 c). En outre, un groupe spécial doit préciser quels faits existent qui répondent à chacun de ces éléments. L'emploi du terme "ventes" montre que les "pertes de ventes" au titre de l'article 6.3 c) ne correspondent pas à des niveaux généralisés de part de marché ou de volume, mais à des transactions individuelles. Les États-Unis estiment que cela est confirmé par l'examen et les constatations faits par le Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* en ce qui concerne chacune des transactions dont ils avaient allégué dans cette affaire qu'elle représentait une perte de vente.

238. À l'inverse, lorsqu'il a analysé les ventes de LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges, le Groupe spécial n'a pas indiqué quelles ventes particulières avaient été, d'après ses conclusions, perdues. Au lieu de cela, il a simplement dit que les effets des subventions "{étaient} une perte de ventes notable ... au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC".[550] L'analyse du Groupe spécial n'indique pas les noms des campagnes ni ne fait référence à d'autres documents les indiquant. Le Groupe spécial a résumé les allégations des Communautés européennes concernant des pertes de ventes de son A320 de 100 à 200 sièges à Ryanair, Japan Airlines, Singapore Airline Leasing Enterprise, Lion Air et DBA, et de son A340 de 300 à 400 sièges à Singapore Airlines, Air New Zealand et Cathay Pacific. Toutefois, la constatation "imprécise" du Groupe spécial selon laquelle il y avait des "perte{s} de ventes notable{s}" ne donne aucune indication quant aux transactions qu'il a considérées comme des pertes de ventes.[551] Les États-Unis estiment que "{c}e silence signifie que la constatation du Groupe spécial ne satisfaisait pas aux prescriptions de fond minimales énoncées à l'article 6.3{c)} pour une constatation selon laquelle les subventions ont pour effet des pertes de ventes notables".[552]

[549] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 355.
[550] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1822.
[551] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 362.
[552] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 362.

239. Enfin, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial n'a pas non plus satisfait à la prescription procédurale de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord qui veut que son rapport "expose{} {ses} constatations de fait, l'applicabilité des dispositions en la matière et les justifications fondamentales de {ses} constatations et recommandations". Dans l'affaire *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, l'Organe d'appel a indiqué que les explications et raisons fournies par un groupe spécial devaient suffire "pour faire connaître la justification essentielle ou fondamentale de {ses} constations et recommandations".[553] Les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec cette obligation parce qu'en n'identifiant pas les transactions représentant des pertes de ventes, il n'a pas exposé les justifications fondamentales de sa constatation, et a donc violé l'article 12:7 du Mémorandum d'accord.

Détournement et entrave

240. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a également fait erreur en ne nommant pas les pays tiers dans lesquels il a constaté l'existence d'un détournement ou d'une entrave, et, par conséquent, n'a pas formulé de constatations suffisantes pour établir qu'il existait un préjudice grave aux fins de l'article 6.3 b). Les États-Unis soutiennent également que le "degré élevé d'imprécision" dans ces constatations signifie que le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de son obligation au titre de l'article 12:7 d'inclure dans son rapport "les justifications fondamentales de {ses} constatations et recommandations".[554]

241. Les États-Unis font valoir qu'une constatation de détournement ou d'entrave au titre de l'article 6.3 b) exige une constatation positive en ce qui concerne chacun des éléments déterminants: i) subvention; ii) produit similaire; iii) Membre exportant ce produit; et iv) marché d'un pays tiers. L'absence de l'un quelconque de ces critères signifie qu'il n'y a pas de préjudice grave au titre de l'article 6.3 b). En outre, un groupe spécial doit préciser quels faits existent qui répondent à chacun des éléments. Le fait que l'article 6.3 b) exige qu'un détournement ou une entrave existe en ce qui concerne un "marché" souligne encore qu'il prescrit une conclusion marché par marché, et non une constatation généralisée concernant de multiples marchés. Les États-Unis indiquent que, lorsque le Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* a examiné les allégations au titre de l'article 6.3 b), il a identifié les marchés de pays tiers dans lesquels il a constaté qu'un

[553] Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 243 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Sirop de maïs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 106).
[554] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 355.

détournement avait eu lieu (Australie, Brésil, Chine, Corée, Inde, Mexique, Singapour et Taipei chinois).[555]

242. Les États-Unis soutiennent que, devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont identifié les marchés de pays tiers pertinents – à savoir Singapour, l'Indonésie et le Japon pour les LCA de 100 à 200 sièges et Singapour, la Nouvelle-Zélande et Hong Kong, Chine pour les LCA de 300 à 400 sièges. Le Groupe spécial n'a examiné aucun de ces éléments de preuve, formulant à la place une conclusion généralisée selon laquelle les subventions avaient pour effet "un détournement des exportations des marchés de pays tiers et une entrave à ces exportations, au sens de l'article 6.3 b)".[556] Le Groupe spécial n'a mentionné le nom des marchés de pays tiers que dans la section de son rapport résumant les arguments des Communautés européennes, et il n'a pas indiqué lesquels d'entre eux étaient visés dans sa constatation généralisée. Les États-Unis considèrent donc que le silence du Groupe spécial signifie qu'il "n'a pas satisfait aux prescriptions de fond minimales énoncées à l'article 6.3 b) pour une constatation selon laquelle les subventions ont pour effet de détourner d'un pays tiers les exportations d'un produit similaire ou d'entraver ces exportations".[557]

243. Les États-Unis formulent deux allégations additionnelles en ce qui concerne l'analyse par le Groupe spécial du détournement et de l'entrave. Premièrement, ils affirment que le Groupe spécial a omis des étapes essentielles dans son analyse. Ils observent qu'une composante nécessaire de toute analyse du détournement ou de l'entrave au titre de l'article 6.3 b) est une évaluation des données concernant le rapport entre les exportations du produit subventionné et celles du produit similaire sur le marché du pays tiers en cause. Alors que le dossier dans le présent différend comprenait des données sur la part de marché et les volumes de livraison sur chacun des marchés de pays tiers identifiés par les Communautés européennes, le Groupe spécial n'a jamais fait référence à ces données. Les États-Unis font valoir que, par là-même, le Groupe spécial a fait qu'il était "impossible de discerner sur lequel des marchés il avait constaté l'existence d'un détournement et d'une entrave"[558] et a donc omis d'effectuer l'analyse nécessaire pour montrer qu'un détournement ou une entrave avait eu lieu.

244. Les États-Unis soutiennent en outre que, dans la mesure où le Groupe spécial a formulé une constatation de détournement et d'entrave en ce qui concerne des pays dans lesquels Airbus réalisait

---

[555] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 357 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 7.1790 et 7.1791).

[556] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 359 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1822).

[557] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 359.

[558] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 365.

zéro pour cent ou 100 pour cent des livraisons, une constatation de détournement, d'entrave ou des deux serait incompatible avec l'article 6.3 b). C'est le cas pour les aéronefs 737 et A320 à Singapour, où Airbus détenait une part de marché de 100 pour cent pendant toute la période de référence, et en Indonésie, où Boeing n'avait effectué aucune livraison, mais où Airbus, après n'avoir effectué aucune livraison en 2004 et 2005, avait effectué deux livraisons en 2006. Les États-Unis soutiennent que, "{d}ans n'importe quelle analyse hypothétique, la part de marché d'Airbus serait inchangée".[559] S'agissant des aéronefs 777 et A340 sur les marchés de Hong Kong, Chine et de Nouvelle-Zélande, étant donné qu'Airbus n'avait effectué aucune livraison pendant la période de référence, "il n'y avait rien qui justifiait que le Groupe spécial constate l'existence d'un détournement".[560]

245. Deuxièmement, les États-Unis font valoir que, du fait qu'il n'a formulé aucune constatation établissant que l'un quelconque des pays dans lesquels les Communautés européennes alléguaient qu'il y avait détournement ou entrave était un "marché", le Groupe spécial a fait erreur en appliquant ses "constations généralisées de détournement et d'entrave"[561] sur des marchés de pays tiers à l'Indonésie, au Japon et à Singapour pour les LCA de 100 à 200 sièges, et à Hong Kong, Chine, à la Nouvelle-Zélande et à Singapour pour les LCA de 300 à 400 sièges. Les États-Unis demandent que soient infirmées toutes constatations considérées comme ayant été formulées par le Groupe spécial en ce qui concerne le détournement ou l'entrave de ces produits sur les marchés indiqués.

246. En conclusion, les États-Unis estiment que le Groupe spécial n'a pas satisfait aux prescriptions visant à établir que les subventions fiscales avaient causé des effets défavorables pour les intérêts de l'Union européenne, et demandent donc à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial au titre des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC* à cet égard.

D. *Arguments de l'Union européenne – Intimé*

1. Contrats d'achat de la NASA et instruments d'aide de l'USDOD

a) Contribution financière – Application du critère relatif à l'"achat de services"

i) *NASA*

247. L'Union européenne fait valoir que l'Organe d'appel devrait rejeter l'appel des États-Unis concernant les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les versements et autres formes de

[559] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 365.
[560] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 365.
[561] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 366.

soutien accordés à Boeing au titre des contrats d'achat de la NASA constituent une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.

248. L'Union européenne rappelle son propre appel concernant l'interprétation juridique donnée par le Groupe spécial de l'article 1.1 a) 1) comme excluant les "achats de services" du champ de cette disposition. Elle affirme que si l'Organe d'appel souscrit à son point de vue et infirme l'interprétation du Groupe spécial, l'appel des États-Unis concernant la constatation du Groupe spécial serait sans fondement parce que les versements de la NASA en faveur de Boeing seraient "indiscutablement"[562] des contributions financières, indépendamment de la question de savoir s'ils pourraient être qualifiés à juste titre d'"achats de services". Elle soutient qu'il en est ainsi parce que "le seul fondement"[563] de l'appel des États-Unis concernant la constatation de l'existence d'une contribution financière est que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la recherche financée par la NASA ne faisait pas partie d'un achat de services.

249. L'Union européenne fait valoir qu'en tout état de cause, l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a indûment appliqué l'article 1.1 a) 1) sans examiner les éléments de preuve indiquant ce que recevaient les pouvoirs publics est essentiellement un argument selon lequel le Groupe spécial a soupesé les faits de manière incorrecte. Ce type d'argument est, au mieux, un argument qui implique une analyse au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord et non une erreur de droit. Pour étayer sa thèse, l'Union européenne s'appuie sur le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, dans lequel il est indiqué que "la manière dont le {g}roupe spécial a raisonné sur les faits contestés"[564] concerne dûment l'article 11 du Mémorandum d'accord. En conséquence de ce qui précède, la teneur de l'appel des États-Unis, pour autant qu'il ait lieu d'être, aurait dû être présentée comme une violation de l'article 11 du Mémorandum d'accord et au regard du critère d'examen approprié pour une telle allégation.

250. Même à supposer pour les besoins de l'argumentation que les États-Unis puissent formuler cette allégation au titre de l'article 1.1 a) 1), l'Union européenne maintient que les arguments des États-Unis sont défaillants sur le fond parce qu'ils reposent entièrement sur une présentation erronée du rapport du Groupe spécial. Selon l'Union européenne, le Groupe spécial a dûment examiné la totalité des éléments de preuve et a utilisé son pouvoir discrétionnaire en tant que juge des faits pour conclure que les contrats de R&D de la NASA n'étaient pas qualifiés à juste titre d'"achats de

[562] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 8.
[563] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 28.
[564] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 33 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 880.

services". Sa constatation est donc valable, même si les États-Unis sont arrivés à une conclusion différente quant au principal bénéficiaire et utilisateur des contrats de R&D de la NASA.

251. L'Union européenne ne conteste pas que le Groupe spécial n'a pas analysé en détail dans son rapport chacun des arguments et éléments de preuve que les États-Unis avaient présentés, mais elle note que le Groupe spécial a spécifiquement indiqué qu'il avait en fait examiné les éléments de preuve "dans leur totalité".[565] Elle souligne que les États-Unis ne reprochent pas au Groupe spécial d'avoir fondé sa décision sur les cinq catégories particulières d'éléments de preuve[566], mais, de fait, soutiennent que l'examen par le Groupe spécial de chacune de ces cinq catégories était complètement partial et déséquilibré. Selon l'Union européenne, toutefois, "il ressort clairement du rapport du Groupe spécial"[567] que ce dernier a examiné les éléments de preuve et arguments limités versés au dossier, et le fait que les États-Unis contestent le soupesage global des éléments de preuve auquel a procédé le Groupe spécial et la conclusion finale qu'il a formulée ne constitue pas une application erronée de l'article 1.1 a) 1).

252. En ce qui concerne le manquement allégué par le Groupe spécial à l'obligation de procéder à une "évaluation objective" au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, l'Union européenne ne partage pas l'avis selon lequel le Groupe spécial a systématiquement manqué à l'obligation d'examiner les éléments de preuve communiqués par les États-Unis. Elle affirme que le rapport du Groupe spécial montre que ce dernier a en réalité évalué les éléments de preuve dont les États-Unis allèguent qu'il ne les a pas examinés. Spécifiquement, le Groupe spécial a examiné les éléments de preuve concernant les objectifs de la NASA, le fait allégué que la R&D de la NASA était à l'avantage et pour l'usage des pouvoirs publics, ainsi que l'utilité alléguée des programmes pour les pouvoirs publics et pour les tierces parties non liées. Toutefois, selon l'Union européenne, rien dans les éléments de preuve et les arguments cités par les États-Unis ne démontre que le Groupe spécial a outrepassé son pouvoir discrétionnaire de peser les faits en constatant que les contrats de R&D conclus par la NASA étaient principalement à l'avantage et pour l'usage de Boeing, et non des pouvoirs publics.

253. À l'audience, l'Union européenne a rappelé que ni l'un ni l'autre participant n'avait fait appel du critère "principalement à l'avantage et pour l'usage" utilisé par le Groupe spécial pour déterminer si les contrats et accords de R&D de la NASA et de l'USDOD en cause étaient de véritables "achats de

[565] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 41.
[566] Le Groupe spécial a examiné: i) la législation qui autorise les programmes de R&D en cause; ii) les types d'instruments qui ont été passés entre la NASA et Boeing; iii) la question de savoir si la NASA fait une utilisation concrète de la R&D effectuée dans le cadre de ces programmes; iv) la répartition des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de ces transactions; et v) la question de savoir si les transactions en cause présentent les éléments habituels d'un "achat de services". (Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 43 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.980))
[567] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 51.

services". De fait, l'Union européenne a fait valoir qu'un tel critère était inutile, puisqu'il n'y avait pas d'exclusion des achats de services au titre de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* et que les États-Unis ne faisaient appel que de l'*application* du critère par le Groupe spécial.

254. De l'avis de l'Union européenne, rien ne permet à l'Organe d'appel de réexaminer ou d'infirmer le critère du Groupe spécial, étant donné que ni les États-Unis ni l'Union européenne n'ont fait appel du critère. En outre, l'Organe d'appel devrait rappeler que le Groupe spécial n'a jamais indiqué que c'était le critère exclusif pour déterminer si une quelconque transaction était un véritable achat de services. Si l'Organe d'appel devait infirmer le critère – contrairement au souhait des deux participants – et formuler son propre critère, l'Union européenne estime que les constatations de fait sous-jacentes du Groupe spécial et les faits non contestés concernant les contrats de R&D de la NASA en cause seraient plus que suffisants pour permettre à l'Organe d'appel de compléter l'analyse au regard de tout critère éventuel.

ii) *USDOD*

255. Comme elle l'a fait s'agissant de la NASA, l'Union européenne fait valoir pour commencer que si l'Organe d'appel devait infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* exclut de son champ d'application les transactions qualifiées à juste titre d'"achat de services", cette infirmation priverait de son objet l'appel des États-Unis concernant la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les versements et autres formes de soutien accordés par le biais des instruments d'aide de l'USDOD sont des contributions financières.

256. L'Union européenne estime qu'en tout état de cause, la constatation du Groupe spécial devrait être confirmée. Premièrement, elle considère que les arguments des États-Unis s'apparentent à des allégations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, parce que ce sont essentiellement des arguments selon lesquels le Groupe spécial a pesé les faits de manière incorrecte. Elle souligne que les États-Unis n'ont pas formulé d'allégation au titre de l'article 11 dans leur déclaration d'un autre appel ou leur communication en tant qu'autre appelant. Les États-Unis n'ayant pas présenté d'allégation au titre de l'article 11, leurs allégations, même si elles étaient vraies, ne permettraient pas d'infirmer la constatation du Groupe spécial.

257. Deuxièmement, l'Union européenne affirme que "le Groupe spécial a dûment examiné et évalué les allégations et les éléments de preuve {des États-Unis} concernant la nature du soutien à la R&D {de l'US}DOD, l'ITAR et les autres facteurs liés à l'avantage pour les pouvoirs publics des

États-Unis".[568] Elle note que "{p}robablement", du fait que le Groupe spécial a constaté que la R&D menée conformément à des contrats d'achat constituait un achat de services qui était donc exclu du champ de l'*Accord SMC*, les États-Unis ne font pas valoir que l'analyse effectuée par le Groupe spécial de la nature des programmes R&D de l'USDOD "est aussi partiale que l'analyse qu'il a effectuée en ce qui concerne la NASA".[569] De fait, les États-Unis "allèguent l'existence de deux types d'éléments de preuve distincts" dont ils allèguent que le Groupe spécial ne les a pas examinés et, ensuite, "avancent une allégation fourre-tout nébuleuse au sujet du soupesage par le Groupe spécial des éléments de preuve qu'il a effectivement examinés".[570] Selon l'Union européenne, toutefois, ni l'une ni l'autre allégation des États-Unis ne peut être admise.

258. En ce qui concerne l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait passer la forme avant le fond dans son évaluation des instruments d'aide de l'USDOD en n'examinant pas les cahiers des charges figurant dans les instruments individuels, l'Union européenne cite la déclaration du Groupe spécial selon laquelle il avait "examiné, en détail, les différentes caractéristiques fondamentales de ces contrats et accords, telles qu'elles figur[aient] … dans les lois et règlements des États-Unis et dans les contrats et accords eux-mêmes".[571] Elle note qu'un groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire de décider de ce qui est examiné dans son rapport. Elle mentionne en outre les raisons suivantes qui peuvent expliquer l'absence d'un examen de ces éléments de preuve dans le rapport du Groupe spécial. Premièrement, les instruments d'aide en cause contiennent des RCES et ne pouvaient donc pas être reproduits dans le rapport du Groupe spécial. Deuxièmement, les éléments de preuve présentés au Groupe spécial n'étaient pas fiables parce que les États-Unis n'avaient fourni que des résumés des cahiers des charges et n'avaient pas donné accès à la majorité des instruments d'aide de l'USDOD.

259. L'Union européenne ne considère pas que l'examen par le Groupe spécial des éléments de preuve indiquant les objectifs militaires de la R&D mis en lumière par les États-Unis "contribueraient de façon importante" à l'examen effectué par le Groupe spécial, car ce dernier a reconnu que "le but de ces programmes était de mener des activités de R&D afin de concevoir des armes ou d'autres systèmes de défense plus perfectionnés, ou de réduire les coûts de ces systèmes".[572] Elle note en outre

[568] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, page 63, sous-section II.B.4.c.
[569] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 140.
[570] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 140.
[571] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 146 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1169). (soulignage ajouté par l'Union européenne)
[572] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 150 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1147).

que les résumés des instruments d'aide contenaient des renseignements au sujet non seulement des objectifs militaires mais aussi des aéronefs commerciaux.[573]

260. Quant à l'ITAR, l'Union européenne maintient que le Groupe spécial "a examiné et spécifiquement rejeté"[574] les allégations des États-Unis selon lesquelles l'ITAR "empêch[ait] effectivement"[575] Boeing de tirer avantage des technologies développées au moyen des instruments d'aide. Le Groupe spécial a noté spécifiquement que deux des programmes de l'USDOD avaient "pour *objectif explicite* de s'appliquer aux aéronefs civils".[576] En outre, les États-Unis ne tiennent pas compte des éléments de preuve indiquant que les technologies acquises à partir des travaux de R&D de l'USDOD étaient effectivement à l'avantage et pour l'usage de Boeing, y compris une déclaration des États-Unis eux-mêmes selon laquelle "*certains* des travaux de RDT&E {de l'USDOD} {avaient} des applications dans le secteur civil"[577] et des déclarations des Communautés européennes – qui n'ont pas été réfutées par les États-Unis – selon lesquelles Boeing avait acquis des connaissances au sujet de la conception et de la production, qu'elle appliquait aux processus de conception et de production mais pas au contenu matériel des LCA, et n'enfreignait donc pas les restrictions prévues dans l'ITAR.[578] L'Union européenne fait aussi référence au fait que la formation et l'expérience dont bénéficiaient les employés de Boeing dans le cadre des programmes de l'USDOD étaient transférées à la branche de production des LCA des États-Unis lorsque ces employés étaient transférés au programme des LCA[579], et que les découvertes résultant des travaux de R&D de Boeing sur les LCA étaient en réalité une reprise des découvertes résultant des travaux de R&D de l'USDOD. Elle fait valoir que les constatations du Groupe spécial concernant des effets défavorables montrent qu'il était bien conscient des utilisations des connaissances et des technologies créées à partir de la R&D menée par l'USDOD pour les LCA de Boeing.

261. L'Union européenne rejette l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a pesé de manière incorrecte les cinq catégories d'éléments de preuve qu'il a examinés au regard de son critère relatif à l'"achat de services". Premièrement, elle affirme que l'argument des États-Unis est un

[573] Voir la communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphes 151 et 152.
[574] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 153.
[575] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 153 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1160).
[576] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1160. (italique dans l'original)
[577] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 155 (citant la réponse des États-Unis à la question n° 208 b) du Groupe spécial, paragraphe 294). (italique dans l'original)
[578] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 156 (faisant référence à la deuxième communication écrite des Communautés européennes présentée au Groupe spécial, paragraphe 437).
[579] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 157 (faisant référence à la deuxième communication écrite des Communautés européennes présentée au Groupe spécial, paragraphes 440 à 446).

argument "purement factuel"[580] et n'est pas présenté à bon droit au titre de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Deuxièmement, à supposer pour les besoins de l'argumentation que l'allégation des États-Unis puisse être analysée comme une application erronée potentielle de l'article 1.1 a) 1), les arguments des États-Unis "doivent être rejetés sur le fond".[581]

262. S'agissant des première et deuxième catégories d'éléments de preuve – à savoir la législation des États-Unis autorisant les programmes et transactions en cause et les différents instruments conclus par l'USDOD – les États-Unis tentent de "deviner" comment le Groupe spécial a pu peser les éléments de preuve et "constatent une erreur" dans ce qu'ils allèguent "*a peut-être été* l'approche du Groupe spécial".[582] En particulier, ils font valoir que le Groupe spécial a fondé ses conclusions sur "la distinction formelle établie dans la législation des États-Unis entre les instruments d'acquisition et les instruments d'aide".[583] Toutefois, l'Union européenne soutient que le Groupe spécial a indiqué "de façon parfaitement claire" qu'il n'avait pas fondé ses conclusions sur de tels éléments formels et, en conséquence, l'allégation des États-Unis est "directement contredite par le rapport du Groupe spécial lui-même".[584]

263. En ce qui concerne les troisième et quatrième catégories d'éléments de preuve – à savoir les objectifs déclarés des programmes de RDT&E de l'USDOD en cause et la répartition des droits de propriété intellectuelle –, l'Union européenne note que les États-Unis conviennent que le Groupe spécial "a pu parvenir à la conclusion *correcte*".[585] S'agissant des objectifs des programmes de l'USDOD, les États-Unis ne contestent pas la conclusion du Groupe spécial selon laquelle "deux au moins avaient pour objectif explicite de développer la R&D "à double usage"[586], qui étaye les conclusions du Groupe spécial sur les instruments d'aide, puisque ces deux programmes sont financés par le biais d'instruments d'aide. Quant à la répartition des droits de propriété intellectuelle, le Groupe spécial a cru comprendre que Boeing conservait les droits de brevets sur toute invention qu'elle mettait au point dans le cadre des contrats d'achat de R&D et des instruments d'aide de l'USDOD.[587]

---

[580] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 159.
[581] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 160.
[582] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 161 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 102). (italique dans l'original)
[583] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 103.
[584] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 162 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1169).
[585] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 165 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 107 et 108). (italique dans l'original)
[586] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1148.
[587] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 165 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1149 et 7.1024).

Selon l'Union européenne, ce facteur "joue, là encore, en faveur d'une constatation selon laquelle les instruments d'aide ne sont pas des achats de services".[588]

264. L'Union européenne rejette en outre l'affirmation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a effectué une analyse trop étroite de la dernière catégorie d'éléments de preuve, c'est-à-dire la question de savoir si les transactions en cause comportaient les éléments habituels d'un achat de services.[589] Elle rappelle la constatation du Groupe spécial selon laquelle, à la différence des contrats d'achat, les instruments d'aide ne prévoient pas de rémunération ni de bénéfice pour le contractant[590] et selon laquelle cet élément "inhabituel"[591] étaye la conclusion selon laquelle les instruments d'aide de l'USDOD ne sont pas des achats de services. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial aurait dû examiner d'autres aspects des instruments d'aide qui auraient pu expliquer "pourquoi l'absence de "bénéfice" pour Boeing ne faisait pas de différence dans l'échange entre Boeing et {l'US}DOD"[592]; selon l'Union européenne, toutefois, c'est précisément ce que le Groupe spécial a examiné tout au long de son analyse des cinq catégories d'éléments de preuve. Enfin, l'Union européenne indique que les États-Unis ne fournissent absolument aucun élément à l'appui de leurs affirmations concernant les échanges valeur contre valeur entre Boeing et l'USDOD et, par conséquent, il "n'est pas surprenant"[593] que le Groupe spécial ne les ait pas examinés.

265. Comme elle l'a fait pour les mesures de la NASA, l'Union européenne fait valoir que rien ne permet à l'Organe d'appel de réexaminer ou d'infirmer le critère "principalement à l'avantage et pour l'usage" formulé par le Groupe spécial, étant donné que ni les États-Unis ni l'Union européenne n'en ont fait appel. Si l'Organe d'appel devait infirmer le critère – contrairement au souhait des deux participants – et formuler son propre critère, l'Union européenne estime que les constatations de fait sous-jacentes du Groupe spécial et les faits non contestés concernant les instruments d'aide de l'USDOD en cause seraient plus que suffisants pour permettre à l'Organe d'appel de compléter l'analyse au titre de tout critère éventuel.

[588] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 165.
[589] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 166 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 109 à 113).
[590] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 166 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1152).
[591] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 166 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1166).
[592] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 167 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 111 à 113).
[593] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 168.

b) Avantage

i) *NASA*

266. L'Union européenne note que le seul fondement de l'appel des États-Unis concernant la constatation de l'existence d'un "avantage" formulée par le Groupe spécial est la "constatation erronée", d'après les allégations, formulée par le Groupe spécial "au titre de l'article 1.1 a) 1), selon laquelle les contrats de R&D de la NASA étaient principalement à l'avantage et pour l'usage de Boeing".[594] Elle croit comprendre que les États-Unis "incorporent implicitement par référence tous les arguments qu'ils ont soulevés pour alléguer des erreurs au titre de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*".[595] Elle affirme que les États-Unis n'ont indiqué aucune erreur dans l'évaluation par le Groupe spécial de l'existence de contributions financières, qu'il s'agisse de l'application de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* ou de la compatibilité avec l'article 11 du Mémorandum d'accord. En conséquence, étant donné que l'appel formé par les États-Unis au titre de l'article 1.1 b) "est entièrement fondé sur leur appel au titre de l'article 1.1 a) 1)"[596], l'Union européenne estime que l'appel formé par les États-Unis au titre de l'article 1.1 b) doit, de la même façon, ne pas aboutir.

267. L'Union européenne affirme en outre que l'appel des États-Unis concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle la valeur de l'avantage que Boeing tirait des versements effectués dans le cadre des contrats de R&D de la NASA s'élevait à 1,05 milliard de dollars "n'a pas de fondement juridique".[597] Elle avance deux raisons à l'appui de son affirmation.

268. Premièrement, l'Union européenne affirme que cette allégation "n'entre pas dûment dans le cadre du présent appel" parce que nulle part dans leur déclaration d'un autre appel, les États-Unis n'identifient "de quelconques erreurs alléguées commises par le Groupe spécial au regard de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* en évaluant l'avantage que Boeing tirait des programmes de R&D aéronautique de la NASA, ni ne font référence à l'un quelconque des paragraphes pertinents du rapport du Groupe spécial, comme l'exige la règle 23 2) c) ii) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*".[598] Elle rappelle que les États-Unis ont allégué une seule erreur au regard de l'article 1.1 b) dans leur déclaration d'un autre appel, à savoir la constatation du Groupe spécial selon laquelle les contrats de R&D de la NASA conféraient un avantage. Elle note que l'Organe d'appel a souligné que "la régularité de la procédure exigeait qu'une déclaration d'appel avise un intimé des questions

[594] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 92 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 64 et 65).
[595] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 92.
[596] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 93.
[597] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 95.
[598] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 96 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1055 à 7.1109).

soulevées en appel"[599], et qu'une déclaration d'appel "{avait} pour rôle de faire en sorte que l'intimé soit aussi avisé, même brièvement, de la "nature de l'appel" et des "allégations d'erreurs" de la part du Groupe spécial".[600] Elle note en outre, cependant, que les États-Unis n'ont "*pas donné avis, de quelque manière que ce soit*, de cette erreur {d'évaluation} alléguée".[601]

269. Deuxièmement, l'Union européenne soutient que l'allégation des États-Unis n'est pas formulée à bon droit au titre de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*. À cet égard, elle indique que l'article 1.1 b) "n'énonce aucune obligation concernant la quantification de l'avantage" et que par conséquent le Groupe spécial "n'aurait pas pu commettre d'erreurs quelconques au regard de l'article 1.1 b) en évaluant le montant de la subvention".[602] Elle pense comme le Groupe spécial que "la question de savoir si une mesure contestée constitue une subvention au sens de l'article premier est distincte de la question de savoir quel *montant* de la subvention est dûment imputé à la division des LCA de Boeing".[603] En outre, selon l'Union européenne, même si l'article 1.1 b) énonçait des obligations concernant la quantification de l'avantage, l'allégation des États-Unis est "un effort visant à présenter les faits sous un nouveau jour" et revient simplement à "une accusation selon laquelle le Groupe spécial a insuffisamment pesé les éléments de preuve communiqués par les États-Unis" en ce qui concerne le montant qui devrait être déduit des 1,05 milliard de dollars pour obtenir "ce que les États-Unis considèrent comme une évaluation plus appropriée des versements" en cause.[604] L'Union européenne considère qu'une telle allégation "peut être appropriée" au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, "mais non au titre de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*".[605]

270. L'Union européenne affirme en outre que, même à supposer pour les besoins de l'argumentation que l'allégation des États-Unis entre dûment dans le cadre du présent appel et ait été formulée à bon droit au titre de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*, "elle serait aussi dénuée de fondement".[606] Elle pense comme les États-Unis que lorsqu'une transaction ne fait pas partie de la contribution financière, elle ne devrait pas être comptabilisée "dans une quelconque quantification précise"[607] de l'avantage conféré. Toutefois, le Groupe spécial "n'a pas effectué une quantification précise de l'avantage, parce qu'il n'était pas tenu de le faire".[608] Il a donc reconnu à juste titre,

[599] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Pommes*, paragraphe 126.
[600] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 281 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphe 62).
[601] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 97. (italique dans l'original)
[602] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 98.
[603] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.35. (italique dans l'original)
[604] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 101.
[605] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 101.
[606] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 102.
[607] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 103.
[608] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 103.

conformément aux indications données par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, que "dans une affaire introduite au titre de la Partie III de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial n'{était} pas tenu de "quantifier avec précision le montant de la subvention"".[609]

271. L'Union européenne fait valoir qu'au lieu d'obtenir une quantification précise de l'avantage, le Groupe spécial a entrepris d'estimer le montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing. Ce faisant, il a pleinement reconnu les arguments et éléments de preuve des États-Unis concernant le montant de 1,05 milliard de dollars couvrant tous les contrats conclus entre Boeing et les quatre centres de recherche de la NASA, ainsi que le montant de 280 millions de dollars qu'il fallait déduire pour aboutir à la valeur des versements en faveur de la recherche relative aux LCA. Toutefois, il a pesé les éléments de preuve, a déterminé qu'il ne disposait pas d'une base adéquate pour ramener le chiffre de 1,05 milliard de dollars à 775 millions de dollars et a décidé en conséquence que le chiffre de 1,05 milliard de dollars était la meilleure estimation du montant de la subvention.[610]

272. L'Union européenne soutient que la détermination factuelle du Groupe spécial était fondée sur un raisonnement adéquat, que l'Organe d'appel ne devrait pas infirmer. Elle affirme qu'il y a d'"amples explications"[611] dans le rapport du Groupe spécial montrant que ce dernier a pleinement compris l'argument des États-Unis et en a tenu compte, et comment il avait constaté "qu'il n'y avait pas de base adéquate"[612] pour ramener le chiffre de 1,05 milliard de dollars à 775 millions de dollars. Selon l'Union européenne, le Groupe spécial a reconnu que l'obtention du chiffre de 1,05 milliard de dollars par les États-Unis était un exercice objectif fondé sur la recherche effectuée dans la Federal Procurement Data Base[613] ("FPDS"/"FPDS-NG")[614], mais il a constaté à juste titre que la réduction de 1,05 milliard de dollars à 775 millions de dollars par soustraction des 280 millions de dollars correspondant à des contrats, dont il était allégué qu'ils n'étaient pas liés aux LCA, conclus par les centres aéronautiques de la NASA était un "exercice *subjectif* fondé sur l'examen manuel{} par le personnel de la NASA des descriptions de l'objet de chaque contrat".[615]

---

[609] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1101 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 467).

[610] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 104.

[611] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 105.

[612] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 106.

[613] Pour les années 2004 à 2006, la base de données pertinente était la Federal Procurement Data Base – Next Generation (base de données des marchés fédéraux – nouvelle génération) (FPDS-NG), qui avait remplacé la Federal Procurement Data Base (FPDS). (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1058)

[614] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 106 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1067).

[615] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 106 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1068). (italique dans l'original)

273. L'Union européenne demande par conséquent à l'Organe d'appel de ne pas modifier la constatation du Groupe spécial relative à la valeur de l'avantage résultant pour Boeing des subventions pour la R&D aéronautique de la NASA.

ii) *USDOD*

274. L'Union européenne estime que l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a conclu indûment que les contributions financières de l'USDOD fournies à Boeing conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* est dénuée de fondement. Elle souligne que les États-Unis "ne font *pas* appel du cadre analytique du Groupe spécial, à savoir que "si un groupe spécial constate qu'une contribution financière est irrationnelle sur le plan économique, il peut, en l'absence d'éléments de preuve contraires, conclure que la transaction confère un avantage"".[616] De fait, les États-Unis font valoir uniquement que le Groupe spécial a qualifié à tort la nature des instruments d'aide de l'USDOD de "versement en faveur de la recherche principalement à l'avantage et pour l'usage de Boeing sans la moindre forme de redevance ou de remboursement"[617], sans tenir compte du fait que la recherche menée par Boeing était aussi à l'avantage et pour l'usage de l'USDOD et que Boeing était tenue d'affecter ses propres ressources au projet de R&D.

275. L'Union européenne affirme que la qualification du Groupe spécial était correcte et que, par conséquent, la conclusion selon laquelle un avantage existe établie par le Groupe spécial sur la base de cette qualification était également correcte.[618] Elle note que les États-Unis présentent leur argument relatif à l'avantage en supposant pour les besoins de l'argumentation que cette constatation de l'existence d'une contribution financière formulée par le Groupe spécial est correcte. Elle maintient en outre qu'"il n'y a aucun élément de preuve versé au dossier qui donnerait à penser que quoi que ce soit ressemblant à des redevances ou un remboursement ait été fourni par Boeing en échange des versements et du soutien fournis par {l'US}DOD dans le cadre de ses instruments d'aide à la R&D aéronautique".[619]

276. À cet égard, l'Union européenne souligne que les États-Unis n'ont communiqué absolument aucun renseignement, ni sur les résultats réels de la R&D financée par les instruments d'aide de l'USDOD, ni sur la façon dont les revenus générés à partir de ces résultats pouvaient donner lieu à des versements de la part de Boeing, à l'USDOD pour les contributions qu'il avait apportées à cette R&D.

[616] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 169 (citant la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 121). (italique dans l'original)
[617] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 169 (citant la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 116).
[618] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 172 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1183 à 7.1185).
[619] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 174.

De plus, elle affirme qu'"il est clair qu'il n'y a aucun retour aux pouvoirs publics des États-Unis du financement pour la R&D de {l'US}DOD, comme il y avait, par exemple, pendant la période où le gouvernement des États-Unis appliquait une politique de "recouvrement"".[620] Elle note en outre que cette politique de "recouvrement" a été abandonnée par l'USDOD en juin 1992 "précisément pour s'écarter d'une approche fondée sur le marché".[621] Elle soutient qu'aucun des éléments dont les États-Unis suggèrent que le Groupe spécial n'a pas tenu compte (à savoir, les coûts financés par Boeing pour la R&D et l'avantage que les pouvoirs publics retiraient de la R&D) ne s'apparente à des "redevances" ou un "remboursement"[622], parce que ni l'un ni l'autre de ces éléments n'entraîne de quelconques versements de la part de Boeing à l'USDOD. Elle fait donc valoir que ni la qualification par le Groupe spécial des transactions en cause "comme étant principalement à l'avantage ou pour l'usage de Boeing sans qu'aucune redevance ni aucun remboursement leur soient associés", ni sa

---

[620] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 176. Les Communautés européennes ont expliqué devant le Groupe spécial que "{d}ans le cadre de cette politique {de recouvrement}, qui a duré de 1967 à 1992, le gouvernement des États-Unis exigeait des contractants qu'ils remboursent à {l'US}DOD les coûts non récurrents lorsqu'ils réalisaient ou avaient l'intention de réaliser des ventes commerciales en utilisant des technologies à double usage qui avaient été financées au moyen d'investissements de l'{US}DOD". (Première communication écrite des Communautés européennes présentée au Groupe spécial, paragraphe 669). (note de bas de page omise)

Les Communautés européennes ont cité le document suivant qui explique les raisons sous-tendant la politique de recouvrement:

> Les politiques de recouvrement {de l'USDOD} reconnaissent que la production ou l'achat sous licence étrangère d'un article de défense des États-Unis ne devrait pas être subventionné par les pouvoirs publics des États-Unis. Elles reconnaissent aussi la possibilité d'une diffusion dans le développement et la production d'aéronefs civils des avantages qui peuvent résulter du soutien apporté par les pouvoirs publics à la recherche et au développement (R&D) concernant des articles militaires. *C'est précisément en raison de sa politique hostile à un soutien public d'entreprises spécifiques que le gouvernement des États-Unis a institué des procédures pour recouvrer l'argent provenant des ventes commerciales (autres que les ventes réalisées par les pouvoirs publics), qui correspond aux réductions de coûts {sic} résultant pour la production civile des investissements faits par les pouvoirs publics. L'un des objectifs de la mise en œuvre de cette politique est de faire en sorte que les constructeurs d'aéronefs civils restent compétitifs sur le plan commercial sur la base de leurs propres investissements et technologies.*

(Réponse du gouvernement des États-Unis au rapport établi à la demande des CE intitulé "U.S. Government Support of the U.S. Commercial Aircraft Industry" (mars 1992) (pièce EC-413 présentée au Groupe spécial), page 13). (italique ajouté par les Communautés européennes)

[621] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 176 (faisant référence à l'USDOD Rules and Regulations, "Recoupment of Nonrecurring Costs on Sales of U.S. Items", au *United States Code of Federal Regulations*, Titre 58, article 16497 (29 mars 1993) (pièce EC-416 présentée au Groupe spécial)).

[622] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 177 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 118 et 119).

conclusion selon laquelle "il s'agissait de transactions irrationnelles d'un point de vue économique qui conféraient un avantage à Boeing" n'étaient incorrectes.[623]

277. L'Union européenne maintient que, même en tenant compte explicitement des contributions aux coûts faites par Boeing et des avantages découlant de la recherche, conservés par l'USDOD, "le dossier étaye encore la conclusion selon laquelle il *existe* un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*".[624] Elle estime qu'il y a assez d'éléments de preuve versés au dossier pour conclure que les transactions en cause étaient irrationnelles d'un point de vue économique, et que cette conclusion "découle de deux points importants".[625] Premièrement, l'Union européenne rappelle que, dans son analyse de la contribution financière, le Groupe spécial est arrivé à la conclusion factuelle selon laquelle "les travaux effectués par Boeing en vertu de ses "instruments d'aide" à la R&D aéronautique conclus avec {l'US}DOD étaient principalement à l'avantage et pour l'usage de Boeing elle-même"[626] et que, "en centrant son examen sur cette condition "fondamentale" de la transaction, le Groupe spécial ne fai[sait] pas abstraction d'autres conditions telles que les contributions aux coûts faites par Boeing et tous avantages conservés par {l'US}DOD".[627] Deuxièmement, elle note que les États-Unis soulignent que la plupart (mais pas la totalité) des accords de R&D de l'USDOD comportaient un partage des coûts dans le cadre duquel "{l}a fourniture de la contribution de la partie privée imposait généralement que les pouvoirs publics et la partie privée partagent les coûts de manière égale, même si certains accords de R&D prévoyaient que les pouvoirs publics paient plus de la moitié".[628] Elle note en outre que, "dans les cas où il n'y avait pas de partage des coûts, c'étaient les pouvoirs publics qui payaient intégralement les coûts, sans aucune contribution de la part de Boeing".[629] Par conséquent, elle affirme que "les pouvoirs publics ont toujours payé au moins la moitié des coûts dans le cadre de tout instrument d'aide à la R&D aéronautique de {l'US}DOD".[630]

278. Selon l'Union européenne, les deux points ci-dessus étayent l'existence d'un avantage, même en tenant compte explicitement du partage des coûts et des avantages conservés par l'USDOD. En

---

[623] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 178 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1183 à 7.1185).

[624] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 179. (italique dans l'original)

[625] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 179.

[626] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 180 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1171). (soulignage ajouté par l'Union européenne)

[627] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 180 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1183).

[628] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 181 (citant la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 119). (soulignage ajouté par l'Union européenne omis)

[629] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 181 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, note de bas de page 220 relative au paragraphe 119). (soulignage omis)

[630] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 182. (soulignage dans l'original; note de bas de page omise)

effet, l'Union européenne estime que "{l}orsque la R&D menée dans le cadre d'un instrument est principalement à l'avantage de Boeing, le fait que les pouvoirs publics paient au moins la moitié … de cette R&D ne modifie pas la conclusion selon laquelle il *existe* un avantage non lié au marché".[631] En d'autres termes, si les éléments de preuve indiquaient que Boeing a obtenu plus de 50 pour cent de l'avantage tout en payant aussi plus de 50 pour cent des coûts, il faut peut-être présenter des éléments de preuve additionnels à titre de point de repère pour établir l'existence d'un avantage. Toutefois, dans les cas où les éléments de preuve indiquent que Boeing a obtenu *plus de 50 pour cent de l'avantage* (soit l'avantage principal) tout en payant *seulement 50 pour cent ou moins* des coûts, on peut répondre dans l'abstrait d'une manière positive à la question de l'avantage.

279. Pour ces raisons, l'Union européenne affirme que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en concluant que les instruments d'aide à la R&D aéronautique de l'USDOD conféraient un avantage à Boeing au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*, et elle maintient que la constatation du Groupe spécial à cet égard devrait être confirmée.

280. L'Union européenne estime que, contrairement à ce que font valoir les États-Unis, la déclaration faite par le Groupe spécial au paragraphe 7.1205 de son rapport selon laquelle il "ne jug{eait} pas crédible que moins de 1 pour cent des 45 milliards de dollars de financement pour la R&D aéronautique que {l'US}DOD {avait} accordés à Boeing au cours de la période de 1991 à 2005 ait été susceptible de concerner les LCA", est étayée par des éléments de preuve et donc pleinement compatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord. Elle affirme que la déclaration du Groupe spécial est sans conséquence pour ses "constatations et conclusions juridiques"[632] et ne devrait donc pas faire l'objet d'un examen par l'Organe d'appel.[633] Elle note que le Groupe spécial n'a pas estimé la valeur des subventions pour la RDT&E de l'USDOD[634]; en fait, lorsqu'il a examiné l'importance des subventions dans son analyse des effets défavorables, le Groupe spécial a constaté qu'elles s'élevaient à "au moins 2,6 milliards de dollars".[635] Ce chiffre aurait été le même si le Groupe spécial avait accepté l'argument des États-Unis selon lequel moins de 1 pour cent des 45 milliards de dollars de

[631] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 183. (italique dans l'original; soulignage omis)

[632] L'article 17:13 du Mémorandum d'accord prévoit ce qui suit: "L'Organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du Groupe spécial."

[633] L'Union européenne note que l'Organe d'appel s'est précédemment abstenu d'examiner les déclarations d'un groupe spécial qui n'avaient aucune incidence sur les constatations ou conclusions juridiques du Groupe spécial. (Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, note de bas de page 360 relative au paragraphe 186 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 20)).

[634] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 186 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1209).

[635] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 186 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760).

financement pour la RDT&E accordés par l'USDOD à Boeing était susceptible de concerner les LCA. Même si cette déclaration pouvait faire l'objet d'un examen en appel, l'Union européenne considère qu'"il y a de nombreux éléments de preuve versés au dossier"[636] pour l'étayer. Elle note que le Groupe spécial a présenté trois raisons pour lesquelles il avait constaté que le chiffre de 308 millions de dollars – dont les États-Unis faisaient valoir que c'était le montant maximal du financement pour la recherche à double usage de l'USDOD accordé à Boeing – n'était pas crédible: i) il excluait les financements accordés en vertu des programmes RDT&E pour les aéronefs militaires; ii) les États-Unis n'ont pas fourni d'éléments de preuve en ce qui concerne la valeur maximale des contrats et accords de l'USDOD concernant la recherche à double usage, comme ils l'avaient fait pour la NASA; et iii) les États-Unis n'ont pas tenu compte de la valeur de l'accès aux installations de l'USDOD.[637] En outre, selon l'Union européenne, il y a "beaucoup d'éléments de preuve additionnels versés au dossier"[638] qui étayent la conclusion du Groupe spécial, y compris: le rapport d'expert détaillé élaboré par CRA International sur lequel l'Union européenne a fondé son estimation[639]; la constatation du Groupe spécial – dont il n'a pas été fait appel au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord ou d'une autre manière – selon laquelle le montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing ne serait pas supérieur à 1,2 milliard de dollars[640]; et la constatation de fait du Groupe spécial – dont il n'a pas non plus été fait appel au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord ou d'une autre manière – selon laquelle les États-Unis "n'ont pas étayé leur assertion".[641]

281. À la lumière de ce qui précède, l'Union européenne soutient que le Groupe spécial a satisfait aux prescriptions de l'article 11 du Mémorandum d'accord. En particulier, le Groupe spécial "a examiné les éléments de preuve qui lui avaient été présentés, a soupesé et évalué leur crédibilité et s'est assuré que son observation était dûment fondée sur ces éléments de preuve.[642]

---

[636] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 187.
[637] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 188 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1205).
[638] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 189.
[639] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 189 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1203).
[640] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 189 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2800 relative au paragraphe 7.1209).
[641] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 189 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1159).
[642] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 190 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 185).

2. Réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington

a) Contribution financière – Recettes abandonnées

282. L'Union européenne demande à l'Organe d'appel de rejeter l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC* en constatant que la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington pour les fabricants d'avions commerciaux et de composants constituait une contribution financière au sens de cette disposition.

i) *Interprétation de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'Accord SMC*

283. L'Union européenne fait valoir que le Groupe spécial n'a pas mal interprété le critère juridique au titre de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC* et qu'il n'y a rien dans l'exposé du Groupe spécial qui soit contraire aux constatations formulées par l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – FSC* et *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)* ni à l'interprétation de ces constatations par l'Union européenne ou les États-Unis. Faisant référence au résumé du Groupe spécial concernant lequel les États-Unis reprochent une erreur de droit, elle note que le Groupe spécial a dit clairement "qu'un critère "en l'absence de" *pouvait* être appliqué, et non *devait* être appliqué, dans les cas où il était possible d'identifier une règle générale d'imposition; et que, sinon, des revenus légitimement comparables *devraient* être comparés".[643] Elle fait donc valoir que le Groupe spécial n'a pas élevé le critère "en l'absence de" au rang de règle générale mais a plutôt cru comprendre que ce critère était applicable dans certaines situations afin d'effectuer une comparaison de revenus légitimement comparables.

ii) *Application de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'Accord SMC*

284. L'Union européenne conteste aussi l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*. Premièrement, elle rejette l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en appliquant un critère "en l'absence de" en l'espèce. Elle estime que le Groupe spécial a procédé à un examen détaillé du système d'imposition B&O de l'État de Washington et a conclu que, parce qu'"il n'{était} pas difficile d'identifier une règle générale d'imposition et des exceptions à cette règle, les indications données par l'Organe d'appel port{aient} à croire qu'un critère "en l'absence de" {pouvait} être appliqué".[644] Selon

[643] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 214. (italique dans l'original)
[644] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 218 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.133).

l'Union européenne, le Groupe spécial a appliqué de manière appropriée un critère "en l'absence de" en l'espèce et, ce faisant, a "compar{é} le traitement fiscal de revenus légitimement comparables".[645]

285. Deuxièmement, l'Union européenne fait valoir que le Groupe spécial a examiné et a rejeté à bon droit l'utilisation de la "fourchette" des 36 taux de l'impôt B&O communiqués par les États-Unis comme étant le "point de référence normatif défini" afin d'établir s'il existait une contribution financière.[646] Comme elle le fait observer, le Groupe spécial a rejeté à juste titre l'approche de la "fourchette" proposée par les États-Unis parce que cela voudrait dire que le taux de l'impôt B&O le plus bas à un moment donné quelconque devient la "règle générale" aux fins d'une analyse au titre de l'article 1.1 a) 1) ii). Comme l'a dit le Groupe spécial, si une certaine catégorie de produits est exonérée de l'impôt, "chaque taux d'imposition se situe dans la fourchette et il n'est jamais possible qu'une réduction fiscale constitue une contribution financière".[647] En outre, l'Union européenne fait valoir que le Groupe spécial a reconnu à juste titre que la "fourchette" n'était ni "définie" ni "normative".[648] Elle ajoute que les États-Unis n'ont jamais présenté une base rationnelle"[649] pour traiter des catégories fiscales aussi disparates que la garde d'enfants, la transformation de la viande ou du soja ou la manutention comme étant pertinentes ou comparables à la production et à la vente d'aéronefs commerciaux. Elle considère que, pour ces raisons, le Groupe spécial aurait fait erreur s'il avait suivi l'approche des États-Unis consistant à sélectionner la "fourchette" des 36 taux de l'impôt B&O comme étant le point de référence normatif défini.

286. Troisièmement, l'Union européenne soutient que le Groupe spécial a exclu à bon droit de son analyse l'examen de la pyramidalisation et le taux effectif moyen de l'impôt B&O dans l'État de Washington. Comme elle le fait observer, les États-Unis ont admis que le taux effectif moyen de l'impôt B&O n'était pas un point de repère normatif. Il aurait été inapproprié que le Groupe spécial tienne compte du taux effectif moyen de l'impôt B&O dans son analyse au titre de l'article 1.1 a) 1) ii) pour les mêmes raisons qu'il était inapproprié qu'il le fasse en ce qui concerne la "fourchette" des 36 taux de l'impôt B&O. Faire cela aurait abouti à "la comparaison de revenus qui n{'}{étaient} pas légitimement comparables".[650] En outre, les États-Unis ne présentent aucun élément de preuve ou argument pour étayer l'idée que lutter contre la pyramidalisation et rapprocher les taux effectifs de

[645] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 218 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.119, qui cite le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 91).
[646] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 221.
[647] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 1224 relative au paragraphe 7.135.
[648] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 223 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.136).
[649] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 226 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 90).
[650] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 230.

l'impôt B&O du taux effectif moyen de l'impôt B&O correspondent à une quelconque règle énoncée dans la législation fiscale de l'État de Washington. En fait, les États-Unis font seulement référence à une étude qui n'a jamais été liée à la réduction du taux de l'impôt B&O sauf dans la présente procédure. De même, ils n'ont pas été en mesure de présenter une quelconque "base rationnelle" pour comparer les revenus des constructeurs d'aéronefs commerciaux avec ceux qui provenaient d'autres catégories d'activités indiquées dans l'étude.[651] Selon l'Union européenne, tenir compte du taux effectif moyen de l'impôt B&O en l'espèce constituerait une erreur au regard de l'article 1.1 a) 1) ii).

287. L'Union européenne demande que, si l'Organe d'appel devait considérer que le critère des revenus légitimement comparables devait être appliqué en l'espèce sans utilisation du critère "en l'absence de", il soit établi qu'il y a une base adéquate dans le dossier du Groupe spécial pour conclure que la réduction du taux de l'impôt B&O prévue dans le Projet de loi n° 2294 constitue l'abandon de recettes publiques normalement exigibles au sens de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*. À son avis, le dossier du Groupe spécial démontre que les revenus générés par Boeing "sont légitimement comparables aux revenus générés par la fabrication, la vente en gros et la vente au détail en général, mais *pas* légitimement comparables à l'une quelconque des autres catégories de revenus (pris individuellement ou en moyenne) indiquées par les États-Unis".[652]

b) Spécificité – Article 2.1 a) de l'*Accord SMC*

288. Selon l'Union européenne, l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en analysant seulement la réduction du taux de l'impôt B&O applicable à la construction d'aéronefs, au lieu de la totalité des exceptions au taux de l'impôt B&O figurant dans la législation fiscale de l'État de Washington, "est sans fondement".[653] L'Union européenne estime que le Groupe spécial devait examiner seulement le Projet de loi n° 2294 pour arriver à une constatation de spécificité *de jure*. Néanmoins, le Groupe spécial a entrepris d'évaluer le système de l'impôt B&O dans son ensemble. Ce faisant, il "a formulé une constatation de fait selon laquelle les multiples exceptions au taux de l'impôt B&O ne constituaient pas un programme "de subventions" unique mais pouvaient en fait constituer des mesures séparées et distinctes, parce qu'il n'y avait aucun élément de preuve justifiant d'examiner toutes les exceptions au taux de l'impôt B&O ensemble comme une

[651] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 232 (faisant référence au rapport de la Commission d'étude sur la structure fiscale de l'État de Washington, *Tax Alternatives for Washington State: A Report to the Legislature*, Vol. 2 – Appendices (novembre 2002) (pièce US-183 présentée au Groupe spécial), page 41, qui fait référence à des catégories telles que "CONSTRUCTION", "MOVIES/AMUSE/REC", "MINING/QUARRY", "AG FOR FISHING" et "SVC AUTO REPAIR"). ("Construction", "films/divertissement/loisirs", "industries extractives", "agriculture/sylviculture/pêche" et "service de réparation automobile").

[652] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 233. (italique dans l'original)

[653] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 235.

mesure unique aux fins de l'analyse au titre de l'article 2.1 a)".[654] De fait, le Groupe spécial a relevé à plusieurs reprises l'absence d'éléments de preuve présentés par les États-Unis qui lui auraient permis de parvenir à la conclusion que les multiples exceptions au taux de l'impôt B&O dans l'État de Washington constituaient un programme unique. Sur cette base, l'Union européenne fait valoir que le Groupe spécial a conclu à juste titre que la réduction du taux de l'impôt B&O accordée à l'industrie aérospatiale au titre du Projet de loi n° 2294 était une subvention qui était spécifique au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*.

289. L'Union européenne affirme que les États-Unis cherchent maintenant à faire infirmer la détermination factuelle du Groupe spécial selon laquelle les multiples exceptions au taux de l'impôt B&O dans l'État de Washington ne constituent pas un programme de subventions unique. Cette détermination factuelle n'est pas soumise à l'examen de l'Organe d'appel. Les États-Unis ne peuvent pas non plus demander de manière appropriée à l'Organe d'appel de réexaminer la façon dont le Groupe spécial a pesé les éléments de preuve. Le Groupe spécial a examiné les éléments de preuve présentés par les États-Unis et a constaté qu'ils étaient "vagues", voire "contradictoires".[655] Par conséquent, en l'absence d'allégation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, l'Organe d'appel devrait rejeter l'appel des États-Unis.

290. Même si l'Organe d'appel pouvait examiner cette détermination, l'Union européenne indique que les États-Unis n'ont mis en avant aucun élément de preuve à l'appui de leur argument et ne font apparaître aucune erreur dans l'analyse effectuée par le Groupe spécial. Elle fait observer qu'il est demandé à l'Organe d'appel de constater que les multiples exceptions au taux de l'impôt B&O font partie du même programme de subventions uniquement sur la base du fait que les multiples taux de l'impôt B&O figuraient dans le Code fiscal de l'État de Washington tel qu'il existait au moment de l'analyse de la spécificité effectuée par le Groupe spécial. Elle fait valoir, toutefois, que "{l}e simple fait que le Code fiscal unifié de l'État de Washington énumérait les multiples exceptions au taux de l'impôt B&O au moment de l'analyse effectuée par le Groupe spécial ne constitue pas un élément de preuve suffisant pour démontrer que ces multiples allégements fiscaux devraient en réalité être considérés comme un programme de subventions unique".[656]

291. L'Union européenne considère que le Groupe spécial a demandé à juste titre des éléments de preuve de l'existence d'un lien entre les multiples allégements fiscaux afin de déterminer qu'ils faisaient partie d'un programme de subventions commun et, en particulier, des éléments de preuve

[654] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 237 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.200 à 7.205).
[655] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 239 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.204 et 7.205).
[656] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 240.

quant à la date d'introduction des différents allégements fiscaux, leurs buts et leurs niveaux. Elle prend note de la position des États-Unis selon laquelle les éléments de preuve concernant des facteurs tels que la date ou le but ne sont pas pertinents pour déterminer s'il y a un programme de subventions unique ou de multiples programmes de subventions aux fins d'une analyse de la spécificité au titre de l'article 2.1 a). Comme le Groupe spécial l'a fait remarquer, en vertu de leur propre droit interne, les États-Unis examinent des facteurs similaires pour déterminer si deux programmes de subventions distincts ou davantage peuvent être traités comme un programme unique aux fins de la spécificité. L'Union européenne estime par conséquent qu'il est "malhonnête"[657] de la part des États-Unis de faire valoir que ces facteurs ne sont pas pertinents pour l'analyse de la spécificité au titre de l'article 2.1 a) et elle ajoute que les États-Unis n'ont pas démontré que les multiples exceptions au taux de l'impôt B&O figurant dans le Code fiscal de l'État de Washington devraient être considérées comme un programme de subventions unique.

292. L'Union européenne note qu'à l'audience, les États-Unis ont été en mesure d'indiquer un seul élément commun parmi les différents taux d'imposition réduits (qui concerne les taux applicables à la fabrication, à la vente en gros et à la vente au détail). Cet élément commun unique était le fait que, même si ces taux avaient été mis en œuvre initialement dans le cadre de textes législatifs distincts, *ils étaient tous récapitulés dans le même instrument législatif* – instrument qui reprenait simplement la totalité des divers taux d'imposition existants tout en modifiant seulement ceux qui concernaient la fabrication, la vente en gros ou la vente au détail d'aéronefs commerciaux et de composants.[658] L'Union européenne répond que si c'était tout ce qui était requis pour démontrer que des mesures multiples mises en œuvre à des moments différents et pour des raisons différentes constituaient une subvention unique ou un programme de subventions unique aux fins de la spécificité, il serait alors très facile pour un Membre d'éviter une constatation de spécificité. Pour ces raisons, elle demande à l'Organe d'appel de confirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington applicable à la fabrication, à la vente en gros et à la vente au détail d'aéronefs est une subvention spécifique au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*.

3. Obligations industrielles de la ville de Wichita (IRB) – Spécificité

293. L'Union européenne fait valoir que les États-Unis n'ont pas établi l'existence d'une quelconque erreur en ce qui concerne la valeur de référence choisie par le Groupe spécial pour son analyse du caractère disproportionné. À son avis, la valeur de référence du Groupe spécial provenait d'une lecture attentive de l'article 2.1 de l'*Accord SMC* et elle est compatible avec les principes

[657] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 243.
[658] Mémoire additionnel présenté par l'Union européenne après la première séance de l'audience, paragraphe 48.

d'interprétation des traités. L'Union européenne dit que, même si l'article 2.1 c) n'indique pas explicitement la valeur de référence au regard de laquelle une comparaison doit être effectuée pour déterminer si les montants de la subvention sont "disproportionnés", des indications sont fournies dans le texte introductif de l'article 2.1 et la troisième phrase de l'article 2.1 c), qui contiennent respectivement les membres de phrase "relevant de la juridiction de l'autorité qui accorde cette subvention" et "dans la juridiction de l'autorité qui accorde la subvention".[659] Cela étaye le point de vue selon lequel l'analyse du caractère disproportionné est centrée sur "le territoire sur lequel l'autorité qui accorde la subvention peut étendre ou exercer ses pouvoirs".[660]

294. L'Union européenne considère que les conclusions du Groupe spécial ne sont pas affaiblies par les critiques formulées par les États-Unis. Même si les États-Unis font valoir que le Groupe spécial n'a pas tenu compte de plusieurs circonstances, ils n'ont présenté aucun élément de preuve donnant à penser que ces circonstances s'appliquaient à l'évaluation des IRB ou du secteur de la fabrication de Wichita. Le Groupe spécial a noté à juste titre que les États-Unis n'avaient simplement "pas présenté de réfutation convaincante de{s} … éléments *prima facie* {des Communautés européennes}" ni "présent{é} aucune statistique indiquant que Boeing et Spirit contribu{aient} effectivement pour environ 69 pour cent à l'activité économique de Wichita et qu'un examen des niveaux d'emploi de Boeing et de Spirit {était} trompeur à cet égard".[661] L'Union européenne ajoute que "{l}e simple fait qu'il peut y avoir des situations dans lesquelles une valeur de référence ou un indicateur économique, autres que ceux qui ont été utilisés ici par le Groupe spécial, seraient plus appropriés ne compromet pas l'utilité de cette valeur de référence ou de l'indicateur de l'emploi concernant les faits présentés dans le *présent* différend".[662]

295. L'Union européenne souscrit à l'interprétation donnée par le Groupe spécial du terme "disproportionnés" comme signifiant "disparité *importante* entre les deux rapports pertinents".[663] Elle estime que cette interprétation est conforme au texte, au contexte, à l'objet et au but de l'article 2.1 de l'*Accord SMC*. Le Groupe spécial a compris correctement que "la disparité entre les rapports pertinents devait être notable, importante, et suffisamment pertinente pour conclure que la subvention n'était pas assez largement disponible dans toute une économie et était susceptible de causer des distorsions et des inefficacités dans le commerce international".[664] L'Union européenne estime en outre qu'on ne peut pas dire qu'un groupe spécial accroisse ou diminue les droits et obligations des

[659] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphes 272 et 273.
[660] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 274.
[661] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.769.
[662] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 277. (italique dans l'original)
[663] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.768. (italique dans l'original)
[664] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 279. (note de bas de page omise)

Membres en violation de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord s'il procède à une interprétation et une application correctes de l'article 2.1 c).

296. L'Union européenne soutient en outre que les deux autres valeurs de référence proposées par les États-Unis ne constituent pas une base permettant d'infirmer les constatations du Groupe spécial. Devant le Groupe spécial, les États-Unis ont préconisé une valeur de référence fondée sur le rapport entre les niveaux d'emploi de Boeing et de Spirit et les niveaux d'emploi agrégés du groupe des bénéficiaires réels de la subvention alléguée. L'Union européenne prend note de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle cette valeur de référence n'était pas étayée par le texte ou le contexte de l'article 2 et était difficile à concilier avec le but de cette disposition consistant à déterminer si une subvention est assez largement disponible dans toute une économie pour ne pas apporter des avantages uniquement à "certaines entreprises". Les États-Unis "n'avancent aucun moyen de défense en ce qui concerne cette critique vigoureuse formulée par le Groupe spécial".[665] En outre, bien que les États-Unis aient reproché au Groupe spécial de n'avoir pas tenu compte de l'importance de la diversification des activités économiques comme l'exige la troisième phrase de l'article 2.1 c), l'Union européenne considère que c'est précisément ce que fait la valeur de référence qu'ils proposent "car elle est circonscrite au programme de subventions particulier en cause".[666]

297. L'Union européenne considère en outre que le bien-fondé de la deuxième valeur de référence proposée par les États-Unis, qui permet un examen de la proportionnalité uniquement entre les bénéficiaires *potentiels* d'une subvention, ne met pas en cause le caractère approprié de la valeur de référence effectivement adoptée par le Groupe spécial. Elle fait observer que cette valeur de référence a été proposée par l'Australie devant le Groupe spécial et elle note que, compte tenu de l'absence d'éléments de preuve versés au dossier qui permettraient au Groupe spécial d'évaluer le caractère disproportionné sur cette base et compte tenu des éléments juridiques et des éléments de preuve à l'appui de la valeur de référence proposée par les Communautés européennes, le Groupe spécial a opté pour l'approche des Communautés européennes.[667] Le Groupe spécial a estimé en outre que, vu que le groupe admissible au bénéfice des IRB était très large, il était improbable que l'emploi de l'approche australienne altère son analyse. À cet égard, les États-Unis n'ont fait apparaître aucune erreur de droit de la part du Groupe spécial. L'Union européenne rejette aussi l'argument des États-Unis concernant l'utilité du raisonnement fait par le Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* parce que, dans cette affaire, le Groupe spécial traitait de la question de savoir si les montants des subventions accordées à une entreprise ou une branche de production devaient être

[665] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 284.
[666] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 284.
[667] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 285 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.767 et 7.768).

évalués par rapport aux montants accordés aux autres bénéficiaires des subventions et ne traitait pas de la nature du point de repère en cause comme dans le présent appel.

298. S'agissant de l'affirmation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial n'a pas tenu compte de l'importance de la diversification des activités économiques dans la ville de Wichita, l'Union européenne fait valoir que la méthode du Groupe spécial incorpore l'élément de diversification et que le Groupe spécial a examiné les éléments de preuve des États-Unis indiquant que Wichita était centrée sur la production d'aéronefs. Elle note aussi que le Groupe spécial a conclu que les États-Unis n'avaient pas présenté de réfutation convaincante des éléments *prima facie* présentés par les Communautés européennes, parce qu'ils avaient fait valoir, en des termes relativement généraux, que le degré de diversification de l'économie de Wichita était faible et n'avaient par ailleurs présenté aucune statistique indiquant que Boeing et Spirit contribuaient effectivement pour environ 69 pour cent à l'activité économique de Wichita et qu'un examen des niveaux d'emploi de Boeing et de Spirit était trompeur. Les États-Unis contestent ces conclusions "mais n'ont proposé aucune base raisonnable qui permette de les critiquer après coup".[668] L'Union européenne maintient que, dans la mesure où les États-Unis s'opposent à la manière dont le Groupe spécial a pesé les éléments de preuve, cela pourrait uniquement être considéré comme une contestation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, chose que les États-Unis n'ont pas faite s'agissant de cette allégation.

299. L'Union européenne note qu'à l'audience, les États-Unis ont donné à entendre que le point de repère approprié pour l'évaluation du caractère disproportionné devrait être les bénéficiaires admissibles au bénéfice d'une subvention qui *avaient effectivement demandé* une subvention. Elle affirme que ce point de repère ferait peser une "charge insurmontable"[669] sur le plaignant. Il imposerait au plaignant de communiquer un type de données qui ne serait généralement pas à la disposition du public (c'est-à-dire les demandes effectives), "ce qui est particulièrement troublant au vu de la position {des États-Unis} sur la capacité d'un Membre de bloquer l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V".[670]

[668] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 295.
[669] Mémoire additionnel présenté par l'Union européenne après la première séance de l'audience, paragraphe 51.
[670] Mémoire additionnel présenté par l'Union européenne après la première séance de l'audience, paragraphe 51.

4. Effets défavorables

a) Effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique

300. L'Union européenne estime que l'appel des États-Unis est, "en grande partie, un appel déguisé au titre de l'article 11".[671] Elle soutient que les motifs d'appel des États-Unis "visent à identifier des erreurs de droit" au titre des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*; toutefois, en "présentant simplement" leurs allégations comme faisant référence à l'application du droit aux faits, les États-Unis ne les font pas entrer "dans le cadre" des articles 5 c) et 6.3.[672] Selon l'Union européenne, un examen attentif de l'appel des États-Unis ne révèle rien de plus que le fait que ceux-ci ne souscrivent pas au soupesage des éléments de preuve par le Groupe spécial.

301. De l'avis de l'Union européenne, le fond de l'appel des États-Unis est "effectivement de présenter une nouvelle argumentation sur les constatations factuelles"[673] formulées par le Groupe spécial et cet appel devrait, par conséquent, être soumis au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. L'Union européenne souligne que les États-Unis n'ont pas, à cet égard, "explicitement formulé{}"[674] une allégation au titre de l'article 11 dans leur déclaration d'un autre appel ou dans leur communication en tant qu'autre appelant et, par conséquent, l'Organe d'appel devrait rejeter l'appel des États-Unis "sur la base de ce seul manquement".[675]

302. Si, néanmoins, "l'Organe d'appel devait traiter cet appel", l'Union européenne rappelle que l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* a réaffirmé que les groupes spéciaux "n{'étaient} pas tenus d'attribuer aux éléments probants factuels des parties le même sens et le même poids que ce qu'elles leur donn{aient}".[676] Par conséquent, étant donné que les États-Unis n'ont pas démontré que le Groupe spécial avait abusé de son pouvoir discrétionnaire en tant que juge des faits, l'Union européenne demande à l'Organe d'appel de rejeter l'appel des États-Unis.

---

[671] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, page 144, section III.A.2.
[672] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 324.
[673] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 330.
[674] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 332 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 274).
[675] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 332.
[676] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 334 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1317, qui cite le rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 267). (soulignage ajouté par l'Union européenne omis)

i) *Constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont amélioré l'offre de produits de Boeing pour le 787*

Constatation du Groupe spécial selon laquelle il existe un lien réel et substantiel entre les subventions pour la R&D aéronautique et le 787

303. L'Union européenne estime que le premier groupe d'allégations des États-Unis est "sans fondement"[677] et repose sur des affirmations "isolées" et "hors contexte" formulées par le Groupe spécial.[678] À son avis, un "examen attentif"[679] des constatations du Groupe spécial montre qu'il n'y a pas d'erreur de droit dans la conclusion du Groupe spécial selon laquelle "les subventions pour la R&D aéronautique ont contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787".[680]

304. L'Union européenne examine d'abord l'argument des États-Unis selon lequel "{l}e Groupe spécial s'est appuyé sur un sous-ensemble d'éléments de preuve concernant trois des huit programmes de la NASA et a extrapolé ses conclusions aux autres programmes".[681] Elle affirme, à cet égard, que le Groupe spécial n'a ni fait erreur dans l'application du droit et ni outrepassé la limite de son pouvoir discrétionnaire en tant que juge des faits. Au lieu de cela, de l'avis de l'Union européenne, le Groupe spécial a admis que huit programmes de la NASA et deux programmes de l'USDOD avaient chacun contribué, "bien qu'à des degrés différents"[682], au développement des technologies utilisées sur le 787 et avaient, par conséquent, causé des effets défavorables. Le Groupe spécial "a examiné spécifiquement" et "évalué objectivement" chacun des programmes "*individuellement* dans son analyse"[683], et il a finalement constaté que les programmes de R&D aéronautique "pris collectivement {avaient} contribué aux technologies appliquées au 787".[684]

305. L'Union européenne explique que le Groupe spécial "est allé dans les moindres détails" lorsqu'il a évalué les effets des subventions pour la R&D aéronautique et a fondé ses constatations sur un "soupesage minutieux des éléments de preuve" présentés par les deux parties.[685] Le Groupe spécial a analysé la structure et la conception de chacun des huit programmes aéronautiques de la

[677] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, page 149, section III.A.3.
[678] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 342.
[679] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 342.
[680] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1773.
[681] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 203.
[682] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1702.
[683] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 348 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1709 à 7.1740). (italique dans l'original)
[684] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 348. (souligné dans l'original)
[685] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 349 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.1 – Arguments des parties concernant les liens entre la R&D financée par le gouvernement des États-Unis et les technologies spécifiques appliquées au 787, page 830).

NASA[686] et des deux programmes de l'USDOD en cause.[687] De même, il a examiné le fonctionnement des subventions pour la R&D aéronautique, "en tenant particulièrement compte des conditions de concurrence dans la branche de production des LCA".[688]

306. L'Union européenne rappelle que, sur la base des éléments de preuve versés au dossier, le Groupe spécial a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel "les subventions pour la R&D de la NASA étaient destinées à des activités de recherche aéronautique de caractère général ou à des activités de recherche d'importance secondaire pour le développement d'un produit"[689] et a constaté que les programmes ManTech et DUS&T avaient pour objectif explicite de "développer la R&D "à double usage"".[690] Le Groupe spécial a constaté en outre que les subventions pour la R&D aéronautique "complétaient les efforts internes de développement de produits déployés par Boeing"[691] et jouaient un rôle "dans la réduction du risque de R&D assumé par Boeing".[692] L'Union européenne prend note également de la constatation du Groupe spécial selon laquelle les effets des subventions pour la R&D aéronautique ne peuvent pas être évalués "sur la base de la valeur nominale des contributions financières considérées, qui s'élèvent à *au moins* 2,6 milliards de dollars".[693] Le Groupe spécial a constaté, par contre, que les subventions pour la R&D aéronautique "multipl{iaient} les avantages de toute dépense donnée".[694]

307. En outre, l'Union européenne fait observer que le Groupe spécial a "soigneusement" résumé, dans un appendice de 27 pages joint à son rapport[695], les éléments de preuve présentés par les deux parties concernant le rapport entre les mesures de la NASA/l'USDOD et le développement par Boeing de technologies relatives au 787. À son avis, plutôt qu'"extrapol{er}"[696] ses constatations concernant les liens entre les programmes ACT, AST et R&T Base et le 787 aux autres programmes de R&D aéronautique, le Groupe spécial a examiné des éléments de preuve concrets de l'existence de retombées technologiques des cinq autres programmes de la NASA et des deux programmes de

[686] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 350 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1709 à 7.1737).
[687] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 350 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1738 à 7.1740).
[688] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 351 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1741 à 7.1773).
[689] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1742.
[690] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1701.
[691] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1746.
[692] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1747.
[693] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 355 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1433). (italique dans l'original)
[694] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 355.
[695] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 360 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.1.D, page 843).
[696] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 362.

l'USDOD.[697] Conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord, le Groupe spécial n'était pas tenu de faire référence dans son rapport à tous les éléments de preuve et arguments présentés par les parties.[698]

308. L'Union européenne entreprend ensuite de "répond[re] à chacune des affirmations factuelles"[699] formulées en appel par les États-Unis. Elle rejette d'abord l'argument des États-Unis selon lequel "la majeure partie des activités de recherche de la NASA en cause … ne faisaient pas partie de l'enchaînement de causalité des technologies que le Groupe spécial jugeait extrêmement pertinentes pour le 787".[700] À cet égard, l'Union européenne fait observer qu'elle avait démontré que les technologies et les solutions de conception utilisées sur le 787 "étaient rarement des copies conformes des innovations entreprises dans le cadre d'un seul programme de recherche".[701] De fait, Boeing "choisissait parmi les solutions qui étaient les mieux adaptées" aux exigences spécifiques du 787 en prenant ce qui lui convenait dans des décennies de R&D financée par les pouvoirs publics.[702] Puisque le Groupe spécial a "correctement" formulé la question au titre des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC* comme étant celle de savoir "si les subventions contribuaient" aux technologies du 787 et non "s'il y avait identité parfaite" entre elles, l'Union européenne demande à l'Organe d'appel de rejeter la contestation par les États-Unis des constatations du Groupe spécial.[703]

309. L'Union européenne estime en outre que les affirmations des États-Unis au sujet du fait que les activités de recherche de la NASA étaient à un "niveau bien plus bas … que nécessaire pour une application commerciale sur le 787"[704] n'invalident pas les constatations de l'existence d'un lien de causalité formulées par le Groupe spécial. Elle soutient que l'erreur factuelle alléguée commise par le Groupe spécial lorsqu'il a interprété les éléments de preuve relatifs aux TRL "n'atteint pas un niveau qui modifierait les constatations du Groupe spécial".[705] Premièrement, même les chiffres révisés montrent que les subventions pour la R&D de la NASA (portant sur la tranche allant du TRL1 au TRL 6) donnaient à Boeing un "avantage temporel important de plusieurs années dans le

[697] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphes 363 et 364.
[698] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 365 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 202).
[699] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 367.
[700] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, page 90, sous-section VI.B.1.a.
[701] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 373 (faisant référence à la déclaration conjointe de Dominik Wacht et Tim Sommer (2007) (pièce EC-1336 présentée au Groupe spécial) (RCES/RCC)).
[702] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 373 (faisant référence à la déclaration conjointe de Dominik Wacht et Tim Sommer (2007) (pièce EC-1336 présentée au Groupe spécial) (RCES/RCC)).
[703] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 377.
[704] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 379 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 229 à 235).
[705] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, page 171, sous-section III.A.3.a.iv.

développement du 787".[706] Deuxièmement, la "réduction du risque"[707] que les subventions ont assurée à Boeing demeure importante. Et troisièmement, les durées associées aux TRL sont "simplement des temps de développement moyens pour un large éventail de technologies relatives aux "cellules"".[708] L'Union européenne soutient donc que "même si la constatation chiffrée en cause était erronée", la conclusion finale du Groupe spécial "demeure pleinement étayée".[709]

310. S'agissant de l'argument des États-Unis selon lequel, par rapport aux propres dépenses de R&D de Boeing, l'importance des subventions pour la R&D aéronautique des États-Unis est "trop faible pour créer un rapport réel et substantiel de cause à effet avec les technologies utilisées sur le 787"[710], l'Union européenne note que le Groupe spécial a admis à juste titre que ces types de subventions étaient "cens{és} multiplier l'avantage apporté par une dépense donnée".[711] Elle note en outre que le Groupe spécial "n'était pas tenu d'accorder une importance particulière au montant de la contribution financière par rapport à d'autres dépenses".[712]

311. L'Union européenne rappelle que la contestation des États-Unis, au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, de la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont permis à Boeing de relever les défis que représente l'intégration de technologies venant de fournisseurs très divers.[713] Elle estime que l'argument des États-Unis "ne reconnaît pas que plusieurs … contrats visaient précisément à permettre à Boeing d'améliorer l'intégration"[714] et "fait abstraction de l'importance des connaissances et de l'expérience que Boeing a acquises dans le cadre des subventions pour la R&D aéronautique".[715] Le simple fait que le Groupe spécial a accordé aux éléments de preuve un poids différent de celui qui est accordé par les États-Unis ne veut pas dire qu'il n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du

---

[706] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 385.
[707] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 386.
[708] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 387 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3668 relative au paragraphe 7.1748).
[709] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 388.
[710] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 389 (citant la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, page 102, sous-section VI.B.1.f).
[711] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 391 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760). (soulignage ajouté par l'Union européenne)
[712] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 394.
[713] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 396 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 214 et 238 à 249).
[714] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 397.
[715] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 398 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1772). L'Union européenne souligne, à cet égard, la constatation du Groupe spécial selon laquelle "{l}a question capitale pour développer et construire des LCA n'est *pas* de savoir comment *obtenir* les différentes technologies et les différents outils de conception et de fabrication. La question capitale est de savoir comment les *utiliser*". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1772 (italique dans l'original))

Mémorandum d'accord. L'Union européenne demande donc à l'Organe d'appel de rejeter l'appel des États-Unis sur ce point.

312. Enfin, l'Union européenne partage l'avis du Groupe spécial selon lequel la diffusion des résultats de la recherche de la NASA est limitée compte tenu des restrictions qui ont pour but d'apporter des avantages aux constructeurs de LCA des États-Unis.[716] Les documents techniques publiés par la NASA ont "peu de valeur"[717] parce qu'ils ne contiennent pas de "résultats de recherche essentiels"[718] et sont "généraux et ambigus".[719] En outre, ces rapports sont souvent "soumis à des droits d'accès limités" et sont donc "publiés tardivement".[720] L'Union européenne note aussi que Boeing détient généralement les brevets des technologies et processus développés et, par conséquent, la technologie développée "ne peut pas être utilisée par Airbus" ou "ne peut être utilisée que moyennant une redevance".[721]

Constatations du Groupe spécial concernant l'analyse hypothétique

313. L'Union européenne soutient que l'analyse hypothétique du Groupe spécial n'était "ni de nature "sommaire" ni "insuffisante"'.[722] Au contraire, toute l'analyse du Groupe spécial démontre, de l'avis de l'Union européenne, qu'il a dûment achevé la première étape de son analyse hypothétique "des effets des subventions sur la fixation des prix et les offres de produits de *Boeing*" avant d'examiner leurs effets sur "les prix et les ventes d'*Airbus*".[723]

[716] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 402 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1771 et note de bas de page 3699 y relative).
[717] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 404.
[718] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 404 (faisant référence à la déclaration de Ray Kingcombe (9 novembre 2007) (pièce EC-1177 présentée au Groupe spécial); et à la déclaration de Patrick Gavin *et al.* (8 novembre 2007) (pièce EC-1175 présentée au Groupe spécial (RCES/RCC))). (italique omis)
[719] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 404 (faisant référence à la déclaration de Patrick Gavin *et al.* (8 novembre 2007) (pièce EC–1175 présentée au Groupe spécial (RCES/RCC))).
[720] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 404 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes présentée au Groupe spécial, Annexe C – Linking of US Aeronautics Subsidies to the 787, paragraphes 122 à 124 et 135 à 151).
[721] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 404 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes présentée au Groupe spécial, Annexe C – Linking of US Aeronautics Subsidies to the 787, paragraphes 122 à 134).
[722] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 414 (citant la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 258 et 215).
[723] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 414 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1660 (italique dans l'original)).

314. Passant aux arguments spécifiques présentés par les États-Unis, l'Union européenne note, premièrement, que les États-Unis "n'indiquent aucun élément de preuve"[724] étayant l'allégation selon laquelle Boeing savait quelles recherches devaient être faites. Le Groupe spécial a constaté à juste titre que "la recherche fondamentale constitu{ait} des investissements à haut risque que les entreprises privées {étaient} peu disposées à réaliser".[725] Sur la base des éléments de preuve dont il disposait, le Groupe spécial a conclu que les subventions pour la R&D aéronautique étaient "particulièrement précieuses" pour Boeing parce qu'elles contribuaient à des recherches que, sans cela, l'entreprise ne mènerait pas, "même si elle disposait des ressources financières pour le faire".[726]

315. L'Union européenne rejette aussi l'affirmation des États-Unis selon laquelle Boeing aurait pu effectuer les recherches au moyen de ses propres fonds. Elle note que le Groupe spécial a constaté que la question n'était pas de savoir si Boeing "aurait *pu* financer les recherches", mais de savoir si "elle *l'aurait fait*"[727] compte tenu des "importants facteurs qui dissuad{aient} le secteur privé d'investir dans la {R&D} aéronautique à long terme et à haut risque".[728] S'agissant de l'argument des États-Unis selon lequel la distance par rapport à la technologie opérationnelle finale diminue la valeur des subventions pour la R&D aéronautique, l'Union européenne note que "c'est précisément cette distance" qui a rendu les recherches trop coûteuses et trop risquées pour que Boeing les entreprenne elle-même et qui a rendu les subventions de la NASA et de l'USDOD "plus précieuses".[729]

316. À l'audience, l'Union européenne a noté que l'article 6.3 de l'*Accord SMC* exigeait qu'un groupe spécial constate l'existence d'un rapport réél et substantiel de cause à effet entre la subvention et le phénomène sur le marché en question. Le Groupe spécial n'avait pas besoin de conclure que, en l'absence des subventions, le monde se trouverait dans une autre situation particulière donnée. Il suffisait qu'il constate que, en l'absence des subventions, le 787 aurait été un concurrent différent, présentant soit des caractéristiques moins attractives que celles qu'il présente actuellement, soit des caractéristiques identiques mais lancées plus tard. Le Groupe spécial a fondé à juste titre son analyse hypothétique sur une évaluation qualitative et a dûment expliqué les conséquences de ses constatations selon lesquelles les subventions pour la R&D aéronautique des États-Unis avaient contribué au lancement du 787 avancé sur le plan technologique en 2004, ce qui avait causé des effets défavorables pour les Communautés européennes.

---

[724] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 419 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 264).
[725] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 420.
[726] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 422.
[727] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 424. (italique dans l'original)
[728] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 424 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1747).
[729] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 426 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 202).

317. L'Union européenne a souligné en outre que le Groupe spécial avait formulé l'hypothèse correcte et était parvenu, à juste titre, à la conclusion que, bien qu'elle ait été incitée à lancer un produit comme le 787 et qu'elle dispose des ressources financières pour le faire, Boeing n'aurait pas été dans la même position en termes de connaissances, d'expérience et de confiance sur le plan technologique pour lancer le 787 en 2004, en l'absence des effets des subventions pour la R&D aéronautique des États-Unis. Lorsqu'il a formulé cette constatation, le Groupe spécial a soigneusement pesé et examiné les facteurs de non-imputation invoqués par les États-Unis, mais a finalement constaté qu'ils n'atténuaient pas le rapport réél et substantiel qu'il avait identifié.

318. L'Union européenne affirme donc que "les constatations factuelles détaillées" étayent l'analyse hypothétique du Groupe spécial et sa conclusion selon laquelle "en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing n'aurait pas lancé le 787 comme elle l'a fait et au moment où elle l'a fait en 2004".[730]

ii) *Constatation du Groupe spécial concernant les effets des subventions sur les prix et les ventes d'Airbus*

319. L'Union européenne soutient que l'affirmation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a compté deux fois chaque vente de 787 comme représentant deux pertes de ventes pour Airbus "est dénuée de tout fondement dans les constatations du Groupe spécial".[731] Elle explique qu'elle n'a jamais fait valoir qu'une unique campagne de vente, dans laquelle l'A330 et l'A350 original étaient tous deux proposés, devrait être comptée comme deux pertes de ventes.[732] Le Groupe spécial a simplement admis que, dans plusieurs des campagnes de vente contestées, Airbus "a proposé à la compagnie aérienne cliente à la fois des A330 et des A350 original"[733] et a, par conséquent, perdu des ventes de plusieurs aéronefs de ces deux modèles.

320. En outre, l'Union européenne soutient que le Groupe spécial "a examiné" et "rejeté à juste titre" des facteurs de non-imputation.[734] Le fait que le Groupe spécial a constaté que, dans six des dix campagnes de vente contestées, des facteurs de non-imputation "{avaient} joué un rôle majeur dans le fait que Boeing {avait} remporté la vente"[735] confirme "sans l'ombre d'un doute"[736] que le Groupe

[730] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 428.
[731] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 442.
[732] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 443 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes présentée au Groupe spécial, Annexe D – Annexe concernant les campagnes du 787 (RCES), paragraphes 7 à 14 et 20 à 29 et tableau figurant au paragraphe 77).
[733] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 444.
[734] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 446.
[735] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1786.
[736] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 447.

spécial a tenu compte de ces autres facteurs. De l'avis de l'Union européenne, la contestation des États-Unis est une "contestation du soupesage des éléments de preuve par le Groupe spécial"[737], qu'ils n'ont pas dûment soulevée au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.

321. L'Union européenne rejette en outre l'affirmation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant l'existence d'une menace de détournement/d'entrave pour les LCA de 200 à 300 sièges d'Airbus en Éthiopie, au Kenya et en Islande, parce qu'il "s'est abstenu à tort, d'évaluer si ces pays constituaient des "marchés de pays tiers" au sens de l'article 6.3 b)".[738] Elle note que les États-Unis ne contestent pas la constatation faite par le Groupe spécial de l'existence d'une menace de détournement/d'entrave en Australie.[739]

322. L'Union européenne rappelle que, dans l'affaire *CE et certains États–membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a dit que le terme "marché" désignait à la fois un marché géographique et un marché de produit.[740] Étant donné que le champ d'application de l'article 6.3 b) se limite aux "marché{s} {de} pays tiers", l'examen ne peut porter que sur "le marché de *produits* pertinent sur les marchés de pays tiers".[741] Cependant, l'Union européenne note que le Groupe spécial "a correctement indiqué" qu'"n'y {avait} *aucun* désaccord des parties au sujet des marchés de *produit* pertinents".[742] Elle estime donc que, étant donné ni les marchés de produit pertinents ni les marchés géographiques pertinents (à savoir, l'Éthiopie, le Kenya et l'Islande) n'étaient contestés, le Groupe spécial a eu raison de conclure qu'il n'était "pas tenu d'examiner"[743] si les Communautés européennes avaient établi l'existence de marchés de pays tiers aux fins de leurs arguments concernant le détournement et l'entrave.

323. L'Union européenne estime en outre que, "même si le Groupe spécial était dans l'obligation de formuler des constatations sur l'étendue du marché géographique à l'intérieur d'un pays tiers, ce qui n'est pas le cas"[744], la constatation qu'il a formulée demeure correcte. Le Groupe spécial a constaté, avec l'accord explicite des deux parties, qu'il existait un marché mondial pour les "aéronefs à fuselage

[737] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 447.
[738] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 295 et 296.
[739] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 462 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 295).
[740] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 464 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1117 à 1123).
[741] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 464. (italique dans l'original)
[742] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 464 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1670). (italique dans l'original)
[743] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1674.
[744] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 465.

large pouvant transporter environ 200 à 300 passagers".[745] L'Union européenne note donc que, du point de vue des faits, il ne pouvait pas y avoir de marchés géographiques multiples à l'intérieur de chaque pays tiers, puisque "{un} marché mondial englobe le territoire de *tous* les pays tiers dans lesquels il y a concurrence entre les LCA".[746]

324. L'Union européenne estime que le Groupe spécial a aussi constaté à juste titre qu'il y avait un empêchement notable de hausses de prix sur le marché mondial pour les LCA de 200 à 300 sièges.[747] Elle affirme qu'un examen des éléments de preuve dans leur ensemble démontre qu'"il *existe* une corrélation directe entre le lancement du 787 et la baisse des prix de l'A330".[748] De l'avis de l'Union européenne, les États-Unis essaient de présenter sous un nouveau jour les faits "en analysant artificiellement des points de données annuelles, au lieu des tendances manifestes dans le temps".[749] Cependant, même en acceptant la comparaison entre les points de données annuelles faite par les États-Unis, leur argument n'est pas valable.

325. L'Union européenne fait valoir que le "niveau de renseignements détaillés sur les prix"[750] demandé par les États-Unis pour l'A350 original et l'A350XWB n'est pas nécessaire pour constater l'existence d'un empêchement de hausses de prix pour le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Le Groupe spécial a fondé sa constatation sur "des renseignements détaillés sur les prix pour l'A330" et disposait "de tous les renseignements nécessaires" pour évaluer l'incidence du lancement du 787 sur les prix de l'A330.[751] Bien que des renseignements circonstanciés sur les prix de l'A350 original et de l'A350XWB soient "beaucoup moins pertinents"[752], l'Union européenne a également présenté des renseignements sur les prix de l'A350 original.

326. En résumé, l'Union européenne rejette les trois motifs d'appel présentés par les États-Unis concernant les effets des subventions pour la R&D aéronautique et estime que: i) les erreurs alléguées dans les constatations du Groupe spécial établissant un lien entre les subventions pour la R&D aéronautique et les technologies appliquées sur le 787 "n'existent pas"[753]; ii) Boeing n'aurait pas pu mener la même R&D soutenue par la NASA avec ses propres fonds[754]; et iii) le Groupe spécial a

[745] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1669.
[746] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 465. (italique dans l'original)
[747] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, page 203, sous-section III.A.3.c.v.
[748] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 468. (italique dans l'original)
[749] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 469 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 302).
[750] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 471 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 304 et 309 à 313).
[751] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 479.
[752] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 479.
[753] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 320.
[754] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 321.

constaté à juste titre que l'effet des subventions pour la R&D aéronautique causait un préjudice grave au sens des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC* sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.[755]

b) Effets sur les prix des subventions fiscales liées

i) *Analyse hypothétique du Groupe spécial*

327. L'Union européenne estime que les arguments des États-Unis selon lesquels l'analyse hypothétique du Groupe spécial n'a pas traité la question de savoir si les prix de Boeing auraient été plus élevés en l'absence des subventions fiscales liées sont dénués de fondement pour trois raisons. Premièrement, contrairement à ce qu'allèguent les États-Unis, le Groupe spécial a entrepris une évaluation hypothétique complète des effets des subventions fiscales liées en cause sur les prix, en prenant en considération: i) la nature des subventions; ii) l'importance et la durée des subventions; et iii) les conditions de concurrence entre Airbus et Boeing.

328. S'agissant de la nature des subventions fiscales liées, l'Union européenne soutient que le Groupe spécial a donné une description détaillée des raisons pour lesquelles ces subventions, compte tenu de leur lien direct avec la production et les ventes de LCA, avaient pour effet d'empêcher des hausses de prix. Le Groupe spécial a aussi noté que les États-Unis convenaient que, d'un point de vue économique, les subventions "liées" avaient une incidence sur les ventes auxquelles elles étaient liées et que, par conséquent, ces "subventions par produit {pouvaient} avoir une incidence importante sur les *prix* et la production".[756] Le Groupe spécial a constaté en outre que les subventions FSC/ETI "{avaient} un lien plus direct avec les *prix* des LCA de Boeing"[757] que d'autres types de subventions indirectes. Enfin, il a confirmé les effets d'empêchement de hausses de prix des subventions fiscales en accordant un "poids considérable"[758] aux éléments de preuve factuels dont il disposait, consistant en déclarations des dirigeants d'Airbus et de Boeing et du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales.

329. S'agissant de l'importance des subventions, l'Union européenne considère que le Groupe spécial n'a pas constaté que les tentatives des parties de mesurer l'importance des subventions FSC/ETI éclairaient ou illustraient la capacité de ces subventions à influer sur les prix de Boeing parce que "même des montants relativement faibles de subventions de cette nature pouvaient avoir des

[755] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 322.
[756] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 533 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1806). (italique ajouté par l'Union européenne)
[757] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 534 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1808). (italique ajouté par l'Union européenne)
[758] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 535.

effets notables".[759] En ce qui concerne la durée des subventions fiscales, le Groupe spécial a constaté que les subventions FSC/ETI avaient donné à Boeing un avantage important par rapport à Airbus au cours des ventes ultérieures d'aéronefs de la même famille au même client. L'Union européenne fait valoir que, dans la pratique, cela signifiait qu'Airbus devait offrir des réductions de prix plus importantes pour attirer à elle la clientèle de Boeing. Cela signifiait qu'Airbus devait actuellement faire face à un empêchement de hausses de prix ou des pertes de ventes dans une mesure notable du fait de subventions FSC/ETI antérieures qui avaient permis à Boeing de conclure la vente initiale avec une compagnie aérienne particulière.

330. S'agissant des conditions de concurrence, l'Union européenne soutient que le Groupe spécial a formulé une série de constatations factuelles concernant des aspects clés de la branche de production des LCA et a constaté que les marchés de LCA en cause étaient des duopoles concurrentiels entre Airbus et Boeing, caractérisés par une rude concurrence en matière de prix et de qualité des produits. Le Groupe spécial a aussi constaté que la "sensibilité au prix de certaines campagnes de vente de LCA importantes"[760] signifiait que les subventions fiscales en cause avaient conduit Boeing à réduire ses prix au cours de la période 2004-2006. En résumé, fait valoir l'Union européenne, "le Groupe spécial a constaté à juste titre que, sans {les} subventions, Boeing n'aurait pas été en mesure d'obtenir certaines ventes qu'elle a effectivement réalisées, alors que, dans d'autres cas, les prix résultant des subventions pratiqués par Boeing avaient forcé Airbus à conclure ses ventes à des prix réduits".[761]

331. Deuxièmement, l'Union européenne soutient que, bien que les États-Unis "fassent essentiellement valoir que les subventions fiscales FSC/ETI et B&O "liées" n'avaient *aucun* effet quel qu'il soit sur les prix de Boeing"[762], cela est contredit par les propres déclarations des États-Unis concernant la nature des subventions fiscales en cause. Le Groupe spécial a noté que les États-Unis sont convenus que la nature des subventions jouait un rôle important dans une analyse des effets défavorables et que les subventions "liées" avaient une incidence directe sur la production et les prix. Associé au fait que les États-Unis ont admis que les subventions fiscales en cause "vis[aient] expressément à affecter le commerce"[763], cela démontre que les États-Unis ont reconnu explicitement que la nature "liée" des subventions fiscales était un facteur clé dans une évaluation des effets sur les prix.

---

[759] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 539.
[760] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1820.
[761] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 541 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1822).
[762] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 526. (italique dans l'original)
[763] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 529 (citant la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 327). Voir aussi la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 352: "La constatation selon laquelle des subventions liées aux ventes auront une incidence sur {les prix et} les ventes {de LCA} est *exacte*." (italique ajouté par l'Union européenne)

332. Troisièmement, l'Union européenne fait valoir que l'hypothèse subsidiaire avancée par les États-Unis, dans laquelle Boeing n'aurait pas fixé les prix de ses LCA d'une façon en quoi que ce soit différente si elle n'avait pas reçu les subventions fiscales, est "profondément viciée"[764], et donne une présentation erronée et ne tient pas compte de constatations importantes du Groupe spécial. L'hypothèse des États-Unis n'évoque pas l'importance de la nature "liée" des subventions fiscales pour l'analyse du lien de causalité par le Groupe spécial. Les États-Unis présentent aussi d'une manière erronée des constatations essentielles pour cette analyse. Contrairement à ce qu'ils allèguent, le rejet par le Groupe spécial de l'argument des Communautés européennes selon lequel Boeing n'aurait pas été économiquement viable si elle n'avait pas reçu de subventions n'équivaut pas à une constatation selon laquelle Boeing avait un accès illimité à des capitaux et pouvait donc prendre ses décisions en matière de prix indépendamment des versements au titre des subventions. En outre, le Groupe spécial ne disposait d'aucun élément de preuve crédible pour étayer l'affirmation des États-Unis selon laquelle Boeing aurait bénéficié d'un accès illimité à des capitaux en l'absence des subventions. Au contraire, le Groupe spécial disposait de très nombreux éléments de preuve étayant la conclusion selon laquelle Boeing n'était pas en mesure de prendre des décisions en matière de prix qui ne soient pas limitées par les variations de ses liquidités et selon laquelle Boeing cherchait "à utiliser tous les moyens financiers disponibles, y compris des subventions fiscales, pour "casser les prix" par rapport à Airbus".[765] L'Union européenne considère qu'une entreprise ayant un accès illimité à des capitaux n'aurait pas eu besoin de mener de telles stratégies de réduction de prix.

333. L'Union européenne fait valoir en outre que l'hypothèse subsidiaire avancée par les États-Unis ne peut pas être conciliée avec les constatations du Groupe spécial concernant les conditions de concurrence sur le marché des LCA. Les Communautés européennes avaient établi devant le Groupe spécial que, pour un marché caractérisé par une concurrence duopolistique, "la théorie économique prévoyait que chaque duopoleur était incité de façon inhérente à "casser les prix" par rapport à son rival, soit par une politique de prix agressive, soit par de la R&D additionnelle".[766] L'Union européenne soutient que les éléments de preuve dont dispose le Groupe spécial montrent que Boeing était constamment confrontée à des contraintes en matière de ressources qui l'empêchaient d'évincer Airbus du marché des LCA. Pour l'Union européenne, si elle avait eu un accès illimité aux marchés de capitaux, "Boeing aurait fixé les prix de ses LCA de façon à évincer Airbus du marché".[767]

[764] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 544.
[765] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 551. (italique omis)
[766] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 554.
[767] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 561.

Importance des subventions

334. L'Union européenne rejette les efforts faits par les États-Unis pour "présenter de nouveaux arguments sur le poids et l'importance des éléments de preuve dont dispose le Groupe spécial"[768] concernant l'importance des subventions. Contrairement à ce que disent les États-Unis, le Groupe spécial n'a pas indiqué que, parce qu'il avait constaté que les réductions du taux de l'impôt B&O étaient, en elles-mêmes, trop faibles pour causer un préjudice grave, l'importance des subventions pouvait être, ou était en fait, le facteur décisif pour l'analyse du lien de causalité par le Groupe spécial. Le Groupe spécial a bien effectué une analyse de l'importance des subventions fiscales, concluant que, sur la base de la totalité des éléments de preuve, ces subventions causaient des effets sur les prix dans des campagnes de vente stratégiques, même lorsque les montants accordés étaient relativement faibles. Le Groupe spécial a adopté un raisonnement de nature qualitative et "a expliqué la portée de subventions fiscales d'une importance relativement faible ayant des effets de distorsion des échanges considérables".[769] Ce faisant, il a incorporé des constatations antérieures, dont les États-Unis n'ont pas fait appel, concernant la nature spécifique des subventions en cause, les conditions de concurrence entre Airbus et Boeing et la durée des subventions. Après examen du contexte fourni par ces autres facteurs pertinents, le Groupe spécial "a conclu à juste titre que, compte tenu des conditions de concurrence sur les marchés de LCA en cause, les subventions fiscales étaient par nature suffisantes pour causer des effets sur les prix dans des campagnes de vente stratégiques".[770]

335. L'Union européenne rejette aussi l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a appliqué un critère juridique incorrect. Elle affirme que le Groupe spécial a correctement identifié son obligation d'établir un "rapport réel et substantiel de cause à effet" entre les subventions en cause et les effets sur le marché allégués et qu'il disposait d'un "certain pouvoir discrétionnaire" pour choisir la méthode appropriée pour évaluer le lien de causalité. L'Union européenne considère que la décision du Groupe spécial d'examiner l'importance des subventions dans le contexte de divers facteurs qui accentuaient les effets des subventions fiscales était "raisonnable et appropriée"[771] et "entrait bien dans les limites de son pouvoir discrétionnaire en tant que juge des faits".[772]

Corrélation entre les subventions et leurs effets

336. L'Union européenne considère que l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur parce qu'il n'a formulé aucune constatation sur la question de la corrélation entre les

[768] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 565.
[769] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 573.
[770] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 584.
[771] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 585.
[772] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 586.

subventions et leurs effets était dénué de fondement. Elle fait valoir que le Groupe spécial a bien examiné la question de la corrélation entre les effets sur le marché, les prix et les subventions FSC/ETI. Le Groupe spécial a accordé un poids considérable, par exemple, aux éléments de preuve relatifs à une campagne de vente stratégique entre Airbus et Boeing dans laquelle le client potentiel a demandé à l'équipe de négociation d'Airbus de réduire son offre de vente du montant des subventions FSC accordées à Boeing. Le Groupe spécial a également indiqué qu'il avait évalué des questions de corrélation lorsqu'il a expliqué qu'il ne pouvait pas "déterminer les effets des subventions à partir d'une observation *directe* des données relatives à l'évolution de la part de marché et des prix" pendant la période de 2000 à 2006 parce que le "programme FSC/ETI était en vigueur avant 2000".[773]

337. L'Union européenne soutient en outre qu'il n'y a aucune prescription juridique imposant d'établir une corrélation temporelle entre le montant des subventions et l'empêchement de hausses de prix. Il n'y a aucune prescription imposant de quantifier précisément le montant des subventions et l'Organe d'appel a précisé que l'absence de corrélation temporelle n'était pas un facteur déterminant.[774] Du point de vue de l'Union européenne, les États-Unis demandent effectivement à l'Organe d'appel de peser à nouveau les éléments de preuve et arguments que le Groupe spécial n'a pas jugé convaincants. L'Organe d'appel devrait rejeter ces arguments parce que les États-Unis n'ont pas formulé de contestation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. Même si l'examen par le Groupe spécial des éléments de preuve avait dûment été soulevé en appel, les États-Unis "n'ont donné aucune raison pour que l'Organe d'appel interfère avec le pouvoir discrétionnaire du Groupe spécial en tant que juge des faits".[775]

Facteurs de non-imputation

338. L'Union européenne rejette l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial n'a pas entrepris d'analyse satisfaisante pour s'assurer que les effets d'autres facteurs sur les prix n'étaient pas indûment imputés aux subventions fiscales. Le Groupe spécial a dûment considéré que "les groupes spéciaux {n'étaient} pas tenus de procéder à une analyse distincte pour évaluer les facteurs de non-imputation potentiels et qu'il {était} permis de mener une analyse qui {tenait} compte de ces facteurs de non-imputation potentiels en même temps que l'effet des subventions et dans le contexte des conditions de concurrence affectant le marché".[776] Le Groupe spécial a expliqué en outre que, en

[773] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 590 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1819). (italique ajouté par l'Union européenne)
[774] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 592 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 414).
[775] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 596.
[776] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1660.

appliquant son approche "unitaire"[777] du lien de causalité, il évaluerait si d'autres facteurs affectaient la fixation des prix et les offres de produits de Boeing ou atténuaient les effets des subventions sur les prix et les ventes d'Airbus. En outre, le Groupe spécial a confirmé qu'il avait pleinement pris en considération les éléments de preuve et arguments des États-Unis concernant d'autres facteurs contribuant aux prix et aux performances des LCA d'Airbus par rapport aux LCA de Boeing lorsqu'il a indiqué que ces éléments de preuve "n'infirm{aient} pas ni n'atténu{aient} l'avantage généralisé et constant en matière de prix dont Boeing {avait} bénéficié dans les campagnes relatives aux LCA qui {avaient} eu lieu sur la période de 2001 à 2003 en raison de la disponibilité des subventions FSC/ETI".[778] Cette constatation était fondée sur la constatation antérieure du Groupe spécial selon laquelle Boeing aurait toujours un avantage en matière de prix en raison des subventions FSC/ETI, indépendamment du point de savoir si d'autres facteurs avaient pu influencer les prix d'Airbus ou de Boeing.

339. S'agissant des facteurs de non-imputation identifiés par les États-Unis, l'Union européenne explique que le Groupe spécial a constaté qu'il existait un "avantage généralisé et constant en matière de prix"[779] indépendamment des pressions en matière de prix que ces facteurs faisaient peser sur Boeing et Airbus. Les constatations du Groupe spécial concernant la non-imputation doivent être lues conjointement avec les constatations détaillées du Groupe spécial qui "montrent très clairement l'importance qu'ont les subventions FSC/ETI pour la capacité de Boeing à offrir des prix compétitifs par rapport à ceux d'Airbus".[780] Par conséquent, le Groupe spécial a constaté à juste titre que l'avantage généralisé et constant en matière de prix dont bénéficiait Boeing existait dans les campagnes de vente stratégiques indépendamment des facteurs de non-imputation et que cette constatation était pleinement étayée par les éléments de preuve et dûment expliquée dans le raisonnement du Groupe spécial. L'Organe d'appel a dit dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* que le Groupe spécial chargé de cette affaire aurait dû indiquer qu'il ferait en sorte que les effets d'autres facteurs ne soient pas indûment imputés aux subventions contestées.[781] L'Union européenne fait valoir que c'est précisément ce que le Groupe spécial a fait en l'espèce lorsqu'il a constaté que les facteurs de non-imputation évoqués par les États-Unis n'infirmaient pas ni n'atténuaient l'avantage en matière de prix dont bénéficiait Boeing.

[777] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 601.
[778] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1819.
[779] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1819.
[780] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818.
[781] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 610 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1234).

ii) *Traitement des subventions FSC/ETI comme des subventions à l'exportation prohibées*

340. L'Union européenne estime que le Groupe spécial n'a pas, comme l'allèguent les États-Unis, évalué les subventions FSC/ETI indépendamment de leur nature, de leur importance ou d'autres caractéristiques. En fait, la nature "liée" des subventions FSC/ETI était un élément central de l'analyse du lien de causalité par le Groupe spécial. La déclaration du Groupe spécial selon laquelle il était en droit de déterminer que les subventions FSC/ETI avaient des effets de distorsion des échanges "*précisément* parce que les subventions FSC/ETI {étaient} *subordonnées à* {c'est-à-dire "liées à"} la réalisation de ventes à l'exportation par Boeing"[782] doit être lue dans le contexte de l'autre constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions FSC/ETI étaient obtenues à la livraison de chaque LCA exporté par Boeing. C'est cette nature "liée" ou "subordonnée" qui fournit un lien direct entre la constatation en matière de subventions à l'exportation prohibée et les effets réels des subventions sur les marchés de LCA. Lorsqu'un tel "lien" direct existe, l'effet des subventions n'est pas du tout lointain; au contraire, il est immédiat, direct et lourd de conséquences. Le Groupe spécial souscrivait donc à la conclusion du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs* selon laquelle "les subventions subordonnées à l'exportation … {visaient} expressément à affecter le commerce".[783] L'Union européenne considère qu'il n'y a donc aucune base juridique ou logique permettant aux États-Unis de contester les constatations du Groupe spécial selon lesquelles le statut de subventions à l'exportation prohibées des subventions FSC/ETI "faisait partie d'un certain nombre de *faits* pertinents pour évaluer la capacité de ces subventions de causer diverses formes de préjudice grave".[784] L'Union européenne ajoute que "les États-Unis eux-mêmes … sont explicitement convenus que les subventions à l'exportation FSC/ETI, en raison de leur nature "liée", entraînaient une augmentation des recettes de Boeing après la vente à l'exportation d'un LCA de Boeing"[785] et ont reconnu que les subventions fiscales en cause "visaient expressément à affecter le commerce".[786]

341. L'Union européenne fait également valoir que le Groupe spécial n'a pas, comme les États-Unis l'allèguent, formulé ses constatations concernant les effets défavorables "en l'absence de tout autre élément de preuve ou raisonnement".[787] Dans la mesure où le Groupe spécial a déterminé que les subventions FSC/ETI avaient des effets de distorsion des échanges en raison de leur statut de

[782] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 613 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1810). (italique et texte entre crochets ajoutés par l'Union européenne)
[783] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1809 (citant le rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 7.26).
[784] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 616. (italique dans l'original)
[785] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 617 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1806 et 7.1635).
[786] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 327.
[787] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 339.

subventions à l'exportation qui étaient directement "liées à" des ventes particulières d'aéronefs, il a associé cette détermination à des références à ce qu'il a appelé "des éléments de preuve fiables qui confirment cette détermination".[788] Selon l'Union européenne, les paragraphes auxquels le Groupe spécial fait référence indiquent les nombreux éléments de preuve sur lesquels il s'est appuyé pour constater que les subventions fiscales "subordonnées aux" ou "liées aux" ventes à l'exportation de Boeing causaient un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes.

342. L'Union européenne soutient que, compte tenu des nombreux éléments de preuve dont le Groupe spécial a constaté qu'ils confirmaient sa détermination selon laquelle les subventions FSC/ETI avaient des effets de distorsion des échanges, rien ne permet aux États-Unis d'affirmer que la présomption alléguée "déterminait le résultat".[789] Les précisions données par le Groupe spécial dans la note de bas de page 3763 de son rapport, ainsi que l'analyse additionnelle qu'il a entreprise, indiquent clairement qu'il ne s'est pas arrêté à ce que les États-Unis qualifient de présomption de l'existence d'effets de distorsion des échanges. Au lieu de cela, le Groupe spécial a confirmé sa constatation sur la base d'une évaluation objective des éléments de preuve dont il disposait. En contestant les constatations factuelles du Groupe spécial considérées comme "pas suffisantes", "insuffisantes", "dénuées de pertinence", "sans intérêt" et "tout simplement inadéquates pour étayer une constatation de l'existence d'un préjudice grave"[790], les arguments des États-Unis "se résument à une attaque contre le *poids* que le Groupe spécial a accordé aux éléments de preuve pour parvenir à sa constatation *factuelle* concernant les effets des subventions fiscales en cause sur le comportement commercial … de Boeing et par extension sur les ventes et les prix d'Airbus".[791] L'Union européenne soutient que les États-Unis n'ont pas contesté ces constatations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, rendant leurs arguments irrecevables. Elle ajoute que, en tout état de cause, les constatations du Groupe spécial étaient appropriées et ne fournissent aucune base pour une infirmation au titre des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC* et n'outrepassent pas non plus les limites du pouvoir discrétionnaire du Groupe spécial en tant que juge des faits au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.

[788] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3763 relative au paragraphe 7.1810.
[789] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 350.
[790] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 352.
[791] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 625. (italique dans l'original)

iii) *Allégations additionnelles concernant l'analyse par le Groupe spécial de l'empêchement de hausses de prix, des pertes de ventes et du détournement ou de l'entrave*

Empêchement de hausses de prix

343. L'Union européenne rejette les allégations des États-Unis selon lesquelles le Groupe spécial: i) n'a pas fait référence aux données concernant l'évolution des prix; ii) n'a pas examiné d'autres facteurs affectant la fixation des prix; et iii) n'a pas évalué le niveau de l'empêchement de hausses de prix pour déterminer s'il était "notable". S'agissant des données concernant l'évolution des prix, l'Union européenne fait valoir qu'il s'agit d'une tentative des États-Unis de présenter à nouveau son argument relatif à la "corrélation". Rien n'impose à un groupe spécial examinant l'empêchement de hausses de prix de procéder à une évaluation de l'évolution générale des prix. L'Union européenne explique que la pertinence alléguée de l'évolution des prix dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* résultait du fait que le Groupe spécial avait confondu l'empêchement de hausses de prix avec la dépression des prix, ce qui lui avait valu d'être critiqué par l'Organe d'appel, et de l'approche scindée qu'il avait suivie pour constater d'abord l'existence d'un empêchement de hausses de prix par référence aux variations des prix. L'Union européenne ajoute que, dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, l'Organe d'appel a expliqué pourquoi, dans une affaire concernant un empêchement de hausses de prix (par opposition à une dépression des prix), aucune analyse spécifique de l'évolution des prix n'était nécessaire. Étant donné qu'en l'espèce le Groupe spécial a adopté une approche unitaire pour évaluer le lien de causalité, la question pertinente était de savoir si, "*indépendamment* de l'évolution particulière des prix sur les marchés de LCA en cause, les prix auraient été plus élevés".[792] Bien que les États-Unis soutiennent que l'évolution des prix observée au cours de la période de référence de 2004 à 2006 pour les aéronefs A340 et 777 est incompatible avec une constatation de l'existence d'un empêchement de hausses de prix, une telle constatation n'est "pas subordonnée"[793] aux observations concernant les prix réels pratiqués pour ces aéronefs.

344. L'Union européenne fait aussi valoir que le Groupe spécial a pris en considération des données relatives à la fixation et à l'évolution des prix, mais que ces considérations "n'étaient ni essentielles ni décisives pour les constatations du Groupe spécial".[794] Elle considère que les facteurs choisis par un groupe spécial dans son analyse du lien de causalité dépendent fortement du contexte et que "{d}ans le contexte des subventions fiscales FSC/ETI et B&O, un examen plus approfondi de l'évolution des prix n'était pas justifié".[795] Les subventions fiscales en cause n'étaient pas liées aux

[792] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 634. (italique dans l'original)
[793] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 640.
[794] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 635.
[795] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 635.

prix mondiaux du marché pour les LCA mais étaient, en fait, liées à la production, à la vente et à l'exportation de LCA. En outre, ces subventions affectaient les prix du marché depuis si longtemps qu'une évaluation de l'évolution des prix n'aurait pas fait apparaître de renseignements pertinents. L'Union européenne considère que cela doit être opposé à la situation de l'affaire *États-Unis – Coton upland*, dans laquelle un examen de l'évolution des prix a été entrepris parce que l'affaire concernait des subventions anticycliques subordonnées aux prix et dans laquelle, en tout état de cause, l'Organe d'appel n'a pas accordé beaucoup de poids à la question de l'évolution des prix. Elle souligne que l'Organe d'appel a confirmé que "{l'}article 6.3 c) n'énon{çait} aucune méthode spécifique pour déterminer si une subvention {avait} pour effet d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable" et qu'"{i}l {pouvait} fort bien y avoir diverses façons de faire cette détermination".[796]

345. S'agissant du traitement par le Groupe spécial des facteurs de non-imputation, l'Union européenne soutient que les États-Unis "commettent une erreur fondamentale lorsqu'ils affirment que le Groupe spécial n'a pas examiné des facteurs autres que les subventions dans l'analyse "unitaire" du lien de causalité concernant l'empêchement notable de hausses de prix".[797] Elle affirme que le Groupe spécial a examiné les arguments des États-Unis concernant divers facteurs de non-imputation dans le cadre de son analyse du lien de causalité, mais qu'il n'a pas constaté que ces facteurs infirmaient ou atténuaient l'avantage généralisé et constant en matière de prix dont bénéficiait Boeing.

346. S'agissant du traitement par le Groupe spécial du niveau de l'empêchement de hausses de prix, l'Union européenne soutient que les États-Unis ont tort d'affirmer que le Groupe spécial était dans l'obligation de quantifier le niveau de l'empêchement de hausses de prix pour déterminer son caractère notable. Le Groupe spécial a fondé ses constatations concernant "le caractère notable" sur divers facteurs qualitatifs, y compris la nature, la conception et le fonctionnement des subventions fiscales liées, les particularités des marchés de LCA, la concurrence duopolistique entre Airbus et Boeing, la sensibilité aux prix de certaines campagnes de vente stratégiques, l'avantage généralisé et constant en matière de prix dont bénéficiait Boeing et l'existence d'avantages en matière de frais de changement de fournisseur pour l'acheteur. L'Union européenne soutient que ces constatations, ainsi que leur explication et les éléments de preuve sur lesquels elles sont fondées, sont pleinement conformes aux prescriptions des articles 5 et 6.3 c) de l'*Accord SMC*.

[796] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 638 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 427).
[797] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 641 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 368).

Pertes de ventes

347. L'Union européenne ne souscrit pas non plus aux allégations des États-Unis selon lesquelles le Groupe spécial n'a pas indiqué quelles campagnes de vente particulières avaient été perdues par Airbus ni n'a par ailleurs examiné quels faits existaient pour étayer ses constatations de pertes de ventes. Elle estime qu'il n'y a pas de prescription imposant à un groupe spécial d'identifier, de traiter et d'examiner spécifiquement des campagnes de vente individuelles afin de formuler une constatation de pertes de ventes notables. Elle fait référence à ce qu'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, à savoir qu'un examen de campagnes de vente spécifiques "peut être approprié{}, compte tenu des caractéristiques particulières d'un marché", mais qu'une agrégation de tels renseignements "est également admissible".[798] Conformément à cette déclaration, le Groupe spécial a effectué une analyse hypothétique unitaire et "a formulé sa constatation de pertes de ventes notables sur la base de sa constatation antérieure concernant l'existence de tels marchés mondiaux de LCA".[799] Le Groupe spécial a axé son analyse hypothétique sur ce qu'il a appelé des campagnes de vente "stratégique{s}", "sensib{les} au prix" ou "importantes".[800] Il a donc conclu à juste titre que des pertes de ventes pouvaient se produire dans les cas où l'avantage en matière de prix conféré par les subventions fiscales liées amenait Boeing à remporter certaines ventes stratégiques et très sensibles au prix qu'elle n'aurait normalement pas pu obtenir. Selon l'Union européenne, il s'agissait d'une approche admissible et appropriée des constatations de pertes de ventes notables formulées par le Groupe spécial.

348. L'Union européenne fait aussi valoir que l'allégation des États-Unis devrait être rejetée compte tenu de la façon dont les Communautés européennes ont structuré leur allégation devant le Groupe spécial. Si un Membre plaignant structure son argumentation sur la base d'une série d'allégations individuelles de préjudice grave concernant des pertes de ventes notables individuelles, il peut être nécessaire qu'un groupe spécial formule des constatations sur chaque perte de vente dont l'existence est affirmée. En l'espèce, toutefois, les Communautés européennes "ont formulé une seule allégation de préjudice grave et *ont illustré* leur allégation présentant des éléments de preuve concernant, entre autres, des pertes de ventes en donnant des détails sur diverses campagnes de vente".[801] Il était dans les limites du pouvoir discrétionnaire du Groupe spécial de considérer ces campagnes de vente comme des éléments de preuve dans le cadre de son évaluation globale de

[798] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1217.
[799] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 650.
[800] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 651 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1820, 7.1822 et 7.1823).
[801] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 655. (italique et souligné dans l'original)

l'existence de pertes de ventes notables. L'Union européenne soutient que "bien que les groupes spéciaux ne soient pas tenus de quantifier l'empêchement de hausses de prix, ils ont la possibilité, mais ne sont pas tenus, d'identifier précisément les pertes de ventes".[802] Elle ajoute que, quand bien même le Groupe spécial aurait été tenu d'identifier les pertes de ventes individuelles, il a cité les éléments de preuve relatifs à des campagnes de vente particulières présentés par les Communautés européennes et a confirmé que son évaluation de l'allégation de préjudice grave formulée par les Communautés européennes était fondée sur tous les éléments de preuve dont il disposait.

349. L'Union européenne estime en outre que l'allégation des États-Unis au titre de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord "est entièrement subordonnée à leurs allégations au titre de l'article 6.3 c)"[803] de l'*Accord SMC*. Conformément aux indications données par l'Organe d'appel, le Groupe spécial a exposé les constatations de fait nécessaires, l'applicabilité des dispositions en la matière et les justifications fondamentales de ses constatations. Bien que les États-Unis fassent valoir que le Groupe spécial n'a pas exposé de justifications fondamentales en ne divulguant pas la justification essentielle ou fondamentale de ses constatations et recommandations, les articles 5 et 6.3 c) de l'*Accord SMC* n'exigent pas que les groupes spéciaux identifient spécifiquement chaque perte de vente en cause. De l'avis de l'Union européenne, il n'y a aucune raison de constater que le Groupe spécial n'a pas satisfait aux prescriptions de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord.

Détournement et entrave

350. S'agissant de l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial n'a pas établi que l'un quelconque des pays dans lesquels les Communautés européennes alléguaient qu'il y avait détournement ou entrave était un "marché", l'Union européenne soutient que le Groupe spécial a conclu à juste titre qu'il n'était pas tenu de le faire. L'Organe d'appel a dit que le terme "marché" désignait à la fois un marché géographique et un marché de produit. Étant donné que le champ de l'article 6.3 b) se limite aux "marché{s} {de} pays tiers", qui sont, par conséquent, "incontestables"[804] et qu'il n'y a pas de désaccord entre les parties au sujet du marché de produit pertinent, le Groupe spécial a eu raison de dire qu'il n'avait pas besoin de déterminer l'existence de marchés de pays tiers aux fins de son évaluation du détournement et de l'entrave. Même s'il était dans l'obligation de formuler des constatations sur l'étendue du marché géographique à l'intérieur d'un pays tiers, le Groupe spécial a eu néanmoins raison de constater qu'il y avait un marché mondial pour les LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges parce que, "{l}orsqu'un tel marché mondial intégré exist{ait},

[802] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 657.
[803] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 661.
[804] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 675.

il inclu{ait} logiquement les sous marchés individuels à l'intérieur de ce marché mondial".[805] Ainsi, le Groupe spécial a déterminé à juste titre qu'il n'était pas tenu d'examiner si les Communautés européennes avaient établi l'existence de marchés de pays tiers sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges.

351. S'agissant de l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial n'a pas identifié spécifiquement les marchés de pays tiers particuliers dans lesquels il a constaté qu'un détournement et une entrave s'étaient produits, l'Union européenne répond avec des arguments semblables à ceux qu'elle avance en ce qui concerne l'appel par les États-Unis de la constatation de pertes de ventes notables formulée par le Groupe spécial. Elle affirme que les groupes spéciaux ne sont pas tenus d'identifier, de traiter ou d'examiner spécifiquement les marchés de pays tiers pris individuellement afin de formuler une constatation de détournement ou d'entrave. Le Groupe spécial a correctement formulé la question dont il était saisi comme étant celle de savoir "si, *d'après les éléments de preuve concernant les ventes réalisées dans ces pays*, {il était} convaincu qu'il y {avait} eu détournement et entrave des importations ou des exportations au sens de l'article 6.3 a) et 6.3 b), respectivement, sur l'un quelconque des trois marchés de LCA sur le marché national particulier".[806] S'agissant des marchés de LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges, le Groupe spécial a formulé des constatations de détournement des exportations des CE "des marchés de pays tiers" et d'entrave de ces exportations "sur ce marché de produit".[807] Par conséquent, les constatations finales de détournement et d'entrave formulées par le Groupe spécial sont directement liées à ses constatations plus générales sur le lien de causalité concernant les effets des subventions FSC/ETI et des réductions du taux de l'impôt B&O, et en découlent.

352. L'Union européenne fait valoir en outre que, parce qu'il "a présenté son argumentation concernant le détournement ou l'entrave comme étant liée et subordonnée aux pertes de ventes d'Airbus"[808], le Groupe spécial n'avait pas besoin d'aller plus loin et d'identifier les marchés de pays tiers spécifiques sur lesquels un détournement ou une entrave résulterait automatiquement de l'existence d'une perte de vente sur le marché mondial. Le Groupe spécial a correctement expliqué que ses constatations de détournement et d'entrave étaient fondées sur des campagnes de vente "stratégique{s}" (ou "importantes")[809] et qu'il relevait de son pouvoir discrétionnaire de constater que,

---

[805] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 676.

[806] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 682 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1674). (italique ajouté par l'Union européenne)

[807] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1823.

[808] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 684. (note de bas de page omise)

[809] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 685 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1820, 7.1822 et 7.1823).

dans des campagnes de vente stratégiques, la disponibilité d'un avantage additionnel en matière de prix résultant des subventions fiscales liées accordées à Boeing entraînait des pertes de ventes et, par conséquent, un détournement ou une entrave sur des marchés des pays tiers. Les constatations de détournement et d'entrave formulées par le Groupe spécial sont également entièrement étayées par ces éléments de preuve. Ainsi, de l'avis de l'Union européenne, l'analyse globale du lien de causalité effectuée par le Groupe spécial était étayée par de très nombreux éléments de preuve et constituait une analyse du lien de causalité logique et juridiquement solides liant: i) l'avantage en matière de prix apporté par les subventions fiscales; ii) les prix plus bas proposés dans des campagnes de vente stratégiques; iii) les ventes perdues par Airbus dans de telles campagnes de vente stratégiques du fait de concessions de prix; et iv) le détournement ou l'entrave de la part de marché qui en résulte sur les marchés de pays tiers particuliers sur lesquels la perte de ventes a eu lieu.

353. L'Union européenne considère que l'analyse unitaire du lien de causalité qu'il avait effectuée, avait également servi de base au Groupe spécial pour s'abstenir de formuler des constatations concernant des marchés de pays tiers spécifiques. De plus, puisque les conditions de concurrence dans chacune des campagnes de vente présentées par les Communautés européennes concernaient une compagnie aérienne particulière sur le marché d'un pays tiers pris individuellement, cela signifiait que, lorsque Boeing obtenait des ventes grâce aux avantages en matière de prix découlant des subventions fiscales, il en résultait nécessairement une perte de part de marché pour le concurrent dans le duopole, Airbus, sur le marché d'un pays tiers correspondant. Compte tenu de ces conditions de concurrence particulières, une vente subventionnée entraînerait toujours un détournement ou une entrave sur le marché du pays tiers concerné selon une analyse unitaire. L'Union européenne considère que les arguments des États-Unis "ne tiennent pas compte du lien logique et nécessaire entre *chaque* perte de vente et l'existence d'un détournement ou d'une entrave sur le marché d'un pays tiers particulier lié à cette vente".[810] Elle ajoute que, même si le Groupe spécial était tenu d'identifier les pertes de ventes individuelles, il a cité les éléments de preuve relatifs aux campagnes de vente présentés par les Communautés européennes et a confirmé que son évaluation de l'allégation de préjudice grave formulée par les Communautés européennes était fondée sur tous les éléments de preuve dont il disposait.

354. S'agissant de l'allégation des États-Unis au titre de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord, l'Union européenne fait référence aux arguments qu'elle a avancés dans le contexte de l'examen des pertes de ventes. Conformément aux indications données par l'Organe d'appel, le Groupe spécial a exposé les constatations de fait nécessaires, l'applicabilité des dispositions en la matière et les justifications fondamentales de ses constatations. Les articles 5 et 6.3 c) de l'*Accord SMC* n'exigent

[810] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 699. (italique dans l'original)

pas que les groupes spéciaux identifient spécifiquement chaque marché de pays tiers sur lequel un détournement ou une entrave se produit. De l'avis de l'Union européenne, il n'y a aucune raison de constater que le Groupe spécial n'a pas satisfait aux prescriptions de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord.

355. L'Union européenne soutient en outre que les arguments des États-Unis concernant des constatations particulières du Groupe spécial ne sont pas non plus valables. Elle fait observer que, bien qu'elle n'ait effectué aucune livraison du 737 au cours de la période de référence, Boeing détenait 100 pour cent du marché en 2007. Puisque le Groupe spécial a confirmé qu'il ne limiterait pas la portée temporelle des éléments de preuve qu'il examinait pour effectuer son analyse du préjudice grave, les éléments de preuve dans leur totalité étayaient une constatation de détournement. De plus, bien qu'il se puisse que l'absence de livraisons de l'A340 au cours de la période de référence en Nouvelle-Zélande n'ait pas étayé une constatation de détournement, l'Union européenne fait valoir qu'elle a néanmoins fourni de nombreux éléments de preuve à l'appui d'une constatation d'entrave. Elle fait également valoir qu'Airbus détenait une part de marché de 100 pour cent entre 2001 et 2002 à Hong Kong, Chine et que l'absence de livraisons d'Airbus entre 2004 et 2006 ne remet donc pas en cause les constatations de détournement et d'entrave formulées par le Groupe spécial en ce qui concerne ce marché. Enfin, bien qu'il se puisse que les aéronefs 737 de Boeing n'aient pas été livrés à une société de location à Singapour au cours de la période de référence, les aéronefs ont été livrés et ont, par conséquent, détourné ou entravé des ventes de l'A320 sur d'autres marchés pays tiers.

356. En conséquence, l'Union européenne affirme que le Groupe spécial a constaté à juste titre que les subventions FSC/ETI et les réductions du taux de l'impôt B&O causaient des effets défavorables au sens de l'article 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC* sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges et elle demande à l'Organe d'appel de confirmer la constatation du Groupe spécial.

E. *Arguments des participants tiers*

1. Australie

a) Contribution financière

i) *Champ de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC*

357. L'Australie ne souscrit pas à la constatation du Groupe spécial selon laquelle les transactions qualifiées à juste titre d'"achats de services" n'entrent pas dans le champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. À son avis, un achat de services se rapportant à un *bien* particulier relèverait du champ de l'article 1.1 a) 1). L'interprétation donnée par l'Australie repose sur les faits suivants:

i) l'expression "contribution financière" a un sens large; ii) l'omission de texte n'est pas nécessairement déterminante; et iii) l'*Accord SMC* établit des disciplines pour les subventions visant des biens, y compris diverses activités liées à la production de ces biens (par exemple, les types d'aide à des activités de recherche visés par l'article 8 de l'*Accord SMC* qui est maintenant arrivé à expiration).[811]

358. Premièrement, l'Australie note que le concept de "contribution financière" a été interprété de manière large dans des différends antérieurs soumis à l'OMC.[812] Le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* a indiqué que les alinéas i) à iii) de l'article 1.1 a) 1) englobaient le transfert de ressources économiques des pouvoirs publics à une entité privée "en fournissant directement quelque chose ayant une certaine valeur – des fonds, des biens ou des services – à une entité privée".[813] Dans le même ordre d'idées, le Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction résineux III* a décrit les alinéas i) à iv) comme couvrant "des circonstances très diverses"[814] dans lesquelles une contribution financière pouvait exister, et a expliqué que la fourniture de biens et services correspondait à "l'*éventail complet* des transferts en nature que les pouvoirs publics {pouvaient} effectuer en fournissant des ressources à une entreprise".[815] Par conséquent, l'expression "achat de biens" pouvait être considérée comme "un exemple des "actions multiples des pouvoirs publics" qui relevaient des "catégories de comportement" énumérées à l'alinéa iii)"[816], et l'expression "achat de services" (bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée) pouvait être considérée comme relevant de cette catégorie de comportement. Enfin, l'Australie note que le Groupe spécial s'est appuyé sur la suppression de l'expression "achats de services" du texte final de l'*Accord SMC* pour étayer sa constatation. Cependant, le libellé "achètent des biens ou des services" a été introduit dans le troisième projet d'article 1.1 a) 1) iii), alors que des projets antérieurs ne faisaient aucune mention de ce libellé.[817] Par conséquent, la bonne question "n'est pas de savoir pourquoi la version finale de

[811] Voir la communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphes 3 à 19.
[812] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 10 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 52).
[813] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphe 8.73.
[814] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction résineux III*, paragraphe 7.24.
[815] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 12 (citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction résineux III*, paragraphe 7.28). (italique ajouté par l'Australie)
[816] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 13 (citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphe 8.54). (italique omis)
[817] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 14 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.962; et aux documents du GATT MTN.GNG/NG10/W/38 (18 juillet 1990), MTN.GNG/NG10/W/38/Rev.1 (4 septembre 1990) et MTN.GNG/NG10/W/38/Rev.2 (2 novembre 1990).

l'Accord SMC ne fait pas explicitement mention des services dans l'alinéa iii), mais plutôt pourquoi le texte relatif à l'"achat de biens" a été inclus".[818]

359. Deuxièmement, l'Australie est d'avis qu'il ne faudrait pas nécessairement donner un sens à l'absence de texte, en particulier lorsque cela serait contraire à l'objet et au but de l'*Accord SMC* et permettrait aux Membres de contourner leurs obligations. À cet égard, elle mentionne l'affirmation de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Automobiles* selon laquelle "les silences peuvent avoir des significations différentes dans différents contextes et le silence n'est pas nécessairement opérant en soi".[819]

360. Troisièmement, l'Australie estime que des indications pertinentes peuvent être tirées de l'article 8 de l'*Accord SMC* qui est maintenant arrivé à expiration. En disposant que l'aide aux activités de recherche était considérée comme une subvention ne donnant pas lieu à une action, l'article 8.2 a) présupposait nécessairement que les actions des pouvoirs publics relatives à des services pouvaient constituer une contribution financière et pouvaient conférer un avantage. L'Australie fait valoir que, par conséquent, l'*Accord SMC* "est censé viser les transactions relatives à des biens, qui pourraient *inclure* les actions relatives à des services"[820], et que l'article premier de l'*Accord SMC* "ne devrait pas être lu comme excluant *nécessairement* les actions des pouvoirs publics relatives aux services".[821]

361. L'Australie soutient en outre que la question de savoir si une action particulière des pouvoirs publics peut être qualifiée de type particulier de transaction n'est pas pertinent pour la question de savoir si elle constitue une contribution financière au titre de l'article 1.1 a) 1). Il faudrait plutôt se concentrer sur la "nature"[822] de l'action des pouvoirs publics. Pour étayer son point de vue, l'Australie fait référence à l'affirmation de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV* selon laquelle "{u}ne évaluation de l'existence d'une contribution financière suppose un examen de la nature de la transaction au moyen de laquelle quelque chose ayant une valeur économique est transféré par les pouvoirs publics".[823] L'Australie ne souscrit pas à la constatation du Groupe spécial selon laquelle les transactions "qualifiées à juste titre d'achats de services"[824] sont exclues du champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.

[818] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 14.
[819] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 138.
[820] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 18. (italique dans l'original)
[821] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 19. (italique dans l'original)
[822] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 20. (soulignage omis)
[823] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 52.
[824] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 22 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.970).

362. L'Australie critique le Groupe spécial pour avoir importé des considérations concernant l'"avantage" dans l'analyse du point de savoir si une action des pouvoirs publics constituait une contribution financière. Rien dans le texte ni dans le contexte de l'*Accord SMC* n'étaye le point de vue selon lequel une contribution financière doit être "*principalement* à l'avantage"[825] du bénéficiaire. L'approche du Groupe spécial a pour conséquence que "les contributions financières qui confèrent *un* avantage au bénéficiaire, ... mais pas nécessairement l'"avantage *principal*", ne répondent pas à la définition d'une subvention figurant à l'article 1.1 de l'*Accord SMC*."[826] L'Australie estime en outre que l'avantage ou l'usage du service fourni, bien que nécessaire, n'est pas suffisant pour permettre de déterminer si un achat de services est "principalement à l'avantage" de l'acheteur ou du fournisseur de service. Il conviendrait de prendre en considération d'autres facteurs pertinents – tels que le montant de la rémunération offerte en échange du service – afin d'évaluer quelle partie est la "principale bénéficiaire".[827] En outre, le critère "principalement à l'avantage" appliqué par le Groupe spécial ne permettait pas "d'examiner *explicitement* si l'avantage conféré par un achat de services se rapportait ou était transmis à la production de biens", mais concernait plutôt "*implicitement*" la question de savoir si les contrats de R&D aéronautique se rapportaient à la production de LCA de Boeing.[828] Étant donné qu'un "achat de services" visant exclusivement un service en tant que tel ne relèverait pas de l'*Accord SMC*, l'Australie est d'avis que, pour évaluer si un tel achat est principalement à l'avantage d'un bénéficiaire, il serait important d'"examiner de manière critique"[829] si et dans quelle mesure l'avantage se rapporte à un bien particulier.

363. L'Australie admet que, ayant constaté que les achats de services étaient exclus du champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial a dû "limiter ses constatations" uniquement aux transactions "*qualifiées à juste titre*"[830] d'achats de services afin d'éviter de créer des lacunes dans le champ d'application de l'Accord. Cependant, si le Groupe spécial avait axé son analyse sur la nature de l'action des pouvoirs publics relative aux contrats de R&D aéronautique et sur la question de savoir si cette action correspondait au sens de l'expression "contribution financière" aux fins de l'article 1.1 a) 1), il aurait été en mesure d'entreprendre l'analyse distincte de la question de savoir si cette action conférait un avantage au titre de l'article 1.1 b).

[825] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 29. (italique dans l'original)
[826] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 31. (italique dans l'original)
[827] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphes 34 et 35.
[828] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 37. (italique dans l'original)
[829] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 38.
[830] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 26. (italique dans l'original)

ii) *Réduction du taux de l'impôt B&O*

364. S'agissant de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, l'Australie note qu'il apparaît que les États-Unis n'ont fourni aucun élément de preuve indiquant que la fourchette des taux de l'impôt pour les 36 catégories d'activités économiques, et plus spécifiquement la réduction du taux de l'impôt pour la construction d'aéronefs, visait en fait à répondre aux effets de la "pyramidalisation".[831] Les éléments de preuve qui ont été présentés au Groupe spécial indiquent plutôt que le but de la réduction du taux de l'impôt était en fait d'encourager le maintien de l'industrie aéronautique dans l'État de Washington. En l'absence d'éléments de preuve établissant une raison d'être commune pour les différents taux de l'impôt, le Groupe spécial ne disposait d'aucune base pour constater que les revenus générés par la construction d'aéronefs étaient "légitimement comparables" aux revenus générés par les 36 catégories d'activités économiques "prises collectivement".[832] De même, les États-Unis n'ont fourni aucun élément de preuve concernant les taux de l'impôt s'appliquant à des "activités économiques qui sont d'une complexité *similaire* à celle de la fabrication d'aéronefs/qui en sont à un stade *similaire* dans le processus de production".[833] Ainsi, ils n'ont pas fourni, en remplacement des taux généraux de l'impôt B&O, de "point de référence normatif défini"[834] par rapport auquel le Groupe spécial aurait pu comparer les recettes obtenues et recettes qui auraient autrement été obtenues.

365. L'Australie est d'avis que, dans ces circonstances, le Groupe spécial a constaté à juste titre que le "point de référence normatif défini" était le taux général d'imposition applicable aux activités de fabrication de l'État de Washington et que le taux réduit de l'impôt B&O pour les constructeurs d'aéronefs était un "taux préférentiel"[835] qui constituait un abandon des recettes normalement exigibles. L'Australie partage donc le point de vue du Groupe spécial selon lequel "il n'est pas difficile d'identifier une règle générale d'imposition et des exceptions à cette règle … {et selon lequel} un critère "en l'absence de" peut être appliqué".[836]

b) Spécificité

i) *Répartition des droits de brevet de la NASA/l'USDOD*

366. L'Australie ne partage pas le point de vue de l'Union européenne selon lequel le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'article 2.1 de l'*Accord SMC* en prenant en

[831] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 51.
[832] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 52.
[833] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 53. (italique dans l'original)
[834] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 53.
[835] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 56.
[836] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.133.

considération la politique générale des pouvoirs publics des États-Unis en matière de droits de brevet. Elle note qu'une interprétation correcte de l'expression "autorité qui accorde la subvention" ne se limite pas nécessairement à l'entité spécifique qui accorde directement la subvention à l'examen. En outre, le contexte de l'article 2.1 a) établit clairement que l'objet de cette disposition est de déterminer la spécificité d'une mesure particulière, le point principal étant, d'après la jurisprudence de l'OMC, de savoir si une subvention est assez largement disponible dans toute une économie pour ne pas être "spécifique". La prise en considération de tous les facteurs pertinents susceptibles d'aider à déterminer si une subvention est spécifique "*va dans le sens*, et non à l'encontre, de l'objet et du but de l'Accord SMC".[837] Dans les circonstances de la présente affaire, la politique générale des États-Unis consistant à accorder à tous les contractants des droits de brevet sur toutes les inventions qu'ils produisaient en vertu de contrats de R&D financés par des fonds fédéraux était directement pertinente pour la détermination du Groupe spécial sur le point de savoir si les dispositions relatives aux droits de brevet figurant dans les contrats et accords conclus par la NASA et l'USDOD avec Boeing étaient "spécifiques".

367. En outre, l'Australie considère que, ayant conclu à titre préliminaire que les abandons de brevets de la NASA et de l'USDOD n'étaient pas spécifiques au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial aurait dû également examiner si les abandons de brevets entraient néanmoins dans le champ de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*. De l'avis de l'Australie, le fait que l'Union européenne avait présenté des arguments au titre de l'article 2.1 c) "donnait au Groupe spécial une "{raison} de croire que la subvention pouvait en fait être spécifique", nonobstant le fait que les "abandons" de brevets étaient apparemment largement disponibles".[838]

ii) *IRB de la ville de Wichita*

368. S'agissant des IRB de la ville de Wichita, l'Australie partage l'avis du Groupe spécial selon lequel il existe deux facteurs qui, pris ensemble, constituent le "deuxième rapport"[839] permettant de déterminer si le bénéficiaire d'une subvention a reçu un "montant disproportionné" de la subvention. Il s'agit, premièrement, du groupe "de référence" pertinent (constitué, selon le Groupe spécial, par toutes les autres entités du secteur de la fabrication de Wichita[840]) et, deuxièmement, de l'"indicateur" pertinent (qui était, selon le Groupe spécial, la proportion de l'emploi de Boeing dans le secteur de la fabrication de Wichita[841]). L'Australie estime en outre que les parts relatives de Boeing et de Spirit

[837] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 71. (italique dans l'original)
[838] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 79.
[839] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.759.
[840] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 87.
[841] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 88 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.769).

dans l'emploi du secteur de la fabrication de Wichita ne constituaient pas une mesure appropriée s'agissant de déterminer si le montant de la subvention reçue par Boeing et Spirit était disproportionné au titre de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*. La branche de production des LCA nécessite beaucoup de capitaux et l'utilisation des seuls niveaux d'emploi comme indicateur pertinent oriente donc à tort l'analyse vers une constatation du caractère disproportionné. Au lieu de suivre cette approche mécanique, il faudrait prendre en considération tous les facteurs pertinents qui indiquent la part du bénéficiaire de la subvention dans l'activité économique de la juridiction pertinente, y compris sa part dans l'emploi, la production et les recettes. De l'avis de l'Australie, "une telle analyse permettrait de déterminer plus exactement la "place" d'un bénéficiaire dans le secteur économique pertinent et constituerait, par conséquent, une mesure plus appropriée pour la détermination du caractère disproportionné".[842]

c) Effets défavorables

i) *Lien de causalité*

369. À l'audience, l'Australie a exprimé deux préoccupations au sujet de l'argument des États-Unis selon lequel une hypothèse appropriée aurait consisté à considérer que, en l'absence des subventions, Boeing aurait financé elle-même la recherche. Premièrement, un tel argument s'écarte de l'élément central qu'il convient de prendre en considération lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des allégations au titre des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC*, qui est la question de savoir si une subvention a causé ou non des effets défavorables pour les intérêts d'un autre Membre. De l'avis de l'Australie, l'analyse n'exige pas d'examiner l'effet qu'un facteur hypothétique aurait pu avoir à la place de la subvention et il est incorrect de conclure qu'une telle hypothèse se substitue à une constatation selon laquelle la subvention a causé en fait les phénomènes allégués sur le marché. Deuxièmement, les États-Unis donnent une interprétation erronée du rôle et du champ appropriés d'une analyse hypothétique. L'Australie considère que le seul facteur hypothétique pertinent dans ce type d'analyse est l'hypothèse selon laquelle la subvention n'a pas été accordée et, par conséquent, un groupe spécial devrait examiner ce à quoi le marché aurait ressemblé en l'absence de la subvention, toutes choses étant égales par ailleurs.

ii) *Évaluation collective des subventions et de leurs effets*

370. L'Australie demande instamment à l'Organe d'appel d'examiner attentivement si, dans les circonstances particulières du présent différend, le Groupe spécial était ou non *tenu* d'agréger les effets des subventions pour la R&D aéronautique avec les effets des réductions du taux de l'impôt

[842] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 95.

B&O, et s'il pouvait être constaté que les effets des subventions restantes complétaient et amplifiaient les effets des subventions fiscales liées, nonobstant le fait que le Groupe spécial n'avait pas pu établir le lien de causalité requis entre les subventions restantes et la fixation par Boeing des prix de ses LCA. L'Australie rappelle que, devant le Groupe spécial, elle a exprimé le point de vue selon lequel, bien qu'une évaluation des effets cumulatifs des subventions puisse être pertinente, il faudrait l'effectuer uniquement dans les cas où cela était approprié pour une allégation d'effets défavorables particulière, en s'assurant qu'il existe un lien approprié entre les subventions, fondé sur la nature de ces subventions, pour justifier leur agrégation.[843]

Les subventions pour la R&D aéronautique et la réduction du taux de l'impôt B&O

371. S'agissant de la décision du Groupe spécial de ne pas agréger les "effets sur la technologie" des subventions apportant des avantages au 787 avec les "effets sur les prix" des subventions apportant des avantages à la même famille d'aéronefs de Boeing, l'Australie ne souscrit pas au point de vue de l'Union européenne selon lequel une interprétation correcte des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* amène à conclure que l'agrégation est exigée en l'espèce. Bien que ces dispositions n'établissent pas de distinction entre les différentes subventions qui fonctionnent selon des mécanismes de causalité différents, elles n'indiquent pas non plus qu'il est inadmissible de le faire. Faisant référence à l'approche suivie par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* et au pouvoir discrétionnaire dont disposent les groupes spéciaux pour déterminer, au cas par cas, si les effets des subventions devraient être agrégés, l'Australie soutient que, pour que le Groupe spécial ait fait erreur en s'abstenant d'agréger les effets sur la technologie et les effets sur les prix, l'Union européenne aurait dû établir que, s'agissant de chacun des trois critères identifiés par l'Organe d'appel – à savoir: i) la nature, la conception et le fonctionnement des subventions en cause; ii) les phénomènes sur le marché allégués; et iii) la mesure dans laquelle les subventions sont accordées en ce qui concerne un ou des produits particuliers – les deux groupes de subventions auraient dû être agrégés.[844]

372. L'Australie mentionne aussi l'approche suivie par le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, qui a été approuvée par l'Organe d'appel dans ledit différend.[845] Elle souligne que, dans cette affaire, le Groupe spécial n'a pas suggéré que les subventions *devraient* être agrégées dans des

[843] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 104 (faisant référence à la communication écrite de l'Australie au Groupe spécial, paragraphe 66).
[844] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphes 108 et 109 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1376).
[845] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 111 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1192; et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 484).

circonstances particulières, mais a plutôt considéré qu'une interprétation textuelle des articles 5 et 6.3 c) de l'*Accord SMC permettait* un examen intégré des effets de diverses subventions, et qu'"un groupe spécial "{*pouvait*} légitimement considérer ces subventions comme une "subvention" et les regrouper, elles et leurs effets" … "{d}ans la mesure où il exist{ait} … un lien suffisant parmi les subventions en cause *de sorte que les effets de ces subventions se manifestent collectivement*"".[846] Par conséquent, ce n'est pas seulement l'existence d'un certain lien entre la subvention, le produit subventionné et la variable axée sur les effets à l'examen qui est pertinente: le Groupe spécial doit également examiner si ce lien est suffisamment étroit pour que l'on puisse dire que les effets des subventions se manifestent collectivement.

Les subventions fiscales liées et les subventions restantes

373. L'Australie fait observer qu'il faudrait appliquer la même approche pour examiner la décision du Groupe spécial de ne pas agréger les effets des subventions fiscales liées avec les effets des subventions restantes et pour évaluer s'il existe un lien suffisant entre la subvention particulière, chacun des aéronefs de Boeing dont il est allégué qu'il a tiré avantage de la subvention et les prix obtenus par Boeing pour cet aéronef. Le Groupe spécial a constaté que les subventions restantes "ne se rapport{aient} pas directement à la production ou à la vente de LCA par Boeing".[847] À cet égard, l'Australie note que, pour montrer que le lien entre les subventions fiscales liées et les subventions restantes était "suffisamment étroit pour que leurs *effets se manifestent collectivement*"[848], le Groupe spécial devait s'assurer que les subventions restantes, comme les subventions fiscales liées, permettaient à Boeing de baisser ses prix en accroissant les profits qu'elle tirait de ses ventes de LCA.

374. L'Australie croit comprendre que, conformément au raisonnement suivi par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, il est approprié d'évaluer si les subventions restantes complétaient et amplifiaient les effets des subventions fiscales liées, dès lors que l'on peut constater qu'un lien de causalité réel existait entre chacune des subventions restantes et le phénomène sur le marché pertinent.[849] L'Australie rappelle la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle le Groupe spécial ne disposait pas d'une base suffisante pour conclure que les

[846] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphes 111 et 112 (citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1192). (italique ajouté par l'Australie)
[847] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1827.
[848] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 118. (italique dans l'original)
[849] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 121 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1370 et 1378).

subventions pour la R&D dans cette affaire "complétaient et amplifiaient" l'"effet produit" des subventions AL/FEM.[850]

375. L'Australie affirme qu'il peut être difficile de montrer que le lien entre ces deux groupes de subventions est suffisamment étroit pour que leurs *effets se manifestent collectivement*, ou que les subventions restantes complétaient et amplifiaient les effets des subventions fiscales liées de façon à accroître la rentabilité des ventes de LCA et à permettre à Boeing de fixer les prix de ses LCA à un niveau qui n'aurait normalement pas été justifié d'un point de vue commercial. Pour l'Australie, cela tient au fait que le Groupe spécial n'a pas pu constater l'existence du lien de causalité requis entre les subventions restantes et le préjudice grave qui, selon les allégations, s'était produit, étant donné que les subventions restantes n'étaient pas liées à la production de LCA particuliers, et compte tenu également de la faiblesse du montant total des subventions restantes.

2. Brésil

a) Annexe V de l'*Accord SMC*

376. Le Brésil estime que le Groupe spécial a appliqué à tort une "approche formaliste"[851] lorsqu'il a conclu que le fait que l'ORD n'avait pas engagé de procédure au titre de l'Annexe V et n'avait pas désigné de facilitateur l'empêchait de formuler toutes constatations de violation de l'Annexe V et de faire des inférences défavorables compte tenu du refus allégué de coopérer au processus de collecte de renseignements. Le texte du paragraphe 1 de l'Annexe V "impose clairement aux Membres une obligation de coopération" qui s'applique indépendamment de toute action de l'ORD, et constituait donc une "base indépendante" permettant de déterminer si les États-Unis s'étaient conformés à leurs obligations au titre de l'*Accord SMC*.[852] En outre, l'"obligation générale"[853] énoncée au paragraphe 1 de l'Annexe V impose de coopérer à l'organisation d'une procédure au titre de l'Annexe V, comme indiqué dans les paragraphes 1 à 4 de cette annexe.

377. De l'avis du Brésil, le paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC* est clair et exige que l'ORD engage la procédure si demande lui en est faite. En employant le terme "shall", les rédacteurs ont clairement voulu que l'engagement des procédures prévues à l'Annexe V soit obligatoire si cette demande était faite. Le Brésil souligne le "parallèle textuel clair"[854] entre la formulation du paragraphe 1 de l'Annexe V et les dispositions concernant l'établissement des groupes spéciaux

[850] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 124 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1407).
[851] Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 14.
[852] Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 15.
[853] Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 16.
[854] Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 19.

(article 6:1 du Mémorandum d'accord) et l'adoption des rapports de groupes spéciaux (article 16:4 du Mémorandum d'accord). En vertu de ces dispositions, une fois qu'une demande aura été présentée, un groupe spécial sera établi, un rapport sera adopté, et, en vertu de l'Annexe V, une procédure de collecte de renseignements "sera" engagée. Toutefois, l'ORD pourra décider par consensus de ne pas établir de groupe spécial ou de ne pas adopter un rapport. L'Annexe V ne prévoit même pas cette possibilité. Il s'agit, en ce sens, d'un processus automatique. Interpréter les dispositions pertinentes comme autorisant le Membre qui accorde la subvention à bloquer unilatéralement l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V contredirait le texte et compromettrait la capacité des Membres de déposer des plaintes au titre de l'*Accord SMC*, en particulier dans les cas où une grande partie des éléments de preuve relatifs au subventionnement sont entre les mains du gouvernement du Membre qui accorde la subvention.

378. Le Brésil considère que la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'ORD n'avait pas engagé le processus de collecte de renseignements prévu au paragraphe 2 de l'Annexe V était correcte; cependant, cela ne veut pas dire que le Groupe spécial "ne pouvait rien faire face à cette non-coopération".[855] Conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord, la fonction d'un groupe spécial est "d'aider l'ORD à s'acquitter de ses responsabilités au titre {…} des accords visés". En tant qu'"assistant" de l'ORD, le Groupe spécial aurait dû interpréter les obligations des Membres au titre de l'Annexe V de façon à clarifier les choses pour l'avenir. Par conséquent, le Groupe spécial aurait dû rendre une décision préliminaire demandant instamment aux États-Unis de coopérer et, compte tenu de leur non-coopération, il aurait dû formuler une constatation selon laquelle il ferait des inférences défavorables. À cet égard, le Brésil indique qu'un groupe spécial peut appliquer des inférences défavorables en cas d'absence de coopération d'une manière générale sans s'appuyer sur les paragraphes 6 et 7 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*.

b) Contribution financière

i) *Champ de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC*

379. À l'audience, le Brésil a fait valoir que le Groupe spécial avait fait erreur en constatant que les transactions qualifiées à juste titre d'"achats de services" étaient exclues du champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Cet accord s'applique uniquement aux subventions accordées pour les biens et aux producteurs de biens, et pas aux subventions accordées pour les services ou aux fournisseurs de services. Cependant, dans les cas où un transfert d'argent apporte directement des avantages à un produit ou à un producteur de biens (peu importe qu'il ait lieu dans le contexte de l'achat d'un service

[855] Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 20.

ou non), il n'y a aucune raison de l'exclure des disciplines de l'*Accord SMC* relatives aux subventions. Cela reste vrai même si le service est réellement acheté par les pouvoirs publics et à l'avantage de ceux-ci. Le Brésil a averti que le critère employé par le Groupe spécial ne comblait pas la lacune importante créée par l'exclusion des achats de services du champ de l'*Accord SMC*, et a indiqué en outre que la catégorie générale du "transfert direct de fonds" comprenait déjà les versements effectués dans le contexte d'un contrat de services au bénéfice d'un producteur de biens particulier.

c) Spécificité

i) *IRB de la ville de Wichita*

380. S'agissant des IRB de la ville de Wichita, le Brésil a fait observer à l'audience que le Groupe spécial avait correctement comparé le montant de la subvention accordée à Boeing et à Spirit avec l'importance pertinente des sociétés dans l'économie dans son ensemble. Ce qui est "disproportionné" au titre de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC* dépend de l'importance des sociétés bénéficiaires dans l'économie, et pas, comme le font valoir les États-Unis, de l'importance de ces sociétés par rapport à d'autres bénéficiaires de la subvention. Le facteur de l'"utilisation dominante" mentionné à l'article 2.1 c) est le critère qui se rapporte aux comparaisons dans le cadre d'une même subvention. Bien que l'emploi soit un indicateur acceptable, les facteurs à prendre en considération pour déterminer l'importance de certaines entreprises dans l'économie d'un pays doivent être déterminés au cas par cas. Certains des problèmes identifiés par le Groupe spécial lorsqu'il a traité la question de la spécificité auraient pu être évités s'il avait employé une approche plus intégrée de l'article 2.1. Une analyse correcte de la spécificité, comme l'Organe d'appel l'a noté, doit permettre l'application simultanée des principes qui sont énoncés à l'article 2.1 aux divers aspects juridiques et factuels d'une subvention dans une affaire donnée.[856] De l'avis du Brésil, l'article 2.1 de l'*Accord SMC* doit être interprété d'une manière globale, compte tenu des faits spécifiques de chaque affaire qui déterminent quels facteurs peuvent ou non être révélateurs de la spécificité *de facto* d'une subvention.

d) Effets défavorables

i) *Effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique*

381. Le Brésil ne se prononce pas sur le point de savoir si la méthode choisie par le Groupe spécial pour effectuer son analyse du lien de causalité était correcte ou non. Ses arguments concernent la nécessité d'effectuer une analyse hypothétique une fois qu'un groupe spécial a formulé certaines

[856] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 371.

constatations. En particulier, le Brésil fait valoir que, si un groupe spécial détermine que certaines subventions, comme les subventions pour la R&D, ont créé un avantage concurrentiel en contribuant d'une manière significative au développement d'un nouveau modèle d'aéronef qui n'aurait pas été développé dans les mêmes délais et pour un coût aussi bas "en l'absence" des subventions, "aucune analyse hypothétique supplémentaire n'est requise".[857] Une "évaluation qualitative" de l'effet réel de la subvention suffit pour établir l'existence d'un "rapport réel et substantiel de cause à effet".[858] En outre, une approche "en l'absence de" n'exige pas d'élaborer d'autres réalités détaillées, mais vise à déterminer si les mêmes effets ou des effets semblables se seraient également produits en l'absence des subventions, toutes choses étant égales par ailleurs. Le Brésil partage donc l'avis de l'Union européenne selon lequel "{u}ne analyse "en l'absence de" peut être effectuée *quantitativement*, … ou réalisée d'une manière *qualitative*" et selon lequel le Groupe spécial, "dans les limites de son pouvoir discrétionnaire", a choisi la deuxième option.[859]

ii) *Effets sur les prix des subventions fiscales liées*

382. Le Brésil considère que, bien que les hypothèses puissent être des outils utiles pour déterminer s'il existe un rapport réel et substantiel de cause à effet, rien dans le texte de l'*Accord SMC* n'exige l'utilisation de modèles économiques ou la "construction détaillée d'une autre réalité".[860] Une fois que le marché a correctement déterminé aux fins de l'évaluation des effets des subventions sur les prix, il suffit à un groupe spécial d'examiner l'évolution générale des prix et celle des parts de marché afin d'établir si les subventions causent ou non une entrave sur le marché, des pertes de ventes ou un empêchement de hausses de prix. Bien qu'il s'abstienne d'exprimer un avis sur le point de savoir si les conclusions finales du Groupe spécial sont suffisamment étayées par les faits en l'espèce, le Brésil partage le point de vue de l'Union européenne selon lequel "{u}ne analyse "en l'absence de" peut être effectuée *quantitativement*, au moyen de techniques de modélisation formelles, ou réalisée d'une manière *qualitative*".[861] Le Groupe spécial a choisi la deuxième option et ce choix était dans les limites de son pouvoir discrétionnaire. De l'avis du Brésil, l'*Accord SMC* n'est pas, et ne devrait pas être, interprété comme exigeant d'un plaignant qu'il utilise des modèles ou méthodes économiques permettant de rechercher des flux de liquidités dans les états financiers d'une entreprise afin de démontrer l'existence d'un lien de causalité.

[857] Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 47.
[858] Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 51.
[859] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 492. (italique dans l'original; note de bas de page omise)
[860] Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 41.
[861] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 492. (italique dans l'original; note de bas de page omise)

383. Le Brésil affirme que le Groupe spécial a conclu à juste titre que le fait que les subventions à l'exportation prohibées avaient, par nature, des effets de distorsion des échanges était un facteur important étayant une conclusion selon laquelle il existait des effets défavorables, en l'absence d'éléments de preuve fiables du contraire. Lorsqu'il est constaté que des subventions affectent directement le prix du produit et qu'elles sont subordonnées à l'exportation et ont donc intrinsèquement des effets de distorsion des échanges, il est légitime de considérer que ces subventions ont causé des effets défavorables en relation avec les ventes et les prix. Le Groupe spécial n'a pas appliqué la présomption que les subventions à l'exportation causaient les effets défavorables dont l'existence était constatée. En fait, il a d'abord examiné le fonctionnement des subventions et la manière dont elles étaient directement liées aux ventes et aux prix des LCA de Boeing. Il a ensuite examiné le fait que les subventions dont il avait été constaté qu'elles étaient des subventions à l'exportation prohibées avaient, par nature, des effets de distorsion des échanges. Bien que l'incidence particulière des subventions à l'exportation sur le commerce puisse dépendre de nombreux facteurs, ces subventions sont conçues pour affecter le commerce et, en raison de leur nature, affecteront probablement de manière défavorable les concurrents et causeront, par conséquent, des effets défavorables sur le marché. Le Brésil considère qu'il était donc approprié que le Groupe spécial accorde un poids considérable au fait que ces subventions avaient, par nature, des effets de distorsion des échanges.

iii) *Évaluation collective des subventions et de leurs effets*

384. Le Brésil estime que, dans une analyse appropriée du préjudice grave au titre de l'article 6.3 de l'*Accord SMC*, les effets des subventions peuvent être évalués d'une manière cumulative pour autant qu'ils se manifestent collectivement, c'est-à-dire qu'ils aient un lien suffisant avec le produit et avec la variable spécifique axée sur les effets, indépendamment du "mécanisme de causalité" au moyen duquel cet effet est causé.[862]

385. De l'avis du Brésil, le Groupe spécial a conclu à tort qu'il ne pouvait procéder à une évaluation cumulative des effets des subventions que lorsque ces subventions fonctionnaient selon le même mécanisme de causalité. Le Brésil souligne que l'*Accord SMC* exige une évaluation des effets de "la subvention" et non de chaque mesure de subventionnement distincte prise isolément. Par conséquent, il demande à l'Organe d'appel de préciser qu'il n'existait aucune base pour le critère additionnel du "mécanisme de causalité" appliqué par le Groupe spécial et que l'approche suivie par le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland* est la base appropriée pour la réalisation d'une évaluation cumulative des effets des subventions dans une analyse du préjudice grave. Selon cette approche, les

[862] Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 28.

effets des subventions devraient, si le plaignant en fait la demande, être évalués d'une manière cumulative pour autant qu'ils se manifestent collectivement, c'est-à-dire qu'ils aient un lien suffisant avec le produit et avec la variable spécifique axée sur les effets. Les effets probables d'une subvention doivent être discernés au moyen d'un examen de la nature, de la structure, de la conception et du fonctionnement de la subvention. Le Brésil avertit qu'il y a un risque de sous-estimation de l'effet combiné des subventions si le critère additionnel du "mécanisme de causalité" appliqué par le Groupe spécial est accepté, et il partage la préoccupation de l'Union européenne quant à la manière dont le Groupe spécial a artificiellement distingué les effets des subventions pour la R&D aéronautique destinées au modèle 787 de Boeing de ceux des subventions fiscales apportant des avantages au 787, puisqu'il était reconnu que ces deux types de subventions avaient un effet semblable sur les prix et les ventes d'Airbus.

386. Le Brésil conteste le point de vue du Groupe spécial selon lequel les différences dans le type de subventions et la façon différente, selon les allégations, dont elles influaient sur le produit subventionné impliquait qu'il y avait une différence dans la "nature"[863] des subventions qui empêcherait une évaluation cumulative de leurs effets. La question pertinente était le rapport particulier de la subvention avec le produit et la variable axée sur les effets. En l'espèce, tant les subventions pour la R&D aéronautique que les subventions fiscales apportent des avantages à un modèle de produit spécifique, le Boeing 787, et les deux types de subventions ont une incidence directe sur les coûts de Boeing et, par conséquent, sur les prix et les ventes des LCA. Même si un crédit d'impôt lié aux ventes peut avoir un lien plus direct et immédiat avec les prix qu'une subvention pour la R&D, l'existence d'un lien établi entre les deux ensembles de subventions et la variable axée sur les effets signifie que leur évaluation cumulative est permise – en fait exigée, si le plaignant en fait la demande – afin que les effets de la subvention soient dûment pris en compte. Le Brésil partage le point de vue de l'Union européenne selon lequel le pouvoir discrétionnaire dont dispose un groupe spécial pour adopter une méthode n'est "pas illimité"[864], et souligne que, par nature, l'analyse pertinente est propre à chaque cas.

387. Le Brésil distingue, à cet égard, la situation en l'espèce de la situation dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*. Dans le contexte de ce différend, où la question était de savoir si les subventions influaient sur les prix du marché mondial, il était peut-être approprié d'examiner séparément les subventions subordonnées aux prix et les subventions non subordonnées aux prix. Mais lorsque l'allégation est, comme en l'espèce, une allégation plus générale de perte de ventes et de détournement du marché ou d'entrave du fait de la présence d'un produit technologiquement avancé à bas prix qui

[863] Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 34.
[864] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 725.

n'aurait pas été présent sur le marché en l'absence des subventions, il est approprié d'examiner toutes les subventions qui influent sur la production, la vente et le prix du produit spécifique d'une manière agrégée.

3. Canada

a) Annexe V de l'*Accord SMC*

388. À l'audience, le Canada a fait part de son point de vue selon lequel le Groupe spécial avait eu raison de faire porter sa constatation uniquement sur la question de savoir si la procédure au titre de l'Annexe V avait été engagée, et pas sur celle de savoir comment la procédure devait être engagée. D'après lui, les procédures de groupe spécial et de l'Organe d'appel ne sont pas des cadres appropriés pour discuter de la façon dont l'ORD doit engager une procédure au titre de l'Annexe V: cette discussion devrait avoir lieu dans le cadre de l'ORD lui-même.

b) Contribution financière

i) *Champ de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC*

389. À l'audience, le Canada a souscrit à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les transactions qualifiées à juste titre d'"achats de services" étaient exclues du champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. L'article 1.1 a) 1) donne une liste exhaustive des pratiques des pouvoirs publics qui peuvent constituer une "contribution financière" et il faut donner un sens à l'omission de l'expression "achat de services", en particulier compte tenu du fait que cette expression avait été incluse expressément dans des projets de texte antérieurs concernant cette disposition ayant fait l'objet de négociations. La qualification appropriée d'une transaction est une question de fait qui doit être évaluée au cas par cas. De l'avis du Canada, l'approche suivie par le Groupe spécial en l'espèce ménageait la flexibilité requise pour l'identification des transactions qui prenaient la forme de contrats de services, mais étaient qualifiées plus exactement de transaction relevant de l'une des autres catégories de "contributions financières" énumérées à l'article 1.1 a) 1).

c) Spécificité

i) *Réduction du taux de l'impôt B&O*

390. À l'audience, le Canada a exprimé le point de vue selon lequel, en effectuant son analyse de la spécificité au titre de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial avait dûment examiné l'ensemble du contexte dans lequel la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington avait été accordée afin de déterminer si elle faisait partie d'un programme plus large. La prescription

imposant d'examiner l'ensemble du contexte figure dans le cadre analytique, comprenant un certain nombre de principes, énoncé à l'article 2.1. S'agissant de l'article 2.1 a), ce n'est qu'en examinant la totalité du cadre politique et juridique plus large qu'un groupe spécial peut dûment déterminer si la possibilité de bénéficier de la subvention est limitée par l'autorité qui accorde la subvention ou par la législation en vertu de laquelle elle agit. De même, au titre de l'article 2.1 b), la prescription imposant de prendre en considération des "critères ou conditions objectifs" implique qu'un groupe spécial devrait déterminer si la subvention en cause est accordée en vertu d'un programme de subventions. Quant à l'article 2.1 c), le Canada a noté que cette disposition faisait expressément référence au *programme de subventions* aux fins de la spécificité *de facto*.

ii) *Répartition des droits de brevet de la NASA/l'USDOD*

391. S'agissant de l'analyse par le Groupe spécial de la répartition des droits de brevet en vertu de contrats et accords de la NASA/de l'USDOD, le Canada est d'avis que, pour évaluer quelle entité des pouvoirs publics est l'"autorité qui accorde la subvention" aux fins de l'article 2 de l'*Accord SMC*, il faut d'abord identifier correctement la subvention en cause. D'après le texte introductif de l'article 2.1, la "subvention" est le "point de départ"[865] de l'analyse de la spécificité. Après avoir évalué en détail tous les faits pertinents entourant l'octroi de la subvention, et donc dûment identifié la subvention en question, un groupe spécial peut constater que la subvention est accordée en vertu d'un programme plus général. Le groupe spécial doit ensuite évaluer les limitations concernant la possibilité de bénéficier et l'utilisation du programme de subventions dans son ensemble afin de déterminer si la subvention est "spécifique". Le Canada estime que, dans de tels cas, le résultat de l'analyse des limitations du programme de subventions devrait être le même, indépendamment du point de savoir si l'"autorité qui accorde la subvention" est considérée comme étant les pouvoirs publics dans leur ensemble ou l'organisme administratif particulier au sein de ces pouvoirs publics.

iii) *IRB de la ville de Wichita*

392. S'agissant des IRB de la ville de Wichita, le Canada fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en adoptant une approche consistant à comparer la part de la subvention revenant à un bénéficiaire donné à la valeur de référence constituée par son importance économique relative dans l'économie dans son ensemble. De l'avis du Canada, "cette approche permettrait toujours de constater le caractère disproportionné, et par extension, la spécificité".[866] À la place, le Groupe spécial aurait dû comparer les parts de Boeing et de Spirit dans le programme de subventions total avec une certaine mesure de leur importance économique relative parmi les autres bénéficiaires de la subvention.

[865] Communication du Canada en tant que participant tiers, paragraphe 40.
[866] Communication du Canada en tant que participant tiers, paragraphe 44.

393. Le Canada estime en outre que l'approche suivie par le Groupe spécial génère des défauts qui n'existeraient pas si une valeur de référence contenant des données concernant uniquement les bénéficiaires de la subvention avait été adoptée. Bien que le fait de se centrer sur les bénéficiaires de la subvention puisse ne pas faire apparaître de caractère disproportionné dans les cas où chaque bénéficiaire reçoit une part de la subvention qui est proportionnée à son importance économique par rapport à d'autres bénéficiaires, ces montants peuvent être disproportionnés selon l'approche du Groupe spécial. Celui-ci a cherché à remédier à ces défauts en exigeant une disparité "importante" entre les rapports qu'il comparait. Le Canada fait valoir que cela ne faisait cependant que créer d'autres problèmes en ne donnant aucune indication sur la façon de déterminer si une disparité donnée était "importante".

d) Effets défavorables

i) *Effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique*

394. Le Canada estime que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation appropriée de la question de savoir si Boeing: i) aurait été disposée à financer la R&D effectuée au moyen des subventions pour la R&D aéronautique en l'absence des subventions; ii) avait la capacité financière de financer la R&D sans les subventions; et iii) aurait pu effectuer la R&D en cause dans les mêmes délais en l'absence des subventions.[867] De l'avis du Canada, puisque son analyse hypothétique comportait ces défauts analytiques, le Groupe spécial a appliqué d'une manière incorrecte les articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC* et a violé l'article 11 du Mémorandum d'accord.[868]

395. Premièrement, le Canada rappelle l'affirmation du Groupe spécial selon laquelle "le rôle joué par la NASA dans la recherche aéronautique a été expliqué précisément par le fait, entre autres choses, que des facteurs importants dissuadaient le secteur privé d'investir dans la R&D aéronautique à long terme et à haut risque".[869] Cette affirmation contredit directement l'observation ultérieure du Groupe spécial selon laquelle "de par sa nature, ce type de subvention est censé multiplier l'avantage apporté par une dépense donnée".[870] Alors que la première affirmation laisse entendre qu'un investisseur tirerait des avantages directs limités de l'investissement de ses propres fonds dans la R&D qui était effectuée par Boeing au moyen des subventions pour la R&D aéronautique, l'observation suivante implique que l'investisseur recueillerait les avantages d'un tel investissement et que ces avantages seraient un multiple du montant investi. Le Groupe spécial n'a donc pas remédié à

[867] Communication du Canada en tant que participant tiers, paragraphe 11.
[868] Communication du Canada en tant que participant tiers, paragraphe 24.
[869] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1759.
[870] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.

l'incohérence de son raisonnement et, par conséquent, n'a pas correctement déterminé si Boeing aurait été disposée, en l'absence des subventions, à utiliser ses propres ressources pour la R&D qu'elle a effectuée au moyen des subventions pour la R&D aéronautique.

396. Deuxièmement, le Canada soutient que le Groupe spécial a évalué d'une manière incorrecte si Boeing avait la capacité financière de financer la R&D sans les subventions. Il note que le Groupe spécial "sembl{ait} faire abstraction de sa propre observation selon laquelle le montant des subventions pour la R&D n'était pas important par rapport aux ressources financières et aux dépenses {de R&D} de Boeing"[871] lorsqu'il a indiqué que "ce genre de comparaison chiffrée présuppos{ait} que les effets des subventions pour la R&D {…} p{ouvaient} essentiellement être ramenés à leur valeur monétaire, affirmation à laquelle {il} ne souscriv{ait} pas".[872] Cependant, cette affirmation concerne "les *effets* des subventions pour la R&D, non leur *montant*".[873] En outre, l'avantage multiplié qui peut résulter des dépenses de R&D n'accroît pas le coût pour Boeing de cette R&D et, par conséquent, "ne dit rien au sujet de la capacité de Boeing à la financer elle-même".[874]

397. Troisièmement, le Canada affirme que le Groupe spécial n'a pas fourni d'explication motivée et adéquate de sa conclusion selon laquelle "Boeing n'aurait pas pu effectuer la {R&D} en cause *dans les mêmes délais* en l'absence des subventions".[875] Cette conclusion n'est pas évidente compte tenu de ce qui suit: i) la recherche effectuée au moyen des subventions pour la R&D était nécessaire pour le lancement du 787, comme l'a constaté le Groupe spécial[876]; ii) il a été établi que Boeing souhaitait lancer le 787 au moment où elle l'a fait[877]; et iii) on peut supposer, comme le Groupe spécial semble l'avoir fait, que Boeing avait les moyens financiers d'effectuer la R&D nécessaire.

ii) *Effets sur les prix de subventions fiscales liées*

398. Le Canada affirme que le Groupe spécial a effectué une analyse hypothétique incorrecte lorsqu'il a constaté l'existence d'un préjudice grave dû à des effets sur les prix. Le Groupe spécial n'a pas examiné d'une manière appropriée l'importance des subventions fiscales et leur incidence, ce qui a vicié la totalité de son analyse du lien de causalité. Les éléments de preuve présentés par les États-Unis et par les Communautés européennes indiquent que le montant des subventions annuelles pendant la période de référence n'a jamais dépassé 1 pour cent des commandes ou des recettes de

[871] Communication du Canada en tant que participant tiers, paragraphe 17.
[872] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.
[873] Communication du Canada en tant que participant tiers, paragraphe 18. (italique dans l'original)
[874] Communication du Canada en tant que participant tiers, paragraphe 18.
[875] Communication du Canada en tant que participant tiers, paragraphe 21. (italique dans l'original)
[876] Communication du Canada en tant que participant tiers, paragraphe 21 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1775).
[877] Communication du Canada en tant que participant tiers, paragraphe 21 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1774 et note de bas de page 3704 y relative).

vente annuelles. Or, ces éléments de preuve semblent complètement en contradiction avec la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les subventions ont permis à Boeing de baisser ses prix "en deçà du niveau qui aurait normalement été justifiable sur le plan économique".[878] Le fait de n'avoir pas pu déterminer avec une certitude mathématique la mesure précise dans laquelle les subventions avaient affecté les prix fixés par Boeing ne déchargeait pas le Groupe spécial de sa responsabilité d'établir clairement un lien de causalité avant de constater l'existence d'un préjudice grave. Bien qu'il ait dit qu'il "{ferait} preuve de bon sens" et "tir{erait} des déductions"[879], le Groupe spécial n'a pas, même d'un point de vue qualitatif, examiné correctement l'importance des subventions fiscales et n'a donc pas établi de lien de causalité entre ces subventions et la capacité de Boeing de baisser ses prix.

iii) *Évaluation collectives des subventions et de leurs effets*

399. À l'audience, le Canada a rappelé que, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel avait indiqué que, une fois qu'un rapport réel et substantiel de cause à effet avait été établi entre une subvention et un phénomène sur le marché énuméré, il suffisait qu'il y ait un lien de causalité réel entre la deuxième subvention et un préjudice grave. Toutefois, on ne sait pas très clairement s'il devrait y avoir un tel lien entre les effets de la deuxième subvention et les effets de la première subvention (comme le lancement d'un nouveau produit), ou entre la deuxième subvention et un phénomène sur le marché énuméré (comme un empêchement de hausses de prix). De l'avis du Canada, la première interprétation est à privilégier. Étant donné que le Groupe spécial a conclu à juste titre qu'il n'existait pas de lien de causalité réel entre les réductions du taux de l'impôt B&O et le lancement du 787 en 2004, il a eu raison d'exclure les réductions du taux de l'impôt B&O de sa constatation de l'existence d'un préjudice grave en ce qui concerne les subventions pour la R&D aéronautique. Cependant, de l'avis du Canada, le Groupe spécial n'a pas analysé correctement s'il existait un lien de causalité réel entre les effets des subventions restantes et les effets des subventions fiscales liées.

4. Chine

a) Annexe V de l'*Accord SMC*

400. La Chine partage l'avis du Groupe spécial selon lequel l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V ne se "produit {pas} automatiquement"[880] sur demande en l'absence de toute action menée par l'ORD pour engager la procédure. Le paragraphe 2 de l'Annexe V indique clairement que

[878] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818.
[879] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1820.
[880] Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphe 4.

c'est l'ORD qui doit engager la procédure et désigner un représentant pour faciliter le processus de collecte de renseignements. La Chine, par contre, n'exprime pas d'opinion sur la question de savoir si une procédure au titre de l'Annexe V est engagée par l'ORD par consensus négatif ou positif.

b) Spécificité

i) *Répartition des droits de brevet de la NASA/l'USDOD*

401. La Chine estime que, si de multiples textes législatifs sont applicables à une subvention alléguée, la législation de plus vaste portée devrait être prise en considération aux fins de l'analyse de la spécificité *de jure* au titre de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*. Il peut fort bien y avoir des cas où la législation prévoit une mesure largement disponible et où des règlements spécifiques à un organisme mettent en œuvre la législation de plus vaste portée. Rien dans l'article 2.1 a) n'empêche un groupe spécial de prendre en considération la législation de plus vaste portée puisqu'elle fait partie de "la législation en vertu de laquelle {l'}autorité {qui accorde la subvention} agit".[881] La Chine pense également que des problèmes peuvent se poser si un règlement spécifique est analysé isolément de la législation de plus vaste portée, parce que les déterminations de la spécificité varieront en ce qui concerne le même régime selon la façon dont la législation est structurée.

ii) *IRB de la ville de Wichita*

402. En ce qui concerne les IRB de la ville de Wichita, la Chine estime qu'une comparaison effective du caractère disproportionné doit être fondée sur des critères appropriés, qui peuvent inclure les ventes, la production, l'investissement et l'emploi. Elle maintient que "les critères appropriés pour chaque affaire peuvent varier" et qu'il est probable qu'"il faudra prendre en considération plus d'un critère dans une seule et même affaire".[882] En l'espèce, la Chine n'approuve pas le point de repère préconisé par l'Union européenne et considère qu'il "peut aboutir à une constatation du caractère disproportionné dans les cas où une subvention est suffisamment et largement disponible dans toute une économie".[883] L'expression "montants … disproportionnés" doit être lue dans le contexte de l'ensemble du cadre analytique des alinéas a) à c) de l'article 2.1 de l'*Accord SMC*. L'approche de l'Union européenne réduirait à néant l'article 2.1 b) en favorisant une constatation de spécificité même lorsque des critères ou conditions objectifs sont appliqués. La Chine affirme que le critère de la "disparité importante"[884] appliqué par le Groupe spécial ne peut pas résoudre une telle contradiction.

[881] Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphe 6.
[882] Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphe 10.
[883] Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphe 12.
[884] Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphe 16.

En revanche, l'approche préconisée par l'Australie devant le Groupe spécial pourrait dûment servir de base à l'analyse du caractère disproportionné.[885]

403. La Chine estime que, indépendamment du critère et de la valeur de référence choisis, les deux facteurs circonstanciels indiqués dans la troisième phrase de l'article 2.1 c) – à savoir l'importance de la diversification des activités économiques et la période pendant laquelle le programme de subventions a été appliqué – sont essentiels pour une analyse du caractère disproportionné, et *doivent* donc être pris en compte. En plus de ces deux facteurs, il peut être nécessaire de prendre en considération d'autres facteurs dans certaines circonstances. Par exemple, si le nombre d'employés est choisi comme point de repère, l'intensité de main-d'œuvre de la branche de production pertinente devrait également est prise en compte dans une analyse du caractère disproportionné.

c) Effets défavorables

404. À l'audience, la Chine a souligné que, conformément à l'approche suivie par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, le Groupe spécial aurait dû examiner l'importance de la subvention lorsqu'il a évalué si elle causait un préjudice grave. Le terme "notable" employé à l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC* implique également pour un groupe spécial une obligation d'examiner l'importance du programme de subventions visé. En conséquence, bien que la Chine n'ait pas d'opinion sur la question de savoir si, en l'espèce, une subvention d'environ 1 pour cent des ventes était suffisante pour causer un préjudice grave à Airbus, elle a effectivement affirmé que l'importance des subventions fiscales devait être prise en compte et examinée par le Groupe spécial lorsqu'il a analysé si ces subventions avaient causé un préjudice grave.

5. Japon

a) Spécificité

i) *Répartition des droits de brevet de la NASA/l'USDOD*

405. À l'audience, le Japon a contesté l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial avait fait erreur en constatant que la répartition des droits de brevet dans le cadre des contrats et accords de la NASA/l'USDOD n'était pas "spécifique" au sens de l'article 2.1 de l'*Accord SMC*. Le Japon ne voit pas pourquoi un Membre "dans son ensemble" devrait nécessairement être exclu du champ de l'expression "autorité qui accorde la subvention". Cette approche risque de limiter le champ de l'expression "autorité qui accorde la subvention" à la seule entité immédiate qui accorde la subvention et va à l'encontre de l'objectif plus large de l'*Accord SMC* qui est d'identifier et de

[885] Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphes 13 à 15.

soumettre à des disciplines le subventionnement tel qu'il se produit à chaque échelon du gouvernement. En outre, le Groupe spécial a déterminé à juste titre que la législation en vertu de laquelle l'autorité qui accordait la subvention agissait allait au-delà des règlements internes de la NASA et de l'USDOD pour atteindre le niveau des lois et règlements de l'exécutif et de l'État fédéral.[886] À cet égard, le Japon a rappelé que dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs* l'Organe d'appel avait entériné l'analyse de la spécificité faite par le Groupe spécial sur la base de la totalité des éléments de preuve. Le Japon a également noté que les préoccupations de l'Union européenne selon lesquelles le recours à des "déclarations de politique générale" permettrait de contourner les disciplines de l'*Accord SMC* ne tenaient pas compte de la possibilité que la subvention puisse néanmoins être jugée "spécifique" *de facto*.[887]

b) Effets défavorables

i) *Effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique*

406. Le Japon rappelle tout d'abord qu'une évaluation de la nature, de la conception et du fonctionnement d'une subvention est "essentielle"[888] en vue d'établir l'existence d'un "rapport réel et substantiel de cause à effet" entre le subventionnement et le préjudice grave allégué. À cet égard, il fait part de sa préoccupation au sujet de la façon dont le Groupe spécial a effectué son analyse des effets défavorables des subventions pour la R&D aéronautique – c'est-à-dire en s'attachant "de façon étroite" à la question conceptuelle de savoir si, "en l'absence" des subventions, Boeing aurait ou non été en mesure de lancer le 787 dans le délai dans lequel elle l'a fait.[889] En conséquence, le Groupe spécial n'a pas tenu compte de la "nature" des subventions pour la R&D, qui "aident normalement les bénéficiaires à réaliser pleinement leur compétitivité potentielle" et non "leur permettent d'obtenir des avantages artificiels en matière de prix".[890] Selon le Japon, "il n'a été aucunement établi au cours de la procédure du Groupe spécial que Boeing avait en fait pratiqué un prix plus bas que celui qu'elle aurait pratiqué"[891] en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique.

407. Deuxièmement, à supposer pour les besoins du débat que les subventions pour la R&D aéronautique puissent causer un "préjudice grave" aux intérêts commerciaux d'un Membre de l'OMC,

[886] Déclaration orale du Japon à l'audience (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1293).
[887] Déclaration orale du Japon à l'audience (faisant référence à la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 76).
[888] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 55.
[889] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 56.
[890] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 57.
[891] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 58.

le Japon estime qu'on ne "sait pas très bien"[892] quelle portion exacte d'une subvention pour la R&D est effectivement transmise au cours du cycle de production d'un LCA de Boeing et cause les phénomènes de préjudice grave allégués par les Communautés européennes. Si le Groupe spécial avait véritablement pris en considération les arguments sur la non-imputation présentés par les États-Unis, il n'aurait pas constaté l'existence d'un "rapport réel de cause à effet" entre les subventions pour la R&D aéronautique et les effets sur la technologie allégués.[893] De l'avis du Japon, l'approche du Groupe spécial "comporte le risque de critiquer à tort des Membres de l'OMC pour la productivité de leurs entreprises performantes".[894]

408. Le Japon note que le libellé optionnel de l'article 6.3 de l'*Accord SMC* ("un préjudice grave ... peut apparaître") donne à penser que les effets des subventions qui de par leur nature, leur conception et leur fonctionnement ne faussent pas les échanges, pourraient être exclus de l'évaluation du préjudice grave. Il demande instamment à l'Organe d'appel de faire preuve de prudence pour déterminer si de telles subventions sont incompatibles avec l'*Accord SMC* en raison de leurs effets accessoires sur les prix, en particulier dans les situations où les subventions aboutiront, à la longue, à la mise au point de technologies plus sûres et, finalement, à l'utilisation optimale des ressources mondiales.

ii) *Effets sur les prix des subventions fiscales liées*

409. Le Japon maintient que le Groupe spécial n'a établi aucun lien véritable entre les subventions fiscales pertinentes et leurs effets d'empêchement de hausses de prix allégués. Tout en reconnaissant que les particularités de la présente affaire ont peut-être empêché le Groupe spécial d'élaborer un scénario hypothétique pour évaluer l'incidence des subventions, le Japon considère que le Groupe spécial aurait pu et dû donner une indication convaincante du degré d'empêchement notable de hausses de prix sur les marchés des LCA affectés. En outre, si le Groupe spécial a présumé que les subventions FSC/ETI causaient un préjudice grave parce qu'elles étaient des subventions à l'exportation prohibées, le Japon pense comme les États-Unis que c'était un "raccourci" inadmissible[895] du Groupe spécial qui n'était étayé ni par le texte ni par la structure de l'*Accord SMC*.

410. Selon le Japon, un rapport de causalité approprié ne peut pas être établi sur la base de la nature des subventions, de la possibilité de fluctuations des prix et des ventes, d'hypothèses

[892] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 71.
[893] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 72 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 202, 222, 215, 229 et 236).
[894] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 73.
[895] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 82 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 338 et suivants).

économiques et de déclarations de politique générale faites par des fonctionnaires. Malgré les difficultés que comporte la réalisation d'une analyse des effets sur les prix, le Groupe spécial a fait erreur en n'indiquant pas le degré ou l'importance des effets d'empêchement de hausses de prix ou en ne donnant pas une indication plus concrète du sens du qualificatif "notable" en l'espèce. Le Groupe spécial s'est trop appuyé sur le "bon sens" pour conclure que l'augmentation des ventes de Boeing se traduisait par des pertes de ventes ou "un empêchement notable de hausses" des ventes pour Airbus, sans lier le "caractère notable" de l'effet des subventions à un quelconque seuil numérique indicatif.[896] La nature des marchés globaux de LCA ne justifie pas l'absence de toute constatation sur le degré d'empêchement de hausses de prix sur les marchés. Le Japon souscrit à l'argument des États-Unis selon lequel les subventions fiscales étaient "trop faibles par rapport aux recettes découlant des commandes de Boeing pour influer sur la politique de prix de Boeing au point de lui permettre de remporter des ventes qu'elle n'aurait pas remportées"[897] en l'absence des subventions.

iii) *Évaluation collective des subventions et de leurs effets*

411. Le Japon souligne l'importance de la nature d'une subvention pour déterminer si les effets de divers types de subventions peuvent être agrégés dans une analyse du préjudice grave. Il craint que l'approche de l'agrégation proposée par l'Union européenne n'aboutisse à une dilution du critère de causalité fondé sur un "rapport réel et substantiel" et à une gamme de subventions potentiellement infinie dont il serait trop facilement constaté qu'elles ont causé "un préjudice grave".

412. Pour le Japon, la nature d'une subvention est fondamentale pour évaluer si une subvention est susceptible de causer les phénomènes de préjudice grave allégués et pour déterminer si les effets de différentes subventions devraient être évalués sur une base cumulative. Des groupes spéciaux antérieurs ont fait référence à la nécessité d'établir un "lien suffisant" entre le produit subventionné et les effets allégués, ou de s'assurer que les subventions en cause "complét{aient} et amplifi{aient}" une autre catégorie de subventions dont il avait été constaté qu'elles causaient un effet pertinent lorsque les subventions en cause avaient un lien de causalité réel avec cet effet.[898] Les deux critères sont des formulations du même principe primordial, à savoir que les groupes spéciaux doivent établir un "lien de causalité réel" entre le produit subventionné particulier et la variable pertinente axée sur les effets. En conséquence, le Groupe spécial en l'espèce avait pour obligation de s'assurer que le préjudice grave allégué "résult{ait} d'une chaîne de causalité qui {était} liée à la subvention

[896] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 86.
[897] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1814 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 815).
[898] Respectivement, le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1192 et le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1956.

incriminée"[899] en ce qui concerne les subventions fiscales liées, les subventions pour la R&D aéronautique et les subventions restantes. Le Japon considère que le Groupe spécial s'est acquitté de cette obligation correctement à certains égards, mais n'a pas procédé à une analyse appropriée du lien de causalité à d'autres égards.

413. Le Japon affirme que le Groupe spécial a eu raison de décider de ne pas agréger les effets des subventions pour la R&D aéronautique et les subventions fiscales, compte tenu de la constatation du Groupe spécial selon laquelle ces subventions fonctionnent selon des mécanismes de causalité entièrement différents. Le Japon conteste l'argument de l'Union européenne selon lequel un groupe spécial "doit évaluer – quantitativement ou qualitativement – si l'incidence concurrentielle collective des différentes subventions (différents groupes de subventions) en cause correspond à des effets défavorables"[900], et craint qu'une approbation par l'Organe d'appel de cette position n'aboutisse à l'agrégation des effets de subventions qui sont de nature fondamentalement différente et à l'inférence quasi automatique de l'existence d'un lien de causalité entre différentes subventions et un phénomène de "préjudice grave" allégué.

414. Le Japon ne souscrit pas à l'interprétation faite par l'Union européenne de décisions antérieures rendues dans le cadre de l'OMC sur la question de l'agrégation. Il note que le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland* a dit explicitement que, compte tenu des faits et des circonstances dans une affaire donnée, un examen intégré des effets de toutes subventions était admissible uniquement lorsqu'il y avait un "lien suffisant" entre le produit subventionné et la variable particulière axée sur les effets qui faisaient l'objet de l'examen.[901] Ce groupe spécial a ajouté qu'il ne considérait pas que le Groupe spécial *Indonésie – Automobiles* avait affirmé que les effets de toutes les subventions contestées qui existaient plus ou moins simultanément et qui avaient un lien quelconque avec un produit subventionné *devaient* être agrégés dans une analyse du préjudice grave.[902] En outre, dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, l'Organe d'appel n'a pas, comme l'Union européenne l'allègue, affirmé qu'il était important d'agréger les effets des subventions subordonnées aux prix et des subventions non subordonnées aux prix. En fait, l'Organe d'appel a simplement réaffirmé que les faits et circonstances particuliers de l'affaire déterminaient s'il y avait un "lien suffisant" avec le produit subventionné et la variable axée sur les effets qui faisait l'objet de l'examen, et a souligné que

[899] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 17 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 372).
[900] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 22 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 202).
[901] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 26 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1192 et note de bas de page 1308 y relative).
[902] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 26 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, note de bas de page 1308 relative au paragraphe 7.1192, qui fait référence au rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.206).

"la *nature d'une subvention jou{ait} un rôle important* dans toute analyse du point de savoir si la subvention {avait} pour effet un empêchement notable de hausses de prix".[903]

415. Le Japon note en outre que dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a envisagé la possibilité d'une agrégation dans la mesure où il y avait un "lien de causalité réel" entre les subventions et le préjudice grave allégué, et où les subventions complétaient et amplifiaient l'effet d'autres subventions pour le produit. Le Japon fait également observer que l'ensemble des subventions qui ont été agrégées dans ce différend étaient considérées comme ayant les mêmes effets – effets qui étaient analogues aux "effets sur la technologie" allégués par les Communautés européennes dans le présent différend. En effet, devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont fondé leurs arguments sur les différences dans la nature et l'effet des subventions, faisant valoir que les subventions fiscales "permett[aient] [à Boeing] de demander des prix très faibles", alors que les subventions pour la R&D aéronautique "ont aidé Boeing à développer, lancer et produire un LCA techniquement avancé de 200 à 300 sièges beaucoup plus rapidement qu'elle n'aurait pu le faire par ses propres moyens".[904] En outre, le Groupe spécial a fait des constatations factuelles selon lesquelles les subventions pour la R&D aéronautique avaient des "effets sur la technologie", alors que les subventions fiscales avaient uniquement des "effets sur les prix". Compte tenu de ces constatations sur la nature et les effets différents des subventions pour la R&D aéronautique et des subventions fiscales, le Japon estime que le Groupe spécial a déterminé à juste titre que les effets de ces deux groupes de subventions ne pouvaient pas être agrégés.

416. Le Japon fait observer que la question de l'agrégation des effets des subventions fiscales liées et des effets des subventions restantes est très différente de la question de l'agrégation des effets des subventions pour la R&D aéronautique avec les effets des subventions fiscales. La raison en est que les Communautés européennes ont fait valoir que tant les subventions restantes que les subventions fiscales liées contribuaient aux "effets sur les prix". Le Japon invite l'Organe d'appel à réexaminer attentivement, conformément à l'approche suivie dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, s'il y a un "lien de causalité réel" entre les effets des subventions restantes et les effets sur les prix causés par les subventions fiscales liées. Ce faisant, l'Organe d'appel devrait tenir compte des trois points ci-après.

417. Premièrement, toute subvention a, par nature, pour effet de faire baisser les prix des produits subventionnés, indirectement ou directement, dans une plus ou moins grande mesure. Le refus de

[903] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 28 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 450). (italique ajouté par le Japon)
[904] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 31 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1697).

l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les effets des subventions non subordonnées aux prix ne pouvaient pas être agrégés avec ceux des subventions subordonnées aux prix devrait être interprété comme un rejet de l'idée que des "effets sur les prix" à eux seuls sont suffisants pour satisfaire à la prescription imposant un "lien de causalité réel" ou un "lien suffisant" entre la subvention en cause et la variable particulière axée sur les effets. Deuxièmement, l'Organe d'appel a souligné à maintes reprises, et les deux parties et le Groupe spécial dans la présente affaire ont reconnu, l'importance de la nature des subventions pour l'analyse du lien de causalité. Troisièmement, le Japon oppose la prescription stricte en matière d'agrégation préconisée par l'Union européenne dans le différend *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (seules les subventions qui étaient "nécessaires" pour permettre le lancement d'un produit particulier pouvaient être agrégées avec d'autres subventions permettant ou facilitant le lancement de ce produit) à la position prise par l'Union européenne dans le présent différend, qui "cherche à réduire en fait le critère en matière d'agrégation des effets de diverses subventions au plus petit dénominateur commun, à savoir le prix".[905] Notant que l'Union européenne semble avoir "radicalement changé d'opinion sur la question de l'agrégation"[906], le Japon estime que ni un extrême ni l'autre ne correspond au critère approprié, à savoir que les effets de différentes subventions peuvent être agrégés lorsque les unes et les autres comportent un "rapport réel et substantiel de cause à effet", comme le démontre un examen rigoureux de la nature, de la conception et du fonctionnement des subventions en cause dans un différend donné.

6. Corée

a) Annexe V de l'*Accord SMC*

418. La Corée n'exprime pas d'opinion sur la façon dont une procédure de collecte de renseignements au titre de l'Annexe V de l'*Accord SMC* doit être engagée, mais elle formule deux observations concernant l'allégation présentée par l'Union européenne. Premièrement, elle considère qu'une détermination de l'absence de coopération devrait être établie "avec réalisme et dans un esprit pratique".[907] Le paragraphe 8 de l'Annexe V exige qu'un groupe spécial prenne en considération "{le} caractère raisonnable des demandes de renseignements et {les} efforts déployés par les parties pour y répondre de manière coopérative et en temps utile". De l'avis de la Corée, cela signifie que la détermination de la non-coopération ne peut pas se faire dans le "vide".[908] L'*Accord SMC* "ne donne

[905] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 52 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1697).
[906] Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 53.
[907] Communication de la Corée en tant que participant tiers, paragraphe 26.
[908] Communication de la Corée en tant que participant tiers, paragraphe 26.

pas carte blanche"[909] à un groupe spécial chaque fois qu'il reçoit des renseignements moins qu'optimaux d'un Membre défendeur. La Corée considère également qu'il n'est peut-être pas réaliste de la part d'une partie de poser des centaines de questions et présenter des centaines de demandes, et de s'attendre à ce que l'autre partie réponde et fournisse des renseignements en temps voulu. En résumé, elle souscrit à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle il n'avait pas besoin de se prononcer sur la question de savoir si les États-Unis avaient coopéré à la procédure au titre de l'Annexe V pour régler les questions de fond dont il était saisi.[910]

419. Deuxièmement, la Corée soutient que les dispositions de l'Annexe V ne devraient pas être interprétées comme signifiant qu'un groupe spécial ou un facilitateur d'une façon ou d'une autre "assume en fait la charge de la preuve pour le plaignant".[911] Bien que l'Annexe V constitue un outil important pour la collecte de renseignements concernant le préjudice grave, c'est le Membre plaignant qui doit établir les bases juridique et factuelle des allégations qu'il formule. L'Annexe V ne devrait pas être interprétée comme "allégeant la charge de la preuve pour le plaignant".[912] Sinon, met en garde la Corée, une procédure de groupe spécial risque de devenir une "expédition de pêche au cours de laquelle le demandeur dépose d'abord un recours puis en élabore au fur et à mesure les bases factuelle et juridique".[913]

420. À l'audience, la Corée a dit que l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V et la désignation d'un représentant de l'ORD en tant que facilitateur exigeaient au moins une certaine action positive de la part de l'ORD. À cet égard, et en laissant de côté la controverse entre consensus négatif et consensus positif, la Corée estime que l'absence de toute action de la part de l'ORD en vue d'engager la procédure au titre de l'Annexe V conduirait à la seule conclusion plausible selon laquelle la procédure n'a jamais été engagée. Elle ajoute qu'une procédure au titre de l'Annexe V n'a pas le caractère formaliste de la procédure de groupe spécial et il ne semble donc pas approprié de transférer les règles observées dans la procédure de groupe spécial au processus de collecte de données de fait.

b) Spécificité

i) *Répartition des droits de brevet de la NASA/l'USDOD*

421. À l'audience, la Corée a fait valoir que le simple fait qu'un programme était administré par un organisme, en lui-même et à lui seul, ne signifiait pas nécessairement que le critère de spécificité

[909] Communication de la Corée en tant que participant tiers, paragraphe 28.
[910] Communication de la Corée en tant que participant tiers, paragraphe 29 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.38).
[911] Communication de la Corée en tant que participant tiers, paragraphe 32.
[912] Communication de la Corée en tant que participant tiers, paragraphe 35.
[913] Communication de la Corée en tant que participant tiers, paragraphe 36.

devait être appliqué au niveau de l'organisme. Il n'est pas inhabituel que dans le cadre de programmes gouvernementaux il y ait de multiples organismes mettant en œuvre le dispositif gouvernemental adopté au niveau national. L'article 2 de l'*Accord SMC* exige un examen de la nature réelle du programme de subventions en cause. À cet égard, la façon dont un programme fonctionne effectivement dans le pays en cause est peut-être un critère essentiel qui devrait orienter l'analyse de la spécificité par un groupe spécial. Les éléments de preuve versés au dossier en l'espèce semblent étayer la conclusion selon laquelle le programme de répartition des brevets des États-Unis est administré au niveau national et, par conséquent, la constatation du Groupe spécial est correcte dans les circonstances de la présente affaire. La Corée note en outre que les conclusions du Groupe spécial concernant le fonctionnement du programme constituent sans doute une constatation factuelle qui relevait du pouvoir discrétionnaire du Groupe spécial.

c) Effets défavorables

i) *Effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique*

422. La Corée partage l'avis des États-Unis selon lequel l'existence du rapport de causalité entre les programmes de R&D aéronautique en cause et le phénomène allégué sur le marché doit être confirmée et que le rapport doit atteindre "le niveau d'un rapport réel et substantiel de cause à effet".[914] La simple existence d'un rapport de causalité n'est pas suffisante. Le rapport doit être "direct plutôt que lointain, et l'incidence devrait être substantielle plutôt qu'accessoire".[915]

423. La Corée affirme que les programmes de R&D jouent un rôle central dans le développement économique et/ou le relèvement du niveau scientifique et technique de nombreux Membres, et sont donc probablement étroitement liés à l'application de politiques publiques légitimes. La ligne de démarcation entre la fonction légitime d'un gouvernement et les subventions pour la R&D qui peuvent être incompatibles avec les règles de l'OMC n'est souvent pas tout à fait claire. À cet égard, la Corée fait observer que le Programme de développement de Doha inclut la réintroduction de subventions ne donnant pas lieu à une action, y compris les programmes de R&D. Elle reconnaît que parfois les programmes de R&D constituent des subventions relevant des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC*. Néanmoins, elle considère que les véritables programmes de R&D méritent et ont besoin d'être étudiés avec soin par le groupe spécial chargé d'examiner l'affaire et l'Organe d'appel.

[914] Communication de la Corée en tant que participant tiers, paragraphe 22 (citant la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 217).
[915] Communication de la Corée en tant que participant tiers, paragraphe 22.

ii) *Évaluation collective des subventions et de leurs effets*

424. À l'audience, la Corée a dit que, dans une analyse des effets défavorables, il ne convenait pas d'agréger les effets de deux subventions qui avaient causé des effets différents et qui n'avaient pas un lien étroit pour ce qui est de leurs effets. La décision du Groupe spécial de ne pas agréger l'effet de la réduction du taux de l'impôt B&O et les effets des subventions pour la R&D aéronautique est compatible avec sa constatation selon laquelle ces subventions sont distinctes et séparées du point de vue de leurs effets, puisqu'elles fonctionnent selon des mécanismes de causalité entièrement différents.

III. Questions soulevées dans le présent appel

425. Les questions soulevées par l'Union européenne dans son appel sont les suivantes, à savoir:

a) si le Groupe spécial a fait erreur en rejetant la demande présentée par les Communautés européennes visant à ce que certaines décisions préliminaires soient rendues au sujet de l'absence d'une procédure de collecte de renseignements au titre de l'Annexe V de l'*Accord SMC* dans le présent différend, et, dans l'affirmative, si l'Organe d'appel devrait se prononcer sur la façon dont l'ORD doit engager ces procédures, et devrait formuler des constatations au sujet de la non-coopération alléguée des États-Unis dans la procédure de collecte de renseignements et de la non-communication alléguée de renseignements de la part des États-Unis aux Communautés européennes et au Groupe spécial;

b) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que des transactions qui étaient qualifiées à juste titre d'"achats de services" étaient exclues du champ de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*;

c) si, à supposer que la répartition des droits de brevet en vertu de contrats d'achat et accords de R&D de la NASA et de l'USDOD constitue une subvention, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que cette répartition n'était pas spécifique, au sens de l'article 2 de l'*Accord SMC*;

d) si le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*:

i) en n'évaluant pas collectivement les effets des réductions du taux de l'impôt B&O et les effets des subventions pour la R&D aéronautique de la NASA et de l'USDOD sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges; et

ii) en n'évaluant pas collectivement les effets des subventions fiscales liées (les subventions FSC/ETI et les réductions du taux de l'impôt B&O) et les effets des huit subventions restantes sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges; et

e) si, en constatant qu'il n'y avait pas dans le dossier d'éléments de preuve suffisants concernant les effets des instruments d'aide de l'USDOD financés par les 21 programmes RDT&E de l'USDOD autres que les programmes ManTech et DUS&T, et en ne prenant pas en compte les effets de ces 21 programmes dans son analyse des effets défavorables, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, comme l'exige l'article 11 du Mémorandum d'accord.

426. Les questions soulevées par les États-Unis dans leur autre appel sont les suivantes, à savoir:

a) S'agissant des mesures de R&D de la NASA:

i) si, dans l'application de son critère pour déterminer si une transaction constituait un achat de services, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les versements effectués en faveur de Boeing dans le cadre des contrats d'achat de R&D de la NASA en cause constituaient des transferts directs de fonds et, par conséquent, des contributions financières, au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*; et si, en agissant ainsi, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, comme l'exige l'article 11 du Mémorandum d'accord;

ii) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'accès aux installations, équipements et employés accordé à Boeing en vertu des contrats d'achat de R&D de la NASA en cause constituait une fourniture de biens ou de services et, par conséquent, une contribution financière, au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'*Accord SMC*;

iii) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les versements et l'accès aux installations, équipements et employés accordés à Boeing en vertu des

contrats d'achat de R&D de la NASA en cause conféraient un avantage à Boeing, au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*; et

iv) si, en n'excluant pas les 280 millions de dollars de versements pour la recherche dont la NASA avait déterminé qu'ils n'étaient pas liés aux allégations des Communautés européennes de son évaluation de l'avantage, le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*;

b) S'agissant des mesures de R&D de l'USDOD:

i) si, dans l'application de son critère pour déterminer si une transaction constituait un achat de services, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les versements effectués en faveur de Boeing dans le cadre des instruments d'aide RDT&E de l'USDOD en cause constituaient des transferts directs de fonds et, par conséquent, des contributions financières, au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*;

ii) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'accès aux installations accordé à Boeing en vertu des instruments d'aide RDT&E de l'USDOD en cause constituait une fourniture de biens ou de services, et, par conséquent, une contribution financière, au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'*Accord SMC*;

iii) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les versements et l'accès aux installations accordés à Boeing en vertu des instruments d'aide RDT&E de l'USDOD conféraient un avantage à Boeing, au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*; et

iv) si le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, comme l'exige l'article 11 du Mémorandum d'accord, lorsqu'il a indiqué au paragraphe 7.1205 de son rapport qu'il "ne juge{ait} pas crédible que moins de 1 pour cent des 45 milliards de dollars de financement pour la R&D aéronautique que {l'US}DOD {avait} accordés à Boeing au cours de la période de 1991 à 2005 ait été susceptible de concerner les LCA";

c) S'agissant de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington:

i) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que cette réduction du taux de l'impôt constituait un abandon des recettes publiques normalement exigibles et, par conséquent, une contribution financière, au sens de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*; et

ii) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que cette réduction du taux de l'impôt était spécifique, au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*;

d) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les abattements fiscaux associés aux obligations industrielles accordés par la ville de Wichita étaient spécifiques, au sens de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*;

e) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les subventions pour la R&D aéronautique de la NASA et de l'USDOD avaient causé, par le biais de leurs effets sur la technologie, un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes, au sens des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC*, sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, sous la forme d'un empêchement notable de hausses de prix, de pertes de ventes notables, et d'une menace de détournement et d'entrave des exportations de LCA d'Airbus sur des marchés de pays tiers. En particulier:

i) si le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de ces dispositions:

- en constatant que les subventions pour la R&D aéronautique de la NASA et de l'USDOD avaient contribué d'une manière "réelle et substantielle" au développement par Boeing de technologies pour le Boeing 787 pour 2004;

- en ne procédant pas à une analyse hypothétique correcte et en ne constatant pas que, en l'absence des subventions de la NASA et de l'USDOD, Boeing n'aurait pas développé les technologies pour le 787 pour 2004 et Airbus n'aurait pas subi une menace de détournement et d'entrave, des pertes de ventes notables et un empêchement notable de hausses de prix;

- en comptant deux fois les pertes de ventes et en ne procédant pas à une analyse correcte de la non-imputation, s'agissant de sa constatation de pertes de ventes notables;

- en n'établissant pas l'existence de marchés de pays tiers pertinents, s'agissant de sa constatation de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave; et

- en ne procédant pas à une analyse correcte de l'empêchement de hausses de prix en ce qui concerne l'A330, l'A350 original et le marché des LCA de 200 à 300 sièges d'Airbus; et

ii) si, en faisant référence, au paragraphe 7.1772 de son rapport, à "l'importance des connaissances et de l'expérience que Boeing {avait} acquises dans le cadre des subventions pour la R&D aéronautique en matière d'intégration des différentes technologies", le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, comme l'exige l'article 11 du Mémorandum d'accord; et

f) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les subventions FSC/ETI et les réductions du taux de l'impôt B&O avaient causé, par le biais de leurs effets sur les prix, un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes, au sens des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC*, sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges, sous la forme d'un empêchement notable de hausses de prix, de pertes de ventes notables, et d'un détournement et d'une entrave des exportations de LCA d'Airbus sur des marchés de pays tiers. En particulier:

i) si le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application des articles 5 c) et 6.3 b) et c):

- en se fondant sur la présomption selon laquelle les subventions prohibées causent un préjudice grave;

- en n'évaluant pas dûment l'importance des subventions;

- en ne procédant pas à une analyse hypothétique correcte;

- en n'évaluant pas d'autres facteurs pouvant causer un dommage grave;

- en n'examinant pas les données concernant les tendances des prix, s'agissant de sa constatation d'empêchement notable de hausses de prix;

- en n'identifiant pas les ventes, s'agissant de sa constatation de pertes de ventes notables; et

- en n'établissant pas et en n'identifiant pas les marchés de pays tiers pertinents, s'agissant de sa constatation de détournement et d'entrave; et

ii) si, en n'identifiant ni les campagnes de vente au cours desquelles les subventions FSC/ETI et les réductions du taux de l'impôt B&O ont causé des pertes de ventes notables, ni les marchés de pays tiers sur lesquels ces subventions ont causé un détournement et une entrave, le Groupe spécial n'a pas exposé les justifications fondamentales de sa constatation, comme l'exige l'article 12:7 du Mémorandum d'accord.

IV. Mesures en cause

A. *Introduction*

427. Le présent différend concerne un recours formé par les Communautés européennes à l'encontre de toute une série de subventions qui, d'après les allégations, étaient accordées par les États-Unis à la société Boeing en relation avec la construction d'aéronefs civils gros porteurs ("LCA"). En particulier, les Communautés européennes ont contesté des subventions dont elles alléguaient qu'elles étaient accordées par le gouvernement fédéral des États-Unis; les États de Washington, du Kansas et de l'Illinois; les comtés de Snohomish (Washington) et de Cook (Illinois); et les villes d'Everett (Washington), de Wichita (Kansas) et de Chicago (Illinois).

428. Les Communautés européennes ont allégué devant le Groupe spécial que chaque mesure contestée était une subvention spécifique au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC*, et que les États-Unis, en ayant recours à ces subventions, avaient causé des effets défavorables pour les intérêts des Communautés européennes au sens des articles 5 et 6 de l'*Accord SMC*. De plus, les Communautés européennes ont allégué que certaines des incitations fiscales de l'État de Washington et les exonérations d'impôt relatives aux sociétés de ventes à l'étranger ("FSC")/revenus extraterritoriaux ("ETI") étaient des subventions à l'exportation prohibées au sens de l'article 3 de l'*Accord SMC*.

429. Étant donné le grand nombre d'allégations formulées et de mesures contestées, et afin d'exposer certaines généralités et le contexte se rapportant à nos constatations en l'espèce, nous estimons utile de présenter succinctement les mesures en cause dans le présent appel. Pour un compte rendu plus détaillé des mesures en cause, il convient de se reporter directement au rapport du Groupe spécial.

B. *Mesures du gouvernement fédéral des États-Unis*

430. Devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont contesté certains soutiens à la recherche-développement ("R&D") aéronautique accordés à Boeing par l'Administration nationale de l'aéronautique et de l'espace ("NASA"), le Département de la défense des États-Unis ("USDOD") et le Département du commerce des États-Unis ("USDOC"), ainsi que certains soutiens à la formation accordés par le Département du travail des États-Unis ("USDOL"). Le Groupe spécial a constaté que les versements accordés à Boeing par l'USDOC constituaient des subventions au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*.[916] Cependant, il a conclu que les Communautés européennes n'avaient pas démontré que ces subventions étaient spécifiques au sens de l'article 2 de l'*Accord SMC*.[917] De façon similaire, le Groupe spécial a constaté que les fonds pour la formation accordés par l'USDOL étaient une subvention, mais que les Communautés européennes n'avaient pas établi que cette subvention était spécifique au sens de l'article 2 de l'*Accord SMC*.[918] Aucun des participants n'a fait appel des constatations du Groupe spécial concernant le soutien accordé par l'USDOC ou l'USDOL, et, par conséquent, les programmes de ces deux départements ne sont pas examinés plus avant dans le présent rapport. Devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont également contesté les fonds accordés par la NASA et l'USDOD pour rembourser à Boeing les dépenses de recherche et développement indépendante ("R&DI") ainsi que les coûts afférents aux soumissions et propositions ("S&P"). Le Groupe spécial a constaté que les Communautés européennes n'avaient pas établi l'existence de ces mesures.[919] Il n'a pas été fait appel de cette constatation, et nous n'examinons donc pas plus avant ces mesures.

431. Nous exposons ci-après les mesures de la NASA et de l'USDOD qui sont en cause dans le présent appel. Nous examinons également la répartition des droits de brevet dans le cadre des mesures de la NASA et de l'USDOD ainsi que les exonérations fiscales au titre de la législation sur les FSC et de la législation successive, qui sont également visées par le présent appel.

[916] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1230.
[917] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1256 et 7.1257.
[918] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1374 et 7.1375.
[919] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1352 et 7.1353.

1. Mesures de R&D aéronautique

a) NASA

432. Le Groupe spécial a cru comprendre que les mesures contestées par les Communautés européennes étaient les "versements" et l'"accès gratuit aux installations, équipements et employés de la NASA" que la NASA avait accordés à Boeing par le biais de contrats et accords de R&D[920] passés avec Boeing dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique suivants: i) Advanced Composites Technology ("ACT"); ii) High Speed Research ("HSR"); iii) Advanced Subsonic Technology ("AST"); iv) High Performance Computing and Communications ("HPCC"); v) Aviation Safety ("AS"); vi) Quiet Aircraft Technology ("QAT"); vii) Vehicle Systems ("VS"); et viii) Research and Technology Base ("R&T Base").[921]

433. Le Groupe spécial a en outre observé que les contrats et accords de R&D passés entre la NASA et Boeing dans le cadre de ces huit programmes entraient dans deux catégories. La première catégorie est celle des "contrats d'achat"[922], qui, en vertu des lois et règlements des États-Unis, sont utilisés "uniquement lorsque le "but principal" de l'activité est l'"acquisition de biens ou services" "directement à l'avantage ou pour l'usage" du gouvernement des États-Unis".[923] La deuxième catégorie est celle des instruments mis en place par la NASA conformément au pouvoir qui lui est conféré par la Loi nationale sur l'aéronautique et l'espace de 1958[924] (la "Loi sur l'espace"), qui autorise la NASA "à conclure et exécuter les contrats, baux, accords de coopération ou autres

[920] En ce qui concerne les versements, les Communautés européennes ont fait observer que "la NASA … accord{ait} généralement un financement pour la R&D relative aux LCA au moyen de ce qu'{elle} appel{ait} des "*contrats*", mais qui consist{aient} en réalité en dons accordés à Boeing/{McDonnell Douglas} pour les dépenses de R&D relative aux LCA". En ce qui concerne l'accès aux installations, équipements et employés, les Communautés européennes ont affirmé que "la NASA fourni{ssait}ces "biens et services" dans le cadre des divers instruments contractuels (c'est-à-dire les *accords au titre de la Loi sur l'espace* et autres *contrats*) qu'elle conclu{ait} avec Boeing en application des huit programmes de R&D aéronautique de la NASA contestés dans le présent différend". (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2406 relative au paragraphe 7.944 (citant la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 457; et la réponse des Communautés européennes à la question n° 148 du Groupe spécial, paragraphe 171, respectivement) (pas d'italique dans l'original))

[921] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.944 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 476).

[922] Le Groupe spécial a noté que la majorité des transactions conclues entre la NASA et Boeing dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique en cause étaient des "contrats d'achat". Toutefois, dans quelques cas, les transactions conclues entre la NASA et Boeing dans le cadre de ces programmes ont pris la forme de ce que la législation des États-Unis appelle des "instruments d'aide", et plus particulièrement d'"accords de coopération". (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2408 relative au paragraphe 7.945 (faisant référence à la pièce US-1245 présentée au Groupe spécial contenant une liste de contrats de la NASA avec Boeing))

[923] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.945.

[924] *Supra*, note de bas de page 46.

transactions jugés nécessaires à l'exécution de ses travaux".[925] Le Groupe spécial a employé l'expression "Accords au titre de la Loi sur l'espace" pour désigner les accords passés entre la NASA et Boeing en vertu de ce pouvoir.[926]

434. Le Groupe spécial a conclu que les versements et l'accès aux installations, équipements et employés que la NASA avait accordés à Boeing dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique en cause constituaient des subventions spécifiques au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC*.[927] Il a estimé que le montant total des subventions au cours de la période de 1989 à 2006 était de 2,6 milliards de dollars, 1,05 milliard de dollars correspondant aux versements au titre de contrats de R&D et 1,55 milliard de dollars correspondant à l'accès aux installations, équipements et employés dans le cadre de contrats et accords de R&D.[928]

b) USDOD

435. Les Communautés européennes ont également contesté le financement et l'accès aux installations accordés par l'USDOD à Boeing pour la réalisation d'activités de R&D relative aux technologies "à double usage" – c'est-à-dire la recherche applicable aux aéronefs tant militaires que commerciaux – en vertu de contrats et d'autres instruments au titre du Programme de recherche, développement, essais et évaluation de l'USDOD (le "programme RDT&E").

---

[925] La politique de la NASA au sujet des Accords au titre de la Loi sur l'espace est énoncée dans la NASA Policy Directive 1050.1H (pièce US-108 présentée au Groupe spécial). La Loi sur l'espace autorise la NASA "à conclure et exécuter les contrats, baux, accords de coopération ou autres transactions jugés nécessaires à l'exécution de ses travaux, aux conditions qu'elle juge appropriées, avec tout organisme ou intermédiaire des États-Unis, ou tout État, territoire ou possession, ou toute subdivision politique d'un État, d'un territoire ou d'une possession, ou toute personne, entreprise, association ou société ou tout établissement d'enseignement". L'expression "Accords au titre de la Loi sur l'espace" désigne les accords passés par la NASA en vertu du pouvoir relatif aux "autres transactions" prévu dans la Loi sur l'espace. La directive de la NASA qui régit les Accords au titre de la Loi sur l'espace explique ce qui suit:

> En vertu du pouvoir qui lui est conféré par la Loi sur l'espace, la NASA a conclu un grand nombre d'accords avec divers groupes de personnes et d'organisations, dans les secteurs privé comme public, *dans le but de satisfaire aux vastes exigences et objectifs des missions et programmes de la NASA*. La politique de la NASA consiste à utiliser le vaste pouvoir que la Loi sur l'espace lui confère pour favoriser l'accomplissement de ses missions.

(Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2410 relative au paragraphe 7.945 (italique ajouté par le Groupe spécial))

[926] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.976. Les Communautés européennes n'ont pas contesté la fourniture de biens et services dans le cadre des Accords au titre de la Loi sur l'espace dans la mesure où Boeing payait en espèces ces biens et services. (*Ibid.*, note de bas de page 2624 relative au paragraphe 7.1082)

[927] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1110.

[928] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1109.

436. Le Groupe spécial a expliqué que la portée de la contestation des Communautés européennes était "relativement étroite à plusieurs égards".[929] Premièrement, il a noté que les Communautés européennes n'avaient pas contesté le programme RDT&E "dans son ensemble", mais avaient plutôt contesté "seulement certains financements" accordés à Boeing en vertu des 23 programmes RDT&E de l'USDOD[930] en cause et, dans le cadre de ces programmes, seulement le sous-ensemble des financements qui, de l'avis des Communautés européennes, concernait les technologies à double usage.[931] Deuxièmement, le Groupe spécial a observé que la contestation des Communautés européennes portait seulement sur les *versements* que l'USDOD avait accordés à Boeing pour la réalisation d'activités de R&D et n'incluait pas l'*achat* par l'USDOD d'aéronefs militaires à Boeing.[932] Enfin, le Groupe spécial a souligné que, comme pour les mesures de R&D aéronautique de la NASA, les Communautés européennes avaient contesté aussi bien les versements de l'USDOD que l'accès aux installations dans le cadre des 23 programmes de RDT&E de l'USDOD. Il a toutefois fait observer que, s'agissant de la NASA, la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes mentionnait l'accès aux "installations, équipements et employés", mais que, s'agissant de l'USDOD, elle mentionnait seulement l'accès aux "installations".[933]

437. Le Groupe spécial a distingué deux types d'arrangements entre l'USDOD et Boeing.[934] Comme la NASA, l'USDOD a passé des "contrats d'achat" avec Boeing.[935] L'autre catégorie

---

[929] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1116.

[930] En particulier, les Communautés européennes ont contesté le financement accordé au titre de 13 programmes pour les "aéronefs en général" et de dix programmes pour les "aéronefs militaires". (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2660 relative au paragraphe 7.1114)

[931] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1117.

[932] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1118. Le Groupe spécial a dit que "l'allégation des Communautés européennes se limit{ait} clairement aux versements … accordés à Boeing – par opposition à la contestation plus générale des programmes de {RDT&E}{de l'US}DOD en soi, et à la contestation d'une subvention accordée à une branche de production plus large, par exemple la branche de production des aéronefs militaires des États-Unis". (*Ibid.*, paragraphe 7.1119 (souligné dans l'original))

[933] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1120.

[934] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1140. La disposition réglementaire générale régissant toutes les activités de R&D menées par l'USDOD dans le cadre d'un "contrat", d'un "don" ou d'un "accord de coopération" figure dans le *United States Code*, Titre 10, article 2358 a) (pièce US-1205 présentée au Groupe spécial), qui dispose ce qui suit:

> Le Secrétaire à la défense ou le Secrétaire d'un département militaire peut entreprendre des projets de recherche fondamentale, de recherche appliquée, de recherche avancée et de développement qui:
> 1) sont nécessaires pour permettre au département dudit Secrétaire d'assumer ses responsabilités dans le domaine de la recherche et développement; et
> 2) soit
> A) se rapportent à des systèmes d'armement et à d'autres besoins militaires; soit
> B) présentent un intérêt potentiel pour le Département de la défense.

[935] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1142. Voir le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 32, article 21.605 (Acquisition): "L'acquisition (par achat, location ou troc) de biens ou services

d'instruments a été désignée par le Groupe spécial sous l'appellation d'"instruments d'aide"[936], et comprenait des "accords de coopération"[937], des "accords d'investissement dans la technologie"[938], et "certaines autres transactions".[939] Le Groupe spécial a noté que, dans la législation des États-Unis, l'"aide" était définie comme étant "{l}e transfert d'une chose de valeur à un bénéficiaire pour réaliser un objectif public de soutien ou d'encouragement autorisé par une loi des États-Unis".[940]

438. Le Groupe spécial a conclu que les versements et l'accès aux installations de l'USDOD accordés à Boeing en vertu des contrats d'achat de l'USDOD n'étaient pas des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.[941] Toutefois, il a constaté que les versements et l'accès aux installations de l'USDOD accordés à Boeing en vertu des instruments d'aide de l'USDOD dans le cadre des 23 programmes RDT&E aéronautiques constituaient des subventions spécifiques au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC*.[942]

439. Les Communautés européennes ont estimé que le montant de la subvention accordée par l'USDOD à la division des LCA de Boeing s'élevait à 2,4 milliards de dollars.[943] Le Groupe spécial n'a pas accepté l'estimation des Communautés européennes parce qu'elle était fondée sur une méthode et une analyse qui ne faisaient pas la distinction entre les versements et l'accès aux installations

---

directement à l'avantage ou pour l'usage du gouvernement des États-Unis … Conformément à 31 U.S.C. 6303, les *contrats d'achat* sont les instruments juridiques appropriés pour acquérir de tels biens ou services." (italique ajouté par le Groupe spécial) Voir aussi le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 32, article 21.670 (Contrat d'achat) (pièce US-22 présentée au Groupe spécial).

[936] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1142. Voir le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 32, article 21.615 (Aide) (pièce US-22 présentée au Groupe spécial): "Le *transfert d'une chose de valeur* à un bénéficiaire pour réaliser un objectif public de soutien ou d'encouragement autorisé par une loi des États-Unis … Les *dons, accords de coopération et accords d'investissement dans la technologie* sont des exemples d'instruments juridiques utilisés pour fournir une aide." (italique ajouté par le Groupe spécial)

[937] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1142. Voir le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 32, article 21.640 (Accord de coopération) (pièce US-22 présentée au Groupe spécial): "Un instrument juridique qui, conformément à 31 U.S.C. 6305, est utilisé pour établir le *même type de relation qu'avec un don* …, si ce n'est qu'une collaboration substantielle est escomptée entre le Département de la défense et le bénéficiaire dans l'exécution des activités prévues dans l'accord de coopération." (italique ajouté par le Groupe spécial)

[938] *United States Code of Federal Regulations*, Titre 32, partie 37 intitulée "Accords d'investissement dans la technologie". L'article 37.205 dispose qu'un accord d'investissement dans la technologie peut être utilisé dans les cas où le "responsable des dons" conclut: "… que le *but principal* du projet est d'encourager ou de soutenir la recherche (c'est-à-dire *une aide*), *et non d'acquérir des biens ou services à l'avantage* des pouvoirs publics (c'est-à-dire une acquisition)". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1143 (italique ajouté par le Groupe spécial))

[939] Le Groupe spécial a pris note de l'explication des États-Unis selon laquelle le *United States Code*, Titre 10, article 2371, est la disposition régissant les projets de R&D dans le cadre d'"autres transactions", c'est-à-dire de transactions autres que des contrats, des accords de coopération et des dons. (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2698 relative au paragraphe 7.1140)

[940] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1142 (citant le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 32, article 21.615 (pièce US-22 présentée au Groupe spécial)).

[941] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1171.

[942] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1196 à 7.1198.

[943] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1199.

accordés à Boeing en vertu des contrats d'achat et les versements et l'accès aux installations accordés à Boeing par le biais des instruments d'aide.[944] Le Groupe spécial n'a pas non plus accepté l'estimation des États-Unis selon laquelle le montant total de toute subvention accordée par l'USDOD à Boeing pour la R&D à double usage était sensiblement inférieur à 308 millions de dollars.[945] Au bout du compte, toutefois, le Groupe spécial n'a pas été en mesure d'établir sa propre estimation du montant de la subvention accordée à Boeing en vertu des instruments d'aide pertinents de l'USDOD.[946]

2. Répartition des droits de brevet

440. Les Communautés européennes ont également contesté la répartition des droits de propriété intellectuelle dans le cadre des contrats d'achat et accords conclus entre la NASA/l'USDOD et Boeing pour la R&D aéronautique.[947]

441. Les droits de brevet des États-Unis autorisent généralement le titulaire du brevet, pendant la durée du brevet, à empêcher toutes les autres entités d'exploiter les technologies revendiquées par le brevet et permettent au titulaire du brevet d'accorder une licence d'exploitation de la technologie en échange d'une compensation. Spécifiquement, un brevet des États-Unis donne le droit d'"empêcher des tiers de fabriquer, d'utiliser, d'offrir à la vente ou de vendre" l'invention aux États-Unis ou d'"importer" l'invention aux États-Unis, pendant un laps de temps limité (un minimum de 20 ans à compter de la date de la demande).[948]

442. Avant 1980, le gouvernement des États-Unis appliquait une politique générale consistant à s'approprier tous les droits de brevet sur les inventions réalisées par des contractants en vertu de contrats de R&D financée par des fonds fédéraux (et à accorder ensuite des licences non exclusives à tout requérant, y compris le contractant, qui souhaitait utiliser l'invention visée).[949] En 1980, le gouvernement des États-Unis a modifié sa politique de telle sorte que les titulaires de contrats publics obtenaient la titularité des brevets sur toutes les inventions qu'ils réalisaient grâce à un financement fédéral en vertu de contrats de R&D (les pouvoirs publics obtenant une licence limitée "d'utilisation

[944] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1206.
[945] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1200, 7.1205, 7.1209 et 7.1210.
[946] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1210.
[947] Les Communautés européennes ont en outre contesté la répartition des droits d'utilisation des données et des secrets commerciaux. Toutefois, le présent appel se rapporte uniquement à la répartition des droits de brevet.
[948] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1285 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 812, qui cite le *United States Code*, Titre 35, article 154 a) 2) (pièce EC-562 présentée au Groupe spécial) et article 271 a) (pièce EC-563 présentée au Groupe spécial)).
[949] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1277 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 806; et à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 314).

par les pouvoirs publics" leur permettant d'utiliser l'invention visée sans devoir verser de redevances au contractant). À l'origine, la nouvelle politique s'appliquait uniquement aux organisations à but non lucratif et aux petites entreprises. La politique a ensuite été étendue à l'ensemble des titulaires de contrats publics, indépendamment de leur taille et de leur statut à but lucratif/non lucratif[950], et a été mise en œuvre au moyen d'un certain nombre d'instruments juridiques différents.

443. Le Groupe spécial a indiqué que les cinq instruments juridiques des États-Unis suivants étaient pertinents[951]:

i) la Loi de 1980 portant modification de la loi sur les brevets et les marques[952] (la "Loi Bayh-Dole");

ii) un Mémorandum présidentiel de 1983 à l'intention des responsables des départements et organismes exécutifs (intitulé "Government Patent Policy" (Politique du gouvernement en matière de brevets)) qui a élargi le champ d'application de la politique adoptée en vertu de la Loi Bayh-Dole afin qu'elle englobe tous les titulaires de contrats publics, indépendamment de leur taille et de leur statut à but lucratif/non lucratif[953] (le "Mémorandum présidentiel de 1983");

iii) un Décret de 1987 (intitulé "Facilitating Access to Science and Technology" (Faciliter l'accès à la science et à la technologie)) dans lequel les termes du Mémorandum présidentiel de 1983 ont été finalement incorporés[954] (le "Décret de 1987");

iv) le règlement fédéral général correspondant qui met en œuvre la Loi Bayh-Dole, le Mémorandum présidentiel de 1983 et le Décret de 1987 (Titre 48, sous-partie 27.3, intitulée "Patent Rights Under Government Contracts" (Droits de brevet dans le cadre des contrats publics))[955]; et

v) le règlement fédéral spécifique à la NASA (intitulé "Patents and Other Intellectual Property Rights" (Brevets et autres droits de propriété intellectuelle), dont la

[950] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1277.
[951] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1278.
[952] *Supra*, note de bas de page 243.
[953] *Supra*, note de bas de page 244.
[954] *Supra*, note de bas de page 245.
[955] *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, articles 27.300 à 27.306 (pièce EC-559 présentée au Groupe spécial).

sous-partie 1 est intitulée "Patent Waiver Regulations" (Règlement relatif à l'abandon des brevets)).[956]

444. Dans le cadre de cette politique, le gouvernement des États-Unis reçoit "une licence libérée non exclusive, non transmissible et irrévocable pour mettre en pratique ou faire mettre en pratique pour le compte ou au nom des États-Unis toute invention visée à l'échelle mondiale".[957] Le gouvernement des États-Unis obtient aussi certains droits d'"intervention", qui donnent à l'organisme fédéral pertinent le pouvoir d'obliger le contractant, dans certaines circonstances limitées, à accorder une licence à des requérants à des conditions raisonnables, ou d'accorder la licence lui-même. Aucun département ou organisme gouvernemental des États-Unis n'a jamais exercé ces droits d'intervention pour quelque brevet que ce soit au titre de quelque contrat que ce soit.[958]

445. La Loi sur l'espace dispose que toute invention réalisée en vertu d'un contrat conclu avec la NASA "sera la propriété exclusive des États-Unis, et, si une telle invention est brevetable, un brevet sera, par conséquent, délivré aux États-Unis", à moins que la NASA ne l'abandonne.[959] Pour se conformer au Mémorandum présidentiel de 1983, la NASA a élaboré un règlement en vertu duquel elle abandonne généralement ses droits de brevet aux grandes entreprises telles que Boeing, s'agissant des inventions développées dans le cadre de la recherche qu'elle finance.[960] La NASA abandonne ces droits pour, en partie, "faire en sorte que la nouvelle technologie soit exploitée très tôt, développée rapidement et demeure disponible à des fins commerciales".[961] Le règlement relatif à l'abandon de brevets par la NASA permet de déposer des demandes d'abandon à deux moments: i) avant

---

[956] *United States Code of Federal Regulations*, Titre 14, partie 1245 (pièce EC-572 présentée au Groupe spécial).

[957] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1286 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 813 (qui cite le *United States Code*, Titre 35, article 202 c) 4) (pièce EC-558 présentée au Groupe spécial) et le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, article 27.302 c) (pièce EC-559 présentée au Groupe spécial))).

[958] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1286.

[959] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1287 (faisant référence au *United States Code*, Titre 42, article 2457 a) (pièce EC-571 présentée au Groupe spécial)).

[960] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1287 (faisant référence au *United States Code of Federal Regulations*, Titre 14, articles 1245.100 à 1245.103 (pièce EC-572 présentée au Groupe spécial)). Le règlement ne s'applique pas aux petites entreprises ni aux organisations à but non lucratif, qui sont régies par les dispositions de la loi des États-Unis sur les brevets. (*Ibid.*, note de bas de page 2913 relative au paragraphe 7.1287 (faisant référence au *United States Code*, Titre 35, articles 200 à 212 (pièce EC-558 présentée au Groupe spécial)) Voir aussi le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 14, article 1245.101 (pièce EC-572 présentée au Groupe spécial).

[961] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1287 (faisant référence au *United States Code of Federal Regulations*, Titre 14, article 1245.103 a) (pièce EC-572 présentée au Groupe spécial)). Les droits de brevet abandonnés par la NASA en vertu de son règlement ne sont pas illimités puisque la NASA conserve le droit d'exploiter pour elle-même la technologie brevetée ou de délivrer des licences obligatoires au moyen des droits d'"intervention". (*Ibid.*, note de bas de page 2914 relative au paragraphe 7.1287)

l'invention, en ce qui concerne toutes les inventions pouvant être réalisées en vertu d'un contrat; et ii) après la notification d'une invention, une fois l'invention réalisée.[962]

446. Contrairement à la NASA, l'USDOD n'a pas son propre règlement détaillé concernant la répartition des brevets. Au lieu de cela, il s'appuie généralement sur la partie pertinente de la Loi Bayh-Dole et du Mémorandum présidentiel de 1983[963], ainsi que sur le règlement fédéral général correspondant mettant en œuvre ces instruments.[964] Cet aspect de la législation des États-Unis, ainsi que les termes du Mémorandum présidentiel de 1983, est généralement mis en œuvre par l'USDOD au moyen de l'incorporation de certaines clauses dans les contrats de R&D.[965]

3. Législation FSC/ETI et législation successive

447. Les Communautés européennes ont contesté l'exonération d'impôt accordée à Boeing pour certains revenus au titre de la législation FSC et au titre de la législation successive, à savoir la Loi de 2000 portant abrogation des dispositions relatives aux FSC et régissant l'exclusion des revenus extraterritoriaux[966] (la "Loi ETI"); la Loi de 2004 sur la création d'emplois[967] (l'"AJCA"); et la Loi de conciliation de 2005 destinée à empêcher des hausses d'impôts[968] (la "TIPRA").[969] Ces exonérations d'impôt ont fait l'objet à l'OMC d'un différend antérieur entre les Communautés européennes et les

[962] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1287 (faisant référence au *United States Code of Federal Regulations*, Titre 14, articles 1245.104 et 1245.105 (pièce EC-572 présentée au Groupe spécial)).

[963] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1291. Les dispositions de la loi des États-Unis sur les brevets concernant les "droits de brevet sur les inventions réalisées avec une aide fédérale", codifiées dans le *United States Code*, Titre 35, articles 200 à 212, s'appliquent à tout "organisme fédéral". (*United States Code*, Titre 35, article 201 a) (pièce EC-558 présentée au Groupe spécial)) Un "organisme fédéral" est défini comme étant "tout organisme exécutif défini à l'article 105 du Titre 5 et les départements miliaires définis par l'article 102 du Titre 5". (*Ibid.*) Par ailleurs, l'article 102 du Titre 5 dispose que les départements militaires sont constitués par l'Armée de terre, la Marine et l'Armée de l'air. (*United States Code*, Titre 5, article 102 (pièce EC-581 présentée au Groupe spécial))

[964] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1291 (faisant référence au *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, articles 27.300 à 27.306 (pièce EC-559 présentée au Groupe spécial)). Ces dispositions, qui font partie du Federal Acquisition Regulation ("FAR") System (système de réglementation des achats fédéraux), s'appliquent à "tous les organismes exécutifs" qui sont définis comme incluant l'USDOD. (*United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, article 1.101 (but de la FAR) (pièce EC-582 présentée au Groupe spécial); *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, article 2.101 (définissant l'expression "organisme exécutif") (pièce EC-583 présentée au Groupe spécial))

[965] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1292. Le Groupe spécial a observé que dans le cas des contrats de R&D conclus avec des moyennes ou grandes entreprises, l'USDOD utilisait la clause type prévue à l'article 52.227-12 de la FAR. (*Ibid.*)

[966] *Supra*, note de bas de page 18, point ii).

[967] *Supra*, note de bas de page 18, point iii).

[968] *Supra*, note de bas de page 18, point iv). Bien que son titre fasse référence à 2005, la législation a été adoptée le 17 mai 2006.

[969] Voir la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes, initialement distribuée sous la cote WT/DS317/5 (modifiée par WT/DS353/2/Corr.1, WT/DS317/5/Add.1/Corr.1), paragraphe 6.

États-Unis, qui a inclus deux procédures de mise en conformité.[970] Il a été constaté que l'exonération d'impôt au titre de la législation FSC et l'exclusion de certains revenus au titre de la Loi ETI, qui a remplacé le régime FSC, étaient des subventions à l'exportation prohibées au titre de l'article 3.1 a) et 3.2 de l'*Accord SMC*.[971]

448. Les États-Unis n'ont pas contesté que les exonérations d'impôt FSC/ETI étaient des subventions spécifiques.[972] De plus, ils ont accepté l'estimation des Communautés européennes selon laquelle le montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing de 1989 à 2006 sous forme d'allégements d'impôt FSC/ETI s'élevait à 2,199 milliards de dollars.[973] La question litigieuse consistait à savoir si Boeing continuerait de recevoir des avantages FSC/ETI après 2006.[974] Le Groupe spécial a examiné les éléments de preuve présentés par les parties pour déterminer si Boeing continuerait de recevoir des avantages FSC/ETI après 2006.[975] En définitive, il n'a pas jugé nécessaire de formuler une constatation sur cette question parce que les Communautés européennes "n'{avaient} pas suffisamment expliqué comment une telle constatation {était} pertinente pour l'évaluation par le Groupe spécial de leurs allégations de préjudice grave actuel ou de menace de préjudice grave ou de leur allégation relative à l'existence de subventions prohibées".[976]

449. Les paragraphes suivants présentent succinctement les quatre textes législatifs des États-Unis en cause.

---

[970] Le Groupe spécial a rappelé les constatations formulées par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – FSC*, *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)* et *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)* en ce qui concerne, par exemple, l'existence d'une subvention au titre de l'article premier de l'*Accord SMC*. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1401)

[971] Le Groupe spécial en l'espèce a fait référence à des procédures de règlement des différends antérieures de l'OMC et a également constaté que les subventions FSC/ETI constituaient des subventions à l'exportation. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1452 et 7.1463) Toutefois, il s'est abstenu de recommander que le gouvernement des États-Unis "retire" ces subventions à l'exportation, conformément à l'article 4.7 de l'*Accord SMC*, au motif que "la mesure FSC/ETI en vigueur au moment de l'établissement du Groupe spécial {avait} été substantiellement modifiée durant la … procédure {du Groupe spécial} et, de fait, il appar{aissait} que la mesure n'{était} plus en vigueur en ce qui concerne Boeing". Le Groupe spécial a estimé qu'il "{était} bien établi dans la pratique du règlement des différends à l'OMC que, lorsqu'une mesure {était} arrivée à expiration, il {était} approprié qu'un groupe spécial s'abstienne de formuler une recommandation la concernant". En tout état de cause, le Groupe spécial a dit dans son raisonnement que "dans la mesure où les avantages fiscaux FSC/ETI restaient applicables à Boeing au moment de l'établissement du présent Groupe spécial … dans leurs rapports sur l'affaire *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*, le Groupe spécial et l'Organe d'appel {avaient} conclu que la recommandation formulée par le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – FSC* restait exécutoire". (*Ibid.*, paragraphe 8.6; voir aussi le paragraphe 8.7.)

[972] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1392 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 422).

[973] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1412 et 7.1418.

[974] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1413.

[975] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1421 à 7.1426.

[976] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1427.

a) Dispositions du Code des impôts des États-Unis relatives aux FSC[977]

450. Une FSC était une société créée, organisée et maintenue dans un pays étranger ou une possession des États-Unis hors de leur territoire douanier qui remplissait les conditions requises, conformément aux prescriptions expresses des articles 921 à 927 du Code des impôts des États-Unis.[978] Elle bénéficiait d'une exonération d'impôt aux États-Unis pour une partie de ses "revenus du commerce extérieur". En plus d'accorder cette exonération, la mesure FSC autorisait également les sociétés mères américaines de FSC à différer le paiement de l'impôt sur certains "revenus du commerce extérieur" normalement assujettis à une imposition immédiate et à ne pas payer d'impôt sur les dividendes distribués par leurs FSC liés aux "revenus du commerce extérieur".[979] Le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – FSC* ont constaté que la mesure FSC était une subvention à l'exportation incompatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'article 3.1 a) et 3.2 de l'*Accord SMC* et des articles 8 et 10.1 de l'*Accord sur l'agriculture*.[980]

b) Loi de 2000 portant abrogation des dispositions relatives aux FSC et régissant l'exclusion des revenus extraterritoriaux

451. Le 15 novembre 2000, les États-Unis ont adopté la Loi ETI[981] en réponse aux constatations formulées au sujet des dispositions FSC par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – FSC*.[982] Premièrement, la Loi ETI spécifiait que, d'une manière générale, les modifications qu'elle apportait "s'appliqu{aient} aux transactions effectuées après le 30 septembre 2000".[983] En outre, aucune nouvelle FSC ne pouvait être créée après cette date. Toutefois, dans le cas d'une FSC existant à la date du 30 septembre 2000, l'article 5 c) 1) de la Loi ETI disposait que les modifications apportées par la loi ne s'appliquaient pas à certaines

[977] Les Communautés européennes ont affirmé que "les "principales" dispositions juridiques constituant la mesure FSC étaient les articles 245 c), 921 à 927 et 951 e) du Code des impôts des États-Unis". (première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, note de bas de page 1615 relative au paragraphe 923) Une description détaillée des dispositions FSC figure dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC*, paragraphes 2.1 à 2.8 et 7.95 à 7.97, et dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphes 11 à 18.

[978] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1379 (faisant référence au *United States Code*, Titre 26 (Code des impôts), articles 921 à 927 (pièce EC-623 présentée au Groupe spécial).

[979] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1379.

[980] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC*, paragraphe 8.1 a) et b); rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphes 177 a) et 178.

[981] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1380 et note de bas de page 3035 y relative. Voir la Loi ETI, *supra*, note de bas de page 18, point ii). Une description détaillée des dispositions de cette loi figure dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphes 2.1 à 2.8, et dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphes 15 à 25.

[982] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC*, paragraphe 8.1 a) et b); rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphes 177 a) et 178.

[983] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1381.

transactions.[984] Deuxièmement, la Loi ETI autorisait l'exclusion du champ de l'impôt de certains revenus concernant des "biens de commerce extérieur remplissant les conditions requises".[985]

452. Le Groupe spécial de la mise en conformité dans l'affaire *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)* a constaté que la Loi ETI était incompatible avec les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC et que, par conséquent, les États-Unis n'avaient pas complètement retiré les subventions dont il avait été constaté dans la procédure initiale qu'elles constituaient des subventions à l'exportation prohibées. Il a conclu que les États-Unis n'avaient donc pas pleinement mis en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD adoptées en application de l'article 4.7 de l'*Accord SMC*.[986] L'Organe d'appel a confirmé les constatations du Groupe spécial.[987]

c) Loi de 2004 sur la création d'emplois

453. Le 22 octobre 2004, les États-Unis ont adopté l'AJCA en réponse aux constatations formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*. L'article 101 de l'AJCA a abrogé les dispositions de l'article 114 du Code des impôts relatives à l'exclusion des revenus extraterritoriaux du champ de l'impôt sur les revenus. Toutefois, une "règle transitoire pour 2005 et 2006", énoncée à l'article 101 d) de l'AJCA, autorisait les contribuables des États-Unis à demander 80 pour cent des avantages fiscaux ETI en ce qui concerne certaines transactions effectuées en 2005 et 60 pour cent des avantages fiscaux ETI en ce qui concerne certaines transactions effectuées en 2006. Outre cette règle transitoire limitée dans le temps, l'AJCA a exempté indéfiniment pour antériorité le régime ETI en ce qui concerne certaines transactions.

454. Le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité dans l'affaire *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)* a déterminé que l'article 101 d) et f) de l'AJCA maintenait les avantages ETI tout au long de 2005 et 2006 (quoique à des pourcentages réduits), et indéfiniment (dans le cas de certaines transactions). Le Groupe spécial a également noté l'exemption pour antériorité, d'une durée

[984] Toute transaction réalisée au cours d'opérations commerciales ou industrielles normales dans laquelle intervenait une FSC, qui avait lieu: i) avant le 1er janvier 2002; ou ii) après le 31 décembre 2001, conformément à un contrat irrévocable conclu entre la FSC (ou une personne qui lui était liée) et une personne non liée, qui était en vigueur le 30 septembre 2000. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1381)

[985] En vertu de la Loi ETI, il devait être satisfait à au moins deux prescriptions pour qu'un contribuable puisse remplir les conditions requises pour être exclu du champ de l'impôt: i) une prescription selon laquelle un bien produit aux États-Unis ou hors des États-Unis devait être détenu essentiellement en vue d'être vendu, mis en location-vente ou loué, au cours d'opérations commerciales ou industrielles normales, pour être utilisé, consommé ou cédé directement hors des États-Unis; et ii) une prescription selon laquelle 50 pour cent au plus de la valeur loyale et marchande de ces biens pouvaient être imputables à des articles fabriqués, produits, cultivés ou extraits hors des États-Unis et aux coûts directs de la main-d'œuvre employée hors des États-Unis. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1383)

[986] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 9.1.

[987] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 257.

indéfinie, des subventions FSC initiales en ce qui concerne certaines transactions, du fait du maintien de l'article 5 de la Loi ETI.[988] Il a conclu que les États-Unis avaient continué de ne pas mettre pleinement en œuvre les recommandations et décisions exécutoires de l'ORD leur enjoignant de retirer les subventions prohibées et de rendre leurs mesures conformes à leurs obligations au titre des accords visés pertinents.[989] Les constatations du Groupe spécial ont également été confirmées en appel.[990]

d) Loi de conciliation de 2005 destinée à empêcher des hausses d'impôt

455. Le 17 mai 2006, les États-Unis ont adopté la TIPRA en réponse aux constatations formulées par le deuxième Groupe spécial de la mise en conformité et l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*. L'article 513 de la TIPRA est intitulé "Abrogation du dégrèvement FSC/ETI relatif aux contrats irrévocables". L'article 513 a) de la TIPRA (dispositions FSC) a abrogé la disposition de l'article 5 c) 1) B) de la Loi ETI, qui autorisait la prolongation des avantages FSC en ce qui concerne les transactions ayant lieu conformément à un contrat irrévocable en vigueur le 30 septembre 2000. L'article 513 b) de la TIPRA (dispositions ETI) a abrogé l'article 101 f) de l'AJCA, qui autorisait la prolongation des avantages fiscaux ETI en ce qui concerne les transactions ayant lieu conformément à un contrat irrévocable en vigueur le 17 septembre 2003. L'article 513 c) de la TIPRA dispose que "{l}es modifications apportées par le présent article s'appliquent aux années d'imposition commençant après la date d'adoption de la présente loi".[991]

C. *Mesures des États et locales*

1. État de Washington

a) Mesures au titre du Projet de loi n° 2294

456. En 2003, l'Assemblée législative de l'État de Washington a approuvé un ensemble d'incitations fiscales prévues par le Projet de loi n° 2294 de la Chambre des représentants de l'État de Washington, intitulé "An Act Related to Retaining and Attracting the Aerospace Industry to Washington State" (Loi visant à retenir et à attirer l'industrie aérospatiale dans l'État de Washington)[992] ("Projet de loi n° 2294").[993] Le Projet de loi n° 2294 de la Chambre des représentants comprend cinq mesures fiscales que les Communautés européennes ont contestées devant le Groupe

[988] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*, paragraphes 7.60 et 7.61.
[989] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*, paragraphe 8.1.
[990] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*, paragraphe 100.
[991] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1385.
[992] *Supra*, note de bas de page 6.
[993] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.41 (faisant référence au Projet de loi n° 2294, préambule).

spécial en tant que subventions accordées à la division des LCA de Boeing qui causaient des effets défavorables et étaient également prohibées au titre de l'*Accord SMC*.[994] Ces cinq mesures sont les suivantes:

i) réduction du taux de l'impôt B&O (sur les activités);

ii) crédits d'impôt B&O pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatiques, et les impôts sur la propriété;

iii) exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour les ordinateurs et pour les services de construction et les équipements;

iv) exonérations des droits d'accise sur la location à bail; et

v) exonérations de l'impôt sur la propriété.

457. Le Groupe spécial a fait observer que Boeing n'avait jamais demandé l'exonération des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour les services de construction et les équipements. De plus, il a noté que Boeing n'avait pas demandé les exonérations des droits d'accise sur la location à bail ni les exonérations de l'impôt sur la propriété et, en fait, qu'elle avait pris des mesures qui donnaient à penser qu'elle ne demanderait pas ces exonérations.[995] Dans ces circonstances, le Groupe spécial a constaté qu'il n'y avait pas de contribution financière à Boeing en liaison avec ces trois mesures.[996] Il n'a pas été fait appel de cette constatation et, par conséquent, la description donnée ci-après est centrée sur la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, les crédits d'impôt B&O pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatiques, et les impôts sur la propriété; et les exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour les ordinateurs.

i) *Réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington*

458. L'impôt B&O est le principal impôt sur les sociétés de l'État de Washington.[997] Il s'agit d'un impôt sur les "recettes brutes de toutes les sociétés exerçant leurs activités dans l'État de Washington, à titre de mesure du privilège d'exercer ces activités".[998] Le Groupe spécial a noté que les "recettes brutes" désignaient le produit brut des ventes, le revenu brut d'une société ou la valeur des produits,

[994] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.42 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 69).
[995] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.151.
[996] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.151.
[997] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.47 (faisant référence au Final Bill Report, House Bill 2294, C1L03E2, non daté (pièce EC-90 présentée au Groupe spécial)).
[998] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.47 (citant Business and Occupation Tax, *Revised Code of Washington*, section 82.04 (pièce US-179 présentée au Groupe spécial)).

selon le cas. Il a noté en outre que les contribuables étaient imposés en fonction des activités auxquelles ils se livraient dans l'État de Washington, comme la fabrication, la vente en gros, la vente au détail ou la fourniture de services.[999]

459. Le Projet de loi n° 2294 comprend une réduction du taux de l'impôt B&O pour les fabricants d'avions commerciaux ou de leurs composants. Il prévoit une réduction en deux étapes: du taux de 0,484 pour cent (ou 0,471 pour cent dans le cas des ventes au détail) à 0,4235 pour cent au 1er octobre 2005[1000]; puis à 0,2904 pour cent au 1er juillet 2007 ou au début de l'assemblage final[1001] d'un avion "superéconomique", la date la plus tardive ayant été retenue.[1002] La réduction d'impôt s'applique jusqu'en 2024 à moins que l'assemblage final d'un aéronef superéconomique n'ait pas commencé au 31 décembre 2007, auquel cas le taux d'imposition repasse à 0,484 pour cent pour les activités de fabrication et de vente en gros et à 0,471 pour cent pour les activités de vente au détail.[1003] Étant donné que l'assemblage final du Boeing 787, qui, comme les Communautés européennes et les États-Unis en sont convenus, correspond à la définition d'un "avion superéconomique", a commencé dans l'État de Washington au premier semestre de 2007, le taux d'imposition réduit continuera de s'appliquer jusqu'en 2024.[1004]

460. Le Groupe spécial a conclu que la réduction de l'impôt B&O de l'État de Washington était une subvention spécifique au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC* et a estimé que le montant de cette subvention accordée à la division des LCA de Boeing s'élevait à 13,8 millions des dollars.[1005]

ii) *Crédits d'impôt B&O de l'État de Washington pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatiques et les impôts sur la propriété*

461. Le Projet de loi n° 2294 comprend aussi trois crédits d'impôt B&O relatifs à certaines dépenses de développement préproduction, aux logiciels et au matériel informatiques et aux impôts

[999] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.47 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 429).
[1000] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.48.
[1001] L'"assemblage final" s'entend de l'activité consistant à assembler un avion à partir des composants nécessaires à son fonctionnement mécanique de façon que l'avion commercial fini soit prêt à être livré au consommateur final. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.48)
[1002] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.48 (faisant référence au Projet de loi n° 2294, articles 3 13) et 4 13)); à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 106; et à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 438).
[1003] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.48 (faisant référence au Projet de loi n° 2294, articles 3 13) et 4 13)); à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 106; et à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 438).
[1004] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.48.
[1005] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.302.

sur la propriété.[1006] Premièrement, il prévoit l'octroi d'un crédit d'impôt B&O pour le développement préproduction à tout "fabricant ou transformateur à façon d'avions commerciaux, ou de leurs composants" pour ses dépenses liées à certaines activités de recherche, de conception et d'ingénierie en relation avec l'aéronautique menées au cours de la conception d'un produit.[1007]

462. Deuxièmement, un crédit d'impôt B&O est octroyé pour les logiciels et le matériel informatiques à tout "constructeur d'avions commerciaux" pour les dépenses qu'il a engagées, entre le 1er juillet 1995 et le 1er juillet 2003, pour des logiciels et du matériel informatiques de conception et de développement préproduction utilisés essentiellement pour la conception et le développement numériques d'avions commerciaux.[1008]

463. Troisièmement, le Projet de loi n° 2294 octroie un crédit d'impôt B&O pour les impôts sur la propriété, ce crédit d'impôt étant égal aux impôts sur la propriété perçus au niveau de l'État et au niveau local sur certains biens servant à la fabrication d'avions commerciaux ou de leurs composants.[1009]

464. Le Groupe spécial a conclu que les crédits d'impôt B&O pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatiques et les impôts sur la propriété étaient des subventions spécifiques au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC* et a estimé que le montant de ces subventions accordées à la division des LCA de Boeing s'élevait collectivement à 42,4 millions de dollars.[1010]

iii) *Exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation perçues par l'État de Washington pour les logiciels, le matériel et les périphériques informatiques*

465. Outre l'impôt B&O, l'État de Washington applique une taxe sur les ventes au détail et une taxe sur l'utilisation. La taxe sur les ventes au détail est une taxe appliquée sur la vente de biens mobiliers corporels et de certains services. La taxe sur l'utilisation est exigible sur la valeur des biens

[1006] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.50.

[1007] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.51. Ce crédit est égal à 1,5 pour cent des dépenses de développement préproduction remplissant les conditions requises. Il peut être demandé après le 1er juillet 2005, bien que les crédits acquis avant cette date puissent être cumulés et reportés. Il arrive à expiration le 1er juillet 2024. (*Ibid.*)

[1008] Le crédit est égal à 8,44 pour cent du prix d'achat des biens. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.53)

[1009] Les trois types d'impôts sur la propriété remplissant les conditions requises sont les suivants: i) impôts sur les nouveaux bâtiments, et les terrains sur lesquels les bâtiments sont situés, servant à la fabrication d'avions et de leurs composants; ii) impôts sur les augmentations de la valeur estimée d'un bâtiment servant à la fabrication d'aéronefs ou de leurs composants, dues à la rénovation ou à l'agrandissement de ce bâtiment; et iii) impôts sur certaines machines et certains équipements servant à la fabrication d'avions commerciaux ou de leurs composants. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.55)

[1010] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.302.

mobiliers corporels et de certains services pour lesquels la taxe sur les ventes au détail n'a pas été versée.[1011] Le Projet de loi n° 2294 a institué deux exonérations de ces taxes, à savoir une exonération concernant le matériel, les logiciels et les périphériques informatiques et une exonération concernant certains services de construction et certains équipements.[1012]

466. Le Groupe spécial a conclu que les exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour le matériel, les logiciels et les périphériques informatiques étaient une subvention spécifique au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC* et a estimé que le montant de cette subvention accordée à la division des LCA de Boeing s'élevait à 8,3 millions de dollars.[1013]

b) Réduction du taux de l'impôt B&O local de la ville d'Everett

467. La ville d'Everett perçoit un impôt B&O de nature analogue à celle de l'import B&O perçu au niveau de l'État. Il s'agit d'un impôt sur les recettes brutes, qui correspondent généralement, dans le cas de la fabrication, à la valeur des produits fabriqués, et, dans le cas du commerce de détail ou de gros, au produit brut des ventes. Cet impôt s'applique à toutes les activités économiques menées sur le territoire de la ville d'Everett.[1014]

468. Le Groupe spécial a constaté que Boeing était la seule société dans la ville d'Everett qui pouvait remplir les conditions relatives au seuil prescrit pour bénéficier de la réduction du taux de l'impôt B&O.[1015] Ainsi, le Groupe spécial a conclu que la réduction du taux de l'impôt B&O de la ville d'Everett était une subvention spécifique au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC* et a estimé que le montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing jusqu'en 2006 s'élevait à 2,2 millions de dollars.[1016]

[1011] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.57.
[1012] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.58.
[1013] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.302.
[1014] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.306.
[1015] Voir *Everett Municipal Code* (2004), chapter 3.24 (pièce EC-104 présentée au Groupe spécial). Avant 2004, le taux de l'impôt B&O de la ville d'Everett était de 0,1 pour cent. En 2004, la ville d'Everett a adopté l'Arrêté n° 2759-04. L'Arrêté modifie le chapitre 3.24 du *Code municipal de la ville d'Everett*. Le résultat de la modification est que le taux de l'impôt B&O de 0,1 pour cent "pour toutes les personnes se livrant dans la ville à des activités de fabrication" est ramené à 0,025 pour cent pour les fabricants qui dépassent le seuil minimum de valeur de production de la ville d'Everett. Seule Boeing a atteint le seuil de 6 milliards prescrit pour bénéficier de la réduction d'impôt. Après Boeing, le deuxième plus grand fabricant de la ville a réalisé des recettes de 1,12 milliard de dollars et aucun autre fabricant n'a dépassé 1 milliard de dollars. (Rapport du Groupe spécial., paragraphes 7.342 et 7.344)
[1016] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.346 et 7.354.

c) Accord-cadre sur le site relatif au projet Olympus

469. Le *Project Olympus Master Site Development and Location Agreement between the Boeing Company and the State of Washington* (l'Accord-cadre sur l'aménagement et l'implantation du site relatif au projet Olympus entre Boeing et l'États de Washington)[1017] (le "MSA") a été conclu le 19 décembre 2003.[1018] Le Groupe spécial a observé que le "projet Olympus" désignait "un site de pointe pleinement opérationnel destiné, initialement, à l'assemblage de l'aéronef 7E7, ainsi que tous les services collectifs, améliorations des transports et installations connexes nécessaires et rattachés à ce site, qui ser{aient} mis en place sur le Site des installations ou reliés à ce site, y compris toutes améliorations et installations hors site".[1019] Les Communautés européennes ont contesté huit mesures mentionnées dans le MSA.[1020] Le Groupe spécial a constaté que seule une de ces mesures – les incitations à la formation professionnelle – était une subvention spécifique.[1021]

470. Les incitations à la formation professionnelle consistaient en un programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et un Centre de ressources d'emploi prévus dans le MSA. Le Groupe spécial a noté qu'environ 14 millions de dollars avaient été affectés par l'État de Washington, en vertu du MSA, au programme de perfectionnement de la main-d'œuvre entre le 1er juillet 2003 et le 30 juin 2007.[1022] En ce qui concerne le Centre de ressources d'emploi, l'État a décidé de ne pas construire une nouvelle installation, mais a plutôt loué l'installation au coût de 956 400 dollars par année.[1023] Le Centre de ressources d'emploi est devenu opérationnel le 1er août 2006.[1024]

471. Le Groupe spécial a constaté que le programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et le Centre de ressources d'emploi étaient des subventions spécifiques au sens des articles 1er et 2 de

---

[1017] *Supra*, note de bas de page 8.

[1018] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.355. L'article 1.2 du MSA dispose ce qui suit:

> Le présent accord vise à lier juridiquement les parties, sous réserve seulement de l'octroi, de l'adoption ou de la promulgation des résolutions, arrêtés, modifications législatives et autorisations semblables respectifs qui pourront être nécessaires pour accorder tous engagements. Le présent accord énonce les modalités et conditions selon lesquelles Boeing entend implanter les installations et activités liées au projet Olympus dans l'État et les stipulations, déclarations et garanties y relatives.

(Rapport du Groupe spécial., paragraphe 7.355 (citant le MSA, article 1.2))

[1019] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.356 (citant le MSA, article 1.3)

[1020] Les huit mesures sont énumérées au paragraphe 7.357 du rapport du Groupe spécial.

[1021] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.644 et 7.645.

[1022] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.584 (faisant référence aux pièces jointes au MSA (pièce EC-59 présentée au Groupe spécial), pièce D-2). Sur ces fonds, 4,4 millions de dollars ont été versés à Accenture LLP pour élaborer le programme de perfectionnement de la main-d'œuvre qui serait mis en œuvre dans le cadre du Centre de ressources d'emploi au 30 juin 2006. (*Ibid*., paragraphe 7.570)

[1023] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.587 (faisant référence à Employment Resource Center Lease (August 2005) (pièce US-239 présentée au Groupe spécial), page 3).

[1024] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.571. Le MSA dispose que Boeing aura l'usage exclusif des installations pendant une période de cinq ans. (*Ibid*., paragraphe 7.592)

l'*Accord SMC*.[1025] Il a estimé que le montant de ces subventions accordées à la division des LCA de Boeing pendant la période de 1989 à 2006 s'élevait à 11 millions de dollars.[1026]

2. Obligations industrielles de la ville de Wichita (Kansas)[1027]

472. Les obligations industrielles ("IRB") sont émises par des villes et des comtés de l'État du Kansas, en faveur d'entités privées, afin de les aider à lever des fonds pour financer l'achat, la construction ou l'amélioration de divers types de biens industriels et commerciaux (les "biens visés par les projets").[1028] Les IRB sont généralement émises suivant les étapes ci-après. La ville ou le comté agit en tant qu'émetteur des obligations. L'émetteur vend les obligations au grand public, soit les obligataires, par l'intermédiaire d'un placeur ou d'un placement privé, en échange d'un produit qui servira à acquérir ou améliorer le bien visé par le projet. L'émetteur sert d'intermédiaire passif dont le rôle est simplement de prêter son statut d'entreprise municipale à l'opération. L'entité privée, en faveur de laquelle les IRB sont émises, agit en tant que locataire. Le locataire transmet le bien visé par le projet à l'émetteur pour la durée des IRB, et l'émetteur reloue au locataire le bien visé par le projet pour cette durée. Le locataire verse aux obligataires des loyers qui sont suffisants pour payer le

[1025] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.594.

[1026] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.597. Ce montant correspond à 10,5 millions de dollars pour le programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et à 478 200 dollars représentant le coût du loyer du Centre de ressources d'emploi pour la deuxième moitié de 2006. (*Ibid*., paragraphe 7.595)

[1027] Devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont aussi contesté, une tranche d'obligations émises par l'Agence de financement du développement du Kansas pour financer le développement par Spirit de parties du Boeing 787. Le Groupe spécial a constaté que les Communautés européennes n'avaient pas démontré que l'avantage conféré par les subventions devant être reçues par Spirit avait été transmis à Boeing au moment de la vente de Boeing Wichita. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.889 et 7.890) Il n'a pas été fait appel de cette constatation et nous n'examinons donc pas plus avant cette mesure.

[1028] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.651. Des villes au Kansas émettent des IRB conformément au *Kansas Statutes Annotated*, articles 12-1740 et suivants. L'article 12-1741 du *Kansas Statutes Annotated* dispose ce qui suit:

> {T}oute ville aura le pouvoir d'émettre des obligations, dont le produit sera utilisé pour payer en tout ou en partie le coût de l'achat, de l'acquisition, de la construction, de la reconstruction, de l'amélioration, de l'équipement, de l'ameublement, de la réparation, de l'agrandissement ou du réaménagement d'installations devant servir au développement de l'agriculture, du commerce et de l'industrie, à l'amélioration des soins hospitaliers, à l'exploitation des ressources naturelles, au développement des loisirs et à la fabrication. Toute ville aura également le pouvoir de conclure des baux ou des contrats de bail avec option d'achat par arrêté municipal avec toute personne, entreprise ou société concernant ces installations.

(*Ibid.*, paragraphe 7.652 (faisant référence, en le citant, au *Kansas Statutes Annotated*, articles 12-1740 et suivants (2001) (pièce EC-167 présentée au Groupe spécial))

principal et les intérêts sur les IRB.[1029] Enfin, une banque agit en tant que fiduciaire au nom des obligataires.[1030]

473. Les Communautés européennes ont allégué que les avantages pour une entité privée de l'émission d'IRB en sa faveur comprenaient: i) la capacité d'emprunter des fonds à des taux d'intérêt inférieurs à ceux du marché, en raison des intérêts exonérés d'impôts; ii) des abattements de l'impôt sur la propriété d'une durée pouvant aller jusqu'à dix ans pour les biens visés par les projets; et iii) des exonérations de la taxe sur les ventes pour les biens visés par les projets et les services acquis avec le produit des IRB.[1031]

474. La division de Wichita de Boeing Commercial Airplanes a produit des aéronefs commerciaux et leurs composants à Wichita, Kansas, pendant plus de 70 ans. Le 16 juin 2005, Boeing a vendu ses installations de Wichita à une autre société, maintenant Spirit Aerosystems ("Spirit"). Pour ces deux sociétés, le programme d'IRB fonctionnait différemment. Notamment, au lieu d'être achetées par le public, les IRB émises en faveur de Boeing ou de Spirit étaient achetées par ces sociétés elles-mêmes[1032], ce qui entraînait une circulation de liquidités, de Boeing (ou Spirit) vers la ville de Wichita pour acheter les IRB, et de la ville de Wichita vers Boeing (ou Spirit) pour financer le développement des biens visés par les projets.[1033] Comme Boeing ou Spirit détiennent les IRB, tous versements relatifs au principal ou aux intérêts sont des versements qu'elles se transfèrent en fin de compte à elles-mêmes. Boeing et Spirit n'utilisent pas les IRB pour financer le développement de biens, mais plutôt pour tirer avantage des exonérations de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes mentionnées plus haut.[1034] Selon les Communautés européennes, la ville de Wichita a émis des IRB en faveur de Boeing tous les ans depuis 1979.[1035]

[1029] City of Wichita IRB Overview: "Industrial Revenue Bond Issuance in the State of Kansas" (pièce EC-741 présentée au Groupe spécial).

[1030] Le fiduciaire: i) détient le produit des obligations et le verse au locataire pour payer le bien visé par le projet qui est acquis ou amélioré; ii) perçoit les loyers du locataire; iii) effectue les versements relatifs au principal et aux intérêts aux obligataires; et iv) agit au nom des obligataires pour exercer des recours en cas de défauts. (pièce EC-741 présentée au Groupe spécial)

[1031] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.656 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 298).

[1032] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.658 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe A (Renseignements généraux sur les obligations industrielles de la ville de Wichita), paragraphe 19).

[1033] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.658 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe A (Renseignements généraux sur les obligations industrielles de la ville de Wichita), paragraphe 22).

[1034] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.658 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 312). Les Communautés européennes n'ont contesté aucun autre aspect des transactions relatives aux IRB. (*Ibid.* (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 318))

[1035] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.660.

475. Le Groupe spécial a constaté que les avantages fiscaux découlant pour Boeing de l'émission d'IRB étaient une subvention spécifique au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC*. La valeur de cette subvention pour la division des LCA de Boeing a été estimée par le Groupe spécial à 475,8 millions de dollars.[1036]

3. État de l'Illinois

476. Enfin, les Communautés européennes ont contesté quatre incitations distinctes accordées à Boeing par l'État de l'Illinois, le comté de Cook et la ville de Chicago en contrepartie de la décision de Boeing de relocaliser son siège social de Seattle à Chicago en 2001. Les trois premières incitations sont fondées sur la Loi de 2001 sur la relocalisation du siège social[1037] (la "CHRA"). La CHRA a été adoptée par la Chambre des représentants de l'État de l'Illinois le 1er août 2001, environ un mois avant que Boeing ait relocalisé son siège à Chicago. Elle conférait aussi bien à la ville de Chicago qu'au comté de Cook, en tant que districts fiscaux, le pouvoir d'accorder des abattements ou des remboursements de certains impôts sur la propriété, dès lors que ces abattements/remboursements étaient approuvés pour le 1er août 2006.[1038] La CHRA indique que son but est d'encourager la relocalisation du siège international de grandes sociétés multinationales dans l'Illinois "au moyen d'incitations ... qui ne seraient normalement pas disponibles dans le cadre des programmes d'incitation existants".[1039] Boeing a eu recours à toutes les incitations prévues par la CHRA.[1040]

477. En plus des trois incitations prévues par la CHRA, la ville de Chicago est aussi convenue de verser 1 million de dollars pour la résiliation du bail du locataire précédent du bâtiment abritant le nouveau siège social de Boeing. Elle a fait ce versement pour permettre à Boeing d'emménager dans ses nouveaux bureaux en septembre 2001. Le 10 mai 2001, immédiatement après que la ville de Chicago avait accepté de verser 1 million de dollars, le propriétaire et Boeing ont conclu un contrat de location sur 15 ans.[1041]

[1036] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.819.

[1037] *Supra*, note de bas de page 41.

[1038] Voir *Illinois Compiled Statutes Annotated*, chapitre 35, article 200/18-165 a) 8) (pièce EC-225 présentée au Groupe spécial).

[1039] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.897 (citant la CHRA, article 5).

[1040] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.898.

[1041] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.902. La ville de Chicago a fait le versement effectif le 15 janvier 2003 conformément à l'Accord de compensation pour la résiliation du bail entre le 100 North Riverside, LLC et la ville de Chicago (pièce EC-217 présentée au Groupe spécial). Il est noté, dans cet accord, que la ville de Chicago faisait ce versement dans le but d'"inciter le propriétaire à consentir à la résiliation du bail emphytéotique au-dessus des prix du marché consenti à Morton {le précédent locataire}". Cela a permis de "mettre les étages 25 à 28 à la disposition de Boeing et d'achever la relocalisation de la société". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.902 (citant la pièce EC-217 présentée au Groupe spécial, page 2))

478. Le Groupe spécial a constaté que les quatre incitations accordées à Boeing en contrepartie de la décision de Boeing de relocaliser son siège social à Chicago constituaient une subvention spécifique au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC* et a estimé que le montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing s'élevait à environ 11 millions de dollars au cours de la période de 2002 à 2006.

479. Toutes les mesures dont le Groupe spécial a constaté qu'elles constituaient des subventions spécifiques au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC*, ainsi que leurs montants estimés, sont présentés dans le tableau 1.

Tableau 1. Montant des subventions accordées à la division des LCA de Boeing au cours de la période allant de 1989 à 2006

Pouvoirs publics ou organisme public	Mesures dont il a été constaté qu'elles constituaient des subventions spécifiques au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC*	Montant de la subvention
NASA	- Versements faits à Boeing conformément à des contrats d'achat conclus dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique en cause - Accès aux installations, équipements et employés des pouvoirs publics accordé à Boeing conformément à des contrats d'achat et à des accords au titre de la Loi sur l'espace conclus dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique en cause	2,6 milliards de $
USDOD	- Versements faits à Boeing conformément à des instruments d'aide conclus dans le cadre des programmes RDT&E en cause - Accès aux installations des pouvoirs publics accordé à Boeing conformément à des instruments d'aide conclus dans le cadre des programmes RDT&E en cause	pas clairement établi[1042]
FSC/ETI	- Exonérations d'impôt et exclusions du champ de l'impôt accordées à Boeing au titre de la législation FSC/ETI, y compris les dispositions transitoires et les clauses d'exemption pour antériorité de la Loi ETI et de l'AJCA	2,2 milliards de $[1043]

[1042] Comme il a été noté *supra*, au paragraphe 439, le Groupe spécial a rejeté les estimations présentées tant par les Communautés européennes (2,4 milliards de dollars) que par les États-Unis (moins de 308 millions de dollars), mais n'a pas été en mesure d'établir sa propre estimation.

[1043] Les Communautés européennes ont présenté les données suivantes sur le montant des subventions FSC/ETI accordées à la division des LCA de Boeing pendant la période de 1989 à 2006: 1989 – 58 millions de dollars; 1990 – 96 millions de dollars; 1991 – 77 millions de dollars; 1992 – 94 millions de dollars; 1993 – 64 millions de dollars; 1994 – 68 millions de dollars; 1995 – 74 millions de dollars; 1996 – 95 millions de dollars; 1997 – 68 millions de dollars; 1998 – 115 millions de dollars; 1999 – 206 millions de dollars; 2000 – 266 millions de dollars; 2001 – 197 millions de dollars; 2002 – 179 millions de dollars; 2003 – 107 millions de dollars; 2004 – 153 millions de dollars; 2005 – 142 millions de dollars; et 2006 – 140 millions de dollars (estimation). (International Trade Resources LLC, "FSC/ETI Tax Benefits Provided to U.S. Large Civil Aircraft Producers" (December 2006) (pièce EC-12 présentée au Groupe spécial)) Le Groupe spécial a noté que les États-Unis avaient "indiqué qu'ils ne contest{aient} pas l'estimation par les Communautés européennes des avantages FSC/ETI liés aux aéronefs civils gros porteurs pendant la période de 1989 à 2006". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1418)

Pouvoirs publics ou organisme public	Mesures dont il a été constaté qu'elles constituaient des subventions spécifiques au sens des articles 1er et 2 de l'*Accord SMC*	Montant de la subvention
État de Washington et municipalités s'y trouvant	- Réduction du taux de l'impôt B&O prévue par le Projet de loi n° 2294 - Crédits d'impôt B&O pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatiques et les impôts sur la propriété prévus par le Projet de loi n° 2294 - Exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour le matériel, les périphériques et les logiciels informatiques prévues par le Projet de loi n° 2294 - Réduction du taux de l'impôt B&O de la ville d'Everett - Programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et centre de ressources d'emploi	77,7 millions de $
Ville de Wichita Kansas	- Abattements de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes accordés à Boeing en vertu des IRB émises par l'État du Kansas et les municipalités s'y trouvant	476 millions de $
État de l'Illinois et municipalités s'y trouvant	- Remboursement d'une partie des frais de relocalisation de Boeing prévu par la CHRA - Crédits d'impôt sur une durée de 15 ans pour la croissance de l'économie ("EDGE") prévus par la CHRA - Abattement ou remboursement d'une partie des impôts sur la propriété de Boeing prévu par la CHRA - Versement en vue de la résiliation du bail du locataire précédent du bâtiment du nouveau siège social de Boeing	11 millions de $
Total		**au moins 5,3 milliards de $**

Source: Tableau figurant au paragraphe 7.1433 du rapport du Groupe spécial.

V. Procédures au titre de l'Annexe V de l'*Accord SMC*

A. *Introduction*

480. En appel, l'Union européenne conteste une décision préliminaire rendue par le Groupe spécial[1044] en ce qui concerne l'absence, dans le présent différend[1045], de procédure au titre de l'Annexe V de l'*Accord SMC*. L'Annexe V, intitulée "Procédures à suivre pour la collecte de renseignements concernant le préjudice grave", prévoit qu'une procédure de collecte de renseignements sera conduite dans des différends où il est allégué qu'un Membre a, au moyen d'un

[1044] Les décisions préliminaires du Groupe spécial sont reproduites aux paragraphes 7.19 à 7.24 du rapport du Groupe spécial. En appel, la contestation de l'Union européenne se rapporte à la décision énoncée aux paragraphes 7.20 à 7.23.

[1045] Lorsque nous faisons référence au "présent différend", nous faisons référence à l'affaire DS353. Cependant, comme cela est expliqué plus en détail plus loin, la cote DS353 n'a pas été initialement attribuée au présent différend. En fait, la cote DS353 n'a été attribuée que le 4 décembre 2006, c'est-à-dire plusieurs mois *après* l'établissement et la composition du Groupe spécial. Au moment de l'établissement et de la composition du Groupe spécial, le différend portait la cote DS317. Le passage de la cote DS317 à la cote DS353 est examiné *infra*, aux paragraphes 537 à 539.

subventionnement, causé des effets défavorables sous la forme d'un préjudice grave causé aux intérêts d'un autre Membre. Ce processus doit être engagé par l'ORD et facilité par un représentant de l'ORD. Il doit être mené dans les 60 jours suivant l'établissement du groupe spécial et vise à faciliter l'examen ultérieur du différend par le groupe spécial.

481. Nous commençons, dans la section B, par décrire la question de procédure préliminaire soulevée par les Communautés européennes au début des travaux du Groupe spécial, et la façon dont le Groupe spécial l'a réglée. Puis nous présentons, dans la section C, un résumé des allégations et arguments formulés en appel. Notre analyse, exposée dans la section D, est divisée en deux parties principales: i) la demande de l'Union européenne visant à ce que certaines déclarations et constatations formulées par le Groupe spécial au paragraphe 7.22 de son rapport soient infirmées; et ii) la demande de l'Union européenne visant à ce que l'analyse soit complétée, y compris sa demande visant à ce que nous formulions quatre constatations spécifiques, ainsi que deux demandes additionnelles relatives à la non-communication alléguée de renseignements par les États-Unis et à leur non-coopération alléguée dans la procédure au titre de l'Annexe V. Nos conclusions sont exposées dans la section E.

B. *Décision préliminaire du Groupe spécial*

482. Le Groupe spécial dans le présent différend a été établi le 17 février 2006. Dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, les Communautés européennes demandaient que l'ORD engage une procédure pour la collecte de renseignements concernant le préjudice grave au titre de l'Annexe V de l'*Accord SMC* et désigne M. Mateo Diego-Fernández comme son représentant chargé de faciliter cette procédure.[1046] À la réunion de l'ORD à laquelle le Groupe spécial a été établi, ainsi que lors de quatre réunions ultérieures de l'ORD tenues en mars, avril et mai de cette année-là, les Communautés européennes ont demandé l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V.[1047] Lors de ces réunions, les États-Unis ont indiqué qu'ils ne pouvaient pas consentir à l'engagement proposé d'une procédure au titre de l'Annexe V, et les Communautés européennes ont fait part de leur point de vue selon lequel l'ORD devait engager une telle procédure sur demande, à moins qu'il n'y ait

[1046] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.7.
[1047] WT/DSB/M/205, paragraphes 69 et 72; WT/DSB/M/206, paragraphes 11 à 13, 19 et 20; WT/DSB/M/207, paragraphes 92 et 93; WT/DSB/M/210, paragraphes 99 à 101; WT/DSB/M/212, paragraphes 64 à 67.

un consensus pour ne *pas* le faire.[1048] À chaque réunion, l'ORD a "pris note" des déclarations faites.[1049] Aucune procédure au titre de l'Annexe V ne s'est ensuivie.

483. Le 24 novembre 2006, soit deux jours après que la composition du Groupe spécial avait été arrêtée[1050], les Communautés européennes ont présenté une demande de décisions préliminaires concernant la collecte de renseignements en relation avec leurs allégations de préjudice grave.[1051] Elles demandaient, entre autres choses, que le Groupe spécial décide qu'une procédure au titre de l'Annexe V avait été engagée, qu'un facilitateur avait bien été désigné, et que les États-Unis avaient l'obligation de coopérer et de répondre aux questions que les Communautés européennes leur avaient posées dans leur lettre au facilitateur datée du 23 mai 2006.[1052] La demande des Communautés européennes comprenait une argumentation détaillée à l'appui de plusieurs affirmations, y compris celle selon laquelle "l'engagement d'une procédure au sens du paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC* n'{était} pas une "décision" de l'ORD devant être adoptée par consensus, mais plutôt une "action" de l'ORD qui {était} entreprise automatiquement sur demande ou au moins entreprise à moins qu'il n'y ait un consensus négatif pour ne pas l'entreprendre".[1053] Les Communautés européennes demandaient, à titre subsidiaire, que le Groupe spécial exerce les pouvoirs que lui conférait l'article 13 du Mémorandum d'accord et demande aux États-Unis de fournir certains renseignements.[1054]

484. Le 22 mars 2007, les États-Unis ont présenté leur réponse à la demande de décisions préliminaires des Communautés européennes.[1055] Ils ont fait valoir que le Groupe spécial n'avait pas

---

[1048] Voir *infra*, le paragraphe 538.

[1049] WT/DSB/M/205, paragraphe 76; WT/DSB/M/206, paragraphe 26; WT/DSB/M/207, paragraphe 101; WT/DSB/M/210, paragraphe 104; WT/DSB/M/212, paragraphe 71.

[1050] La composition du Groupe spécial a été arrêtée le 22 novembre 2006. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.5)

[1051] Demande de décisions préliminaires présentée par les Communautés européennes, 24 novembre 2006 ("demande de décisions préliminaires des Communautés européennes").

[1052] Demande de décisions préliminaires des Communautés européennes, paragraphe 58. Comme il est expliqué *infra*, à la note de bas de page 1141, après n'avoir pu obtenir de l'ORD une décision d'engager une procédure au titre de l'Annexe V, les Communautés européennes ont demandé que le facilitateur au titre de l'Annexe V désigné dans les différends DS316 (*CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*) et DS317 conduise une procédure au titre de l'Annexe V dans le présent différend.

[1053] Demande de décisions préliminaires des Communautés européennes, paragraphe 29.

[1054] Demande de décisions préliminaires des Communautés européennes, paragraphe 58.

[1055] Réponse des États-Unis datée du 22 mars 2007 à la demande de décisions préliminaires des Communautés européennes. Le 22 mars 2007 était aussi la date limite pour la présentation de la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial. Le Groupe spécial a aussi reçu des lettres du Canada et du Brésil présentant des observations sur la demande des Communautés européennes. Les deux tierces parties ont adopté la position selon laquelle l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V était automatique et selon laquelle l'ORD devait lancer cette procédure à la demande de la partie plaignante. Le Brésil a reconnu qu'à ce stade des travaux, aucune procédure au titre de l'Annexe V ne pouvait avoir lieu "{e}n l'absence d'éléments nouveaux ultérieurs devant l'ORD ou d'accord des parties en vue de l'engagement d'une procédure complète au titre de l'Annexe V en ce qui concerne l'affaire DS353", mais il a souligné en même

le pouvoir de se prononcer sur la conduite, les devoirs et les procédures de l'ORD, que les arguments des Communautés européennes relatifs au consensus négatif n'étaient pas étayés par les accords visés et qu'une procédure exhaustive au titre de l'Annexe V avait déjà été menée.[1056] De plus, ils ont fait valoir qu'il serait inapproprié à ce stade que le Groupe spécial demande des renseignements et aussi qu'il incombait à un groupe spécial et non à la partie présentant la demande de déterminer s'il était nécessaire et approprié de demander des renseignements.[1057]

485. Le 30 juillet 2007, le Groupe spécial a rendu une décision préliminaire rejetant toutes les demandes qui avaient été présentées par les Communautés européennes. Il a fait observer qu'"il se {pouvait} très bien" que l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V ne nécessite pas de décision par consensus positif.[1058] Cependant, en se fondant sur sa compréhension du membre de phrase "l'ORD, si demande lui en est faite, engagera la procédure" figurant au paragraphe 2 de l'Annexe V, il a été d'avis qu'"une certaine forme d'action {était} requise de la part de l'ORD".[1059] Comme il a estimé qu'il "ressort{ait} clairement des comptes rendus des réunions de l'ORD au cours desquelles ce point {avait} été examiné que l'ORD n'{avait} jamais entrepris aucune action pour engager une procédure au titre de l'Annexe V, ni pour désigner un représentant de l'ORD conformément au paragraphe 4 de cette annexe", le Groupe spécial a considéré qu'il n'était "pas en mesure de décider qu'une procédure au titre de l'Annexe V {avait} été engagée dans le présent différend".[1060] Il a donc rejeté la demande des Communautés européennes visant à ce qu'il décide qu'une procédure au titre de l'Annexe V avait été engagée, ainsi que plusieurs demandes additionnelles dont il estimait qu'elles étaient subordonnées à une décision selon laquelle cet engagement avait eu lieu.[1061] Il a aussi rejeté la demande alternative présentée par les Communautés européennes visant à ce qu'il "exerce{} le pouvoir discrétionnaire que lui confér{ait} l'article 13 du

---

temps la nature illimitée du pouvoir qu'avait un groupe spécial, au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord, de demander et d'obtenir des renseignements auprès des parties à un différend, ainsi que le pouvoir discrétionnaire dont disposait un groupe spécial pour faire des inférences défavorables. (Observations du Brésil datées du 21 décembre 2006 sur la demande de décisions préliminaires des Communautés européennes, paragraphes 6 et 7) Le Canada a insisté sur le fait que "l'enceinte appropriée pour juger les actions ou inactions de l'ORD était l'ORD lui-même " et que "le groupe spécial n'{était} pas compétent pour le faire". Le Canada estimait aussi qu'il était "prématuré" pour le Groupe spécial d'exercer son pouvoir au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord avant l'échange des premières communications écrites des parties. (Observations du Canada datées du 1er décembre 2006 sur la demande de décisions préliminaires des Communautés européennes, page 2)

[1056] Les États-Unis faisaient référence à la procédure au titre de l'Annexe V conduite dans l'affaire DS317 *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs*. Le lien entre l'affaire DS317 et le présent différend (DS353) est examiné *infra*, aux paragraphes 537 à 539.

[1057] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 1026 relative au paragraphe 7.22.

[1058] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.21.

[1059] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.21.

[1060] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.20.

[1061] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.22 (citant la demande de décisions préliminaires des Communautés européennes, paragraphe 58). La partie pertinente de ce paragraphe est reproduite *infra*, au paragraphe 487.

Mémorandum d'accord de demander des renseignements aux États-Unis avant d'avoir examiné attentivement les premières communications écrites des parties".[1062]

486. Deux jours après que le Groupe spécial avait rendu sa décision préliminaire, les Communautés européennes lui ont envoyé une autre lettre indiquant que dans sa décision, il avait dit deux fois qu'"il se {pouvait} très bien" que l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V ne soit pas une "décision" nécessitant un consensus positif au sens de l'article 2:4 du Mémorandum d'accord[1063], et demandant qu'il précise comment une telle décision devait être prise. Le 30 août 2007, le Groupe spécial a rejeté cette demande car il était d'avis qu'on lui avait demandé "de donner des indications sur une question qui n'aurait pas d'incidence sur le règlement du présent différend".[1064] Il a noté que l'article IX de l'*Accord sur l'OMC* disposait que la Conférence ministérielle et le Conseil général avaient le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations des accords visés.

C. *Aperçu des allégations et arguments présentés en appel*

487. Dans son appel concernant cette question préliminaire, l'Union européenne formule un certain nombre de demandes. Premièrement, elle demande que nous infirmions la première et la dernière phrase du paragraphe 7.22 du rapport du Groupe spécial, qui reproduit le paragraphe 4 de la décision préliminaire du Groupe spécial. Le paragraphe 7.22 est libellé comme suit:

> *Nous rejetons, par conséquent, la demande des Communautés européennes visant à ce que le Groupe spécial "décid{e} que la procédure au titre de l'Annexe V qu'elles ont demandée à la réunion de l'ORD du 21 avril 2006 et redemandée à la réunion de l'ORD du 17 mai 2006 a été engagée".* Les Communautés européennes ont également demandé au Groupe spécial: i) "de décider que les États-Unis sont dans l'obligation de coopérer et de répondre aux questions qui leur ont été posées dans la lettre des Communautés européennes au facilitateur datée du 23 mai 2006"; ii) "de décider que M. Mateo Diego-Fernández a été effectivement désigné comme

[1062] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.23. Le Groupe spécial a émis l'avis suivant: "{U}n groupe spécial ne sera pas habituellement en mesure de déterminer quels renseignements sont "nécessaires et appropriés", et, par conséquent, ne sera pas habituellement en mesure d'exercer le pouvoir que lui confère l'article 13 du Mémorandum d'accord de demander les renseignements qu'il "jugerait {…} nécessaires et appropriés", avant d'avoir examiné attentivement les premières communications écrites des parties." (*Ibid.*) Le Groupe spécial a aussi mentionné les "circonstances particulières et l'historique de la procédure du présent différend" et a ajouté qu'il "n'estim{ait} pas nécessaire ni approprié d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confér{ait} l'article 13 du Mémorandum d'accord pour remédier à l'incapacité des parties de parvenir à un accord sur l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V, ou pour remédier à l'incapacité des parties de parvenir à un accord sur le moyen de transmettre au présent Groupe spécial les renseignements obtenus lors de la procédure au titre de l'Annexe V menée dans l'affaire DS317". (*Ibid.*)

[1063] Lettre des Communautés européennes au Groupe spécial datée du 2 août 2007 (citant la décision préliminaire du Groupe spécial du 30 juillet 2007, paragraphe 3).

[1064] Lettre du Groupe spécial aux parties datée du 30 août 2007 répondant à la demande des Communautés européennes du 2 août 2007.

> facilitateur dans cette procédure, et, au cas où le Groupe spécial ne rendrait pas cette décision, d'accorder néanmoins la réparation mentionnée dans les points précédents et suivants"; et iii) "d'adopter des procédures de travail qui permettraient d'achever la procédure au titre de l'Annexe V en temps voulu avant la date limite de dépôt de la première communication écrite des Communautés européennes". Ces demandes additionnelles sont nécessairement subordonnées à la décision du Groupe spécial selon laquelle la procédure au titre de l'Annexe V a été engagée. *Nous rejetons donc également ces demandes.* (notes de bas de page omises; pas d'italique dans l'original)

488. L'Union européenne nous demande par ailleurs de compléter l'analyse et de formuler les quatre constatations suivantes[1065]:

i) l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V est une action par consensus négatif ou est automatique;

ii) en droit, toutes les conditions de l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V étaient remplies en l'espèce et cette procédure a été engagée et/ou est réputée avoir été engagée et/ou aurait dû être engagée;

iii) en refusant de coopérer au processus de collecte de renseignements, les États-Unis ne se sont pas acquittés de leur obligation au titre de la première phrase du paragraphe 1 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*; et

iv) conformément aux paragraphes 6 à 9 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*, l'Union européenne était en droit de présenter sa thèse de l'existence d'un préjudice grave en se fondant sur les éléments de preuve dont elle disposait; le Groupe spécial était en droit de compléter le dossier selon qu'il était nécessaire en se fondant sur les meilleurs renseignements disponibles par ailleurs; et que le Groupe spécial était en droit de faire des inférences défavorables.

489. En outre, et "indépendamment" de ces demandes, l'Union européenne nous demande de "garder constamment à l'esprit les circonstances de la présente affaire", notamment le fait que "les États-Unis ont choisi de ne pas communiquer certains renseignements à l'Union européenne et au Groupe spécial" et que le "refus {des États-Unis} de coopérer à la procédure au titre de l'Annexe V influ{ait} sur l'ensemble du différend".[1066] Cela veut dire, selon l'Union européenne, que: i) en ce qui concerne l'appel des États-Unis, "les États-Unis ne peuvent pas maintenant raisonnablement critiquer

[1065] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 52.
[1066] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 53.

le Groupe spécial pour son évaluation des faits ou pour avoir raisonnablement fait des inférences factuelles alors que ce sont eux qui ont privé le Groupe spécial de renseignements"; et ii) en ce qui concerne l'appel de l'Union européenne, "{e}n cas de doute ou en cas de contradiction ou d'équilibre des éléments de preuve, l'Organe d'appel devrait se prononcer en faveur de l'Union européenne".[1067]

490. Les États-Unis demandent que nous rejetions ce motif d'appel de l'Union européenne. Selon eux, le Groupe spécial a constaté à juste titre que "l'engagement d'une procédure de collecte de renseignements au titre de l'Annexe V nécessit{ait} un acte ou une décision positif de l'ORD, que ce soit par consensus positif ou négatif", et que "l'ORD n'{avait} pas pris une telle mesure".[1068] Les États-Unis estiment que si nous devions confirmer ces constatations, nous n'aurions alors pas besoin de poursuivre notre analyse. Si nous décidions néanmoins d'examiner les questions et demandes additionnelles formulées par l'Union européenne, les États-Unis estiment: i) que tant l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V que la désignation d'un facilitateur nécessitent un consensus positif de l'ORD; ii) que le Groupe spécial n'avait pas le pouvoir de décider qu'une procédure au titre de l'Annexe V avait été engagée, que l'ORD avait désigné un facilitateur ou que les États-Unis avaient l'obligation de répondre aux questions de l'Union européenne; iii) que l'Organe d'appel n'a pas le pouvoir légal de faire des inférences défavorables à l'encontre des États-Unis dans les circonstances du présent différend; et iv) que les constatations demandées par l'Union européenne sont incorrectes.

491. Les États-Unis affirment que les demandes et arguments formulés par l'Union européenne n'identifient pas de nombreux faits pertinents. Par exemple, ils attirent l'attention sur le processus au titre de l'Annexe V qui a été conduit en 2005, durant lequel leurs fonctionnaires "ont consacré des milliers d'heures à recueillir et réunir plus de 40 000 pages de documents".[1069] Les États-Unis ajoutent que le représentant de l'ORD dans cette procédure au titre de l'Annexe V n'a formulé aucune constatation selon laquelle ils n'avaient pas coopéré à cette procédure.[1070] De plus, dans le présent différend, "le Groupe spécial a activement exercé son droit de demander des renseignements supplémentaires aux parties"[1071], et les États-Unis "ont répondu de manière détaillée et exhaustive à chaque demande de renseignements formulée par le Groupe spécial"[1072], y compris en fournissant des "réponses volumineuses" aux trois séries de questions que le Groupe spécial avait posées aux parties.[1073] Les États-Unis ajoutent que, tout au long de la procédure, ils se sont appuyés de bonne foi

[1067] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 53.
[1068] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 52.
[1069] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 30.
[1070] Pour une explication de la procédure au titre de l'Annexe V conduite en 2005 dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (DS317), voir *infra*, les paragraphes 537 à 539.
[1071] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 38.
[1072] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 111.
[1073] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 38.

sur: l'absence de décision de l'ORD à l'effet d'engager une procédure au titre de l'Annexe V; la conclusion de M. Diego-Fernández selon laquelle il ne pouvait pas accéder à la demande des Communautés européennes visant à ce qu'il agisse en tant que représentant de l'ORD[1074]; et la décision préliminaire et la constatation finale du Groupe spécial selon lesquelles aucune procédure de ce genre n'avait été engagée.

D. *Évaluation de l'allégation d'erreur formulée en appel par l'Union européenne*

1. Demande de l'Union européenne visant à ce que les constatations formulées par le Groupe spécial au paragraphe 7.22 de son rapport soient infirmées

492. L'Union européenne demande que nous infirmions les déclarations figurant dans la première et la dernière phrase du paragraphe 7.22 du rapport du Groupe spécial au motif que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au sens de l'article 11 du Mémorandum d'accord et/ou a appliqué à tort le principe d'économie jurisprudentielle et/ou a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'article 7.4 et de la première phrase du paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*.[1075]

493. Nous croyons comprendre que l'Union européenne conteste l'approche analytique adoptée par le Groupe spécial et, en particulier, sa détermination selon laquelle toutes les demandes formulées par les Communautés européennes devaient être rejetées parce que, dans les faits, il y avait absence de toute action de la part de l'ORD en ce qui concernait une procédure au titre de l'Annexe V. L'Union européenne affirme que le Groupe spécial "a tout simplement évité de se prononcer sur la question de droit à l'origine du différend".[1076] Même s'"il apparaît que le Groupe spécial a admis, au moins par implication, qu'il avait le pouvoir implicite ou intrinsèque, et en fait l'obligation, de se prononcer sur la question"[1077], au lieu de ce faire, il "a à tort reformul{é} une *partie* de la plainte de l'UE comme étant une demande de décision sur une affirmation *factuelle* étroite: à savoir que l'ORD avait engagé une procédure au titre de l'Annexe V par le biais d'une action par consensus négatif"[1078], puis a rejeté cette affirmation factuelle. Ce raisonnement est, de l'avis de l'Union européenne, "circulaire et déraisonnable", puisque c'"{était} précisément l'absence de procédure au titre de l'Annexe V dont l'Union européenne se plaignait; or, pour le Groupe spécial, cette absence dev{enait} la justification même du rejet de la demande de l'UE".[1079]

[1074] Voir *infra*, la note de bas de page 1141.
[1075] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 51.
[1076] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 48.
[1077] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 49.
[1078] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 50. (italique dans l'original)
[1079] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 50.

494. En réponse, les États-Unis font observer que les arguments de l'Union européenne ne portent pas sur le fond des constatations du Groupe spécial, et estiment que le Groupe spécial a à juste titre interprété la demande de décisions préliminaires comme étant une "demande de "décision" sur l'"affirmation factuelle" selon laquelle un événement particulier avait eu lieu à deux réunions de l'ORD".[1080] Le Groupe spécial a constaté, sur la base d'une interprétation correcte du Mémorandum d'accord, que l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V nécessitait un acte ou une décision positif de l'ORD. Le point de savoir si cet engagement se faisait par consensus négatif ou positif "n'était pas pertinent".[1081] La raison en est que le Groupe spécial a constaté qu'aucune mesure formelle visant à engager une procédure au titre de l'Annexe V n'avait été prise par l'ORD.

495. Nous commençons par observer que, comme l'a dit le Groupe spécial, dans leur demande de décisions préliminaires, les Communautés européennes avaient demandé que le Groupe spécial:

> … décid{e} que la procédure au titre de l'Annexe V qu'elles {avaient} demandée à la réunion de l'ORD du 21 avril 2006 et redemandée à la réunion de l'ORD du 17 mai 2006 *{avait} été engagée*{.}[1082] (pas d'italique dans l'original)

496. Cependant, cette demande ne constituait qu'une partie d'une longue communication des Communautés européennes. Au début de leur demande de décisions préliminaires, les Communautés européennes ont attiré l'attention sur la "principale question de droit soumise en l'occurrence au présent Groupe spécial", à savoir "la procédure à suivre lorsque "l'ORD, si demande lui en {était} faite, engager{ait} la procédure""[1083] prévue à la première phrase du paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*". Elles ont ensuite présenté, sur plusieurs pages, leurs arguments y compris leur interprétation de diverses dispositions du Mémorandum d'accord et de l'*Accord SMC*, pour étayer leur point de vue selon lequel "l'engagement d'une procédure au sens du paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC* n'{était} pas une "décision" de l'ORD devant être adoptée par consensus, mais plutôt une "action" de l'ORD qui {était} entreprise automatiquement sur demande ou au moins entreprise à moins qu'il n'y ait un consensus négatif pour ne pas l'entreprendre".[1084] Cette analyse était encore étayée par des considérations relatives à l'objet et au but, y compris les arguments suivants:

> Le processus au titre de l'Annexe V est un corollaire nécessaire et fait partie intégrante de l'établissement d'un groupe spécial dans une procédure de règlement des différends qui, par le biais de

[1080] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 50.
[1081] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 49.
[1082] Demande de décisions préliminaires des Communautés européennes, paragraphe 58 (reproduite au paragraphe 7.22 du rapport du Groupe spécial). Voir aussi *ibid*., paragraphe 44.
[1083] Demande de décisions préliminaires des Communautés européennes, paragraphe 9.
[1084] Demande de décisions préliminaires des Communautés européennes, paragraphe 29.

> l'établissement d'un groupe spécial, est lancé par consensus négatif. Toute tentative d'assujettir à un véto de la partie défenderesse cette procédure d'établissement des faits spécialement conçue pour les affaires relatives à un préjudice grave limiterait considérablement la possibilité pour une partie plaignante de déposer avec succès un recours pour préjudice grave. L'équilibre et l'efficacité généraux de l'*Accord SMC* seraient gravement compromis, ce qui aurait de vastes implications systémiques. Les plaignants doivent avoir un outil pour préparer leur thèse concernant le préjudice grave en obtenant les renseignements nécessaires avant de devoir présenter leurs communications au groupe spécial.[1085]

497. Le Groupe spécial n'a toutefois pas souscrit à ces arguments. En fait, le règlement par le Groupe spécial de la question dont il avait été saisi par les Communautés européennes reposait entièrement sur son examen superficiel d'un seul membre de phrase figurant au paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*, ainsi que sur sa constatation factuelle selon laquelle l'ORD n'avait entrepris aucune action en relation avec l'Annexe V dans le présent différend.

498. Dans sa brève évaluation du paragraphe 2 de l'Annexe V, le Groupe spécial s'est uniquement concentré sur le membre de phrase "l'ORD, si demande lui en est faite, engagera la procédure" et, en particulier, sur le sens du verbe "engager".[1086] Il n'a pas examiné la signification des autres termes figurant dans cette disposition, y compris le renvoi explicite à l'article 7.4 de l'*Accord SMC*. De même, il n'a identifié ou analysé aucun contexte pertinent. Bien qu'il ait affirmé qu'accepter l'interprétation du paragraphe 2 de l'Annexe V présentée par les Communautés européennes "enlèverait effectivement à l'ORD tout rôle dans l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V" et "pourrait avoir des conséquences systémiques considérables et potentiellement surprenantes qui seraient incompatibles avec l'objet et le but consistant à assurer la "sécurité et la prévisibilité" du système commercial multilatéral", le Groupe spécial n'a pas indiqué quelles pourraient être ces conséquences systémiques ni en quoi elles seraient incompatibles avec les objectifs du système de règlement des différends de l'OMC.[1087] La seule autre étape du raisonnement du Groupe spécial a consisté à examiner les comptes rendus des réunions pertinentes de l'ORD pour parvenir à sa

[1085] Demande de décisions préliminaires des Communautés européennes, paragraphe 34.

[1086] Le Groupe spécial a fait observer que le verbe "initiate" (engager) signifiait "{b}egin, introduce, set going, originate" (commencer, introduire, entamer, déclencher) (rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.21 (citant le *Shorter Oxford English Dictionary*, 5th edn, W.R. Trumble, A. Stevenson (eds) (Oxford University Press, 2002), Vol. 1, page 1377)) et a estimé que "{l}e sens ordinaire du terme "engager", employé dans le contexte immédiat d'une obligation positive formulée à la voix active ("l'ORD ... engagera"), impliqu{ait} qu'une certaine forme d'action {était} requise de la part de l'ORD". (*Ibid*., paragraphe 7.21)

[1087] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.21.

détermination selon laquelle il ressortait "clairement" de ces comptes rendus que l'ORD n'avait entrepris aucune action pour engager une procédure de collecte de renseignements.[1088]

499. Nous estimons qu'en tentant de circonscrire la question dont l'avaient saisi les Communautés européennes à la question factuelle consistant à savoir si l'ORD avait entrepris une action pour engager une procédure au titre de l'Annexe V, le Groupe spécial a effectivement refusé de traiter la question de droit soulevée. L'interprétation partielle donnée par le Groupe spécial de l'une des dispositions en cause ne répondait pas aux principaux arguments de droit avancés par les Communautés européennes. Par exemple, en expliquant pourquoi il n'était "pas convaincu"[1089] par l'argument des Communautés européennes, le Groupe spécial a fait deux fois l'observation plutôt sibylline selon laquelle "il se {pouvait} très bien que l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V ne nécessite pas de consensus."[1090] Il apparaît qu'en disant cela, le Groupe spécial a considéré que la question de la manière dont une procédure au titre de l'Annexe V était engagée par l'ORD était sans rapport avec la question qu'il devait trancher. Nous avons un peu de mal à admettre que ce soit le cas. Le Groupe spécial a aussi fait l'observation plutôt générale selon laquelle accepter la position des Communautés européennes "enlèverait effectivement à l'ORD tout rôle dans l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V"[1091], alors même que les arguments des Communautés européennes envisageaient clairement un rôle pour l'ORD dans cet engagement.

500. Prises dans leur ensemble, les constatations et déclarations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.21 et 7.22 de son rapport ne règlent pas de manière adéquate les questions de droit présentées. La question dont était saisi le Groupe spécial ne se limitait pas à la question de savoir *si* une procédure au titre de l'Annexe V avait été engagée; en fait, il était demandé au Groupe spécial de se prononcer sur la *manière* dont les dispositions pertinentes des accords visés prévoyaient qu'une procédure au titre de l'Annexe V devait être engagée. Le Groupe spécial n'a pas répondu à cette question dans son analyse tronquée du paragraphe 2 de l'Annexe V. En refusant de procéder à une analyse plus approfondie de la question de droit consistant à savoir comment l'ORD devait engager une procédure au titre de l'Annexe V, le Groupe spécial a privé les Membres de l'avantage d'"une formulation claire du droit de l'OMC pertinent" et n'a pas suivi un objectif essentiel du système de règlement des différends à l'OMC, à savoir le règlement de différends "d'une manière qui préserve les

[1088] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.20.
[1089] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.21. Les Communautés européennes ont soutenu que "l'engagement d'une procédure au sens du paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC* {était} … une "action" de l'ORD qui {était} entreprise automatiquement sur demande, ou au moins entreprise à moins qu'il n'y ait un consensus négatif pour ne pas l'entreprendre". (Demande de décisions préliminaires des Communautés européennes, paragraphe 29)
[1090] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.21, troisième et dernière phrases.
[1091] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.21.

droits et les obligations des Membres et clarifie les dispositions existantes des accords visés conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public".[1092] Nous rappelons aussi que, lorsque les constatations d'un groupe spécial "{n}e règle{nt} que partiellement la question en cause", cela "ne représente{} pas une véritable économie jurisprudentielle" et équivaut à une erreur de droit.[1093]

501. Pour ces raisons, nous *constatons* que le Groupe spécial a fait erreur, dans la première et la dernière phrase du paragraphe 7.22 de son rapport, qui reproduit le paragraphe 4 de sa décision préliminaire, en rejetant les diverses demandes formulées par les Communautés européennes en ce qui concerne une procédure au titre de l'Annexe V.

502. Il ne nous est pas demandé, pour rendre cette décision, de modifier, et nous ne modifions pas, la constatation factuelle formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.20 de son rapport, selon laquelle "l'ORD n'a jamais entrepris aucune action pour engager une procédure au titre de l'Annexe V" dans le présent différend. Nous sommes aussi conscients qu'il n'incombe pas aux groupes spéciaux, ni à l'Organe d'appel, d'examiner les actions de l'ORD entreprises dans un différend particulier ni d'ordonner que des actions spécifiques soient entreprises. Cependant, en même temps, le Mémorandum d'accord dispose que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel doivent clarifier les dispositions pertinentes des accords visés conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public de manière à préserver les droits et obligations des Membres et à contribuer à la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral, conformément à l'objectif consistant à parvenir à une solution positive des différends individuels. Le Mémorandum d'accord n'indique pas de dispositions spécifiques des accords visés, ni d'obligations particulières en découlant, qui sont exemptées d'interprétation ou ne sont pas susceptibles d'être interprétées par des groupes spéciaux ou l'Organe d'appel. Dans la mesure où elles sont en cause dans un différend spécifique, même les dispositions relatives au fonctionnement de l'ORD ou au processus de règlement des différends lui-même font à juste titre l'objet d'une interprétation par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel puisque la teneur de ces dispositions a aussi une incidence sur les droits et obligations des Membres de l'OMC. De plus, et comme il est expliqué plus en détail plus loin, la conduite d'une procédure de collecte de renseignements au titre de l'Annexe V a un rapport direct avec l'exécution par un groupe spécial de sa fonction juridictionnelle dans le cadre d'un différend portant sur des allégations de préjudice grave.

[1092] Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 213 (faisant référence à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord).
[1093] Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 223; voir aussi les paragraphes 224 à 226.

2. Demande de l'Union européenne visant à ce que l'analyse soit complétée

503. Ayant constaté que le Groupe spécial avait fait erreur en rejetant la demande de décisions préliminaires relatives à une procédure au titre de l'Annexe V que les Communautés européennes avaient présentée, nous allons examiner la demande de l'Union européenne visant à ce que l'analyse soit complétée. Nous rappelons que l'Union européenne nous demande de formuler quatre constatations spécifiques[1094], chacune constituant "une question distincte et indépendante" qui n'est subordonnée à aucune autre constatation demandée.[1095] Nous abordons ces questions l'une après l'autre ci-après.

a) Interprétation des dispositions pertinentes de l'*Accord SMC* et du Mémorandum d'accord

504. La première question que l'Union européenne souhaite que nous tranchions concerne la manière dont une procédure au titre de l'Annexe V est engagée. Selon l'Union européenne, il s'agit "purement et simplement d'une question d'interprétation du droit", qui consiste à déterminer si une procédure de collecte de renseignements au titre de l'Annexe V de l'*Accord SMC* est engagée, sur demande, par consensus négatif et/ou automatiquement (comme l'Union européenne le soutient), ou au moyen d'une décision de l'ORD par consensus (comme les États-Unis le soutiennent).[1096]

505. L'Union européenne soutient que, lorsque les termes du traité sont correctement interprétés, conformément à la *Convention de Vienne*, et que tous les éléments d'interprétation pertinents sont pris en compte, il est clair que l'engagement d'une procédure de collecte de renseignements au sens du paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC* n'est pas une décision de l'ORD devant être adoptée par consensus positif, mais une action de l'ORD qui est entreprise par consensus négatif ou automatiquement.[1097] L'Union européenne met l'accent sur le libellé impératif "l'ORD … engagera" figurant à la première phrase du paragraphe 2 de l'Annexe V, ainsi que sur l'importance du renvoi exprès à l'article 7.4 de l'*Accord SMC* figurant dans cette phrase. Ces considérations, ainsi que divers autres éléments du texte, du contexte et de l'objet et du but, n'étayent pas la conclusion que les négociateurs du traité auraient *obligé* l'ORD à agir, tout en donnant parallèlement au Membre défendeur dans un différend les moyens de contrer cette action. En fait, l'engagement d'une procédure de collecte de renseignements est étroitement lié à l'établissement d'un groupe spécial dans le cadre

[1094] Voir *supra*, le paragraphe 488.
[1095] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, note de bas de page 65 relative au paragraphe 52.
[1096] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 9. Dans la note de bas de page 11 relative au paragraphe 9, l'Union européenne précise que lorsqu'elle dit "par consensus négatif", elle veut dire "de fait et/ou sinon, automatiquement".
[1097] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 9, 10 et 43.

d'un différend concernant un préjudice grave, et est subordonné uniquement à la présentation d'une demande par le Membre intéressé.[1098] L'Union européenne ajoute que l'équilibre et l'efficacité généraux de l'*Accord SMC* seraient compromis si la conduite d'une procédure d'établissement des faits au titre de l'Annexe V, spécialement conçue pour les affaires relatives à un préjudice grave, devait être assujettie à un véto d'une partie défenderesse. Elle soutient en outre que son interprétation est confirmée par les travaux préparatoires et/ou les circonstances de la conclusion du traité.

506. En revanche, les États-Unis estiment que tant l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V que la désignation d'un facilitateur nécessitent un consensus positif de l'ORD. Ni l'un ni l'autre ne peuvent avoir lieu sans que l'ORD prenne une "décision", qui est définie comme étant "l'action consistant à parvenir à une détermination ou à une résolution en ce qui concerne un quelconque point ou moyen d'action; une résolution ou conclusion à laquelle on est parvenu".[1099] L'article 2:4 du Mémorandum d'accord et la note de bas de page 3 relative à l'article IX:1 de l'*Accord sur l'OMC* établissent une règle générale prescrivant un consensus positif pour les décisions de l'ORD. Selon les États-Unis, on ne peut pas s'écarter de cette règle générale en l'absence d'élément indiquant expressément, dans le texte même d'une disposition assignant une responsabilité à l'ORD, qu'une règle différente en matière de prise de décisions s'applique.[1100] Ils affirment que puisque le paragraphe 2 de l'Annexe V ne dispose pas expressément le contraire, l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V doit être une décision assujettie à la règle générale du consensus.[1101]

507. Plusieurs des participants tiers expriment aussi leurs points de vue sur cette question. Pour le Brésil, le paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC* établit un processus automatique qui exige que l'ORD engage la procédure chaque fois que demande lui en est faite, et ne permet pas à l'ORD de décider de ne pas le faire, même au moyen d'un consensus négatif. Selon le Brésil, l'ORD n'a aucun choix à faire en ce qui concerne les fonctions qui lui sont assignées et, ainsi, aucune nouvelle décision ou approbation par consensus n'est exigée. En fait, les Membres de l'OMC ont déjà consenti à l'exécution de ces fonctions par l'ORD en acceptant un accord qui assigne une obligation à l'ORD. Le Brésil ajoute qu'interpréter les dispositions pertinentes comme autorisant le Membre qui accorde la subvention à bloquer unilatéralement l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V contredirait

[1098] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 34.
[1099] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 54 (citant *The New Shorter Oxford English Dictionary*, 4th edn, L. Brown (ed.) (Clarendon Press, 1993), Vol. 1, page 608).
[1100] Les États-Unis indiquent que tel est le cas dans les articles 6:1, 16:4, 17:14, 22:6, et 22:7 du Mémorandum d'accord, et dans les dispositions correspondantes de l'*Accord SMC*, qui définissent les circonstances dans lesquelles l'ORD doit agir conformément à une règle de "consensus négatif", à savoir lorsqu'il établit des groupes spéciaux, adopte des rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, et autorise des contre-mesures ou la suspension de concessions. (Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 55)
[1101] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 55.

le texte de ces dispositions et compromettrait la capacité des Membres de déposer des plaintes au titre de l'*Accord SMC*, en particulier dans les cas où une grande partie des éléments de preuve relatifs au subventionnement sont entre les mains du gouvernement du Membre qui accorde la subvention. De l'avis du Canada, le Groupe spécial a eu raison de limiter sa constatation à la question de savoir si la procédure au titre de l'Annexe V avait été engagée et de ne pas formuler de constatation sur la façon dont elle devait être engagée. Le Canada ne pense pas que les procédures de groupe spécial et de l'Organe d'appel soient des cadres appropriés pour discuter de la façon dont l'ORD doit engager une procédure au titre de l'Annexe V. En fait, ces discussions devraient avoir lieu dans le cadre de l'ORD lui-même. La Chine partage l'avis du Groupe spécial selon lequel c'est l'ORD qui doit engager une procédure au titre de l'Annexe V et que cela ne "se produit {pas} automatiquement"[1102] sur demande, en l'absence de toute action de l'ORD. La Corée appuie aussi le point de vue du Groupe spécial selon lequel les dispositions pertinentes de l'Annexe V et du Mémorandum d'accord veulent dire que l'engagement de la procédure au titre de l'Annexe V nécessite une certaine action positive de l'ORD.

508. Avant de passer à la question d'interprétation spécifique soulevée, nous souhaitons identifier brièvement le dispositif plus large dans lequel elle s'inscrit. La Partie III de l'*Accord SMC* définit les circonstances dans lesquelles le recours d'un Membre à des subventions peut donner lieu à une action, y compris lorsque ces subventions causent des effets défavorables sous la forme d'un préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre. L'article 7 énonce les voies de recours qui peuvent être invoquées dans ces circonstances, y compris, au paragraphe 4, le droit d'obtenir l'établissement d'un groupe spécial par l'ORD par consensus négatif dans le cas où les consultations n'aboutissent pas à une solution positive du différend.[1103] L'article 6 de l'*Accord SMC* définit le "préjudice grave" et fait référence, à deux reprises, à l'Annexe V.[1104] L'Annexe V de l'*Accord SMC*, intitulée "Procédures à

[1102] Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphe 4.

[1103] L'article 7.4 de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit:

> Si les consultations n'aboutissent pas à une solution mutuellement convenue dans un délai de 60 jours, tout Membre partie à ces consultations pourra porter la question devant l'ORD en vue de l'établissement d'un groupe spécial, à moins que l'ORD ne décide par consensus de ne pas établir de groupe spécial. La composition et le mandat du groupe spécial seront arrêtés dans un délai de 15 jours à compter de la date à laquelle il aura été établi. (note de bas de page omise)

[1104] Les paragraphes 6 et 8 de l'article 6 de l'*Accord SMC* disposent ce qui suit:

> 6. Chaque Membre sur le marché duquel il est allégué qu'un préjudice grave est apparu mettra à la disposition des parties à un différend survenant dans le cadre de l'article 7, et du groupe spécial établi conformément au paragraphe 4 de l'article 7, sous réserve des dispositions du paragraphe 3 de l'Annexe V, tous renseignements pertinents qui pourront être obtenus en ce qui concerne les modifications des parts du marché détenues par les parties au différend ainsi que les prix des produits en cause.
>
> 8. En l'absence des circonstances visées au paragraphe 7, l'existence d'un préjudice grave devrait être déterminée sur la base des renseignements

suivre pour la collecte de renseignements concernant le préjudice grave", contient neuf paragraphes décrivant la procédure de collecte de renseignements devant être utilisée dans les différends soumis à l'OMC dans lesquels la partie plaignante allègue que le subventionnement d'un autre Membre a causé un préjudice grave à ses intérêts. Les dispositions de l'Annexe V font référence trois fois à l'article 7.4 de l'*Accord SMC*.[1105]

509. L'ensemble de l'Annexe V, ainsi que, entre autres, les articles 6.6, 7.4, 7.5 et 7.6 de l'*Accord SMC*, sont énumérés en tant que règles et procédures spéciales ou additionnelles dans l'Appendice 2 du Mémorandum d'accord. Nous rappelons à cet égard que, conformément à l'article 1:2 du Mémorandum d'accord, tant les dispositions de l'*Accord SMC* que celles du Mémorandum d'accord s'appliquent dans le contexte d'un différend concernant des allégations de subventions pouvant donner lieu à une action qui cause un préjudice grave, si ce n'est que, dans la mesure où il y a un conflit, les dispositions de l'*Accord SMC* indiquées à l'Appendice 2 du Mémorandum d'accord prévalent, y compris sur l'article 2:4 du Mémorandum d'accord.[1106]

510. Revenant à la question spécifique soulevée par l'Union européenne en appel, nous observons que la seule référence directe à l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V se trouve dans le deuxième paragraphe de l'Annexe V. La première phrase de cette disposition emploie le libellé impératif ci-après pour assigner à l'ORD la responsabilité d'engager une procédure de collecte de renseignements:

> communiqués au groupe spécial ou obtenus par celui-ci, y compris les renseignements communiqués conformément aux dispositions de l'Annexe V.

[1105] Le paragraphe 1 de l'Annexe V dispose ce qui suit:

> Tous les Membres coopéreront à la collecte des éléments de preuve qu'un groupe spécial examinera dans le cadre des procédures énoncées aux paragraphes 4 à 6 de l'article 7. Les parties au différend et tout pays tiers Membre concerné informeront l'ORD, dès que les dispositions du paragraphe 4 de l'article 7 auront été invoquées, du nom de l'organisation chargée d'appliquer cette disposition sur son territoire et des procédures à utiliser pour donner suite aux demandes de renseignements.

Outre la référence à l'établissement d'un groupe spécial qui figure dans la première phrase du deuxième paragraphe de l'Annexe V (reproduit *infra*, au paragraphe 510), la première phrase du paragraphe 5 de l'Annexe V dispose que "{l}e processus de collecte de renseignements … sera achevé dans les 60 jours à compter de la date à laquelle la question aura été portée devant l'ORD au titre du paragraphe 4 de l'article 7".

[1106] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Guatemala – Ciment I*, paragraphe 65; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 159. L'article 30 de l'*Accord SMC* renforce cette structure globale en disposant ce qui suit:

> Les dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994, telles qu'elles sont précisées et mises en application par le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, s'appliqueront aux consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord, sauf disposition contraire expresse de ce dernier.

> Dans les cas où des questions seront portées devant l'ORD au titre du paragraphe 4 de l'article 7, l'ORD, si demande lui en est faite, engagera la procédure pour obtenir des pouvoirs publics du Membre qui accorde la subvention les renseignements nécessaires pour établir l'existence et le montant du subventionnement, et la valeur des ventes totales des entreprises subventionnées ainsi que les renseignements nécessaires pour analyser les effets défavorables causés par le produit subventionné.[66]

[66] Dans les cas où l'existence d'un préjudice grave devra être démontrée.

511. L'obligation faite à l'ORD d'engager la procédure au titre du paragraphe 2 de l'Annexe V est expressément soumise à deux conditions. Premièrement, il doit y avoir une demande d'un Membre de l'OMC visant l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V.[1107] Deuxièmement, la question pertinente doit être "portée{} devant l'ORD au titre du paragraphe 4 de l'article 7". L'article 7.4 de l'*Accord SMC* fournit le fondement juridique pour l'établissement d'un groupe spécial par l'ORD dans des différends concernant des allégations formulées au titre de la Partie III de l'*Accord SMC*. En d'autres termes, le texte de la première phrase du paragraphe 2 de l'Annexe V lui-même fait de l'établissement d'un groupe spécial par l'ORD la deuxième condition pour l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V. Par conséquent, nous interprétons la première phrase du paragraphe 2 de l'Annexe V comme signifiant que, lorsqu'une demande de procédure au titre de l'Annexe V est présentée par un Membre et qu'un groupe spécial est établi, l'ORD est tenu de s'acquitter d'une fonction spécifique, à savoir engager cette procédure au titre de l'Annexe V. Cette action administrative claire et spécifique est un événement procédural résultant de la décision de l'ORD d'établir un groupe spécial lorsque l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V a été demandé. C'est pourquoi cette fonction dont l'ORD est tenu de s'acquitter contraste avec d'autres responsabilités assignées à l'ORD qui ont un caractère plus délibératif et qui requièrent que l'ORD discute et fasse un choix entre plusieurs moyens d'action.

512. D'autres dispositions de l'Annexe V renforcent aussi l'importance de l'établissement du groupe spécial pour une procédure au titre de l'Annexe V. Par exemple, le devoir qu'ont les Membres de coopérer à la collecte de renseignements prend effet, en vertu du paragraphe 1 de l'Annexe V, dès qu'un plaignant a invoqué l'article 7.4 et demandé l'établissement d'un groupe spécial. Le délai dans lequel une procédure de collecte de renseignements doit être achevée est, comme il est indiqué au

[1107] Nous notons à cet égard que les Membres plaignants ayant demandé l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V ont toujours inclus cette demande dans leurs demandes d'établissement d'un groupe spécial. Outre la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée en l'espèce, voir les demandes d'établissement d'un groupe spécial présentées dans les affaires *Indonésie – Autos* (WT/DS54/6, plainte des Communautés européennes; WT/DS59/6, plainte des États-Unis); *États-Unis – Coton upland* (WT/DS267/7); *Corée – Navires de commerce* (WT/DS273/2; WT/DS273/3); *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (WT/DS316/2); et *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (WT/DS317/2).

paragraphe 5 de l'Annexe V, fixé par rapport à la date d'établissement du groupe spécial. Ces dispositions aussi confirment le lien entre l'établissement d'un groupe spécial et l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V, mettent en lumière la primauté de l'article 7.4 et laissent entendre que les fonctions obligatoires assignées à l'ORD au titre du paragraphe 2 de l'Annexe V sont exécutoires, en ce sens que l'obligation est à la fois déclenchée et exécutée au moment de l'établissement d'un groupe spécial, à condition qu'une demande d'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V ait été présentée par un Membre.

513. Tant le titre de l'Annexe V ("Procédures à suivre pour la collecte de renseignements concernant le préjudice grave") que l'article 6.6 et 6.8 de l'*Accord SMC* indiquent clairement que l'Annexe V est une procédure à utiliser lorsqu'un plaignant allègue que le subventionnement d'un autre Membre a causé un préjudice grave à ses intérêts commerciaux. Les différends concernant des allégations de préjudice grave sont caractérisés par la nécessité pour un plaignant de produire de nombreux éléments de preuve témoignant des effets des subventions contestées sur le marché, y compris sur des marchés de pays tiers, ainsi que par le fait qu'une grande partie des renseignements relatifs au subventionnement en question seront en la seule possession du gouvernement du Membre défendeur ou ne se trouveront que sur le territoire des marchés de pays tiers sur lesquels les produits subventionnés sont vendus. La reconnaissance des problèmes que ce type de différends présente pour un plaignant est manifeste dans la conception et la structure des articles 6 et 7 de l'*Accord SMC*, ainsi que de l'intégralité de l'Annexe V.

514. L'Annexe V et l'article 6.6 de l'*Accord SMC* exigent de manière évidente et sans ambiguïté la coopération de tous les Membres de l'OMC qui peuvent être impliqués dans un différend relatif à un préjudice grave. Le premier paragraphe de l'Annexe V impose des devoirs de coopération obligatoires aux parties à un tel différend, ainsi qu'à tous les Membres de l'OMC dont les marchés peuvent être pertinents pour les questions faisant l'objet du différend.[1108] L'article 6.6 de l'*Accord SMC* impose également une coopération en ce qui concerne un type de renseignements spécifique en disposant que chaque Membre sur le marché duquel il est allégué qu'un préjudice grave est survenu mettra à la disposition des parties au différend et du groupe spécial "tous renseignements pertinents" relatifs aux prix et aux modifications des parts de marché.

515. Les dispositions de l'Annexe V mettent aussi en évidence l'importance du moment auquel une procédure au titre de l'Annexe V doit être conduite et du délai dans lequel elle doit l'être. Le

[1108] Précisément, "{t}ous les Membres coopéreront à la collecte des éléments de preuve qu'un groupe spécial examinera dans le cadre des procédures énoncées aux paragraphes 4 à 6 de l'article 7". Le paragraphe 1 de l'Annexe V impose aussi à chaque partie au différend et à tout pays tiers Membre concerné l'obligation concrète d'informer l'ORD du nom de l'organisation qui traitera les demandes de renseignements sur son territoire après l'établissement du groupe spécial.

paragraphe 5 dispose que la procédure de collecte de renseignements devrait être achevée dans les 60 jours à compter de la date d'établissement du groupe spécial, et le paragraphe 4 de l'Annexe V fait référence à "la collecte en temps utile des renseignements nécessaires". Le dernier paragraphe fait aussi référence à l'"examen multilatéral *ultérieur* du différend", ce qui montre clairement que la collecte de renseignements est censée être achevée *avant* l'examen du fond de la question par le groupe spécial.[1109]

516. Les modalités du processus de collecte de renseignements, ainsi que la façon dont les résultats du processus seront utilisés dans les travaux du groupe spécial, sont également prévues. Les paragraphes 5 à 9 prescrivent un délai pour l'achèvement de ce processus et abordent le transfert de renseignements au groupe spécial par le représentant de l'ORD, l'utilisation de ces renseignements par le groupe spécial et les mesures à prendre par le groupe spécial et le plaignant en cas de non-coopération du Membre défendeur au processus de collecte de renseignements. L'article 6.8 de l'*Accord SMC* précise que l'existence d'un préjudice grave devrait être déterminée par un groupe spécial sur la base des renseignements qui lui ont été communiqués ou qu'il a obtenus, "y compris les renseignements communiqués conformément aux dispositions de l'Annexe V".

517. De cette façon, l'Annexe V établit un dispositif complet pour la collecte du type de renseignements sur lesquels les parties à un différend relatif à un préjudice grave devront s'appuyer. Ce dispositif vise à favoriser l'échange coopératif de renseignements le plus tôt possible, et à contribuer ainsi au règlement rapide de ces différends particulièrement complexes.[1110] Un élément fondamental de ce dispositif est l'obligation de coopérer que le premier paragraphe de l'Annexe V et l'article 6.6 de l'*Accord SMC* imposent à tous les Membres. Cette obligation est renforcée par les paragraphes 6 à 9 de l'Annexe V, qui informent les parties défenderesses des conséquences potentielles qui pourraient découler de la non-coopération. Les dispositions de l'Annexe V, ainsi que les articles 6.6, 6.8 et 7.4 de l'*Accord SMC*, rendent compte du fait que les Membres reconnaissaient les réalités pratiques des différends relatifs à un préjudice grave et entendaient créer un processus qui

[1109] Pas d'italique dans l'original. Le paragraphe 4 de l'Annexe V dispose ce qui suit:

> L'ORD désignera un représentant chargé de faciliter le processus de collecte de renseignements. Ce représentant aura uniquement pour tâche d'assurer la collecte en temps utile des renseignements nécessaires pour que l'examen multilatéral ultérieur du différend puisse avoir lieu rapidement. En particulier, il pourra suggérer les moyens les plus efficaces de solliciter les renseignements nécessaires et encourager les parties à coopérer.

[1110] Selon nous, la conduite d'une procédure au titre de l'Annexe V non seulement contribue à ce qu'une meilleure décision juridictionnelle soit rendue concernant un différend, mais aussi accroît les chances que le différend soit réglé sans qu'un processus juridictionnel soit engagé, conformément à la préférence des Membres, exprimée à l'article 3:7 du Mémorandum d'accord, pour les solutions convenues d'un commun accord aux différends. Cela tient à ce que l'échange exhaustif et précoce de renseignements permet aux parties de mieux comprendre la complexité du différend et le bien-fondé de leurs allégations et moyens de défense respectifs.

s'insère dans le processus de décision juridictionnelle d'un groupe spécial sur le fond de ces différends, le complète et le précède de beaucoup, sans retarder sensiblement cette décision ou empiéter fortement sur le fond de cette décision.[1111]

518. En imposant l'obligation de coopérer à la collecte de renseignements, ainsi que des sanctions en cas de non-coopération, l'Annexe V vise à faire en sorte qu'une partie plaignante ait accès à des renseignements cruciaux pour ses allégations et que ce Membre ne soit pas handicapé, dans la procédure de groupe spécial ultérieure, en cas de non-coopération d'une partie défenderesse à une procédure au titre de l'Annexe V. Ainsi, le paragraphe 6 permet à une partie plaignante de présenter sa thèse en se fondant sur les éléments de preuve dont elle dispose (ainsi que sur les éléments de preuve se rapportant à la non-coopération à la procédure au titre de l'Annexe V), et permet à un groupe spécial de compléter le dossier en se fondant sur les meilleurs renseignements disponibles par ailleurs. Le paragraphe 7 de l'Annexe V prescrit de manière affirmative au groupe spécial de faire des inférences défavorables à partir des "cas de non-coopération" d'une partie, et le paragraphe 8 indique clairement que le point de savoir si une partie n'a pas coopéré doit être déterminé par le groupe spécial, compte tenu de l'avis du facilitateur "quant au caractère raisonnable des demandes de renseignements et aux efforts déployés par les parties pour y répondre de manière coopérative et en temps utile". Le paragraphe 9 confirme explicitement que le droit d'un groupe spécial de chercher à obtenir les renseignements additionnels n'est pas amoindri par le fait qu'une procédure au titre de l'Annexe V a été conduite, tout en avertissant les groupes spéciaux de ne pas donner à une partie qui a fait preuve d'une "non-coopération déraisonnable" à la procédure au titre de l'Annexe V une nouvelle occasion de produire des renseignements favorables à sa position lorsque ces renseignements n'ont pas été fournis dans le cadre de la procédure au titre de l'Annexe V.

519. En même temps, l'Annexe V limite la possibilité pour un plaignant d'utiliser de manière abusive une procédure de collecte de renseignements ou de la transformer en une recherche aléatoire illimitée et indûment contraignante. Plusieurs aspects de la structure de la procédure au titre de l'Annexe V indiquent qu'une partie plaignante est tenue de faire preuve de discipline et de bien cibler les renseignements qu'elle demande. En particulier: i) le processus doit être achevé dans un délai maximum de 60 jours (paragraphe 5); ii) les renseignements à demander au Membre qui accorde la subvention ne sont pas *n'importe quel* renseignement, mais plutôt "les renseignements *nécessaires* pour établir l'existence et le montant du subventionnement, et la valeur des ventes totales des

[1111] Le paragraphe 9 de l'Annexe V indique clairement que l'achèvement d'une procédure au titre de l'Annexe V ne limite pas le pouvoir d'un groupe spécial en matière d'établissement des faits dans la procédure de groupe spécial connexe et qu'un groupe spécial peut continuer de demander des renseignements "qui n'auront pas été demandés ou collectés de manière adéquate au cours de ce processus" lorsqu'il juge ces renseignements "essentiels pour arriver à régler convenablement le différend".

entreprises subventionnées ainsi que les renseignements nécessaires pour analyser les effets défavorables causés par le produit subventionné" (paragraphe 2)[1112]; et iii) la référence au paragraphe 8 de l'Annexe V à l'avis du facilitateur quant au "caractère raisonnable des demandes de renseignements" donne à penser que les demandes de renseignements présentées par une partie dans le cadre d'une procédure au titre de l'Annexe V doivent être raisonnables. De plus, la note de bas de page 67 relative au paragraphe 2 de l'Annexe V dispose que le processus "tiendra compte de la nécessité de protéger les renseignements qui sont par nature confidentiels ou qui seront fournis à titre confidentiel par tout Membre participant à ce processus".[1113] Enfin, l'Annexe V ne libère pas une partie plaignante de la charge de la preuve qui lui incombe. Qu'une procédure au titre de l'Annexe V ait eu lieu ou non, chaque Membre plaignant doit indiquer des éléments de preuve spécifiques et présenter des arguments juridiques suffisants pour démontrer l'incompatibilité alléguée d'une mesure avec une obligation pertinente.[1114] En fait, l'Annexe V vise à faire en sorte qu'un Membre ne soit pas empêché d'accéder aux renseignements qu'il juge nécessaires pour l'établissement de ses éléments *prima facie*.

520. Il nous semble que, globalement, la structure du mécanisme de collecte de renseignements présenté à l'Annexe V et à l'article 6.6 et 6.8 de l'*Accord SMC* renforce le rôle essentiel que la procédure de collecte de renseignements joue dans le contexte d'un différend concernant une allégation de préjudice grave. Une interprétation du paragraphe 2 de l'Annexe V qui permettrait à un Membre défendeur de compromettre ce rôle en empêchant l'ORD d'engager cette procédure serait contraire à l'intention manifeste des Membres de l'OMC de favoriser la collecte précoce et ciblée de

---

[1112] Pas d'italique dans l'original.

[1113] L'Annexe V impose aussi des limites quant aux renseignements qui doivent être fournis par les pays tiers Membres. Par exemple, les renseignements devant être fournis sont les renseignements "qui, autrement, ne pourraient pas raisonnablement être obtenus du Membre plaignant ou du Membre qui accorde la subvention", et la procédure devrait être "administrée de manière à ne pas imposer un fardeau déraisonnable au pays tiers Membre" (paragraphe 3). Le paragraphe 5 de l'Annexe V présente aussi une liste exemplative du type de renseignements qui doivent être recueillis au cours de la procédure et transmis au groupe spécial (voir, en particulier, les troisième et quatrième phrases).

[1114] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 19. Comme l'Organe d'appel l'a dit dans l'affaire *États-Unis – Jeux*:

> Une partie plaignante ne peut pas tout simplement présenter des éléments de preuve et escompter que le groupe spécial devine, au regard de ces éléments, une allégation d'incompatibilité avec les règles de l'OMC. Une partie plaignante ne peut pas non plus simplement alléguer des faits sans les rapporter à ses arguments juridiques.

(Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 140 (note de bas de page omise)) Il en est de même en ce qui concerne les renseignements et éléments de preuve qui figurent au dossier du groupe spécial parce qu'ils ont été transmis par un facilitateur après une procédure au titre de l'Annexe V. Il incombe aux parties, et non au groupe spécial, de démontrer le bien-fondé de leurs allégations et la validité de leurs moyens de défense respectifs, y compris en utilisant, selon qu'elles le jugent approprié, les renseignements recueillis dans le cadre d'une procédure au titre de l'Annexe V. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphe 129; le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 193; et le rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.516.

renseignements pertinents pour la présentation ultérieure par les parties de leur thèse au groupe spécial, ainsi qu'au devoir de coopération auquel ce Membre défendeur est assujetti.

521. Nous notons que le rôle de l'ORD s'agissant des procédures au titre de l'Annexe V est exposé non seulement au paragraphe 2 mais aussi au paragraphe 4 de l'Annexe V. Le paragraphe 4 prescrit à l'ORD de désigner un représentant (communément dénommé "facilitateur") dans le cadre du processus de collecte de renseignements.[1115] Les États-Unis s'appuient sur cette disposition pour étayer leur position selon laquelle l'engagement par l'ORD d'une procédure au titre de l'Annexe V se fait par consensus positif. Pour les États-Unis, la similitude dans les libellés utilisés dans ces deux dispositions montre que l'ORD doit entreprendre les deux actions de la même façon, et que cela ne peut être que par consensus. Ils font valoir que, lorsque ces deux dispositions sont examinées conjointement avec la structure globale de l'Annexe V, il est clair que l'interprétation donnée par l'Union européenne du paragraphe 2 de l'Annexe V serait "inapplicable".[1116] Nous ne sommes pas persuadés qu'il en soit ainsi. Il est vrai que le libellé du paragraphe 2 de l'Annexe V ("l'ORD, si demande lui en est faite, engagera la procédure") est semblable à celui du paragraphe 4 ("{l}'ORD désignera un représentant") en ce sens que les deux imposent des obligations impératives à l'ORD. Néanmoins, il ne nous est pas demandé, et nous n'avons pas besoin, dans le présent différend, de nous prononcer sur la procédure que l'ORD doit suivre pour désigner un facilitateur au titre de l'Annexe V. L'ORD est l'organe responsable de l'administration des règles et procédures relatives au règlement des différends, et le Président de l'ORD fait office de représentant de l'ORD au sein de l'OMC. Il nous semble que c'est au Président, en tant que représentant de l'ORD, qu'il incombe en principe de s'acquitter de la fonction de facilitation d'une procédure au titre de l'Annexe V jusqu'à ce que cette fonction soit déléguée au moyen de la désignation par l'ORD d'une autre personne en tant que facilitateur conformément au paragraphe 4 de l'Annexe V.

522. Un contexte pertinent additionnel, à notre avis, figure à l'article 1:2 du Mémorandum d'accord, qui traite des règles spéciales ou additionnelles relatives au règlement des différends énoncées dans d'autres accords (y compris l'Annexe V et l'article 7.4 de l'*Accord SMC*). La dernière phrase de l'article 1:2 dispose qu'en cas de conflit entre le Mémorandum d'accord et les règles et procédures spéciales ou additionnelles énumérées à l'Appendice 2 du Mémorandum d'accord:

> {l}e Président se fondera sur le principe selon lequel les règles et procédures spéciales ou additionnelles *devraient être utilisées dans les cas où cela est possible*, et les règles et procédures énoncées dans le présent mémorandum d'accord devraient être utilisées dans la

[1115] Le paragraphe 4 de l'Annexe V est reproduit *supra*, à la note de bas de page 1109.
[1116] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 59.

> mesure nécessaire pour éviter un conflit. (pas d'italique dans l'original)

Cette disposition exprime la préférence des Membres pour l'utilisation des règles et procédures spéciales ou additionnelles. Cette préférence est logique étant donné que les règles spéciales ou additionnelles énumérées à l'Appendice 2 ont été élaborées par les négociateurs de chaque accord individuel compte tenu des caractéristiques particulières des différends qui pourraient relever de cet accord et, s'agissant de l'*Accord SMC*, de chaque partie de cet accord.

523. En revanche, si une règle du consensus positif devait s'appliquer à l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V, comme le soutiennent les États-Unis, cela signifierait qu'une procédure au titre de l'Annexe V ne pourrait pas être engagée dès lors qu'un seul Membre de l'OMC soulèverait une objection formelle. Cela permettrait à des Membres individuels d'empêcher l'utilisation de ce mécanisme détaillé et soigneusement conçu pour la collecte des renseignements nécessaires, alors même que l'engagement par l'ORD de ces procédures de collecte de renseignements et le devoir qu'ont les Membres d'y coopérer sont tous deux présentés comme étant impératifs. De plus, si l'engagement nécessitait un consensus positif, il pourrait en résulter deux conséquences, pour lesquelles il n'y aurait peut-être pas de mesure corrective dans le cadre de la procédure du groupe spécial. Premièrement, les parties au différend pourraient se voir refuser l'accès à des renseignements cruciaux émanant de pays tiers Membres si ces Membres choisissaient de ne pas devenir tierces parties au différend. Deuxièmement, si l'objection à l'engagement de la procédure au titre de l'Annexe V émanait d'un Membre de l'OMC autre que la partie défenderesse ou un pays tiers Membre concerné, il n'y aurait peut-être pas de base qui permettrait au Groupe spécial, conformément aux paragraphes 6 et 7 de l'Annexe V, d'autoriser le plaignant à se fonder sur les meilleurs éléments de preuve disponibles et/ou de faire des inférences défavorables sur la base de la conduite du défendeur.[1117]

524. Nous sommes d'avis que, prises ensemble, les considérations susmentionnées indiquent clairement que la première phrase du paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC* doit être interprété comme exigeant que l'ORD entreprenne une action, et que cette action a lieu automatiquement lorsqu'il y a une demande d'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V et que l'ORD établit un groupe spécial.[1118] Cette disposition n'est pas en conflit avec l'article 2:4 du Mémorandum

[1117] Bien sûr, indépendamment du point de savoir si une procédure au titre de l'Annexe V a été engagée ou conduite, un groupe spécial aurait toujours le pouvoir, durant ses travaux, de demander des renseignements additionnels conformément à l'article 13 du Mémorandum d'accord, et de faire des inférences défavorables à partir du fait qu'une partie n'a pas produit les renseignements demandés.

[1118] Un Membre de la Section souhaite restreindre cette interprétation du paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*. De l'avis de ce Membre, pour engager une procédure au titre de l'Annexe V, un acte de l'ORD

d'accord; en fait, elle établit les conditions qui, lorsqu'elles sont remplies, aboutissent nécessairement à l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V par l'ORD.

i) *Considérations additionnelles conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne*

525. L'Union européenne s'appuie aussi sur l'historique de la négociation de l'*Accord SMC* en tant qu'élément additionnel confirmant sa compréhension de la procédure au titre de l'Annexe V, ainsi que sur le contexte pertinent fourni ailleurs dans l'*Accord SMC*. Elle souligne que l'Annexe V tire son origine d'une proposition présentée par les États-Unis et affirme qu'il était "clair", depuis la première fois que cette proposition avait été incorporée dans le projet de texte de l'Accord, que "la procédure au titre de l'Annexe V était liée à la demande d'établissement d'un groupe spécial, en ce sens que les mêmes procédures s'appliqueraient", et que "lorsque la référence au consensus négatif a été ajoutée ultérieurement à l'article 7.4 de l'*Accord SMC*, il était bien entendu que la procédure au titre de l'Annexe V liée suivrait la même procédure".[1119]

526. Nous rappelons que, conformément à l'article 32 de la *Convention de Vienne*, les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles un traité a été conclu sont pertinents pour confirmer l'interprétation résultant de l'application de l'article 31. À notre avis, bien que l'historique de la négociation de l'*Accord SMC* donne peu d'indications concrètes sur la façon dont les Membres entendaient que la procédure au titre de l'Annexe V soit engagée, il confirme bien notre compréhension des raisons pour lesquelles les Membres estimaient qu'une telle procédure constituait un élément clé des différends relatifs à un préjudice grave.

527. Les deux premiers projets d'*Accord SMC* présentés par le Président ne contenaient aucun texte précurseur de l'Annexe V. Le 5 octobre 1990, les États-Unis ont présenté une "Proposition visant à améliorer les procédures permettant de traiter les effets défavorables sur le marché intérieur du pays qui accorde la subvention et sur les marchés de pays tiers."[1120] Cette proposition faisait référence à une disposition du projet de texte existant qui imposait à tous les Membres sur le marché desquels il était allégué que des effets défavorables étaient apparus l'obligation de fournir "tous renseignements pertinents qui pourr{aient} être obtenus en ce qui concerne les modifications des parts du marché détenues par les parties au différend ainsi que les prix des produits en cause"[1121] et exprimait des

---

est requis. L'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V par l'ORD de la manière décrite plus haut ne peut avoir lieu que lorsque la demande de procédure au titre de l'Annexe V du Membre plaignant fait partie intégrante de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par ce Membre.

[1119] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 45.

[1120] MTN.GNG/NG10/W/40.

[1121] MTN.GNG/NG10/W/38/Rev.1. Cette disposition est finalement devenue, avec quelques modifications, l'actuel article 6.6 de l'*Accord SMC*.

inquiétudes au sujet de l'absence "de mécanisme permettant de recueillir des renseignements, {ou} de moyen de s'assurer la coopération de la partie qui {était} en possession des renseignements nécessaires pour démontrer l'existence d'effets défavorables".[1122] Les États-Unis ont attiré l'attention sur les difficultés que rencontrait un plaignant qui essayait de préparer des arguments valables étant donné qu'il était tributaire de la coopération du pays qui accordait la subvention ou des pays tiers, et ont souligné que la "préparation d'arguments valables {était} un problème particulièrement difficile lorsque des pays tiers {étaient} concernés, car la partie recourante n'{avait} pas nécessairement accès aux renseignements nécessaires pour démontrer les effets défavorables causés par les produits subventionnés".[1123] Ils ont expliqué qu'ils proposaient une procédure de collecte de renseignements "afin d'améliorer les règles et procédures multilatérales permettant de démontrer l'existence d'effets défavorables, qui dev{aient} s'exercer pour qu'il y ait préjudice sérieux, et en vue d'accroître la crédibilité des mesures correctives dans ce domaine", et ont ajouté que leur proposition "devr{ait} en particulier renforcer la capacité des pays les moins dotés en ressources nationales à établir un dossier pour le règlement multilatéral du différend".[1124] Le projet de texte suivant distribué par le Président, le 2 novembre 1990, contenait plusieurs modifications qui étaient visiblement fondées sur la proposition des États-Unis, y compris une première version de l'Annexe V.[1125]

528. En ce qui concerne les voies de recours relatives aux subventions pouvant donner lieu à une action, tous les projets de texte distribués par le Président contenaient les mêmes dispositions – à savoir l'article 7.4 et 7.5.[1126] Ces dispositions étaient les versions antérieures des dispositions de l'*Accord SMC* portant le même numéro, mais étaient différentes de celles-ci à deux égards importants. Premièrement, l'article 7.4 et 7.5 des projets de texte prévoyait que la question soit portée devant, et examinée par, le Comité des subventions et des mesures compensatoires (le "Comité des subventions"), et non l'ORD. Deuxièmement, l'article 7.4 et 7.5 des projets de texte ne mentionnait pas l'établissement ou la composition d'un groupe spécial ni l'établissement de son mandat et, en particulier, ne mentionnait pas l'établissement d'un groupe spécial par consensus négatif.

[1122] MTN.GNG/NG10/W/40, page 2.
[1123] MTN.GNG/NG10/W/40, page 3.
[1124] MTN.GNG/NG10/W/40, pages 3 et 4.
[1125] MTN.GNG/NG10/W/38/Rev.2. La disposition qui deviendrait finalement l'article 6.8 de l'*Accord SMC* a aussi été ajoutée pour la première fois à ce projet de texte.
[1126] Les quatre projets de texte du Président contenaient les dispositions suivantes:

> 7.4 Si aucune solution mutuellement acceptable n'est intervenue dans les 60 jours à compter de la demande de consultations, tout signataire partie à ces consultations pourra porter la question devant le Comité.
> 7.5 Le Comité, si demande lui en est faite, examinera la question dont il est saisi et présentera ses conclusions dans les 120 jours.

(MTN.GNG/NG10/W/38, et Rev.1, Rev.2 et Rev.3)

529. Les négociations sur le règlement des différends ont été menées en même temps que les négociations sur les subventions et les droits compensateurs, mais par un groupe de négociation distinct. Dans son projet de texte du 21 septembre 1990, le Président du Groupe de négociation sur le règlement des différends a incorporé une approche fondée sur le "consensus négatif" dans deux des quatre options possibles en matière de prise de décisions pour l'adoption des rapports de groupes spéciaux.[1127] Le projet de texte révisé du Président daté du 19 octobre 1990 contenait encore des options, mais se rapprochait davantage de l'adoption d'une règle du consensus négatif[1128], et introduisait aussi les mêmes options pour d'autres aspects de la procédure des groupes spéciaux, comme l'établissement des groupes spéciaux. Par la suite, la règle du consensus négatif pour l'établissement des groupes spéciaux, l'adoption des rapports de groupe spécial/de l'Organe d'appel et l'autorisation de suspendre des concessions a fait partie de l'accord sur le règlement des différends inclus dans le "Projet d'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round" à la Conférence ministérielle de Bruxelles en 1990.[1129]

530. Ainsi, l'historique de la négociation de l'*Accord SMC* révèle qu'au moment où l'Annexe V a été introduite dans le texte de ce qui deviendrait l'*Accord SMC*, le projet de texte prévoyait que c'était au Comité des subventions qu'il incomberait à la fois de rendre des décisions sur les allégations de préjudice grave et d'engager une procédure au titre de l'Annexe V. Aucune disposition expresse n'a été incluse sur la façon dont cet engagement devait avoir lieu. À ce moment-là, les négociations parallèles sur le règlement des différends progressaient vers l'acceptation de la règle du consensus négatif pour l'établissement des groupes spéciaux, l'adoption des rapports et l'autorisation de suspendre des concessions. Le projet d'*Accord SMC* a été modifié par la suite dans le cadre du processus d'harmonisation de tous les accords du Cycle d'Uruguay qui visait à les aligner sur l'engagement unique et le système unifié de règlement des différends, et la référence expresse à l'établissement d'un groupe spécial par consensus négatif a été ajoutée à l'article 7.4.

ii) *Résumé des considérations concernant l'interprétation*

531. Nous avons examiné le sens de l'obligation que le paragraphe 2 de l'Annexe V impose à l'ORD, à savoir que "l'ORD, si demande lui en est faite, engagera" une procédure de collecte de renseignements dans le cadre des différends concernant des allégations de préjudice grave. Pour les raisons exposées plus haut, nous en sommes arrivés à estimer que le texte et le contexte du paragraphe 2 de l'Annexe V, ainsi que l'objet et le but du système de règlement des différends à

[1127] Projet de texte sur le règlement des différends, 21 septembre 1990, MTN.GNG/NG13/W/45, page 2.
[1128] Texte du Président sur le règlement des différends, 19 octobre 1990, page 9.
[1129] MTN.TNC/W/35/Rev.1/3.

l'OMC tels qu'ils sont exposés dans le Mémorandum d'accord et l'*Accord SMC*, étayent une interprétation de cette disposition selon laquelle elle impose à l'ORD l'obligation d'engager une procédure au titre de l'Annexe V sur demande, et que cette action de l'ORD a lieu automatiquement lorsqu'il y a une demande d'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V et que l'ORD établit un groupe spécial.[1130]

532. La première phrase du paragraphe 2 de l'Annexe V, ainsi que d'autres dispositions de l'Annexe V, fait directement référence à l'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 7.4 de l'*Accord SMC*. Pour autant qu'une demande d'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V ait été présentée, l'engagement de cette procédure par l'ORD est un événement procédural résultant de l'établissement d'un groupe spécial dans les affaires relatives à un préjudice grave. La fonction assignée à l'ORD par le paragraphe 2 de l'Annexe V est de nature exécutoire et est automatiquement exécutée par l'ORD une fois que les deux conditions préalables spécifiées sont remplies. Cette interprétation du paragraphe 2 de l'Annexe V est aussi étayée par la structure du mécanisme de collecte de renseignements prévu à l'Annexe V et à l'article 6.6 et 6.8 de l'*Accord SMC*, et par la préférence des Membres, exprimée à l'article 1:2 du Mémorandum d'accord, pour l'utilisation des règles spéciales ou additionnelles relatives au règlement des différends figurant dans l'*Accord SMC* et énumérées à l'Appendice 2 du Mémorandum d'accord.

533. En revanche, une interprétation du paragraphe 2 de l'Annexe V qui permettrait à un seul Membre de l'OMC de compromettre le rôle important joué par une procédure de collecte de renseignements dans les différends relatifs à un préjudice grave en empêchant l'ORD d'engager cette procédure serait contraire à l'intention claire des Membres de l'OMC de favoriser la collecte précoce et ciblée de renseignements pertinents pour la présentation ultérieure par les parties de leur argumentation au groupe spécial, et à l'obligation de coopérer à la collecte de renseignements dans les différends relatifs à un préjudice grave qui est imposée à tous les Membres par le paragraphe 1 de l'Annexe V et l'article 6.6 de l'*Accord SMC*. Une telle interprétation nuirait aussi à la collecte des renseignements auprès de pays tiers Membres de l'OMC et retarderait jusqu'à l'étape de la procédure du groupe spécial la collecte des renseignements nécessaires. L'engagement et la conduite des procédures au titre de l'Annexe V ont des conséquences importantes sur la capacité des parties au différend de présenter leur thèse et sur celle des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de remplir leurs rôles respectifs dans des différends complexes relatifs à un préjudice grave qui relèvent de

[1130] Un Membre de la Section souhaite restreindre cette interprétation du paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*. De l'avis de ce Membre, pour engager une procédure au titre de l'Annexe V, un acte de l'ORD est requis. L'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V par l'ORD de la manière décrite plus haut ne peut avoir lieu que lorsque la demande de procédure au titre de l'Annexe V du Membre plaignant fait partie intégrante de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par ce Membre.

l'*Accord SMC*. Les procédures au titre de l'Annexe V sont essentielles pour donner aux parties un accès précoce à des renseignements cruciaux, qui pourront ensuite servir de base sur laquelle ces parties s'appuieront pour élaborer leurs arguments et tenter de s'acquitter de la charge de la preuve qui leur incombe. De plus, l'engagement et la conduite de ces procédures sont essentiels à la capacité des groupes spéciaux d'établir des constatations de fait ayant une base d'éléments de preuve suffisante ou de faire des inférences défavorables à partir des cas de non-coopération.

b) Autres demandes de l'Union européenne visant à ce que l'analyse soit complétée

534. Nous passons maintenant aux trois autres demandes de l'Union européenne visant à ce que l'analyse soit complétée, c'est-à-dire à ce que nous constations i) qu'en droit, toutes les conditions de l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V étaient remplies en l'espèce et que cette procédure a été engagée et/ou est réputée avoir été engagée et/ou aurait dû être engagée; ii) qu'en refusant de coopérer au processus de collecte de renseignements, les États-Unis ne se sont pas acquittés de leurs obligations au titre de la première phrase du paragraphe 1 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*; et iii) que les Communautés européennes étaient en droit de présenter leur thèse de l'existence d'un préjudice grave en se fondant sur les éléments de preuve dont elles disposaient, que le Groupe spécial était en droit de compléter le dossier selon qu'il était nécessaire en se fondant sur les meilleurs renseignements disponibles par ailleurs, et que le Groupe spécial était en droit de faire des inférences défavorables.

535. En ce qui concerne la première de ces demandes de l'Union européenne, nous rappelons que, dans l'interprétation du paragraphe 2 de l'Annexe V que nous avons donnée plus haut, nous avons identifié les deux conditions devant être remplies afin que l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V soit déclenchée, à savoir une demande d'engagement d'une procédure par un Membre et l'établissement d'un groupe spécial par l'ORD. En l'espèce, le Groupe spécial a formulé une constatation explicite selon laquelle aucune procédure au titre de l'Annexe V n'avait été engagée par l'ORD.[1131] Même si cette constatation reposait sur une interprétation erronée et incomplète du paragraphe 2 de l'Annexe V, il n'est pas contesté qu'aucune procédure au titre de l'Annexe V n'a été menée suite aux demandes formulées par les Communautés européennes en 2007 et à l'établissement du Groupe spécial la même année. Plus de cinq ans plus tard, nous ne voyons pas comment les constatations que l'Union européenne nous demande d'établir, en appel, contribueraient à régler le différend à ce stade. En conséquence, il n'est pas nécessaire que nous rendions une décision sur la

[1131] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.20.

question de savoir si les conditions de l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V étaient remplies.

536. Passant aux autres demandes de l'Union européenne, nous estimons qu'elles soulèvent un certain nombre de questions connexes qui découlent des circonstances *sui generis* du présent différend et qui, en grande partie, n'ont pas été étudiées par les participants. Pour expliquer pourquoi il en est ainsi, il faut donner un bref aperçu de l'historique de la procédure du présent différend ainsi que de l'affaire qui porte la cote DS317.

537. Le présent différend, qui porte la cote DS353, est, du moins dans une certaine mesure, le rejeton d'un différend antérieur qui portait la cote DS317: *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs*.[1132] En 2005, une procédure au titre de l'Annexe V a été engagée et achevée dans le cadre de cette procédure DS317[1133], mais, aussi bien au moment de l'établissement de ce groupe spécial que tout au long de la procédure au titre de l'Annexe V, les États-Unis ont défendu la position selon laquelle la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes incluait à tort 13 mesures qui n'avaient pas été incluses dans leur demande de consultations initiale. Pour cette raison, au cours de la procédure au titre de l'Annexe V, les États-Unis ont refusé de répondre aux questions concernant ces 13 mesures. Il n'est néanmoins pas contesté que les États-Unis ont bien répondu à d'autres questions, et qu'un dossier volumineux a été transmis par le facilitateur au groupe spécial saisi de l'affaire DS317. Cependant, en raison de l'incapacité des participants de s'entendre sur les modalités de transfert de ce dossier[1134], les renseignements recueillis dans le cadre

[1132] Voir le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2 relative au paragraphe 1.1.

[1133] Des procédures au titre de l'Annexe V simultanées ont été engagées par l'ORD et conduites par le même facilitateur pour l'affaire DS317 et pour l'affaire DS316 (*CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*).

[1134] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.19 et 7.23. Nous notons que, le 14 janvier 2007, à la demande du Groupe spécial, les États-Unis ont présenté par écrit une proposition visant à ce que soit mise à la disposition du Groupe spécial la documentation présentée au cours de la procédure au titre de l'Annexe V menée dans l'affaire DS317, au moyen d'une décision de l'ORD demandant au facilitateur de transmettre la documentation au Groupe spécial. Lorsqu'elles ont répondu à cette proposition, dans une lettre datée du 17 janvier 2007, les Communautés européennes ont soutenu qu'elle n'apportait "qu'une solution partielle à leur demande", étant donné le refus des États-Unis de répondre à certaines questions dans le cadre de cette procédure ainsi que le fait que "les renseignements produits dans l'affaire DS317 {étaient} devenus, dans une large mesure, périmés en raison du temps écoulé". Les Communautés européennes ont ajouté qu'elles ne voyaient "pas la nécessité juridique ou pratique de subordonner le transfert des documents à une décision de l'ORD" puisque les parties "n'{avaient} pas besoin de l'autorisation de l'ORD afin que leurs propres documents et communications puissent être adressés au Groupe spécial en l'espèce". Dans une lettre ultérieure, datée du 7 février 2007, les Communautés européennes ont dit qu'"elles accept{aient} la proposition des États-Unis à titre de solution partielle à leur demande de décision préliminaire", mais ont ajouté qu'elles n'étaient parvenues à aucun accord avec les États-Unis sur la mise en œuvre de la proposition. Elles ont redit qu'une décision de l'ORD n'était pas nécessaire sur le plan juridique ou pratique, en particulier parce qu'elles ne cherchaient pas à utiliser les renseignements présentés au facilitateur par des pays tiers Membres de l'OMC. Les États-Unis ont répondu aux Communautés européennes dans une lettre ultérieure au Groupe spécial, datée du 20 février 2007, dans laquelle ils ont qualifié l'"autre proposition" des Communautés européennes de proposition "concernant un processus

de la procédure au titre de l'Annexe V relative à l'affaire DS317 ne font pas partie du dossier du présent différend, et nous n'avons aucune façon de savoir ce qu'ils contiennent.

538. Compte tenu de la position adoptée par les États-Unis dans le cadre de la procédure au titre de l'Annexe V menée dans l'affaire DS317, les Communautés européennes ont présenté une deuxième demande de consultations étendue juste avant l'établissement du groupe spécial[1135], ainsi qu'une deuxième demande d'établissement d'un groupe spécial étendue dans l'affaire DS317 juste au moment où la procédure au titre de l'Annexe V touchait à sa fin.[1136] Un deuxième groupe spécial a été établi par l'ORD peu de temps après, le 17 février 2006.[1137] À ce moment-là, le différend portait encore la cote DS317. La deuxième demande d'établissement d'un groupe spécial des Communautés européennes contenait une demande visant à ce que l'ORD engage une procédure au titre de l'Annexe V, et les Communautés européennes ont demandé l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V lors de la réunion de l'ORD à laquelle le deuxième groupe spécial a été établi, ainsi que lors de quatre réunions ultérieures de l'ORD tenues au printemps 2006.[1138] Les États-Unis se sont chaque fois opposés à l'engagement de cette procédure. Les principales raisons qu'ils ont données pour justifier leur incapacité à consentir à une procédure au titre de l'Annexe V étaient: qu'une procédure au titre de l'Annexe V avait déjà été menée dans l'affaire DS317; qu'ils avaient amplement coopéré à cette première procédure au titre de l'Annexe V; et que les Communautés européennes cherchaient unilatéralement à rouvrir cette lourde procédure ou à obtenir une deuxième procédure parce qu'elles étaient insatisfaites des résultats.[1139] Les États-Unis ont en outre estimé que, même si l'*Accord SMC* et le Mémorandum d'accord n'exigeaient pas un accord de procédure entre les parties pour l'engagement pour la première fois de procédures au titre de l'Annexe V, un tel accord était nécessaire "lorsque la demande de procédure prévue à l'Annexe V concernait des mesures ayant déjà

---

déséquilibré qui priverait le Groupe spécial de l'accès à des renseignements émanant de pays tiers Membres ou au travail du facilitateur" et ont résumé les avantages de leur propre proposition. Ils ont ajouté que "la proposition des CE consist{ait} à accorder aux CE un nouveau processus au titre de l'Annexe V injustifié" et que, puisque "les CE avaient fait cette demande avant même de présenter le moindre argument ou élément de preuve, elles ne pouvaient pas avoir établi des éléments *prima facie*. Par conséquent, il était difficile de concevoir que la proposition des CE soit autre chose qu'une tentative visant à amener le Groupe spécial à plaider sa cause à sa place".

[1135] Distribuée initialement dans le document WT/DS317/1/Add.1, et modifiée par le document WT/DS353/1, WT/DS317/1/Add.2. Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.1 et note de bas de page 2 y relative, et Annexe A.

[1136] Distribuée initialement dans le document WT/DS317/5, modifiée par le document WT/DS353/2, WT/DS317/5/Add.1, et corrigée par le document WT/DS353/2/Corr.1, WT/DS317/5/Add.1/Corr.1. Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.2 et note de bas de page 3 y relative, et Annexe B (demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes).

[1137] WT/DSB/M/205, paragraphe 73.

[1138] WT/DSB/M/205, paragraphes 69 et 72; WT/DSB/M/206, paragraphes 11 à 13, 19 et 20; WT/DSB/M/207, paragraphes 92 et 93; WT/DSB/M/210, paragraphes 99 à 101; WT/DSB/M/212, paragraphes 64 à 67.

[1139] Voir, par exemple, WT/DSB/M/206, paragraphes 14 à 18; et WT/DSB/M/207, paragraphes 94 à 97.

fait l'objet d'un processus au titre de l'Annexe V qui était achevé", et qu'une partie défenderesse ne pouvait pas "faire l'objet d'un cycle infini de lourds processus au titre de l'Annexe V" simplement parce qu'un plaignant avait ajouté "de nouvelles mesures à une demande d'établissement d'un groupe spécial".[1140] Bien que les Communautés européennes aient fait valoir que l'engagement de cette procédure devrait avoir lieu par consensus négatif, il apparaît que ce point de vue n'était pas partagé par le Président de l'ORD à ce moment-là. Par conséquent, lors des quatre premières réunions durant lesquelles il a examiné la demande des Communautés européennes, l'ORD a "pris note" des déclarations, mais n'a pris aucune décision.[1141] À la réunion de l'ORD du 17 mai 2006, le Président a proposé, et l'ORD est convenu, de prendre note des déclarations faites et de suspendre l'examen de ce point en attendant des consultations sur un moyen de progresser.[1142]

539. Lors de toutes les réunions de l'ORD auxquelles les Communautés européennes ont demandé l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V, la demande concernait le différend portant la cote DS317. Ce n'est qu'ultérieurement – et rétroactivement – que la cote DS353 a été attribuée à ce différend et les mots "Deuxième plainte" ont été ajoutés à l'intitulé de l'affaire DS353.[1143] Le 4 décembre 2006, la cote DS353 a été ajoutée à la deuxième demande de consultations et à la deuxième demande d'établissement d'un groupe spécial précédemment distribuées, initialement dans des documents portant uniquement la cote DS317.[1144] Il n'y a pas d'explication dans le dossier quant à la raison pour laquelle cela s'est produit, et les participants n'ont pas été en mesure de nous en donner une à l'audience.

540. Compte tenu de cet historique de la procédure, il nous semble que toute évaluation des allégations de l'Union européenne selon lesquelles les États-Unis ne se sont pas acquittés de leurs

[1140] Voir le document WT/DSB/M/206, paragraphes 15 et 18.

[1141] WT/DSB/M/205, paragraphes 75 et 76; WT/DSB/M/206, paragraphe 26; WT/DSB/M/207, paragraphe 101; WT/DSB/M/210, paragraphe 104.

[1142] WT/DSB/M/212, paragraphes 70 et 71. Le compte rendu de cette réunion indique que, le 23 mai 2006, le Président a envoyé aux délégations un fax les informant que, "suite à des consultations entre les parties au différend, un accord avait été réalisé aux termes duquel il n'était pas nécessaire de revenir sur cette question et l'examen de ce point de l'ordre du jour n'avait pas à être suspendu". (*Ibid*, note de bas de page 2 relative au paragraphe 70) Le même jour, les Communautés européennes ont envoyé une lettre au facilitateur désigné dans les procédures au titre de l'Annexe V achevées dans les affaires DS316 et DS317 et lui ont demandé de poser 343 questions aux États-Unis. (Lettre des Communautés européennes à M. Mateo Diego-Fernández, datée du 23 mai 2006, contenant en annexe des questions adressées aux États-Unis (pièce EC-1 présentée au Groupe spécial)) Par une lettre datée du 6 juin 2006, M. Diego-Fernández a refusé d'agir en tant que représentant de l'ORD aux fins de l'Annexe V, ou de poser ces questions aux États-Unis, notant qu'il n'y avait pas eu de consensus de l'ORD en vue de l'engagement d'une nouvelle procédure au titre de l'Annexe V. (Lettre de M. Mateo Diego-Fernández aux Communautés européennes, datée du 6 juin 2006 (pièce EC-2 présentée au Groupe spécial))

[1143] Voir le document WT/DS353/1, WT/DS317/1/Add.2; et le document WT/DS353/2, WT/DS317/5/Add.1, corrigé par le document WT/DS353/2/Corr.1, WT/DS317/5/Add.1/Corr.1.

[1144] Voir le document WT/DS353/2, WT/DS317/5/Add.1, corrigé par le document WT/DS353/2/Corr.1, WT/DS317/5/Add.1/Corr.1.

obligations au titre de la première phrase du paragraphe 1 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*, ou des conséquences qui devraient, conformément aux paragraphes 6 à 9 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*, résulter de ce manquement, nécessiterait vraisemblablement l'examen d'un certain nombre de questions épineuses. Celles-ci comprennent: i) le rapport entre la procédure engagée dans l'affaire DS317 et la procédure engagée dans le présent différend; ii) le rapport, si tant est qu'il y en ait un, entre la procédure au titre de l'Annexe V engagée dans l'affaire DS317 et l'absence de procédure au titre de l'Annexe V dans le présent différend; iii) les faits concernant l'ampleur de la participation des États-Unis à la procédure au titre de l'Annexe V menée dans l'affaire DS317, ainsi que la pertinence et le rôle, si tant est qu'ils en aient, dans le présent différend des renseignements recueillis lors de ce processus de collecte de renseignements; iv) la pertinence, pour l'évaluation de la coopération des États-Unis, du fait que tant le Président de l'ORD que la personne dont les Communautés européennes souhaitaient qu'elle facilite la procédure au titre de l'Annexe V estimaient qu'il fallait un consensus positif pour engager cette procédure; et v) la pertinence, si tant est qu'il en ait une, du fait qu'il apparaît qu'en fin de compte, la demande d'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V présentée par les Communautés européennes a été retirée de l'ordre du jour de l'ORD au moyen d'un consensus auquel les Communautés européennes elles-mêmes se sont associées.

541. Dans les circonstances particulières de la présente procédure, il n'est pas évident pour nous que les faits pertinents soient suffisamment clairs ou incontestés, ou que les questions de droit complexes aient été suffisamment étudiées par les participants pour nous permettre d'accéder aux demandes de l'Union européenne. En effet, les faits et circonstances du présent différend et de l'affaire DS317 sont compliqués, très spécifiques au cas d'espèce et ne sont manifestement pas clairs. Aucun participant ne nous a pleinement exposé sa compréhension des faits et, en tout état de cause, il apparaît que ces faits sont contestés. De plus, il nous apparaît que chaque participant a adopté, au cours de ces deux procédures de règlement des différends, des positions qui sont, au moins dans une certaine mesure, entachées d'une contradiction interne dans la façon dont elles abordent la question du rapport entre les deux différends. Par exemple, les États-Unis ont indiqué à l'audience qu'ils admettaient que les différends DS317 et DS353 étaient distincts. Cependant, au moment où les Communautés européennes ont demandé l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V dans le présent différend, ils ont formulé des objections principalement au motif que l'Annexe V ne prévoyait aucun droit de "reprendre" ou de "rouvrir" le processus, ou de "demander un deuxième processus au titre de l'Annexe V".[1145] Ces arguments donnent à penser qu'au moins à ce moment-là, les États-Unis

[1145] Voir le document WT/DSB/M/207, paragraphes 94, 95 et 97; le document WT/DSB/M/206, paragraphes 18 et 25; et le document WT/DSB/M/205, paragraphe 71.

étaient d'avis qu'il n'y avait qu'un seul différend.[1146] De plus, nous avons du mal à comprendre pourquoi, si les États-Unis admettent que ces différends doivent être traités comme étant distincts, ils estiment que leur participation à la procédure au titre de l'Annexe V menée dans le cadre de l'affaire DS317 est pertinente s'agissant d'évaluer s'ils se sont acquittés de leurs obligations au titre du paragraphe 1 de l'Annexe V en l'espèce.

542. Nous ne voyons pas non plus comment nous pouvons répondre à des questions relatives à l'ampleur de la coopération des États-Unis dans l'abstrait ou en ce qui concerne l'ensemble du différend. La question de savoir s'il y a eu non-coopération ou refus de présenter des renseignements essentiels, et la question de savoir s'il en découle la nécessité de recourir à des inférences défavorables, sont des questions qui concernent habituellement des allégations, mesures ou éléments de preuve spécifiques. Or, l'Union européenne ne nous a pas fourni de tels détails dans le cadre de ses demandes visant à ce que nous constations que les États-Unis ne s'étaient pas acquittés de leurs obligations au titre de la première phrase du paragraphe 1 de l'Annexe V de l'*Accord SMC* et que le Groupe spécial était en droit de se fonder sur les meilleurs renseignements disponibles par ailleurs et de faire des inférences défavorables conformément aux dispositions des paragraphes 6 et 7 de l'Annexe V. Nous notons aussi l'argument des États-Unis selon lequel on ne peut pas considérer qu'ils n'ont pas coopéré lorsqu'il apparaît que tant l'ORD que le facilitateur dans le cadre de la procédure au titre de l'Annexe V menée dans l'affaire DS317 partageaient leur point de vue selon lequel l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V avait lieu par consensus positif.

543. En l'espèce, le Groupe spécial n'a formulé aucune constatation spécifique de "non-coopération" de la part des États-Unis, et la nature incertaine des faits entourant la non-coopération alléguée des États-Unis signifie que nous n'avons aucune base pour établir une telle constatation en appel. La seule chose que l'on peut dire avec une certaine certitude, c'est qu'il apparaît qu'il y a eu peu de coopération entre les parties devant le Groupe spécial en ce qui concerne l'une quelconque des questions relatives à l'Annexe V. Cela est regrettable, particulièrement compte tenu

[1146] Nous notons également, les États-Unis ont invoqué, y compris dans leurs communications en appel, leur participation aux procédures au titre de l'Annexe V menées dans l'affaire DS317 pour justifier de n'avoir consenti à aucune procédure au titre de l'Annexe V en l'espèce. Cependant, ils reconnaissent que dans la procédure au titre de l'Annexe V menée dans l'affaire DS317, ils ont refusé de répondre à toutes questions concernant des mesures dont ils avaient unilatéralement considéré qu'elles ne relevaient pas du mandat du groupe spécial concerné. Au moins certaines de ces mesures relevaient du mandat du présent Groupe spécial, mais l'absence d'une procédure au titre de l'Annexe V en l'espèce signifiait qu'aucun renseignement les concernant ne pouvait être collecté dans le cadre de cette procédure. Pour sa part, l'Union européenne soutient que la non-coopération des États-Unis en l'espèce a empêché l'engagement de toute procédure au titre de l'Annexe V et, ce faisant, ne reconnaît aucune coopération pendant la procédure au titre de l'Annexe V menée dans l'affaire DS317. De plus, il apparaît que les Communautés européennes se sont opposées à l'initiative du Groupe spécial et à la proposition des États-Unis visant à ce que le dossier (apparemment volumineux) de la procédure au titre de l'Annexe V menée dans l'affaire DS317 soit incorporé au dossier du Groupe spécial en l'espèce.

de l'attitude coopérative qui est prescrite à la fois par l'Annexe V et, plus généralement, par l'article 3:10 du Mémorandum d'accord.

544. Pour ces raisons, nous ne formulons aucune constatation sur le point de savoir si les États-Unis ne se sont pas acquittés de leur obligation au titre de la première phrase du paragraphe 1 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*, sur le point de savoir si les Communautés européennes étaient en droit de présenter leur thèse de l'existence d'un préjudice grave en se fondant sur les éléments de preuve dont elles disposaient, ou sur le point de savoir si le Groupe spécial était en droit de se fonder sur les meilleurs renseignements disponibles ou de faire des inférences défavorables.

c) Demandes additionnelles de l'Union européenne

545. En outre, et "indépendamment" des demandes susmentionnées visant à ce que l'analyse soit complétée, l'Union européenne nous demande de "garder constamment à l'esprit les circonstances de la présente affaire", notamment le fait que "les États-Unis ont choisi de ne pas communiquer certains renseignements à l'Union européenne et au Groupe spécial" et que le "refus {des États-Unis} de coopérer à la procédure au titre de l'Annexe V influ{ait} sur l'ensemble du différend".[1147] Cela veut dire, selon l'Union européenne, que: i) en ce qui concerne l'appel des États-Unis, "les États-Unis ne peuvent pas maintenant raisonnablement critiquer le Groupe spécial pour son évaluation des faits ou pour avoir raisonnablement fait des inférences factuelles alors que ce sont eux qui ont privé le Groupe spécial de renseignements"; et ii) en ce qui concerne l'appel de l'Union européenne, "{e}n cas de doute ou en cas de contradiction ou d'équilibre des éléments de preuve, l'Organe d'appel devrait se prononcer en faveur de l'Union européenne".[1148]

546. Les États-Unis affirment que nous n'avons pas le pouvoir légal de faire des inférences défavorables à leur encontre dans les circonstances du présent différend et que les décisions demandées par l'Union européenne sont incorrectes.

547. Nous commençons par noter que nous avons un peu de mal à comprendre précisément ce qu'il nous est demandé de faire dans les demandes additionnelles de l'Union européenne et en quoi ces demandes cadrent avec notre mandat au titre de l'article 17:6 du Mémorandum d'accord. S'agissant de la première demande, nous croyons comprendre que l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle les États-Unis ne devraient pas pouvoir, en appel, contester l'évaluation des faits par le Groupe spécial équivaut à faire valoir qu'il devrait être interdit aux États-Unis, dans la présente procédure d'appel, de formuler une allégation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord en ce

[1147] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 53.
[1148] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 53.

qui concerne l'évaluation des faits par le Groupe spécial en l'espèce. La question de savoir si une telle approche serait appropriée ou non est un point sans intérêt puisque, de toute façon, nous rejetons les deux allégations d'erreur que les États-Unis ont formulées au titre de cette disposition.[1149]

548. S'agissant de la deuxième demande additionnelle de l'Union européenne, nous avons quelques doutes sur le fait qu'elle soit appropriée, étant donné que l'Organe d'appel n'a pas pour mandat de résoudre des cas de "contradiction ou d'équilibre des éléments de preuve". En tout état de cause, nous ne pensons pas que cette demande soit suffisamment étayée pour nous permettre de formuler la constatation demandée. Dans la mesure où l'Union européenne nous demande de faire des inférences défavorables, nous nous serions attendus à ce qu'elle nous indique plus précisément les domaines dans lesquels le dossier factuel est incomplet, en quoi l'absence de renseignements est liée à la non-coopération alléguée des États-Unis, et les inférences spécifiques qu'elle nous demande de faire. La raison en est que, d'une manière générale, la nécessité et la justification des inférences défavorables sont liées à des cas particuliers de non-coopération ou de non-communication d'éléments de preuve et dépendent du contexte.[1150] Nous ne sommes pas convaincus que les dispositions de l'Annexe V et, en particulier, le paragraphe 7 signifient, comme le donne à penser la demande générale de l'Union européenne, que toute non-coopération dans une procédure au titre de l'Annexe V impose de faire des inférences défavorables à l'encontre de la partie qui ne coopère pas pour toutes les questions factuelles. En fait, pour faire de telles inférences, il faudrait au moins dans une certaine mesure, examiner le lien entre la non-coopération et la question pertinente, ainsi que les autres éléments de preuve disponibles dans le dossier. Bien que dans son appel relatif à l'Annexe V de l'*Accord SMC*, l'Union européenne ne nous ait pas fourni des arguments ou renseignements suffisamment spécifiques concernant les décisions ou constatations précises qu'elle nous demande de formuler, nous notons qu'elle a, dans d'autres sections de ses arguments, présenté des cas de non-coopération alléguée se rapportant à la base d'éléments de preuve relative à des constatations spécifiques du Groupe spécial contestées en appel, et nous les examinons ailleurs dans le présent rapport.[1151]

E. *Conclusion*

549. Dans le raisonnement exposé plus haut, nous avons constaté que le Groupe spécial avait fait erreur, dans la première et la dernière phrase du paragraphe 7.22 de son rapport, reproduisant le paragraphe 4 de sa décision préliminaire, en rejetant les diverses demandes formulées par les

[1149] Voir *infra*, les paragraphes 723 et 995.
[1150] Voir, bien qu'hors du contexte de l'Annexe V de l'*Accord SMC*, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 174.
[1151] Voir la section X.C du présent rapport.

Communautés européennes en ce qui concerne une procédure au titre de l'Annexe V, parce que le rejet de ces demandes par le Groupe spécial reposait sur une base juridique inadéquate et sur une interprétation incomplète de la disposition juridique pertinente.[1152] Dans le cadre de notre examen des diverses demandes de l'Union européenne visant à ce que nous complétions l'analyse et formulions des constatations additionnelles, nous avons interprété le paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC* comme signifiant que l'engagement par l'ORD d'une procédure de collecte de renseignements dans un différend relatif à un préjudice grave avait lieu automatiquement pour autant qu'une demande visant cette procédure ait été formulée et un groupe spécial établi.[1153] Nous nous sommes abstenus de constater que toutes les conditions de l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V étaient remplies en l'espèce, et nous n'avons formulé aucune constatation sur le point de savoir si les États-Unis ne s'étaient pas acquittés de leurs obligations au titre de la première phrase du paragraphe 1 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*; sur le point de savoir si les Communautés européennes étaient en droit de présenter leur thèse de l'existence d'un préjudice grave en se fondant sur les éléments de preuve dont elles disposaient; sur le point de savoir si le Groupe spécial était en droit de compléter le dossier selon qu'il était nécessaire en se fondant sur les meilleurs renseignements disponibles par ailleurs; ou sur le point de savoir si le Groupe spécial était en droit de faire des inférences défavorables.

VI. Contrats d'achat de la NASA et instruments d'aide de l'USDOD

A. *Contribution financière*

1. Introduction

550. Les questions soulevées dans cette partie de l'appel concernent à la fois l'interprétation et l'application par le Groupe spécial de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Nous notons que dans son analyse de la question de savoir si les mesures de la NASA et de l'USDOD contestées par les Communautés européennes constituaient des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial a commencé par s'attacher à la question d'interprétation consistant à savoir si des mesures qui étaient qualifiées à juste titre d'"achats de services" étaient exclues du champ

[1152] *Supra*, le paragraphe 501.

[1153] Un Membre de la Section souhaite restreindre cette interprétation du paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*. De l'avis de ce Membre, pour engager une procédure au titre de l'Annexe V, un acte de l'ORD est requis. L'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V par l'ORD de la manière décrite plus haut ne peut avoir lieu que lorsque la demande de procédure au titre de l'Annexe V du Membre plaignant fait partie intégrante de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par ce Membre.

de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* et ne pouvaient donc pas être considérées comme des contributions financières par le biais d'un "transfert direct de fonds".[1154]

551. Après avoir déterminé que l'article 1.1 a) 1) i) n'incluait pas dans son champ des mesures qui étaient "*qualifiées à juste titre*"[1155] d'achats de services, le Groupe spécial a entrepris d'examiner si les mesures de la NASA et de l'USDOD en cause constituaient de tels achats. À cette fin, il a établi et appliqué un critère qui reposait sur l'article 1.1 a) 1).[1156] Selon le Groupe spécial, la question de savoir si les mesures de la NASA et de l'USDOD pouvaient ou non être qualifiées à juste titre d'achats de services dépendait de la nature des travaux que Boeing était tenue d'effectuer dans le cadre de ces mesures et, plus spécifiquement, de la question de savoir si la recherche était "principalement {au} propre avantage et pour {le} propre usage {de Boeing}, ou si elle était principalement à l'avantage et pour l'usage du gouvernement des États-Unis (ou de tierces parties non liées)".[1157]

552. Après avoir appliqué son critère relatif aux achats de services aux cinq catégories d'éléments de preuve[1158], le Groupe spécial a conclu que les contrats d'achat de la NASA et les instruments d'aide de l'USDOD ne pouvaient pas être qualifiés à juste titre de tels. En revanche, il a constaté que les contrats d'achat de l'USDOD constituaient effectivement des achats de services. S'agissant des mesures qui constituaient des achats de services selon le critère qu'il avait appliqué – à savoir, les contrats d'achat[1159] de l'USDOD – le Groupe spécial les a exclues de tout autre examen sur la base de son interprétation de l'article 1.1 a) 1), selon laquelle ces mesures n'étaient pas des contributions financières. Par contre, dans les cas où les mesures ne constituaient pas des achats de services selon le critère – les contrats d'achat de la NASA et les instruments d'aide de l'USDOD –, le Groupe spécial a traité les versements faits par la NASA et l'USDOD à Boeing dans le cadre de ces contrats et instruments comme des transferts directs de fonds au sens de l'article 1.1 a) 1) i).[1160] En outre, il a déterminé que l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA accordé à Boeing dans le cadre des contrats de la NASA et l'accès aux installations de l'USDOD dans le cadre des instruments d'aide de l'USDOD constituaient la fourniture de biens et de services au sens de l'article 1.1 a) 1) iii).[1161] Ayant constaté que ces mesures étaient des contributions financières, le Groupe spécial a ensuite effectué le reste de l'analyse au titre des dispositions pertinentes de l'*Accord SMC*.

[1154] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.953.
[1155] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.970. (italique dans l'original)
[1156] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.977, 7.978, 7.1136 et 7.1137.
[1157] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.978 et 7.1137.
[1158] Voir *infra*, le paragraphe 567.
[1159] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1171.
[1160] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1027 et 7.1171.
[1161] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1027 et 7.1171.

553. Les participants font appel de l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 1.1 a) 1) et de son application aux faits en l'espèce. L'Union européenne demande que soit infirmée ou modifiée l'interprétation du Groupe spécial selon laquelle des mesures qualifiées à juste titre d'achats de services sont exclues du champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.[1162] Les États-Unis ne font pas appel de l'interprétation donnée par le Groupe spécial; ils contestent plutôt diverses constatations du Groupe spécial qui découlent de l'application de son critère relatif aux achats de services aux mesures de la NASA et de l'USDOD en cause. En particulier, ils demandent que soient infirmées la constatation du Groupe spécial selon laquelle les contrats d'achat de la NASA et les instruments d'aide de l'USDOD ne constituent pas des achats de services et, par voie de conséquence, sa constatation selon laquelle ces mesures comportent des versements qui sont des transferts directs de fonds au sens de l'article 1.1 a) 1) i), ainsi que sa constatation selon laquelle les autres formes de soutien[1163] accordé à Boeing constituent la fourniture de biens et de services au sens de l'article 1.1 a) 1) iii).

554. Nous commençons par donner un aperçu des constatations pertinentes du Groupe spécial, après quoi nous évaluons le bien-fondé des arguments avancés par les participants en appel.

2. Constatations du Groupe spécial

555. Dans leur première communication écrite au Groupe spécial, les Communautés européennes ont affirmé que le financement direct obtenu par Boeing et les autres formes de soutien au titre des programmes de R&D de la NASA et de l'USDOD constituaient une contribution financière par le biais d'un transfert direct de fonds au sens de l'article 1.1 a) 1) i) et la fourniture de biens et services au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'*Accord SMC*.[1164] En réponse, les États-Unis ont fait valoir que le financement et les autres formes de soutien étaient accordés aux termes de transactions qui constituaient des achats de services.[1165] Selon les États-Unis, les achats de services ne constituent pas des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1).[1166] Les États-Unis ont étayé leur argument

[1162] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 127. L'Union européenne ne demande pas que soit infirmée l'*application* par le Groupe spécial de son interprétation aux mesures de la NASA et de l'USDOD en cause. Elle fait plutôt valoir que si l'Organe d'appel devait infirmer l'interprétation juridique donnée par le Groupe spécial de l'article 1.1 a) 1), comme elle le demande en appel, cette infirmation priverait de son objet l'appel des États-Unis concernant les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les versements et l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA, et l'accès aux installations de l'USDOD accordés par le biais des programmes de R&D aéronautique de la NASA et de l'USDOD sont des contributions financières. (Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphes 28 et 112)

[1163] Nous utilisons l'expression "autres formes de soutien" pour désigner d'une manière abrégée l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA, et l'accès aux installations de l'USDOD.

[1164] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.971, 7.972, 7.1125 et 7.1126.

[1165] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.975 et 7.1130 à 7.1133.

[1166] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.950.

par référence au contexte de l'article 1.1 a) 1) i) et à l'historique de la négociation de l'*Accord SMC*.[1167] Les Communautés européennes ont répliqué qu'une analyse de l'article 1.1 a) 1) ne fournissait aucun élément pour étayer l'exclusion d'une catégorie de transactions appelées "achats de services" qui entraient par ailleurs dans l'une quelconque des autres catégories de contributions financières énumérées dans cette disposition, et que l'interprétation avancée par les États-Unis créait une énorme "faille"[1168] dans l'*Accord SMC* qui autoriserait les Membres à aller à l'encontre de son objet et de son but.

a) Interprétation de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* par le Groupe spécial

556. En examinant les arguments des parties, le Groupe spécial a noté que la question de droit qui était soulevée était "celle de savoir si des transactions qualifiées à juste titre d'achats de services {étaient} exclues du champ de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC".[1169] Pour répondre à cette question, il a expliqué qu'il recourrait aux règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne*.[1170]

557. Commençant par le sens ordinaire du membre de phrase "une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds" figurant à l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial a fait remarquer que, "lu{} isolément", ce membre de phrase pourrait être "assez large" pour englober les achats de services.[1171] Il est parvenu à cette conclusion pour quatre raisons. Premièrement, rien dans les définitions que donnent les dictionnaires des termes de ce membre de phrase ne semble indiquer que des transactions qualifiées à juste titre d'achats de services sont exclues de son champ d'application, parce que "la définition de "transfer" (transfert) est "a conveyance from one person to another" (transmission d'une personne à une autre) et la définition de "funds" (fonds) est "stock or sum of money, *esp.* one set apart for a particular purpose" (capital ou somme d'argent, en particulier celui qui est mis de côté dans un but spécial) ou "financial resources" (ressources

[1167] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.950 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 48 et 218; et aux réponses des États-Unis et/ou observations des États-Unis sur les réponses des Communautés européennes aux questions n° 15, 17 et 113 à 120 du Groupe spécial).

[1168] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.949 (faisant référence à la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 349 à 364; et aux réponses des Communautés européennes aux questions n° 15, 17 et 113 à 120 du Groupe spécial).

[1169] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.953.

[1170] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.953. Le Groupe spécial a fait observer que cette question n'avait été examinée dans aucun rapport antérieur de groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Il n'y avait pas non plus d'"accord ultérieur" ni de "pratique ultérieurement suivie", au sens de l'article 31 3) a) ou b) de la *Convention de Vienne*, qui pouvait fournir des indications sur les questions d'interprétation soulevées. (*Ibid.*)

[1171] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.954.

financières)".[1172] Deuxièmement, il n'y a "pas de termes limitatifs ou restrictifs"[1173] dans le texte de l'article 1.1 a) 1) i). Troisièmement, un exemple de transfert direct de fonds donné à l'article 1.1 a) 1) i) est celui de la participation au capital social, qui désigne "une situation dans laquelle les pouvoirs publics "achètent" quelque chose (à savoir des actions d'une société)".[1174] Quatrièmement, des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel n'ont pas donné une interprétation restrictive de ces termes.[1175]

558. Puis le Groupe spécial s'est penché sur le contexte immédiat fourni par les articles 1.1 a) 1) iii) et 14 d) de l'*Accord SMC*. Les deux dispositions font référence à la *fourniture* de biens ou de services (autres qu'une infrastructure générale) ou à l'achat de biens par les pouvoirs publics. Compte tenu de la "différence flagrante"[1176] entre les première et deuxième clauses de l'article 1.1 a) 1) iii), le Groupe spécial a considéré que les rédacteurs entendaient exclure les achats de *services* de la définition figurant à l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Comme l'article 1.1 a) 1) donne une "liste exhaustive fermée" des types de transactions qui constituent des contributions financières au titre de l'*Accord SMC*, l'omission des mots "ou services" dans le cadre d'un achat par les pouvoirs publics renforçait l'implication d'une intention des Membres d'exclure les achats de services de la définition d'une "contribution financière" figurant à l'article 1.1 a) 1).[1177] Le Groupe spécial craignait que la tentative des Communautés européennes d'inclure les achats de services soit au titre de

---

[1172] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.954 et notes de bas de page 2421 et 2422 y relatives (citant le *Shorter Oxford English Dictionary*, L. Brown (ed.) (Clarendon Press, 2002), Vol. 2, page 3367 et Vol. 1, page 1042, respectivement). Le Groupe spécial a aussi fait référence au *Webster's Online Dictionary*, qui définit le terme "transfer" (transfert) comme désignant "the conveyance of right, title, or property, either real or personal, from one person to another, whether by sale, by gift, or otherwise" (transmission d'un droit ou d'un bien, immobilier ou mobilier, d'une personne à une autre, par le biais d'une vente, d'une donation ou autrement); et qui définit le terme "funds" (fonds) comme désignant notamment "{a}ssets in the form of money" (avoirs sous forme d'argent) et "{a} reserve of money set aside for some purpose" (réserve d'argent mise de côté dans un but donné). (*Ibid.*)

[1173] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.954.

[1174] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.954. À ce propos, le Groupe spécial a cité une constatation du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* libellée comme suit:

> L'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* dispose qu'il y a une contribution financière lorsqu'une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds, comme dans le cas d'un don, d'un prêt et d'une participation au capital social, par exemple. *L'achat d'obligations de société* est un tel transfert direct de fonds, et constitue donc une contribution financière.

(Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2423 relative au paragraphe 7.954 (citant le rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.92 (italique ajouté par le Groupe spécial)))

[1175] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.954 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 250).

[1176] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.955.

[1177] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.955. Le Groupe spécial a aussi expliqué que l'omission des achats de "services" à l'article 14 d) signifiait qu'"il n'y {avait} pas de critère pour déterminer si les achats de "services" conf{éraient} un "avantage" au titre de l'article 1.1 b)". (Voir *ibid.*, la note de bas de page 2428 y relative.)

l'article 1.1 a) 1) i), soit au titre d'un autre alinéa de l'article 1.1 a) 1), ne "{veuille} nécessairement dire que les transactions comportant des achats de biens {devaient} également être visées par ces mêmes autres alinéas et éléments".[1178] Selon le Groupe spécial, cela rendrait "redondants et inutiles" les termes "achètent des biens" employés à l'article 1.1 a) 1) iii), parce que la portée et le champ d'application de l'article 1.1 a) 1) seraient "exactement les mêmes" que si les "ach{ats de} biens" n'avaient pas été expressément prévus au titre de l'article 1.1 a) 1) iii).[1179]

559. Ensuite, le Groupe spécial a examiné le contexte fourni par l'article 8.2 a) (devenu caduc) de l'*Accord SMC*, qui disait que "les subventions ci-après ne donner{aient} pas lieu à une action" puis mentionnait dans la liste, comme étant la première de ces subventions ne donnant pas lieu à une action, l'"aide à des activités de recherche menées par des entreprises ou par des établissements d'enseignement supérieur ou de recherche ayant passé des contrats avec des entreprises si {certaines conditions étaient remplies}". Selon le Groupe spécial, les termes employés à l'article 8.2 a) n'"impliquaient {pas} nécessairement" que les achats de services de R&D par les pouvoirs publics étaient des subventions au sens de l'*Accord SMC*. En outre, les pouvoirs publics pouvaient accorder une "aide" à des activités de recherche menées par des entreprises par d'autres moyens que des achats de services de R&D.[1180]

560. Dans le cadre de son examen de l'objet et du but de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial a étudié un argument en matière de contournement avancé par les Communautés européennes, le Brésil et l'Australie selon lequel "l'exclusion des achats de services du champ de l'article 1.1 a) 1) "irait à l'encontre de l'objet et du but généraux de l'*Accord SMC*" en créant "une énorme faille dans le champ d'application de l'*Accord SMC* et indiquerait aux Membres de l'OMC la marche à suivre pour fausser le commerce des biens en passant des "contrats de services" avec leurs producteurs de biens"".[1181] Le Groupe spécial a fait remarquer que, si une constatation selon laquelle les achats de services étaient exclus du champ de l'*Accord SMC* avait nécessairement pour résultat manifestement absurde qu'un Membre pourrait transformer un don en un achat de services exclu simplement en "dénommant"[1182] la transaction "contrat" ou "achat de services", une telle interprétation irait en effet à l'encontre de l'objet et du but de l'*Accord SMC*. Cependant, le Groupe spécial était d'avis que les groupes spéciaux de l'OMC et les autorités nationales chargées de l'enquête étaient à même de "détecter" Rapport du

[1178] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.956.
[1179] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.956.
[1180] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.958.
[1181] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.960 (faisant référence à la réponse des Communautés européennes à la question n° 15 a) du Groupe spécial, paragraphe 51; à la communication du Brésil en tant que tierce partie présentée au Groupe spécial, paragraphe 10; et à la déclaration orale de l'Australie à la réunion du Groupe spécial avec les tierces parties, paragraphe 6).
[1182] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.960 (citant la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 358).

Groupe spécial, paragraphe 7.960.[1183] les transactions qui n'étaient pas qualifiées à juste titre d'achats de services.

561. Afin de "confirmer le sens qui découl{ait} de l'application de l'article 31 de la Convention de Vienne"[1184], le Groupe spécial a recouru aux moyens complémentaires d'interprétation prévus à l'article 32 de la *Convention de Vienne*. Selon le Groupe spécial, les travaux préparatoires des articles 1.1 a) 1) iii) et 14 d) de l'*Accord SMC* révèlent qu'une mention des "achats de services" par les pouvoirs publics figurait initialement dans le texte de ces deux dispositions puis a été supprimée du projet de texte final de l'Accord. Cela confirmait que les Membres ont délibérément exclu les achats de services du champ de l'article 1.1 a) 1).[1185] En outre, les arguments des Communautés européennes ne fournissaient pas d'"explication plausible"[1186] quant à la raison pour laquelle les achats de services avaient été supprimés des articles 1.1 a) 1) iii) et 14 d) de l'*Accord SMC*.

562. Enfin, les "circonstances dans lesquelles {l'*Accord SMC*} a été conclu"[1187] donnaient à penser que les rédacteurs de l'article premier de l'*Accord SMC* avaient compris les conséquences de la suppression de la mention des "achats de services" à l'article premier. Ces circonstances comprenaient à la fois les disciplines préexistantes du GATT concernant les marchés publics et les procédures pertinentes de règlement des différends qui avaient été convenues dans le cadre de ces disciplines[1188], ainsi que les négociations qui se poursuivaient pour établir de nouvelles disciplines sur les marchés publics, y compris les marchés publics de services.[1189] Le Groupe spécial a aussi fait référence à des négociations parallèles qui avaient lieu au titre de l'*Accord général sur le commerce des services*.[1190] Selon le Groupe spécial, au lieu d'indiquer que les rédacteurs avaient exclu les achats de services parce qu'une telle mention aurait été "superflue" ou qu'il aurait été entendu que de telles transactions étaient implicitement visées, le contexte historique révèle un "choix délibéré" de la part des Membres d'exclure les achats de services de l'article 1.1 a) 1).[1191]

[1183] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.960.
[1184] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.961.
[1185] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.962.
[1186] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.963.
[1187] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2444 relative au paragraphe 7.964 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Matériels informatiques*, paragraphe 86). Conformément à ce rapport de l'Organe d'appel, le Groupe spécial a cru comprendre que cela comprenait un examen de l'environnement historique dans lequel le traité avait été négocié.
[1188] Le Groupe spécial a fait référence à deux de ces affaires dans le cadre du GATT: *États-Unis – Cartographie par sonar* et *Norvège – Matériel pour les péages de Trondheim*. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.966)
[1189] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.964 à 7.968.
[1190] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.968 (faisant référence aux articles XIII:2 et XV de l'*Accord général sur le commerce des services*).
[1191] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.969.

563. Sur la base de ce qui précède, le Groupe spécial a conclu que les transactions qualifiées à juste titre d'achats de services étaient exclues du champ de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*.[1192]

b) Évaluation des mesures de la NASA par le Groupe spécial

564. Après avoir conclu que les achats de services étaient exclus du champ de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial a entrepris d'examiner si les versements et l'accès accordés à Boeing dans le cadre des contrats de la NASA pouvaient être qualifiés à juste titre d'achats de services.

565. Le Groupe spécial a commencé son analyse en faisant référence à la déclaration de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV* selon laquelle "{u}ne évaluation de l'existence d'une contribution financière suppos{ait} un examen de la *nature de la transaction* au moyen de laquelle quelque chose ayant une valeur économique {était} transféré par les pouvoirs publics".[1193] Il a constaté qu'une détermination sur le point de savoir si une transaction constituait un achat de services dépendait de:

> "… la nature des travaux que Boeing était tenue d'effectuer dans le cadre des contrats et, plus spécifiquement, de la question de savoir si la R&D que Boeing était tenue d'effectuer était principalement à son propre avantage et pour son propre usage, ou si elle était principalement à l'avantage et pour l'usage du gouvernement des États-Unis (ou de tierces parties non liées).[1194] (italique omis)

566. Le Groupe spécial a expliqué le fondement de son critère comme suit. Premièrement, les contrats de R&D avec Boeing devraient être qualifiés en fonction de leur propres conditions (et la condition fondamentale de ces contrats est constituée par les travaux que Boeing était tenue d'exécuter). Deuxièmement, le sens ordinaire de la notion de "service" implique nécessairement que les travaux effectués sont à l'avantage et pour l'usage de l'entité qui finance la R&D (ou de tierces parties non liées).[1195] Troisièmement, le critère du Groupe spécial était "globalement compatible"[1196]

[1192] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.970.

[1193] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.977 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 52). (italique ajouté par le Groupe spécial)

[1194] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.978.

[1195] Le Groupe spécial a défini le terme "service" (service) comme signifiant "An act of helping or benefiting *another* ... The action of serving, helping, or benefiting *another*; behaviour conducive to the welfare or advantage of *another*" (action d'aider *un autre* ou de lui être utile ... action de servir ou d'aider *un autre* ou de lui être utile; comportement propice au bien-être d'*un autre* ou lui apportant un avantage). (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2469 relative au paragraphe 7.978 (citant le *Shorter Oxford English Dictionary*, 5th edn., W.R. Trumble, A. Stevenson (eds) (Oxford University Press, 2002), Vol. 2, page 2768) (italique ajouté par le Groupe spécial))

[1196] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.978. Le Groupe spécial a pris note des définitions du terme "service" données par les Communautés européennes et le Canada. En particulier, les Communautés

avec les arguments formulés par les parties et les tierces parties en l'espèce. Enfin, le critère était compatible avec les rapports antérieurs de groupes spéciaux du GATT dans lesquels avait été examinée la question de savoir si une transaction était qualifiée à juste titre de marchés publics.[1197]

567. Le Groupe spécial est ensuite passé aux types d'éléments de preuve qui, selon lui, "éclair{eraient}" la question de la nature des activités de R&D que Boeing était tenue de mener dans le cadre des contrats, puis la question de savoir si une transaction constituait un achat de services.[1198] En particulier, il a expliqué qu'il prendrait en considération les cinq catégories d'éléments de preuve suivantes: i) la législation qui autorise les programmes de R&D en cause; ii) les types d'instruments qui ont été passés entre la NASA et Boeing; iii) la question de savoir si la NASA fait une utilisation concrète de la R&D effectuée dans le cadre des programmes; iv) la répartition des droits de propriété intellectuelle dans le cadre des transactions en cause; et v) la question de savoir si les transactions présentaient les éléments habituels d'un achat de services.[1199]

568. Le Groupe spécial a d'abord considéré le fondement législatif qui permet à la NASA d'effectuer de la recherche aéronautique. Il a pris note de tous les objectifs énoncés dans la législation

---

européennes avaient fait valoir que la question de savoir si une transaction était ou non qualifiée à juste titre d'achat de services dépendait notamment de la question de savoir si "le but ultime de la transaction devrait être l'acquisition d'un service directement à l'avantage et pour le propre usage des pouvoirs publics". Le Canada avait fait observer qu'en termes généraux, "un service {était} le fait d'accomplir des tâches ou des travaux pour quelqu'un d'autre", de sorte que la question pertinente était celle de savoir si les pouvoirs publics avaient "acheté l'accomplissement de tâches ou de travaux pour eux-mêmes ou pour quelqu'un d'autre (que le vendeur du service)". (*Ibid.*, note de bas de page 2470 relative au paragraphe 7.978 (faisant référence à la réponse des Communautés européennes à la question n° 15 b) du Groupe spécial, paragraphe 55; et à la réponse du Canada à la question n° 5 c) du Groupe spécial aux tierces parties, paragraphes 4 à 7))

[1197] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.978 (faisant référence au rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Cartographie par sonar*, paragraphes 4.7 et 4.10; et au rapport du Groupe spécial du GATT *Norvège – Matériel pour les péages de Trondheim*, paragraphes 4.8 à 4.13). Le Groupe spécial a relevé que dans l'affaire *États-Unis – Cartographie par sonar*, le Groupe spécial avait dit que "{l}e Groupe spécial n'avait pas l'intention de donner une définition des marchés publics au sens de l'article I:1 a) {de l'Accord relatif sur les marchés publics du Tokyo Round}, mais il a estimé que, pour l'examen des faits dans un cas particulier, les caractéristiques ci-après, dont aucune ne pouvait à elle seule être déterminante, donnaient des indications pour déterminer si une transaction devait être considérée comme un marché public au sens de l'article I:1 a): paiement par les pouvoirs publics, *utilisation du produit par les pouvoirs publics ou bénéfice retiré du produit par les pouvoirs publics*, possession par les pouvoirs publics et contrôle des pouvoirs publics sur l'obtention du produit" (paragraphe 4.7). Le Groupe spécial a conclu que, dans cette affaire, l'organisme public "*bénéficierait* … de l'achat du système – pour la recherche dans l'Antarctique et l'élaboration des cartes des fonds marins – ce qui répondait clairement *aux besoins des pouvoirs publics*, et le gouvernement pouvait donc être considéré comme le *bénéficiaire ultime* du système" (paragraphe 4.10). (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2471 relative au paragraphe 7.978 (italique ajouté par le Groupe spécial))

[1198] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.979. Le Groupe spécial a expliqué qu'il examinerait "tous les éléments de preuve" ayant trait aux conditions et au contexte des contrats de R&D aéronautique que la NASA avait passés avec Boeing. Cela n'exclurait pas, par exemple, les caractéristiques "formelles" des transactions ni les éléments de preuve ayant trait "au but et aux motivations" des programmes. Le Groupe spécial ne considérait pas ces éléments comme des caractéristiques "externes" dissociées des "conditions" des transactions; en fait, il s'agissait d'éléments de preuve qui pourraient être essentiels pour comprendre la condition fondamentale de la transaction. (*Ibid.* (italique omis))

[1199] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.980.

en question, mais a mis en lumière les objectifs suivants: i) "amélioration de l'utilité, de la performance, de la vitesse, de la sécurité et de l'efficacité des véhicules aéronautiques et spatiaux"; ii) "maintien du rôle des États-Unis en tant que chef de file dans le secteur des sciences et technologies aéronautiques et spatiales"; et iii) "maintien de la suprématie des États-Unis dans le secteur aéronautique et spatial au moyen de la recherche et du développement technologique relatifs à des procédés de fabrication connexes".[1200] Deuxièmement, le Groupe spécial a examiné le "type d'instruments" passés entre la NASA et Boeing. Il a observé que le fait de dénommer les instruments "contrats d'achat" au lieu d'"instruments d'aide" "n'apport{ait} pas beaucoup d'éclaircissements sur la nature des transactions".[1201]

569. Troisièmement, le Groupe spécial a examiné si "la NASA fai{sait} une utilisation concrète de la R&D effectuée dans le cadre des huit programmes aéronautiques en cause".[1202] Il a pris en considération divers éléments de preuve, y compris des déclarations de responsables et employés de la NASA et de Boeing[1203], ainsi que des documents de la NASA[1204], et des documents budgétaires et autres exposant de façon détaillée les objectifs de chacun des huit programmes de R&D de la NASA en cause.[1205] Le Groupe spécial a déterminé que le but principal de la R&D aéronautique de la NASA en général, et des huit programmes en particulier, était "le transfert de technologie vers l'industrie des États-Unis dans le but d'améliorer la compétitivité des États-Unis face à la concurrence étrangère".[1206] Quatrièmement, le Groupe spécial a examiné la répartition des droits de propriété intellectuelle dans les contrats de R&D de la NASA. Il a constaté que Boeing n'était pas tenue de verser des redevances à la NASA pour toutes rétributions commerciales résultant de l'exploitation des droits de brevet sur des inventions mises au point dans le cadre des activités de recherche.[1207] En outre, le Groupe spécial a noté que certains des contrats de la NASA prévoyaient des limitations[1208] des droits que le gouvernement des États-Unis avait sur les données produites dans le cadre des activités de recherche.

[1200] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.982 (citant la National Aeronautics and Space Act of 1958, Public Law, n° 85-568, modifiée (pièce EC-286 présentée au Groupe spécial), pages 2 et 3). (italique omis) Le Groupe spécial a également noté que la NASA devait, pour réaliser les objectifs de la Loi sur l'espace, "assurer la diffusion *appropriée* et la plus large possible d'informations concernant ses activités et les résultats obtenus". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.983 (citant la Loi sur l'espace, article 203 a)) (italique ajouté par le Groupe spécial)

[1201] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.984.

[1202] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.985.

[1203] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.986 à 7.992.

[1204] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.993 et 7.998.

[1205] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.999 à 7.1023.

[1206] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.985.

[1207] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1024.

[1208] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1024. Les limitations portent le nom de clauses concernant les "Données visées par des droits exclusifs limités" (LERD).

570. Enfin, le Groupe spécial a examiné si les contrats de R&D de la NASA "comport[aient] les éléments habituels d'un achat de services".[1209] Le Groupe spécial a noté qu'"un certain nombre" de contrats de R&D de la NASA ne prévoyaient aucune rémunération ni aucun bénéfice accordé à Boeing pour l'exécution des travaux "car la NASA {avait} déterminé que Boeing avait toutes chances de tirer avantage sur le plan commercial de la R&D qu'elle effectuait dans le cadre du contrat".[1210]

571. Le Groupe spécial a en fin de compte estimé ce qui suit:

> {L}es éléments de preuve relatifs à la R&D aéronautique de la NASA … amènent à conclure que les travaux que Boeing a effectués dans le cadre de ses contrats de R&D aéronautique avec la NASA étaient principalement à son propre avantage ou pour son propre usage, et non à l'avantage ou pour l'usage du gouvernement des États-Unis (ou de tierces parties non liées). Si les contrats de R&D aéronautique de la NASA prennent la forme d'un marché public de services, la totalité des éléments de preuve présentés au Groupe spécial amène à conclure que la substance de ces transactions ne peut pas être qualifiée à juste titre d'"achat de services" aux fins de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC.[1211] (notes de bas de page omises)

572. En conséquence, le Groupe spécial a conclu ce qui suit:

> … les versements faits à Boeing dans le cadre de ces contrats sont visés par l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC en tant que transfert direct de fonds. {Le Groupe spécial a constaté} en outre que l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA qui a été accordé à Boeing dans le cadre des contrats et accords de R&D en cause constitue également la fourniture de biens ou de services au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.[1212] (note de bas de page omise)

c) Évaluation des mesures de l'USDOD par le Groupe spécial

573. Pour évaluer les versements et l'accès aux installations accordés à Boeing dans le cadre des contrats et des instruments d'aide de l'USDOD, le Groupe spécial a, premièrement, à nouveau examiné les éléments de preuve sur la base des cinq catégories qu'il avait identifiées en ce qui concerne les mesures de la NASA.[1213] Le Groupe spécial a commencé par examiner la législation autorisant les programmes et transactions en cause. Il a noté que l'USDOD était doté du pouvoir de financer certains types de R&D au moyen de "contrats", d'"accords de coopération", de "dons" et

[1209] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1026.
[1210] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1026.
[1211] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1027.
[1212] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1027. Le Groupe spécial n'a pas admis que les versements faits à Boeing étaient des "dons" purs et simples. (*Ibid.*, note de bas de page 2552 y relative)
[1213] Voir *supra*, le paragraphe 567.

d'"autres transactions". Il a également souligné que, conformément à la législation spécifique, toute R&D financée devait présenter un "intérêt potentiel" pour l'USDOD, et que des règles spéciales et additionnelles s'appliquaient au financement accordé au moyen des "accords de coopération", par opposition aux "contrats".[1214]

574. Deuxièmement, s'agissant des types d'instruments passés entre Boeing et l'USDOD, le Groupe spécial a fait référence au Règlement sur les dons et accords de l'USDOD (*United States Code of Federal Regulations*, Titre 32, sous-chapitre C (parties 21 à 37)). Il a noté que ce règlement établissait une distinction entre, d'une part, les "contrats d'achat" et, d'autre part, les "instruments d'aide" et "autres instruments ne concernant pas des achats" (qui comprennent les "dons", les "accords de coopération", les "accords d'investissement dans la technologie" et les "autres transactions"). Alors que les "contrats d'achat" sont appropriés dans les cas où le "but principal" de l'instrument est l'acquisition de biens ou services directement à l'avantage ou pour l'usage du gouvernement fédéral, dans le cadre des "instruments d'aide" le but principal est l'"aide", définie comme étant le "transfert d'une chose de valeur à un bénéficiaire pour réaliser un objectif public de soutien ou d'encouragement".[1215]

575. Troisièmement, le Groupe spécial a examiné si l'USDOD faisait une "utilisation concrète" de la R&D effectuée dans le cadre des 23 programmes de RDT&E de l'USDOD en cause.[1216] Il a noté que "{d}e façon générale, le but de ces programmes était de mener des activités de R&D afin de concevoir des armes ou d'autres systèmes de défense plus perfectionnés, ou de réduire les coûts de ces systèmes".[1217] Il a néanmoins observé que deux des programmes de l'USDOD en cause (Dual Use Science and Technology ("DUS&T") et Manufacturing Technology ("ManTech)) "avaient pour

[1214] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1140 et 7.1141 (faisant référence au *United States Code of Federal Regulations*, Title 10 (Armed Forces), Sub-Part A (General Military Law), Part IV (Service, Supply and Procurement), chapter 139 (Research and Development), article 2358 a)- d) (pièce US-1205 présentée au Groupe spécial)).

[1215] *United States Code of Federal Regulations*, Titre 35, article 21.615. Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1141 à 7.1146. Le Groupe spécial a fait référence à certains des accords de coopération que les Communautés européennes lui avaient présentés, lesquels disposaient ce qui suit: "le but principal du présent accord est que les pouvoirs publics soutiennent le bénéficiaire et l'encouragent afin qu'il déploie des efforts raisonnables en matière de recherche avancée et de développement technologique, et non procèdent à l'acquisition de biens ou services directement à l'avantage ou pour l'usage des pouvoirs publics". (*Ibid.*, paragraphe 7.1145 (faisant référence à Cooperative Agreement between the U.S. Air Force *et al*. and McDonnell Douglas Corporation, n° F33615-95-2-5019, 1 February 1995 (pièce EC-512 présentée au Groupe spécial); et à Cooperative Agreement between the U.S. Air Force *et al.* and McDonnell Douglas Corporation, n° F33615-96-2-5051, 16 November 1995 (pièce EC-513 présentée au Groupe spécial))) Le Groupe spécial a aussi noté que tous les "instruments d'aide" présentés par les Communautés européennes en l'espèce utilisaient les termes "responsable des dons" et "Bureau de l'administration des dons", et faisaient référence à l'autre partie comme étant le "bénéficiaire," et non un "contractant". (*Ibid.*, paragraphe 7.1146)

[1216] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1147 et 7.1148. Le Groupe spécial a fait référence en particulier au but des programmes tel qu'il était indiqué dans la "Description de la mission" figurant dans les budgets des programmes RDT&E. (*Ibid.*, paragraphe 7.1147)

[1217] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1147.

objectif explicite de développer la R&D "à double usage"", et que ces deux programmes étaient financés par le biais d'instruments d'aide.[1218]

576. Quatrièmement, le Groupe spécial a examiné comment les droits de propriété intellectuelle étaient répartis en vertu des contrats et instruments d'aide de l'USDOD. Il a noté que "{l}a répartition des brevets {était} uniforme dans tous les contrats et accords de R&D conclus par le gouvernement des États-Unis, mais celle des "droits d'utilisation des données" diff{érait} (selon la mesure dans laquelle les coûts {étaient} partagés)".[1219] Il a expliqué tandis que toute donnée communiquée dans le cadre d'un contrat d'achat de R&D financé uniquement par les pouvoirs publics était une "donnée visée par des droits illimités", dans le cas des instruments d'aide, les pouvoirs publics acquéraient seulement des données visées par des "droits limités", ce qui signifiait qu'ils pouvaient communiquer ou divulguer les données en dehors des pouvoirs publics uniquement à des fins publiques.[1220]

577. Enfin, le Groupe spécial a examiné si les transactions "comportaient les éléments habituels d'un achat de services".[1221] À cet égard, il a indiqué que les contrats d'achat de R&D différaient des instruments d'aide à la R&D en ce qui concerne le versement d'une rémunération ou d'un bénéfice. Alors que les instruments d'aide à la R&D de l'USDOD ne prévoyaient pas de rémunération ni de bénéfice, il apparaissait que tous les contrats d'achat présentés au Groupe spécial prévoyaient le versement d'une rémunération.[1222]

578. Sur la base de ce qui précéde, le Groupe spécial a conclu que les instruments d'aide de l'USDOD n'étaient pas qualifiés à juste titre d'achats de services, mais que les contrats d'achat de l'USDOD l'étaient.[1223] Il a noté que la distinction entre les contrats d'achat et les instruments d'aide "ne {venait} pas de son propre fait"[1224], mais avait plutôt été portée à son attention par les États-Unis.[1225]

[1218] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1148.
[1219] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1149.
[1220] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1149 et 7.1150. (italique omis) Le Groupe spécial a ajouté que "toutefois", les pouvoirs publics "{pouvaient} "utiliser, modifier, communiquer, reproduire, exécuter, présenter ou divulguer" ces données financées conjointement "au sein des pouvoirs publics sans restriction"". (*Ibid.*, note de bas de page 2723 relative au paragraphe 7.1150 (faisant référence au *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, article 227.7103-4 a) 1) (pièce EC-590 présentée au Groupe spécial)))
[1221] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1151.
[1222] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1151.
[1223] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1153.
[1224] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1153.
[1225] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1153 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, note de bas de page 75 relative au paragraphe 90). Le Groupe spécial a noté que, bien que les Communautés européennes aient fait valoir que la considération des types d'instrument était "trop formaliste" pour orienter l'analyse, les États-Unis avaient affirmé que, en vertu de la législation des États-Unis, le type d'instrument déterminait les clauses du contrat qui pouvaient être incluses. (*Ibid.* (faisant

579. Pour conclure, le Groupe spécial a examiné certains des arguments spécifiques avancés par les parties concernant la qualification des mesures de l'USDOD.[1226] Il a rejeté divers arguments présentés par les États-Unis à l'appui de leur thèse selon laquelle les instruments d'aide sont qualifiés à juste titre d'achats de services.[1227] Il a dit qu'il n'était pas persuadé par les arguments des États-Unis selon lesquels les technologies développées en vertu des programmes de R&D de l'USDOD n'étaient ni "technologiquement applicables" aux aéronefs commerciaux (du fait des missions et sensibilités aux coûts différentes des aéronefs militaires et des aéronefs commerciaux), ni "juridiquement applicables" aux aéronefs commerciaux (en raison de la décision de Boeing de faire en sorte que le 787 soit exempté du Règlement relatif au trafic d'armes international (l'"ITAR")).[1228] Le Groupe spécial a également rejeté l'assertion des États-Unis selon laquelle l'ITAR "empêche effectivement" Boeing d'utiliser pour ses LCA tous travaux de R&D effectués en vertu des contrats d'achat et des instruments d'aide de l'USDOD visant la R&D.[1229]

580. Le Groupe spécial a ensuite examiné les arguments des Communautés européennes selon lesquels les contrats d'achat de R&D de l'USDOD n'étaient pas des achats de services. Il a rejeté un certain nombre d'arguments des Communautés européennes, à savoir: que les contrats de R&D de l'USDOD n'étaient pas des achats de services parce qu'ils "se rapport{ai}ent à l'achat de biens par {l'US}DOD" (c'est-à-dire les aéronefs militaires et autres systèmes de défense que l'USDOD en fin de compte achetait[1230]); que la manière dont l'USDOD finançait la R&D était "un peu artificielle" parce qu'au lieu de verser un seul prix d'achat pour ses biens, l'USDOD payait pour la R&D à partir de son budget pour la RDT&E, puis il s'acquittait des coûts d'acquisition à partir de son budget pour les achats[1231]; que les contrats de R&D de l'USDOD n'étaient pas qualifiés à juste titre d'achats de services parce que l'USDOD transférait des ressources monétaires à Boeing dans le but de mener des

---

référence aux observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 19 du Groupe spécial, paragraphe 75))

[1226] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1154 à 7.1170.

[1227] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1157 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 92). En particulier, les États-Unis ont souligné que i) dans le cadre des instruments d'aide, Boeing s'engageait en général à exécuter un programme coordonné de recherche et développement conformément à un cahier des charges détaillé; ii) ces instruments établissaient un calendrier pour l'exécution des travaux de recherche et liaient les versements à l'achèvement des tâches demandées; et iii) ils précisaient que les coûts seraient régis par les mêmes règles que celles applicables aux contrats et que Boeing présenterait un rapport final ainsi que des rapports trimestriels et des rapports sur la réalisation de certaines étapes importantes. (*Ibid.*, paragraphe 7.1155)

[1228] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1158.

[1229] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1160.

[1230] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1162 (citant, en y faisant référence, la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 454).

[1231] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1163 (faisant référence à la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 475 et 476).

activités de R&D à double usage[1232]; que les contrats de R&D de l'USDOD en cause ne comportaient pas les "éléments habituels d'un achat"[1233]; que les contrats n'étaient pas des achats de services parce que Boeing n'offrait de tels services de R&D qu'à la NASA et à l'USDOD[1234]; que les contrats de l'USDOD n'étaient pas des achats de services parce qu'ils n'affectaient pas exclusivement le commerce des services[1235]; et, enfin, que les contrats d'achat de l'USDOD n'étaient pas des achats de services parce qu'ils aidaient Boeing à développer la technologie qu'elle utilisait pour ses LCA.[1236]

581. Sur la base de ce qui précède, le Groupe spécial a conclu ce qui suit en ce qui concerne les contrats d'achat de R&D de l'USDOD:

> Les éléments de preuve se rapportant à la R&D aéronautique {de l'US}DOD … amènent à conclure que les travaux effectués par Boeing en vertu de ses contrats de R&D aéronautique avec {l'US}DOD étaient principalement à l'avantage et pour l'usage {de l'US}DOD, et qu'ils sont donc qualifiés à juste titre d'"achats de services". Par conséquent, le Groupe spécial constate que les versements et l'accès aux installations accordés à Boeing en vertu des contrats {de l'US}DOD ne sont pas des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1).[1237]

582. Par contre, en ce qui concerne les instruments d'aide à la R&D de l'USDOD, le Groupe spécial a conclu ce qui suit:

> … les éléments de preuve démontrent que les travaux effectués par Boeing en vertu de ses "instruments d'aide" à la R&D aéronautique conclus avec {l'US}DOD étaient principalement à l'avantage et pour l'usage de Boeing elle-même. En conséquence, le Groupe spécial conclut que les accords de R&D {de l'US}DOD (c'est-à-dire les "instruments d'aide") conclus avec Boeing ne sont pas qualifiés à juste titre d'"achats de services". Le Groupe spécial constate donc que les versements faits à Boeing en vertu de ces accords sont visés par l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC en tant que transfert direct de fonds. Il constate en outre que l'accès aux installations {de l'US}DOD accordé à Boeing en vertu de ces accords constitue la

[1232] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1165 (faisant référence à la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 453).
[1233] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1166 (faisant référence à la réponse des Communautés européennes à la question n° 15 c) du Groupe spécial; et aux observations des Communautés européennes sur la réponse des États-Unis à la question n° 20 a) du Groupe spécial, paragraphe 75).
[1234] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1167.
[1235] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1168 (faisant référence à la réponse des Communautés européennes à la question n° 15 c) du Groupe spécial, paragraphe 66).
[1236] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1170.
[1237] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1171.

> fourniture de biens ou de services au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.[1238] (note de bas de page omise)

3. Approche générale du Groupe spécial

583. L'Union européenne et les États-Unis formulent leurs appels respectifs sur la base de l'examen effectué par le Groupe spécial, c'est-à-dire celui de la question de savoir si les achats de services sont exclus du champ de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* et, dans l'affirmative, si les mesures contestées peuvent être qualifiées à juste titre d'achats de services. En appel, les deux participants tiennent donc pour acquises les conditions auxquelles le Groupe spécial s'est livré à l'analyse de la question dont il était saisi.

584. Nous notons que la qualification des mesures contestées par les Communautés européennes a été vivement remise en question dès le début du présent différend. Dans leur première communication écrite au Groupe spécial, les Communautés européennes ont qualifié les versements faits à Boeing dans le cadre des mesures de la NASA et de l'USDOD contestées de transferts directs de fond entrant dans le champ de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*.[1239] Les Communautés européennes ont aussi allégué que les autres formes de soutien accordé dans le cadre des mesures constituaient la fourniture de biens et de services au sens de l'article 1.1 a) 1) iii).[1240] Les États-Unis ont répondu que les mesures en vertu desquelles ces versements et autres formes de soutien étaient accordés étaient qualifiées à juste titre d'achats de services, catégorie de transactions dont ils alléguaient qu'elle était exclue du champ de l'article 1.1 a) 1) i).[1241]

585. Le Groupe spécial était donc confronté à des qualifications opposées des mesures de la NASA et de l'USDOD dont il était saisi. Cependant, au lieu de résoudre d'abord le différend au sujet de la qualification appropriée des mesures, le Groupe spécial s'est lancé dans un exercice d'interprétation reposant sur l'hypothèse selon laquelle les mesures étaient des achats de services. Ce n'est qu'après avoir achevé son exercice d'interprétation sur la base de cette hypothèse que le Groupe spécial est revenu à la question de savoir quelle était la qualification appropriée des mesures en cause. Cela semble une curieuse approche. Il semblerait plus logique de déterminer d'abord la question de la qualification appropriée des mesures en cause et, une fois que les mesures ont été dûment

[1238] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1171.
[1239] Voir, par exemple, la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 524, 650 et 762; et la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 332 à 334 et 362.
[1240] Voir la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 524 à 650 et 762; et la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 335 et 398.
[1241] Voir, par exemple, la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 41 à 48.

déterminées, d'examiner la question de savoir si ces types de mesures entrent dans le champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.[1242]

586. L'Organe d'appel a dit qu'un "groupe spécial {devait} passer au crible la mesure dont il {était} saisi, tant dans sa conception que dans son fonctionnement, et en déterminer les principales caractéristiques"[1243], et qu'"{e}n procédant à une évaluation objective de l'applicabilité des dispositions spécifiques des accords visés à une mesure dont il {était} saisi à bon droit, un groupe spécial {devait} en identifier *toutes* les caractéristiques pertinentes et reconnaître celles qui constitu{aient} l'essence de la mesure elle-même, et celles auxquelles il {fallait} accorder le plus d'importance afin de qualifier l{a mesure} pertinente et, ainsi, de déterminer correctement la ou les disciplines auxquelles elle {était} assujettie en vertu des accords visés".[1244] L'Organe d'appel a donc précisé qu'une détermination correcte sur le point de savoir quelle disposition des Accords de l'OMC s'appliquait à une mesure donnée devait être fondée sur une compréhension correcte des caractéristiques pertinentes de la mesure. À cet égard, nous notons que la classification d'une transaction dans le droit interne n'est pas "déterminante"[1245] pour la question de savoir si cette mesure peut être qualifiée de contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. En outre, l'Organe d'appel a "examiné le sens de la législation nationale d'un Membre, telle qu'elle est libellée, pour déterminer si la qualification juridique par le groupe spécial était erronée, en particulier quand l'allégation présentée au Groupe spécial portait sur la question de savoir si un instrument spécifique de la législation nationale était, en tant que tel, incompatible avec les obligations du Membre".[1246]

587. Nous notons qu'en l'espèce, le Groupe spécial n'est pas parvenu en fin de compte à une qualification définitive des contrats d'achat de la NASA et des instruments d'aide de l'USDOD. Selon

---

[1242] Dans les arguments qu'elles ont présentés au Groupe spécial, les parties semblaient admettre que, dans son évaluation du type de contribution financière, le Groupe spécial était tenu de déterminer la nature des mesures dont il était saisi. Les Communautés européennes ont dit ce qui suit:

> {e}n ce qui concerne la contribution financière, les Communautés européennes et les États-Unis conviennent tous deux que "c'est le fond de la transaction qui doit orienter l'analyse du point de savoir si elle constitue une contribution financière et, dans l'affirmative, de quel type". Les Communautés européennes ont expliqué qu'un examen de fond des contrats de la NASA et {de l'US}DOD en cause montrait qu'ils donnaient lieu à des transferts directs de fonds et à la fourniture de biens et de services, puisqu'ils transfèrent des ressources économiques à Boeing.

(Déclaration orale des Communautés européennes à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 46 (citant les observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 20 du Groupe spécial, paragraphe 76) (notes de bas de page omises))

[1243] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 171.

[1244] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 171. (italique dans l'original)

[1245] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 56.

[1246] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 225 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 106).

le Groupe spécial, ces mesures ne sont pas des achats de services ni des dons.[1247] Cependant, après avoir rejeté la qualification préconisée par chaque partie, le Groupe spécial n'a jamais rendu un avis définitif sur ce qu'il considérait comme la qualification correcte de ces mesures. Il est plutôt parvenu à la conclusion que les versements et autres formes de soutien étaient des contributions financières par exclusion. Cette conclusion semble procéder mécaniquement de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les contrats d'achat de la NASA et les instruments d'aide de l'USDOD *ne sont pas* des achats de services. La raison pour laquelle une conclusion – selon laquelle les mesures pertinentes sont des transferts directs de fonds – découle mécaniquement de l'autre – selon laquelle les mêmes mesures ne sont pas des achats de services – n'est pas expliquée par le Groupe spécial.

588. L'autre particularité surprenante de l'approche du Groupe spécial est qu'il a structuré son examen comme s'il cherchait à déterminer si une catégorie de mesures non expressément mentionnée (achats de services) était "exclue" du champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Nous ne savons pas très bien pourquoi, compte tenu des arguments avancés par les Communautés européennes selon lesquels les versements faits au titre des contrats entraient *dans* le champ de l'article 1.1 a) 1) i) parce qu'il s'agissait de dons – catégorie de contributions financières expressément mentionnée dans cette disposition – le Groupe spécial est parti du principe qu'il était tenu de déterminer si les achats de services – catégorie qui n'est *pas* mentionnée dans cette disposition – étaient exclus de son champ d'application.

589. Nous considérons que le Groupe spécial aurait dû d'abord examiner les mesures pour déterminer leurs caractéristiques pertinentes et puis examiner si, à la lumière d'une interprétation correcte de l'article 1.1 a) 1), ces mesures, dûment qualifiées entraient dans le champ de cette disposition. Étant donné que le Groupe spécial n'a pas procédé à une analyse appropriée de la qualification des mesures en cause, nous commençons, dans la sous-section 4, par un examen des mesures dont nous sommes saisis en appel – à savoir, les contrats d'achat de la NASA et les instruments d'aide de l'USDOD – afin de déterminer quelles sont leurs caractéristiques pertinentes. Ensuite, dans la sous-section 5, nous examinons les termes et le champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Enfin, dans la sous-section 6, nous déterminons si, à la lumière de leurs caractéristiques pertinentes, les contrats d'achat de la NASA et les instruments d'aide de l'USDOD relèvent de l'une quelconque des quatre catégories de contributions financières visées par l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.

[1247] Voir, respectivement, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1027 et 7.1171; et paragraphe 7.1100, note de bas de page 2552 relative au paragraphe 7.1027, et note de bas de page 2757 relative au paragraphe 7.1171.

590. Nous notons que la conclusion au sujet de la qualification appropriée des mesures peut avoir des conséquences pour la portée de notre examen. Par exemple, si nous devions constater que les mesures sont d'un type qui entre dans le champ de l'article 1.1, nous n'aurions aucune raison d'examiner si les achats de services entrent dans le champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Le point de savoir si les achats de services sont ou non visés par l'article 1.1 a) 1) serait dénué de pertinence pour la question de savoir si les mesures dont nous sommes saisis – les contrats d'achat de la NASA et les instruments d'aide de l'USDOD – constituent des contributions financières. Cela priverait de son objet l'appel des Communautés européennes concernant l'interprétation du Groupe spécial selon laquelle les achats de services sont exclus du champ de l'article 1.1 a) 1) i). Cela priverait également de son objet l'appel des États-Unis concernant l'application par le Groupe spécial du critère qu'il a établi pour déterminer si les mesures pouvaient être qualifiées à juste titre d'achats de services.

591. Avant d'aller plus loin, nous tenons à formuler une remarque générale au sujet du critère appliqué par le Groupe spécial pour déterminer si les mesures pouvaient être qualifiées à juste titre d'achats de services. Il s'avère que le critère du Groupe spécial présente pour nous un intérêt limité compte tenu de l'approche analytique que nous avons adoptée. Nous reconnaissons également qu'aucun des deux participants n'a directement contesté en appel le critère établi par le Groupe spécial pour déterminer si les mesures pouvaient être qualifiées à juste titre d'achats de services. Nous tenons à noter certaines préoccupations que nous avons au sujet du critère du Groupe spécial. Premièrement, nous avons du mal à comprendre le fondement juridique du critère, qui ne nous paraît pas être fondé sur les termes de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. En outre, tel qu'il est formulé, en exigeant un examen de la mesure dans laquelle l'une ou l'autre partie (Boeing, ou les pouvoirs publics/tierces parties non liées) retire un "avantage" disproportionné de la transaction, nous craignons que le critère comporte un risque d'amalgame entre les l'éléments "contribution financière" et "avantage" d'une analyse de la subvention.[1248] Enfin, l'utilisation par le Groupe spécial du terme "avantage" dans son critère "principalement à l'avantage et pour l'usage" est quelque peu trompeuse, car ce terme a un sens juridique particulier au titre de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.

4. Quelle est la qualification appropriée des mesures de la NASA/l'USDOD en cause?

592. Nous passons aux mesures dont nous sommes saisis en appel, à savoir les contrats d'achat de la NASA et les instruments d'aide de l'USDOD.

[1248] Nous avons connaissance des constatations antérieures de l'Organe d'appel selon lesquelles ces deux examens devraient rester distincts. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 157.)

a) Contrats d'achat de la NASA

593. Le cadre législatif et réglementaire des États-Unis indique que les contrats d'achat sont les instruments utilisés lorsque le gouvernement des États-Unis entend faire un achat.[1249] La dénomination donnée à un instrument dans le droit interne n'est toutefois pas déterminante et ne peut pas marquer la fin de notre analyse, comme les États-Unis l'ont reconnu devant le Groupe spécial.[1250] Nous poursuivons donc notre évaluation en examinant les autres caractéristiques des mesures.

594. Les États-Unis ont fait valoir que, dans le cadre des contrats d'achat, la NASA a rémunéré Boeing pour fournir des services de recherche.[1251] Il n'est pas contesté que la NASA a fait des versements à Boeing dans le cadre des contrats d'achat; cependant, la NASA a fait plus que rémunérer Boeing pour effectuer de la R&D. Les transactions sont composites en ce sens qu'elles comportent divers éléments. Certaines des transactions impliquaient aussi que la NASA accorde à Boeing un accès à ses équipements, installations et employés pour réaliser le projet de recherche. Par exemple, conformément au contrat NAS1-20546, la NASA était tenue de mettre à la disposition de McDonnell Douglas une machine à coudre automatisée à une aiguille et une machine à coudre à plusieurs aiguilles.[1252] Aux termes du contrat NAS1-20553, la NASA était tenue de fournir à Boeing une machine-outil de moulage par injection de résine ("RTM"), un mandrin pour enroulement, une puissante machine de durcissement et une machine-outil RTM et tressage, entre autres choses.[1253] Le contrat NAS1-97040 engage la NASA à fournir à Boeing des antennes réseau à commande de phase,

[1249] Selon la législation des États-Unis, "les contrats d'achat sont les instruments juridiques appropriés pour acquérir de{s} … biens ou services". *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, article 21.605, lequel définit le terme "acquisition" comme suit:

> {L}'acquisition (par achat, location ou troc) de biens ou services directement à l'avantage ou pour l'usage du gouvernement des États-Unis (voir une définition plus détaillée dans 48 CFR 2.101). Conformément à 31 U.S.C. 6303, les contrats d'achat sont les instruments juridiques appropriés pour acquérir de tels biens ou services.

Le Titre 48, article 35.003 (pièce US-23 présentée au Groupe spécial) donne des détails sur l'obligation d'utiliser un contrat pour les acquisitions:

> a) *Utilisation de contrats*. Les contrats sont utilisés uniquement lorsque le but principal est l'acquisition de fournitures ou de services directement à l'avantage ou pour l'usage du gouvernement fédéral. Les dons ou accords de coopération devraient être utilisés lorsque le but principal de la transaction est d'encourager ou de soutenir la recherche et développement pour un autre but d'utilité publique.

[1250] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1131.

[1251] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.975.

[1252] Award contract between NASA and McDonnell Douglas Corporation, n° NAS1-20546, 18 septembre 1995 (pièce EC-324 présentée au Groupe spécial). Les États-Unis ne contestent pas que les deux machines ont été fournies par la NASA. Ils font plutôt valoir que "les machines n'ont pas été fournies dans le cadre d'une action distincte des pouvoirs publics, mais plutôt en tant que partie intégrante des conditions du contrat portant sur des achats de services passé entre la NASA et McDonnell Douglas". (Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, note de bas de page 333 relative au paragraphe 231)

[1253] Award contract between NASA and Boeing Commercial Airplane Group, n° NAS1-20553, 25 septembre 1995 (pièce EC-334 présentée au Groupe spécial).

un banc d'essai en soufflerie, des transducteurs, des adaptateurs pour instruments, des capteurs anémométriques et un banc d'essai en soufflerie supplémentaire.[1254] Le dossier du Groupe spécial indique également que certains des contrats accordés à Boeing dans le cadre du programme ACT prévoyaient des équipes de recherche qui comprenaient des employés de la NASA.[1255]

595. Le Groupe spécial a accordé une importance considérable à l'accès aux installations, équipements et employés accordé par la NASA et il a conclu que la valeur de cet accès était sensiblement plus élevée que celle des versements. Il a estimé la valeur des versements à 1,05 milliard de dollars, alors que l'accès aux équipements, installations et employés avait, selon les estimations, une valeur de 1,55 milliard de dollars.[1256] Ainsi, dans le cadre des mesures en cause, la NASA accorde à Boeing un financement, ainsi qu'un accès à ses installations, équipements et employés, tandis que Boeing fournit le travail de ses propres employés ainsi que l'utilisation de ses propres installations. Par conséquent, en plus du financement accordé par la NASA, les transactions comprennent la mise en commun par la NASA et Boeing de ressources non monétaires et d'employés. Une autre caractéristique pertinente est que les objets des recherches sont souvent déterminés dans le cadre d'un arrangement de collaboration entre la NASA et l'industrie aéronautique des États-Unis. Comme il est indiqué plus en détail ci-après, il s'agissait d'un aspect des mesures que le Groupe spécial avait mis en lumière dans son analyse du préjudice grave.[1257]

596. Il ressort clairement des contrats d'achat de la NASA et des arguments avancés par les États-Unis que des renseignements scientifiques et techniques, des découvertes et des données font partie des résultats escomptés de la recherche menée conjointement par Boeing et la NASA. Les renseignements scientifiques et techniques peuvent être regroupés dans des rapports, les découvertes peuvent être brevetables et les données peuvent aussi faire l'objet d'une certaine protection de la propriété intellectuelle et de prescriptions en matière de non-divulgation. Boeing et la NASA ont des droits différents sur l'utilisation des résultats de la recherche. Boeing et la NASA bénéficient toutes

[1254] Award contract between NASA and Boeing Commercial Airplane Group, n° NAS1-97040, 10 janvier 1997 (pièce US-421 présentée au Groupe spécial).

[1255] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1711 et notes de bas de page 3602 à 3605 y relatives.

[1256] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1109. Les États-Unis ont fait appel de la constatation du Groupe spécial quant à la valeur totale de l'accès aux installations, équipements et employés accordé par la NASA à Boeing. L'appel des États-Unis vise l'estimation par le Groupe spécial des versements faits par la NASA à Boeing, laquelle a ensuite servi à estimer la valeur de l'accès aux installations, équipements et employés. Comme le Groupe spécial l'a fait observer, même si l'on utilisait l'estimation établie par les États-Unis des versements faits par la NASA à Boeing (775 millions de dollars), la valeur de l'accès aux installations, équipements et employés serait de 1,17 milliard de dollars. (*Ibid.*, paragraphe 7.1099) Nous reconnaissons que ce montant peut inclure l'accès aux installations, équipements et employés accordé en vertu d'accords conclus au titre de la Loi sur l'espace et non de contrats d'achat. Néanmoins, les États-Unis semblaient indiquer au Groupe spécial que la valeur des biens et services fournis dans le cadre des accords conclus au titre de la Loi sur l'espace était d'environ 88 millions de dollars. (*Ibid.*, paragraphe 7.1092)

[1257] Voir, *infra*, le paragraphe 609.

deux d'un accès aux renseignements scientifiques recueillis dans le cadre de la recherche. La propriété de toute invention découverte dans le cadre de la recherche reviendra à Boeing conformément aux dispositions de la NASA relatives à l'abandon des droits.[1258] Le gouvernement des États-Unis (dont la NASA fait partie) reçoit une licence sans redevance pour l'utilisation par les pouvoirs publics/à des fins publiques qui lui permet d'utiliser l'invention visée.[1259] En vertu de cet arrangement, Boeing n'est pas tenue de verser des redevances à la NASA en échange de toutes rétributions commerciales en résultant.[1260] Boeing obtient les droits afférents aux données produites dans le cadre des activités de recherche, tandis que le gouvernement des États-Unis reçoit une licence sans redevance assortie de "droits illimités" d'utilisation, à des fins publiques, de toutes données produites par le contractant dans le cadre de ses activités de recherche financées par la NASA.[1261] Certains des contrats comprennent des clauses concernant les "Données visées par des droits exclusifs limités" ("LERD"), qui limitent les "droits illimités" par ailleurs que le gouvernement des États-Unis aurait normalement eus sur les données produites dans le cadre des activités de recherche contractuelle. Comme le Groupe spécial l'a expliqué, les clauses LERD confèrent à Boeing le droit exclusif d'exploiter des technologies fondamentales développées dans le cadre de certains contrats avec la NASA pendant une période d'au moins cinq ans à compter de la date à laquelle les données sont notifiées. Le Groupe spécial a en outre expliqué que "{l}es contrats de R&D de la NASA qui contenaient des clauses LERD concernaient des "situation{s} de financement conjoint", c'est-à-dire que des contractants "affectaient une partie importante de leurs propres ressources aux activités de recherche visées par les contrats"".[1262] C'est pourquoi, lorsque l'on considère le côté des extrants des transactions, nous ne voyons pas un échange direct de ressources monétaires pour un certain type de contrepartie non monétaire. Au contraire, les fruits de la recherche sont partagés entre Boeing et la NASA. Le fait que les résultats de la recherche peuvent être partagés d'une manière asymétrique ne change rien à la conclusion selon laquelle la recherche est un arrangement collaboratif.

597. En résumé, nous considérons que ces transactions comportent la fourniture de fonds par la NASA et une mise en commun de ressources non monétaires (comme l'accès aux équipements, installations et employés) du côté des intrants.[1263] Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, elles comportent également un certain partage des fruits de la recherche du côté extrants. Les transactions sont des arrangements collaboratifs de caractère composite en ce sens qu'elles comportent divers éléments qui sont liés entre eux. Les arrangements s'apparentent à une sorte de coentreprise.

[1258] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1288 à 7.1290; voir aussi le paragraphe 7.1024.
[1259] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1024.
[1260] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1024.
[1261] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1024.
[1262] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1024.
[1263] Comme il a été noté *supra*, au paragraphe 595, il apparaîtrait que Boeing a affecté ses propres fonds à certains des projets de recherche.

598. Plusieurs des déclarations de responsables de la NASA citées par le Groupe spécial mettent en avant le partenariat entre la NASA et l'industrie aérospatiale des États-Unis.[1264] Bien que nous ne croyions pas qu'il serait approprié d'accorder trop d'importance à ces déclarations – étant donné que les responsables de la NASA auraient eu intérêt à exagérer cette coopération pour justifier l'obtention d'un financement pour la NASA – ces déclarations étayent néanmoins davantage la conclusion selon laquelle les transactions conclues entre Boeing et la NASA sont constituées d'un certain nombre d'éléments et sont de nature collaborative.

599. Par exemple, le Groupe spécial cite la réponse de l'administrateur de la NASA à une question du Comité sénatorial des États-Unis sur le commerce, la science et le transport, dans laquelle il est dit ce qui suit:

> La NASA effectue généralement ses travaux de recherche en coopération avec l'industrie aéronautique, ce qui assure des mécanismes directs pour le transfert de technologie. Nous mettons toutefois les bouchées doubles pour intensifier et améliorer la participation de l'industrie à la planification et à la mise en œuvre de nos programmes. De plus, une grande partie des investissements en aéronautique, à compter de l'exercice 1994, vise à développer les technologies à un stade plus avancé, en réduisant les risques suffisamment pour permettre à l'industrie de procéder à la commercialisation. La participation de l'industrie au programme de la NASA devrait permettre aux constructeurs de poursuivre aisément le développement technologique dans le cadre de la commercialisation, comme ils le souhaitent. De plus, l'avantage naturel dont la branche de production des États-Unis bénéficie du fait de sa participation directe au programme de développement technologique de la NASA sera renforcé par des contrats et accords de coopération avec la NASA …[1265]

Nous notons que, dans la déclaration citée ci-dessus, l'administrateur de la NASA affirme que le "partenariat direct" entre la NASA et l'industrie aérospatiale des États-Unis est renforcé par des *contrats* et accords de coopération avec la NASA.

600. Dans une autre déclaration citée par le Groupe spécial, l'administrateur de la NASA minimise l'importance du financement accordé par la NASA et fait plutôt ressortir l'importance du partenariat:

[1264] Voir, *infra*, le paragraphe 609.

[1265] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.988 (citant Competitiveness of the Aerospace Industry Hearing on S.419 before the US Senate Committee on Commerce, Science, and Transportation, 103rd Congress, first session (19 mai 1993) (pièce EC-273 présentée au Groupe spécial), page 81).

> {S}i les Européens apportent de légères améliorations marginales avec ce que nous disons maintenant, nous leur damerons le pion. L'ingrédient magique n'est pas l'argent. C'est le partenariat.[1266]

601. Après avoir examiné les contrats d'achat de la NASA, nous passons ensuite aux instruments d'aide de l'USDOD.

b) Instruments d'aide de l'USDOD

602. Les instruments d'aide de l'USDOD dont nous sommes saisis comprennent des accords de coopération et des accords d'investissement dans la technologie, qui sont les uns et les autres considérés comme des instruments utilisés pour fournir une "aide" au titre de la réglementation fédérale des États-Unis. Ils comprennent aussi certaines "autres transactions" conclues par l'USDOD au titre de l'article 2371 du titre 10 du *Code des États-Unis*. Il s'agit de transactions autres que des contrats, des accords de coopération et des dons qui peuvent être conclues pour réaliser des projets de recherche fondamentale, appliquée et avancée.

603. Le Groupe spécial a noté que le droit des États-Unis établissait une distinction entre l'"aide" et l'"acquisition". L'"aide" est définie comme suit:

> § 21.615 Aide
>
> Le transfert d'une chose de valeur à un bénéficiaire pour réaliser un objectif public de soutien ou d'encouragement autorisé par une loi des États-Unis (voir 31 U.S.C. 6101 3)). Les dons, accords de coopération et accords d'investissement dans la technologie sont des exemples d'instruments juridiques utilisés pour fournir une aide.

Par contre, l'"acquisition" est définie comme suit:

> {L}'acquisition (par achat, location ou troc) de biens ou services directement à l'avantage ou pour l'usage du gouvernement des États-Unis (voir une définition plus détaillée dans 48 CFR 2.101). Conformément à 31 U.S.C. 6303, les contrats d'achat sont les instruments juridiques appropriés pour acquérir de tels biens ou services.[1267]

[1266] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.987 (citant la déclaration de l'administrateur de la NASA, Dan Goldin, témoignant devant le Congrès le 24 avril 2001, Senate Hearing on Science, Technology and Space of the Committee on Commerce, Science and Transportation, FDCH Political Transcripts (pièce EC-292 présentée au Groupe spécial), page 13).

[1267] *United States Code of Federal Regulations*, Titre 32, article 21.605.

604. La première chose qui nous frappe quand nous examinons les transactions de l'USDOD c'est que le libellé de la définition de l'"aide" dans la réglementation fédérale est semblable à celui de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*. Comme l'article 1.1 a) 1) i), la définition de l'"aide" fait référence à un "transfert" des pouvoirs publics à une entreprise. Elle nous rappelle aussi la déclaration de l'Organe d'appel selon laquelle l'"évaluation de l'existence d'une contribution financière suppose un examen de la nature de la transaction au moyen de laquelle quelque chose ayant une valeur économique est transféré par les pouvoirs publics".[1268] Néanmoins, comme nous l'avons dit plus haut, la dénomination particulière que le droit interne donne à une transaction n'est pas déterminante, et nous devons donc examiner les principales caractéristiques des mesures dont nous sommes saisis. Comme nous l'avons fait pour les contrats d'achat de la NASA, nous examinerons les côtés "intrants" et "extrants" des transactions réalisées dans le cadre des instruments d'aide de l'USDOD.

605. Une deuxième caractéristique qui ressort nettement en ce qui concerne les instruments d'aide est que l'USDOD et Boeing affectent tous deux des ressources financières au projet de recherche. C'est une caractéristique que les États-Unis ont soulignée dans leur appel concernant les constatations de l'existence d'un avantage formulées par le Groupe spécial.[1269] Notre examen des instruments d'aide versés au dossier confirme qu'ils engagent Boeing à affecter des ressources financières au projet, même si, dans tous les cas, l'USDOD finance au moins 50 pour cent des coûts. Autrement dit, les instruments d'aide prévoient le financement conjoint des projets de recherche.

606. Une autre caractéristique qu'il convient de noter est l'ampleur de la contribution de l'USDOD qui est requise dans le cadre des accords de coopération, un des instruments que le Groupe spécial a inclus parmi les instruments d'aide. Les États-Unis eux-mêmes ont établi une distinction entre les accords de coopération et les dons en faisant observer que "le gouvernement "contribuera substantiellement" aux travaux réalisés dans le cadre d'un accord de coopération, y compris par la collaboration, la participation ou l'intervention".[1270]

607. En outre, comme pour les contrats d'achat de la NASA, l'USDOD fait plus que financer les projets. L'USDOD accorde aussi à Boeing un accès à ses installations dans le cadre de certains des instruments d'aide.[1271] De plus, comme le Groupe spécial l'a noté dans son analyse du préjudice grave, les objets des recherches sont souvent décidés en collaboration par l'USDOD et Boeing.[1272]

[1268] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 52.
[1269] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 119.
[1270] Réponse des États-Unis à la question n° 20 a) du Groupe spécial, paragraphe 45 (citant le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 32, article 22.215 a) 2) (pièce US-1214 présentée au Groupe spécial)).
[1271] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1171.
[1272] Voir, *infra*, le paragraphe 609.

Ainsi, sous l'angle du financement, les mesures comportent la mise en commun de ressources monétaires et non monétaires.

608. S'agissant des extrants devant résulter des transactions, nous notons que la situation est semblable à celle des contrats d'achat de la NASA. Les renseignements scientifiques sont partagés entre les parties. Boeing acquiert la propriété de toutes inventions et le gouvernement des États-Unis obtient une licence sans redevance pour l'utilisation par les pouvoirs publics/à des fins publiques qui lui permet d'utiliser l'invention.[1273] Boeing obtient aussi des droits sur l'utilisation des données.[1274] Pour sa part, le gouvernement des États-Unis obtient seulement des "droits limités" sur l'utilisation des données. Ces droits sont plus limités dans le cas des instruments d'aide que dans celui des contrats d'achat de la NASA parce que Boeing cofinance la recherche menée en vertu des instruments d'aide de l'USDOD. Le Groupe spécial a expliqué que, dans ces cas, les pouvoirs publics "peuvent {en général} communiquer ou divulguer les données en dehors des pouvoirs publics *uniquement* à des fins publiques (droits à des fins publiques)".[1275] Il a en outre noté que "la durée de validité de ces "droits à des fins publiques" {était} négociable, la période de référence étant de cinq ans, sous réserve de négociations entre les parties".[1276] Par conséquent, du point de vue des extrants, ces mesures comportent le partage des fruits de la recherche.

609. En conséquence, les transactions effectuées au titre des instruments d'aide de l'USDOD sont composites en ce sens qu'elles comportent une combinaison de financement et d'accès aux installations. Elles sont de nature collaborative en ce sens qu'elles comprennent la mise en commun des ressources monétaires et non monétaires de l'USDOD et Boeing du côté des intrants et un certain partage des fruits de la recherche entre l'USDOD et Boeing du côté des extrants. De fait, devant le Groupe spécial, les États-Unis ont décrit les instruments d'aide comme des transactions dans lesquelles l'"{US}DOD et le contractant apport{aient} *tous deux* des ressources pour réaliser un but commun à l'avantage de l'un et de l'autre".[1277] Comme nous l'avons fait observer précédemment, ce ne

[1273] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1149.

[1274] Le Groupe spécial a noté ce qui suit, "{e}n règle générale, les contractants sont propriétaires de toutes les données techniques (c'est-à-dire des droits d'utilisation des données) produites au moyen d'un financement des pouvoirs publics des États-Unis et peuvent les utiliser à leurs propres fins commerciales". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1296)

[1275] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1150 (citant le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, article 227.7103-4 a) 1) (pièce EC-590 présentée au Groupe spécial)). (italique ajouté par le Groupe spécial) Le Groupe spécial a précisé, toutefois, que les pouvoirs publics pouvaient "utiliser, modifier, communiquer, reproduire, exécuter, présenter ou divulguer" ces données financées conjointement "au sein des pouvoirs publics sans restriction". (*Ibid.*, note de bas de page 2723 relative au paragraphe 7.1150 (citant le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, article 227.7103-4 a) 1)))

[1276] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1150 (citant le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, article 227.7103-5 b) 2) (pièce EC-590 présentée au Groupe spécial)).

[1277] Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 97. (italique dans l'original)

sont pas les caractéristiques habituelles d'une transaction d'achat. Elles ressemblent plutôt à un arrangement de coentreprise.

c) Description des transactions par le Groupe spécial dans son analyse du préjudice grave

610. Bien que dans son évaluation de la contribution financière, le Groupe spécial ne se soit pas attaché au caractère composite des mesures et à la relation de collaboration entre la NASA/l'USDOD et Boeing, il a effectivement mis en lumière ces caractéristiques dans la section de son rapport qui traite des allégations de préjudice grave formulées par les Communautés européennes. Il a dit que les subventions pour la R&D aéronautique fonctionnaient comme des "projets de recherche collaborative".[1278] Cette collaboration était évidente, selon le Groupe spécial, dans la façon dont les priorités de la recherche étaient déterminées. Par exemple, le Groupe spécial a constaté que "{l}es éléments de preuve montr{aient} que les activités de R&D étaient souvent menées sur instruction de l'industrie des États-Unis et en étroite collaboration avec elle".[1279] Il a en outre constaté qu'"il n'{était} guère surprenant que la recherche effectuée dans le cadre des programmes de R&D aéronautique porte principalement sur des domaines qui {avaient} une importance stratégique fondamentale pour la branche de production des aéronefs civils des États-Unis, étant donné que la définition du champ et du programme de recherche {avait} été établie en collaboration avec la branche de production".[1280] Le Groupe spécial a également fait référence à "la collaboration entre Boeing et la NASA pour la spécification et la planification des tâches de recherche que Boeing accomplirait pour la NASA".[1281] S'agissant des programmes ManTech et DUS&T de l'USDOD, il a fait observer que ces programmes "prévo{yaient} une collaboration avec la branche de production pour le développement des technologies, incluant des processus et pratiques de réduction des coûts qui {avaient} une application dans le secteur civil".[1282] En outre, il a formulé des constatations quant aux diverses composantes et à la nature collaborative du processus d'acquisition des connaissances. Il a constaté ce qui suit: "les éléments de preuve dont nous disposons sont compatibles avec le schéma selon lequel les concepts technologiques étudiés grâce aux subventions pour la R&D de la NASA et les technologies appliquées au 787 font pour l'essentiel partie du même processus d'élaboration de solutions à des problèmes techniques (au moyen d'un exercice collectif d'acquisition progressive des connaissances par tâtonnements impliquant dans une large mesure les mêmes équipes de personnes sur une longue période)".[1283] Il a de nouveau mentionné la nature collaborative des arrangements

[1278] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1746.
[1279] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1709.
[1280] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1745.
[1281] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1746.
[1282] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1740.
[1283] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1750.

entre Boeing et la NASA/l'USDOD dans la conclusion de son analyse du fonctionnement des subventions pour la R&D aéronautique:

> Pour les raisons qui viennent d'être exposées, nous définirions les subventions pour la R&D de la NASA comme étant des programmes de R&D ayant des objectifs stratégiques et une dimension commerciale importante et omniprésente, qui sont *exécutés en collaboration* avec la branche de production des États-Unis afin de lui apporter des avantages concurrentiels en finançant des activités de recherche à haut risque et forte rentabilité du type de celles que des sociétés individuelles ne sont pas susceptibles de financer par elles-mêmes. Les subventions pour la R&D {de l'US}DOD qui sont financées par le biais des programmes ManTech et DUS&T relevant du programme RDT&E {de l'US}DOD sont axées sur le développement de technologies "à double usage" *en collaboration* avec la branche de production des États-Unis.[1284] (pas d'italique dans l'original)

Par conséquent, l'examen par le Groupe spécial de la relation de collaboration entre Boeing, d'une part, et la NASA/l'USDOD, d'autre part, est compatible avec notre évaluation des principales caractéristiques et du caractère composite des transactions effectuées dans le cadre des contrats d'achat de la NASA et dans le cadre des instruments d'aide de l'USDOD.

d) Résumé des principales caractéristiques des mesures

611. Nous avons soigneusement étudié les transactions au titre des contrats d'achat de la NASA et au titre des instruments d'aide de l'USDOD, et nous avons pu identifier leurs principales caractéristiques. Les transactions se composent des éléments suivants. Les contrats d'achat de la NASA et les instruments d'aide de l'USDOD comportent l'engagement de ressources de la part des deux parties. Dans le cas des contrats d'achat de la NASA, cette dernière s'engage à fournir des ressources financières et permet l'utilisation de ses installations, équipements et employés, alors que Boeing fournit le travail de ses scientifiques et ingénieurs.[1285] Dans le cadre des instruments d'aide de l'USDOD, ce dernier s'engage à fournir des ressources financières et un accès à ses installations, et Boeing fournit le travail de ses scientifiques et ingénieurs, ainsi que ses propres ressources financières. Ces deux types d'instruments comportent donc des contributions monétaires et non monétaires. En outre, les objets des recherches sont souvent déterminés en collaboration par la NASA/l'USDOD et Boeing. Les fruits de la recherche sont partagés entre Boeing et la NASA ou entre Boeing et l'USDOD. Boeing obtient la propriété des inventions et des droits sur l'utilisation des données qui lui permettent de les utiliser à des fins commerciales, alors que le gouvernement des

[1284] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1764.
[1285] Comme il a été noté *supra*, au paragraphe 595, il apparaîtrait que Boeing a affecté des ressources financières à certains des projets de recherche.

États-Unis obtient une licence sans redevance pour utiliser la technologie ou les données à des fins publiques uniquement. Par conséquent, les transactions au titre des contrats d'achat de la NASA et au titre des instruments d'aide de l'USDOD s'apparentent à une sorte de coentreprise.

5. Types de contributions financières visés par l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*

612. Nous passons maintenant à l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*, qui dispose ce qui suit:

Définition d'une subvention

> 1.1 Aux fins du présent accord, une subvention sera réputée exister:
>
> a) 1) s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre (dénommé dans le présent accord les "pouvoirs publics"), c'est-à-dire dans les cas où:
>
> i) une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds (par exemple, sous la forme de dons, prêts et participation au capital social) ou des transferts directs potentiels de fonds ou de passif (par exemple, des garanties de prêt);
>
> ii) des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues (par exemple, dans le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôt);
>
> iii) les pouvoirs publics fournissent des biens ou des services autres qu'une infrastructure générale, ou achètent des biens;
>
> iv) les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, ou chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics{.}

613. Concernant tout d'abord l'architecture et la structure générales de la disposition, nous notons que l'article 1.1 a) 1) définit et identifie le comportement des pouvoirs publics qui constitue une contribution financière aux fins de l'*Accord SMC*. Les alinéas i) à iv) indiquent de façon exhaustive des types de comportement des pouvoirs publics qui sont réputés constituer une contribution financière. Il en est ainsi parce que le texte introductif des alinéas dit qu'"il y a une contribution

financière des pouvoirs publics …, c'est-à-dire *dans les cas où:*".[1286] Certaines des catégories de comportement – par exemple, celles qui sont mentionnées aux alinéas i) et ii) – sont décrites en termes généraux avec des exemples fournis à titre d'illustration qui donnent une indication des caractéristiques courantes qui qualifient le comportement auquel il est fait référence de façon plus générale. L'article 1.1 a) 1), toutefois, ne définit pas explicitement la relation qui est censée exister entre les alinéas constitutifs.[1287] Enfin, les alinéas portent essentiellement sur l'action menée par les pouvoirs publics ou un organisme public.

614. L'alinéa i) de l'article 1.1 a) 1) identifie en tant que type de contribution financière une pratique des pouvoirs publics comportant "un transfert direct de fonds". Il indique une action impliquant le transfert de fonds des pouvoirs publics au bénéficiaire. L'Organe d'appel a avalisé un sens du mot "fonds" qui recouvre non seulement l'argent, mais aussi les ressources financières et les autres créances financières de manière plus générale.[1288] Le transfert direct de fonds dont il est question à l'alinéa i) vise par conséquent un comportement de la part des pouvoirs publics selon lequel de l'argent, des ressources financières et/ou des créances financières sont mis à la disposition d'un bénéficiaire.

615. L'article 1.1 a) 1) i) donne entre parenthèses des exemples de transferts directs de fonds ("par exemple, sous la forme de dons, prêts et participation au capital social"). Comme l'Organe d'appel l'a confirmé, le fait que les mots "dons, prêts, et participation au capital social" sont précédés de "par exemple" indique qu'ils sont des exemples de transactions relevant du champ d'application de l'article 1.1 a) 1) i).[1289] Ces exemples, qui sont présentés à titre d'illustration, n'épuisent pas la catégorie de comportement visée à l'alinéa i). L'inclusion d'exemples spécifiques donne cependant une indication des types de transactions censés être visés par la référence plus générale au "transfert direct de fonds".[1290] De fait, dans l'affaire *Japon – DRAM (Corée)*, l'Organe d'appel a constaté que des transactions semblables à celles qui étaient expressément énumérées à l'alinéa i) – dans cette

[1286] Pas d'italique dans l'original. Aucun des deux participants n'a contesté cette interprétation de l'article 1.1 a) 1) à l'audience.

[1287] La structure de cette disposition n'exclut pas expressément qu'une transaction puisse être visée par plus d'un alinéa. Par exemple, les alinéas ne sont pas reliés par le mot "ou".

[1288] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 250.

[1289] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 251.

[1290] À l'audience, les États-Unis ont fait référence à la règle d'interprétation "*ejusdem generis*", qui dispose que lorsqu'un terme ou une expression de caractère général suit une liste de personnes ou de choses spécifiques, le terme ou l'expression de caractère général doit être interprété comme comprenant uniquement des personnes ou choses du même type que celles qui sont énumérées. (*Black's Law Dictionary*, 7th edn (West Group, 1999), page 535) Selon nous, la doctrine s'appliquerait également à des situations dans lesquelles le terme ou l'expression de caractère général précède la liste spécifiée.

affaire, l'annulation d'une dette, le report de l'échéance d'un prêt et l'échange de créances contre des participations – étaient aussi couvertes par cette disposition.[1291]

616. Concernant le premier exemple – un "don" – nous notons que, dans une telle transaction, l'argent ou l'équivalant est donné à un bénéficiaire, normalement sans qu'il soit tenu ou censé accorder quoi que ce soit en échange au donateur.[1292] Les "prêts" et "participations au capital social" se caractérisent par la réciprocité. Dans le cas d'un prêt, le prêteur prête de l'argent ou l'équivalent en partant du principe que le principal, ainsi l'intérêt susceptible d'être convenu, est remboursé. Dans le cas d'un prêt, le prêteur obtiendra habituellement un rendement sur l'argent prêté. Dans le cas d'une participation au capital social, les pouvoirs publics fournissent des fonds à un bénéficiaire en échange de l'acquisition d'actions. Celui qui fournit les fonds réalise de ce fait un investissement dans l'entreprise bénéficiaire[1293] et il aura droit aux dividendes ou à tous gains en capital imputables à cet investissement. Le rendement de l'investissement dépendra de la réussite de l'entreprise bénéficiaire. Au moment où ils fournissent les fonds, les pouvoirs publics ne savent pas quels seront les résultats de l'entreprise bénéficiaire. L'investisseur obtient un rendement sur son capital dans la mesure où l'entreprise réussit et il subit des pertes en capital dans la mesure où elle échoue.

617. Il ressort clairement des exemples donnés à l'alinéa i) qu'un transfert direct de fonds comportera normalement un financement accordé par les pouvoirs publics au bénéficiaire. Dans certains cas, comme dans celui des dons, la transmission de fonds ne comportera pas une obligation réciproque de la part du bénéficiaire. Dans d'autres cas, comme les prêts et participations au capital social, le bénéficiaire contracte des obligations à l'égard des pouvoirs publics en échange des fonds accordés.[1294] Ainsi, l'octroi d'un financement peut équivaloir à un don ou peut comporter des droits et obligations réciproques.

618. Nous abordons maintenant l'alinéa iii) de l'article 1.1 a) 1), qui identifie un autre type de contribution financière. Cet alinéa envisage deux types de transactions distincts: dans le premier type de transaction, les pouvoirs publics "fournissent des biens ou des services autres qu'une infrastructure

[1291] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphes 251 et 252.

[1292] Les dons peuvent prendre de nombreuses formes. Certains dons conditionnels, par exemple, exigent que le bénéficiaire utilise les fonds dans un but spécifique. D'autres dons conditionnels peuvent exiger qu'un bénéficiaire mobilise lui-même une partie des fonds nécessaires à un projet.

[1293] Cette notion d'investissement par le biais d'une participation au capital social est renforcée par l'article 14 a) de l'*Accord SMC*, qui dispose expressément que pour déterminer si une participation au capital social confère un avantage, il faut se fonder sur la question de savoir si la "décision en matière d'investissement" est *incompatible* avec la "pratique habituelle concernant les investissements" des investisseurs privés sur le territoire de ce Membre.

[1294] Le fait qu'il existe un élément de réciprocité dans certaines des transactions données à titre d'exemples à l'alinéa i) ne veut pas dire que ce que le bénéficiaire fournit aux pouvoirs publics en échange des fonds doit être équivalent à la valeur des fonds. Cette question devient pertinente dans l'évaluation ultérieure de l'avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.

générale"; et le deuxième type de transaction se rapporte à des situations dans lesquelles les pouvoirs publics "achètent des biens" à une entreprise. Dans le cas de la fourniture de biens ou de services, l'alinéa iii) ne précise pas si les biens ou services sont fournis gratuitement ou en échange d'argent ou d'autres biens ou services. Ainsi, la fourniture de biens ou de services peut inclure des transactions dans lesquelles le bénéficiaire n'est pas tenu d'effectuer une quelconque forme de paiement, ainsi que des transactions dans lesquelles le bénéficiaire paie les biens ou les services. Par conséquent, ce qui est visé dans la première clause de l'alinéa iii), ainsi qu'à l'alinéa i), c'est la fourniture par les pouvoirs publics de biens ou de services, ou de fonds, indépendamment du point de savoir si cela se fait gratuitement ou en échange d'une contrepartie. La différence entre les deux types de comportement des pouvoirs publics réside toutefois dans ce qui est transféré par les pouvoirs publics. Au titre de l'alinéa i), les pouvoirs publics transfèrent des ressources financières, alors qu'au titre de l'alinéa iii) (première clause), les pouvoirs publics fournissent un bien ou un service.

619. S'agissant de la deuxième clause de l'alinéa iii) – dans laquelle les pouvoirs publics "achètent des biens" – nous notons que les biens sont fournis *aux* pouvoirs publics par les bénéficiaires, par opposition à la première clause de cet alinéa, dans laquelle les biens sont fournis *par* les pouvoirs publics. Il y a deux autres différences entre les première et deuxième clauses du sous-alinéa iii). La deuxième clause utilise le terme "achètent", qui est généralement interprété comme signifiant que la personne ou l'entité fournissant les biens obtiendra une certaine contrepartie en échange. L'autre différence est que, par opposition à la première clause, qui traite de la fourniture de biens *et de services*, la deuxième clause ne fait référence qu'aux achats de "biens", et non de "services".[1295]

620. Le Groupe spécial, en l'espèce, a interprété l'omission du terme "services" dans la deuxième clause de l'alinéa iii) comme une indication selon laquelle les rédacteurs de l'*Accord SMC* ne voulaient pas que des mesures constituant des achats de services par les pouvoirs publics soient couvertes en tant que contributions financières par l'article 1.1 a) 1) i).[1296] Nous n'avons pas besoin de régler cette question d'interprétation parce qu'elle n'est pas pertinente afin de régler le différend dont nous sommes saisis, c'est-à-dire la question de savoir si les contrats d'achat de la NASA et les instruments d'aide de l'USDOD, dont nous avons constaté qu'ils ressemblaient à des coentreprises,

[1295] Les "biens" sont tangibles. Ils sont souvent opposés aux "services", qui sont intangibles. Un certain nombre de distinctions sont généralement établies entre les services et les biens. Contrairement aux biens, les caractéristiques habituelles des services comprennent leur caractère immatériel, invisible, intangible, non stockable et transitoire. Les services sont généralement produits et consommés simultanément, alors que ce n'est pas le cas des biens. Cependant, il peut être difficile de séparer les biens des services, par exemple dans le cas où les services sont un intrant ou une étape de transformation dans la production de biens.

[1296] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.955, 7.969 et 7.970.

constituent des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.[1297] Nous *déclarons* donc que l'interprétation du Groupe spécial selon laquelle "les transactions qualifiées à juste titre d'achats de services sont exclues du champ de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC"[1298] est sans fondement et sans effet juridique.

6. Les mesures de la NASA et de l'USDOD soulevées en appel constituent-elles des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*?

621. Ayant identifié les principales caractéristiques des mesures dont nous sommes saisis et interprété les dispositions pertinentes de l'article 1.1 a) 1), nous devons maintenant déterminer si les mesures relèvent de l'un des alinéas de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Nous commençons par l'alinéa i) qui, nous le rappelons, fait référence à "une pratique des pouvoirs publics {qui} comporte un transfert direct de fonds (par exemple, sous la forme de dons, prêts et participation au capital social) ou des transferts directs potentiels de fonds ou de passif (par exemple, des garanties de prêt)". Comme nous l'avons noté plus haut, les exemples figurant à l'alinéa i) donnent une indication des types de transactions censés être couverts par la référence plus générale au "transfert direct de fonds".

622. En ce qui concerne les exemples donnés à l'article 1.1 a) 1) i), nous observons plusieurs similitudes entre les activités de collaboration que sont les mesures de la NASA/de l'USDOD dont nous sommes saisis et les participations au capital social. Nous rappelons que, dans le cas d'une participation au capital social, les pouvoirs publics fournissent des fonds à un bénéficiaire en échange de l'acquisition d'actions. Celui qui fournit les fonds réalise de ce fait un investissement dans l'entreprise bénéficiaire et il aura droit aux dividendes ou à tous gains en capital imputables à cet investissement. Le rendement de l'investissement dépendra de la réussite de l'entreprise bénéficiaire. Au moment où ils fournissent les fonds, les pouvoirs publics ne savent pas quels seront les résultats de l'entreprise bénéficiaire. L'investisseur obtient un rendement sur son capital dans la mesure où l'entreprise réussit et il subit des pertes en capital dans la mesure où elle échoue. Ce type de transaction ne peut pas être reproduit par le biais d'autres arrangements, comme au moyen d'une coentreprise.

[1297] L'Organe d'appel a procédé d'une manière similaire dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* en ce qui concerne l'interprétation de l'article 6.3 d) de l'*Accord SMC*.

[1298] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.970. (italique omis) Nos constatations de l'existence de contributions financières en ce qui concerne les versements et autres formes de soutien accordés dans le cadre des contrats d'achat de la NASA et des instruments d'aide de l'USDOD sont fondées sur les caractéristiques particulières de ces mesures. Nous déclarons aussi sans fondement la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.1171 de son rapport, selon laquelle les contrats d'achat de l'USDOD sont qualifiés à juste titre d'"achats de services" et ne sont donc pas des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1). Cependant, comme aucun des deux participants ne nous a demandé de le faire, nous ne complétons pas l'analyse en ce qui concerne les contrats d'achat de l'USDOD en cause dans le présent différend.

623. Comme les investisseurs, la NASA et l'USDOD fournissent un financement. Ce financement est accordé dans l'espoir d'obtenir un certain type de rendement. Dans le cas du financement accordé par la NASA/l'USDOD à Boeing, le rendement n'est pas financier, mais prend plutôt la forme de renseignements scientifiques et techniques, de découvertes et de données censées résulter de la recherche effectuée. Là encore, comme des investisseurs, au moment où ils engagent les fonds, la NASA et l'USDOD n'ont aucune certitude quant au succès de la recherche. Le succès dépendra de la question de savoir si des inventions sont découvertes et de l'utilité des données recueillies, ainsi que des renseignements scientifiques et techniques produits. Les risques pour la NASA et l'USDOD se limitent à la somme qu'ils mettent dans le projet et au coût d'opportunité des autres formes de soutien qu'ils accordent, tout comme pour un investisseur. Et comme certains investisseurs, la NASA et l'USDOD contribuent au projet en accordant un accès à leurs installations, leurs équipements et leurs employés.

624. En somme, les caractéristiques particulières des contrats d'achat de la NASA et des instruments d'aide de l'USDOD dont nous sommes saisis sont telles que, selon nous, il est tout à fait approprié de les qualifier comme étant proches d'une sorte de coentreprise. En outre, ces arrangements de coentreprise entre la NASA/l'USDOD et Boeing ont des caractéristiques analogues à celles des participations au capital social, un des exemples de contributions financières donnés à l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*. Nous rappelons qu'au titre de l'alinéa i), il existe une contribution financière dans les cas où "une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds". Plusieurs exemples de transferts directs de fonds sont fournis. Ces exemples ne sont pas exhaustifs. Dans le cas où, comme en l'espèce, il y a des mesures qui ont suffisamment de caractéristiques en commun avec l'un des exemples donnés à l'alinéa i), ces caractéristiques communes nous indiquent que les mesures relèvent du concept de "transferts directs de fonds" énoncé à l'article 1.1 a) 1) i). Nous avons identifié deux contributions de la NASA et de l'USDOD dans le cadre des coentreprises respectives. La NASA et l'USDOD ont tous deux fait des versements à Boeing pour effectuer la recherche. Ces versements constituent un transfert direct de fonds au sens de l'article 1.1 a) 1) i). De plus, il a été accordé à Boeing un accès aux installations, aux équipements et aux employés de la NASA, et aux installations de l'USDOD, ce qui constitue la fourniture de biens ou de services au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'*Accord SMC*.

625. Pour ces raisons, nous *constatons* que les versements et l'accès à des installations, équipements et employés accordés à Boeing dans le cadre des contrats d'achat de la NASA en cause constituent des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Nous *constatons* de même que les versements et l'accès aux installations accordés à Boeing dans le cadre des instruments d'aide de l'USDOD en cause constituent également des contributions financières au

sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.[1299] Nous rappelons en outre que nous avons déclaré que l'interprétation du Groupe spécial selon laquelle les transactions qualifiées à juste titre d'achats de services étaient exclues du champ de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* était sans fondement et sans effet juridique.

B. *Avantage*

626. Nous examinons maintenant l'appel des États-Unis concernant les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les mesures de la NASA et de l'USDOD dont il a été constaté qu'elles étaient des contributions financières conféraient un avantage à Boeing au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.[1300] Les constatations du Groupe spécial sont résumées dans la sous-section 1. Nous examinons l'évaluation faite par le Groupe spécial de l'existence d'un avantage dans la sous-section 2.

[1299] Nous notons que les États-Unis ont présenté une allégation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord qui concernait l'évaluation par le Groupe spécial de la question de savoir si les contrats d'achat de la NASA étaient des achats de services. Comme il est expliqué plus haut, le Groupe spécial a procédé à cette évaluation sur la base de son critère du "bénéficiaire et utilisateur principal". Dans leur communication en tant qu'appelant, les États-Unis indiquent également que la constatation de l'existence d'une contribution financière formulée par le Groupe spécial en ce qui concerne l'accès aux installations, équipements et employés dans le cadre des contrats d'achat de la NASA ne satisfaisait pas aux prescriptions de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord parce qu'il "apparaîtrait" que le Groupe spécial n'a pas exposé ses constatations de fait ou les justifications fondamentales de sa constatation. (communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 38) Toutefois, le seul argument que les États-Unis avancent à l'appui de leur allégation au titre de l'article 12:7 est que la constatation du Groupe spécial concernant l'accès aux installations, équipements et employés est subordonnée à la constatation selon laquelle les contrats d'achat de la NASA n'étaient pas des achats de services. Étant donné que nous n'avons pas adopté le critère du "bénéficiaire et utilisateur principal" appliqué par le Groupe spécial, ni ses conclusions sur le point de savoir si les contrats d'achat de la NASA étaient des achats de services, il n'y a pas de fondement permettant d'examiner l'allégation des États-Unis au titre de l'article 11 ou leur allégation incertaine au titre de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord.

[1300] Dans leur déclaration d'un autre appel, les États-Unis ont indiqué qu'ils faisaient appel de la constatation de l'existence d'un avantage établie par le Groupe spécial en ce qui concerne à la fois les contrats d'achat de la NASA et les Accords au titre de la Loi sur l'espace. Toutefois, l'appel des États-Unis concernant la constatation de l'existence d'un avantage pour ce qui est des mesures de la NASA est simplement corollaire à leur appel de la constatation de l'existence d'une contribution financière formulée par le Groupe spécial et cet appel est limité aux contrats d'achat de la NASA. Les États-Unis ne font pas appel de la constatation de l'existence d'une contribution financière formulée par le Groupe spécial en ce qui concerne les accords au titre de la Loi sur l'espace contestés par les Communautés européennes. De fait, le Groupe spécial a noté que pendant la procédure de groupe spécial, les États-Unis avaient "reconn{u} que la fourniture à Boeing (d'un accès à) des installations, équipements et employés dans le cadre des accords au titre de la Loi sur l'espace en cause constitu{ait} la fourniture de biens ou services au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.976) Compte tenu de ce qui précède, nous limitons notre examen de la constatation de l'existence d'un avantage établie par le Groupe spécial en ce qui concerne les mesures de la NASA aux contrats d'achat de la NASA et n'examinons pas plus avant les accords au titre de la Loi sur l'espace dans la présente section de notre rapport.

1. Constatations du Groupe spécial

a) NASA

627. Le Groupe spécial a commencé son analyse en rappelant qu'au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*, une contribution financière conférait un avantage si les conditions de la contribution financière étaient plus favorables que celles auxquelles le bénéficiaire avait accès sur le marché.[1301] Par conséquent, le Groupe spécial a indiqué qu'il était nécessaire de comparer les conditions des contributions financières de la NASA avec celles d'une transaction commerciale pour déterminer si un avantage était conféré à Boeing.

628. Le Groupe spécial a également rappelé que, dans son analyse de l'existence d'une contribution financière, il avait déjà conclu que la NASA avait fait des versements à Boeing et lui avait donné accès aux installations, équipements et employés de la NASA "*à la condition que Boeing effectue des travaux de R&D aéronautique qui étaient principalement au propre avantage et pour le propre usage de Boeing*, et non principalement à l'avantage et pour l'usage du gouvernement des États-Unis (ou de tierces parties non liées)".[1302] Il s'agissait, selon le Groupe spécial, de "la "condition" fondamentale" à laquelle les conditions financières étaient octroyées.[1303] Le Groupe spécial a en outre noté que, s'agissant des contributions financières reçues par Boeing dans le cadre des programmes de R&D de la NASA, les deux parties étaient convenues que "le point de repère du marché pertinent serait les conditions d'une transaction commerciale dans laquelle une entité paie une autre entité pour mener des activités de R&D".[1304]

629. Compte tenu de ces éléments, le Groupe spécial a estimé qu'aucune entité privée agissant conformément à des considérations commerciales n'accorderait de versements et l'accès à ses installations et à son personnel à une autre entité commerciale à la condition que cette autre entité mène des activités de R&D principalement à son propre avantage et pour son propre usage.[1305] Le Groupe spécial a estimé qu'"[o]n s'attendrait à tout le moins à ce qu'une forme de redevance ou de remboursement soit requise dans le cas où les contributions financières seraient accordées à ces conditions".[1306] Par conséquent, il a constaté que les Communautés européennes n'avaient pas besoin

[1301] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1037 (faisant référence aux paragraphes 7.30 et 7.31).
[1302] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1038. (italique dans l'original)
[1303] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1038. À cet égard, le Groupe spécial s'est référé à sa conclusion antérieure selon laquelle "une transaction dans laquelle les travaux effectués étaient principalement à l'avantage et pour l'usage du "vendeur" ne pouvait pas être qualifiée à juste titre d'"achat de services"". (*Ibid.*)
[1304] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1039 (citant la réponse des Communautés européennes à la question n° 21 du Groupe spécial, paragraphe 76; et faisant référence à la réponse des États-Unis à la question n° 136 du Groupe spécial, paragraphe 85).
[1305] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1039.
[1306] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1039.

de présenter des éléments de preuve relatifs aux conditions d'un financement de la R&D spécifique sur le marché "afin d'établir, du moins *prima facie*, que ces transactions de la NASA conféraient un avantage à Boeing".[1307] De l'avis du Groupe spécial, il incombait aux États-Unis de réfuter ces éléments *prima facie* en donnant des exemples de transactions dans lesquelles des entités commerciales avaient payé d'autres entités commerciales pour mener des activités de R&D qui étaient principalement à l'avantage et pour l'usage de ces dernières. Le Groupe spécial a fait observer que les États-Unis n'avaient pas fourni d'éléments de preuve à cet égard.

630. Le Groupe spécial a donc conclu que les contributions financières accordées à Boeing dans le cadre des contrats et accords de R&D aéronautique avec la NASA conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.[1308]

b) USDOD

631. Le raisonnement du Groupe spécial en ce qui concerne les versements et autres formes de soutien accordés à Boeing dans le cadre des instruments d'aide de l'USDOD a été très semblable à celui qu'il a suivi pour les mesures de la NASA. Le Groupe spécial a rappelé qu'il était bien établi qu'au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*, une contribution financière conférait un avantage si les conditions de la contribution financière étaient plus favorables que celles auxquelles le bénéficiaire avait accès sur le marché.[1309] Par conséquent, le Groupe spécial a dit qu'il était nécessaire de comparer les conditions des contributions financières de l'USDOD avec celles d'une transaction commerciale pour déterminer si un avantage était conféré à Boeing.

632. Le Groupe spécial a également rappelé que, dans son analyse de l'existence d'une contribution financière, il avait déjà conclu que l'USDOD avait fait des versements à Boeing et lui avait donné accès aux installations de l'USDOD "*à la condition que Boeing effectue des travaux de R&D aéronautique qui étaient principalement au propre avantage et pour le propre usage de Boeing*, et non principalement à l'avantage et pour l'usage du gouvernement des États-Unis (ou de tierces parties non liées)".[1310] Il s'agissait, de l'avis du Groupe spécial, de "la "condition" fondamentale" à laquelle les contributions financières étaient octroyées.[1311] Le Groupe spécial a noté que les deux parties étaient convenues que, s'agissant des contributions financières que Boeing recevaient dans le cadre

[1307] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1039.
[1308] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1040.
[1309] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1182 (faisant référence aux paragraphes 7.30 et 7.31, lesquels font référence au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157; et au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1142).
[1310] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1183. (italique dans l'original)
[1311] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1183. À cet égard, le Groupe spécial s'est référé à sa conclusion antérieure selon laquelle "une transaction dans laquelle les travaux effectués étaient principalement à l'avantage et pour l'usage du "vendeur" ne pouvait pas être qualifiée à juste titre d'"achat de services"". (*Ibid.*)

des programmes de R&D de l'USDOD, "le point de repère du marché pertinent serait les conditions d'une transaction commerciale dans laquelle une entité paie une autre entité pour mener des activités de R&D".[1312]

633. Compte tenu de cela, le Groupe spécial a été d'avis qu'aucune entité privée agissant conformément à des considérations commerciales n'accorderait de versements et l'accès à ses installations à une autre entité commerciale à la condition que cette autre entité mène des activités de R&D principalement à son propre avantage et pour son propre usage.[1313] Le Groupe spécial a estimé qu'"il {fallait} à tout le moins s'attendre à ce qu'une forme de redevance ou de remboursement soit requise dans le cas où des contributions financières {avaient} été accordées à ces conditions".[1314] Au vu de ces éléments, le Groupe spécial a constaté que les Communautés européennes n'avaient pas besoin de présenter des éléments de preuve relatifs aux modalités et conditions d'un financement de la R&D spécifique sur le marché "afin d'établir, du moins *prima facie*, que ces transactions {de l'US}DOD conféraient un avantage à Boeing".[1315] De l'avis du Groupe spécial, il incombait aux États-Unis de réfuter ces éléments *prima facie* en donnant des exemples de transactions dans lesquelles des entités commerciales avaient payé d'autres entités commerciales pour mener des activités de R&D principalement à l'avantage et pour l'usage de ces dernières. Toutefois, les États-Unis n'avaient pas fourni d'éléments de preuve à cet égard.

634. Par conséquent, le Groupe spécial a constaté que les contributions financières accordées à Boeing dans le cadre des instruments d'aide à la R&D aéronautique de l'USDOD conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.[1316]

2. Le Groupe spécial a-t-il fait erreur en déterminant l'existence d'un avantage?

635. Pour constituer une subvention aux fins de l'*Accord SMC*, une contribution financière doit conférer un avantage au sens de l'article 1.1 b). L'Organe d'appel a expliqué ce qui suit:

> … le terme "avantage", tel qu'il est utilisé à l'article 1.1 b), comporte une forme de comparaison. Il doit en être ainsi, car il ne peut pas y avoir "avantage" pour le bénéficiaire si, avec la "contribution financière", celui-ci n'est pas "mieux loti" qu'en l'absence de contribution. À notre avis, le marché constitue une bonne base de comparaison lorsqu'on détermine si un "avantage" a été "conféré",

[1312] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1184 (citant la réponse des Communautés européennes à la question n° 21 du Groupe spécial, paragraphe 76; et faisant référence à la réponse des États-Unis à la question n° 136 du Groupe spécial, paragraphe 85).
[1313] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1184.
[1314] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1184.
[1315] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1184.
[1316] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1185.

> parce qu'on peut identifier la capacité d'une "contribution financière" de fausser les échanges en déterminant si le bénéficiaire a reçu une "contribution financière" à des conditions plus favorables que celles auxquelles il a accès sur le marché.[1317]

636. L'Organe d'appel a fourni des précisions sur la notion d'"avantage" dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Dans cet appel, il a envisagé l'examen de l'avantage comme un examen qui était de caractère financier et au cours duquel le comportement de l'entité ayant accordé la subvention alléguée en cause et de l'entité en ayant bénéficié était évalué par rapport au comportement d'acteurs commerciaux sur le marché.[1318] L'Organe d'appel a également expliqué que pour évaluer l'avantage, il fallait examiner les modalités et conditions de la transaction contestée au moment où celle-ci avait lieu et les comparer avec les conditions et modalités qui auraient été offertes par le marché au même moment.[1319]

637. Les États-Unis font appel de la constatation de l'existence d'un avantage établie par le Groupe spécial en ce qui concerne les mesures de la NASA et de l'USDOD. S'agissant des mesures de la NASA, les États-Unis affirment que la constatation du Groupe spécial selon laquelle la recherche effectuée dans le cadre des contrats de R&D de la NASA était "principalement au propre avantage et pour le propre usage de Boeing"[1320] était la seule justification de la constatation selon laquelle les programmes de R&D aéronautique de la NASA conféraient un avantage.[1321] De l'avis des États-Unis, comme la première constatation est erronée, la seconde constatation de l'existence d'un avantage est également erronée. En ce qui concerne les mesures de l'USDOD, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fait erreur parce qu'il n'a pas tenu compte du fait que Boeing avait financé une partie des coûts de la recherche effectuée au titre des instruments d'aide.[1322]

638. L'Union européenne affirme que les États-Unis n'ont indiqué aucune erreur dans l'évaluation par le Groupe spécial de l'existence de contributions financières, qu'il s'agisse de l'application de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* ou de la compatibilité de l'évaluation du Groupe spécial avec l'article 11 du Mémorandum d'accord. En conséquence, étant donné que "l'appel formé par les États-Unis au titre de l'article 1.1 b) est entièrement fondé sur leur appel au titre de

---

[1317] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157.

[1318] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 706 et 836.

[1319] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 838. Cela veut dire que "la détermination de l'avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* est une analyse *ex ante* qui ne dépend pas de la façon dont la contribution financière particulière a effectivement fonctionné après qu'elle a été accordée". (*Ibid.*, paragraphe 706)

[1320] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1038. (italique omis)

[1321] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 64 et 65 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1038 et 7.1039).

[1322] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 116.

l'article 1.1 a) 1)"[1323], l'Union européenne estime que l'appel des États-Unis au titre de l'article 1.1 b) doit, de la même façon, ne pas aboutir. De plus, l'Union européenne affirme que, dans son analyse de la contribution financière, le Groupe spécial a qualifié à juste titre les instruments d'aide à la R&D de l'USDOD de transactions "principalement au propre avantage et pour le propre usage de Boeing" sans "la moindre forme de redevance ou de remboursement" et que, par conséquent, la conclusion selon laquelle un avantage existe établie par le Groupe spécial sur la base de cette qualification était également correcte.[1324] L'Union européenne souligne que les États-Unis n'ont communiqué aucun renseignement sur les résultats réels de la R&D financée par les instruments d'aide de l'USDOD, ni sur la façon dont les revenus générés à partir de ces résultats pouvaient donner lieu à des versements de la part de Boeing à l'USDOD pour les contributions qu'il avait apportées à cette R&D.[1325]

639. Au début de son analyse, le Groupe spécial a relevé qu'"{u}ne contribution financière conf{érait} un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC si les conditions de la contribution financière {étaient} plus favorables que celles auxquelles le bénéficiaire {avait} accès sur le marché".[1326] Selon le Groupe spécial, cela voulait dire que:

> … pour déterminer si les contributions financières que la NASA {et l'USDOD} lui accord{ent} confèrent un avantage à Boeing au sens de l'article 1.1 b), le Groupe spécial doit commencer par rappeler quelles sont les *conditions* de ces contributions financières. Ce n'est qu'ensuite que le Groupe spécial pourra comparer *ces* conditions avec celles d'une transaction commerciale.[1327] (italique dans l'original)

640. Après avoir rappelé certaines de ses constatations concernant les conditions des transactions, le Groupe spécial a donné des précisions sur ce qu'il pensait être la question juridique pertinente. Il a défini la question en ces termes:

> En l'espèce, les deux parties conviennent qu'en ce qui concerne les contributions financières que Boeing reçoit dans le cadre des programmes de R&D de la NASA {et dans le cadre des programmes de l'USDOD}, "le point de repère du marché pertinent serait les conditions d'une transaction commerciale dans laquelle une entité paie une autre entité pour mener des activités de R&D". La question est donc de savoir si, dans une transaction commerciale, une entité en paierait une autre pour mener des activités de R&D aux mêmes conditions, c'est-à-dire à la condition que l'entité recevant les

[1323] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimée, paragraphe 93.
[1324] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimée, paragraphe 172 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1183 et 7.1184, et faisant référence au paragraphe 7.1185).
[1325] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimée, paragraphe 175.
[1326] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1037 (note de bas de page omise); voir aussi le paragraphe 7.1182.
[1327] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1037; voir aussi le paragraphe 7.1182

> contributions financières mène des activités de R&D qui sont principalement à l'avantage et pour l'usage de l'entité recevant le versement.[1328] (note de bas de page omise)

641. Le critère de l'avantage du Groupe spécial est étroitement lié au critère qu'il avait élaboré dans son évaluation de la contribution financière pour déterminer si les mesures de la NASA et de l'USDOD pouvaient être qualifiées d'achats de services.[1329] Tant le critère des achats de services que celui de l'avantage tournent autour de la question suivante: la recherche est "principalement à l'avantage et pour l'usage" de quelle partie à la transaction? L'approche du Groupe spécial pose à notre avis plusieurs problèmes. Premièrement, comme nous l'avons indiqué plus haut, elle risque d'amalgamer deux éléments distincts de la définition d'une "subvention" figurant à l'article 1.1 de l'*Accord SMC*. Conformément à l'approche adoptée par le Groupe spécial, une détermination selon laquelle une transaction n'est pas un achat de services - parce que la R&D est principalement à l'avantage de la partie prestataire et non des pouvoirs publics commanditaires – rend la détermination de l'existence d'un avantage presque inéluctable.[1330] Un autre problème concernant le critère du Groupe spécial tient au fait que l'identification de l'utilisateur ou du bénéficiaire principal de la recherche, à partir des cinq facteurs sur lesquels le Groupe spécial s'est fondé, ne correspond pas bien à l'examen pertinent au titre de l'article 1.1 b), qui comporte un examen de la question de savoir si la mesure est compatible avec un point de repère du marché.[1331] Lorsqu'un groupe spécial est saisi d'une mesure pour laquelle à la fois les pouvoirs publics et l'entreprise prestataire ont apporté un financement ou fait d'autres contributions, et se partagent les résultats de leurs investissements, il peut examiner le rapport existant entre les contributions faites et la manière dont les résultats obtenus sont

---

[1328] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1039; voir aussi le paragraphe 7.1184.

[1329] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.978. Dans son analyse de la question de savoir si les mesures de la NASA et de l'USDOD constituaient des contributions financières, le Groupe spécial a dit que la question de savoir si une transaction pouvait être qualifiée à juste titre d'achat de services dépendait "*de la question de savoir si la R&D que Boeing était tenue d'effectuer était principalement à son propre avantage et pour son propre usage, ou si elle était principalement à l'avantage et pour l'usage du gouvernement des États-Unis (ou de tierces parties non liées)*". (*Ibid.* (italique dans l'original))

[1330] Il apparaîtrait que lorsque le Groupe spécial s'est référé à la recherche "principalement à l'avantage et pour l'usage", dans le contexte de son critère relatif aux achats de services, il a employé le terme "avantage" au sens générique, c'est-à-dire comme désignant d'une manière générale une valeur reçue. Comme le terme "avantage" est employé en tant que concept juridique comportant un sens distinct à l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial aurait dû s'abstenir d'employer ce terme de manière générique dans son critère.

[1331] Nous notons que l'élément central de l'appel des États-Unis est que les constatations du Groupe spécial relatives aux contrats d'achat de la NASA sont axées exclusivement sur la constatation selon laquelle la recherche effectuée par Boeing dans le cadre de ces contrats était principalement à l'avantage de Boeing (communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 65). Nous avons infirmé la constatation de l'existence d'une contribution financière établie par le Groupe spécial, mais avons quand même constaté que les versements et autres formes de soutien au titre des contrats d'achat de la NASA constituaient des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Notre constatation selon laquelle les contrats d'achat de la NASA conféraient un avantage n'est pas basée sur la constatation de l'existence d'une contribution financière établie par le Groupe spécial, ni sur la conclusion du Groupe spécial selon laquelle Boeing était le principal bénéficiaire et utilisateur de la recherche effectuée dans le cadre des contrats d'achat de la NASA.

partagés. Toutefois, la répartition des gains dans le cadre de certains contrats d'achat de la NASA et instruments d'aide de l'USDOD n'indique pas en soi quelle serait la répartition de ces gains sur le marché.

642. Deuxièmement, le raisonnement du Groupe spécial concernant le point de repère du marché nous pose problème. S'agissant des contrats d'achat de la NASA et des instruments d'aide de l'USDOD, le Groupe spécial a exprimé le point de vue selon lequel "aucune entité commerciale, autrement dit aucune entité privée agissant conformément à des considérations commerciales, n'accorderait de versements (et l'accès à ses installations et à son personnel) à une autre entité commerciale à la condition que cette autre entité mène des activités de R&D qui sont principalement à son propre avantage et pour son propre usage".[1332] Le Groupe spécial a ajouté qu'"{i}l {fallait} à tout le moins s'attendre à ce qu'une forme de redevance ou de remboursement soit requise dans le cas où des contributions financières {avaient} été accordées à ces conditions".[1333] La constatation concernant le comportement d'un acteur sur le marché établie par le Groupe spécial reposait exclusivement sur son propre point de vue quant à la manière dont un acteur commercial se comporterait et sur ses inférences quant à ce qu'un investisseur rationnel ferait. Le Groupe spécial n'a pas indiqué quels étaient les éléments de preuve versés au dossier qui étayaient son point de vue selon lequel une entité privée agissant conformément à des considérations commerciales n'accorderait pas de versements (ni l'accès à ses installations et/ou à son personnel) à une autre entité commerciale dans les cas où cette autre entité mène des activités de R&D qui sont principalement à son propre avantage et pour son propre usage, et que l'on s'attendrait à tout le moins à ce qu'une forme de redevance ou de remboursement soit requise.[1334]

643. Il est possible que le Groupe spécial ait été d'avis que son point de vue représentait le sens commun ou sa propre conception de la rationalité économique. Si tel était effectivement le cas, nous considérerions quand même l'approche du Groupe spécial comme insatisfaisante. Nous ne pensons pas que les groupes spéciaux peuvent établir des déterminations sur ce qui se passerait sur le marché uniquement en se fondant sur leur propre intuition de ce que feraient des acteurs économiques rationnels. Nous reconnaissons qu'un groupe spécial saisi d'une mesure du type de celle qui est en cause peut avoir des intuitions quant à la compatibilité de la mesure avec le marché, sur la base de la

[1332] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1039 (NASA) et 7.1184 (USDOD).
[1333] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1039 (NASA) et 7.1184 (USDOD).
[1334] Au paragraphe 41 du mémoire additionnel qu'ils ont présenté après la première séance de l'audience, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fait erreur en "ne donnant pas d'éléments pour étayer son affirmation selon laquelle aucun acteur du marché ne conclurait la transaction théorique".

théorie économique.[1335] Toutefois, on s'attendrait à ce que, dans de telles circonstances, le groupe spécial indique à tout le moins la justification ou théorie économique qui étaye son intuition. En l'espèce, le Groupe spécial ne l'a pas fait. Surtout, nous sommes d'avis qu'un groupe spécial devrait vérifier ses intuitions de façon empirique, en particulier dans les cas où les parties ont présenté des éléments de preuve concernant la manière dont les acteurs du marché se comportent. De fait, dans la présente affaire, les Communautés européennes et les États-Unis ont présenté des éléments de preuve concernant la manière dont les transactions de recherche entre deux acteurs du marché étaient structurées.[1336] Or, si le Groupe spécial a fait référence à certains de ces éléments de preuve dans son résumé des arguments des parties, il n'a pas analysé ces éléments de preuve dans son raisonnement.

644. Pendant la phase du réexamen intérimaire, les Communautés européennes sont allées jusqu'à exhorter le Groupe spécial à examiner ces éléments de preuve, et le Groupe spécial a encore refusé de le faire. Les Communautés européennes ont demandé que le Groupe spécial note qu'elles "{avaient}, en fait, présenté des éléments de preuve à titre de point de repère".[1337] Elles ont suggéré que le Groupe spécial ajoute à son rapport une note de bas de page qui serait ainsi libellée: "Même s'il n'était pas nécessaire que les Communautés européennes présentent des éléments de preuve à titre de point de repère, elles ont fourni de tels éléments de preuve au Groupe spécial (par exemple la déclaration de Mme Regina Dieu (pièce EC-1178))."[1338] Le Groupe spécial a rejeté cette demande parce qu'il a estimé que la modification n'était "pas nécessaire", étant donné que les arguments des Communautés européennes concernant la déclaration de Mme Regina Dieu étaient déjà exposés dans le résumé de leurs arguments (l'actuel paragraphe 7.1030).[1339] Nous ne voyons pas sur quelle base le Groupe spécial a estimé qu'il pourrait arriver à une constatation concernant ce qui se passerait sur le marché en se fondant uniquement sur ses propres vues, sans examiner les éléments de preuve relatifs au

---

[1335] Les États-Unis font observer que "si un groupe spécial constate qu'une contribution financière est irrationnelle d'un point de vue économique, il peut, en l'absence d'éléments de preuve contraires, conclure que la transaction confère un avantage". (communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 121)

[1336] Ces éléments de preuve sont examinés *infra*, aux paragraphes 649 à 659.

[1337] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.53.

[1338] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.53.

[1339] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.55. Les États-Unis se sont opposés à la demande des Communautés européennes en faisant valoir ce qui suit:

> {Les États-Unis} estiment que le rapport intérimaire rend déjà compte de la totalité des arguments et éléments de preuve présentés par les Communautés européennes, y compris une référence à la déclaration de Mme Regina Dieu, au paragraphe 7.1029. Comme ces éléments de preuve n'ont joué aucun rôle dans les constatations du Groupe spécial, les États-Unis n'estiment pas qu'une référence additionnelle à Mme Dieu, comme le demandent les Communautés européennes, soit nécessaire ou appropriée. En outre, le texte particulier proposé par les Communautés européennes laisserait entendre que le Groupe spécial avait constaté que les éléments de preuve qu'elles avaient présentés constituaient un "point de repère". Les États-Unis estiment que le Groupe spécial n'a pas formulé une telle constatation.

(*Ibid*., paragraphe 6.54 (note de bas de page omise))

marché présentés par les Communautés européennes et les États-Unis. Nous estimons que, au contraire, le Groupe spécial n'aurait pas pu arriver à une conclusion sur le point de savoir si un avantage était conféré au sens de l'article 1.1 b) sans vérifier de façon empirique ses vues concernant le marché sur la base des éléments de preuve présentés par les parties qui se rapportaient aux points de repère du marché pertinents.[1340]

645. En liaison avec l'analyse qui précède, le traitement des éléments de preuve par le Groupe spécial nous pose aussi problème. Comme il est indiqué dans le passage cité plus haut, le Groupe spécial a dit qu'"il n'était pas nécessaire que les Communautés européennes présentent à titre de point de repère des éléments de preuve relatifs aux conditions d'un financement de la R&D spécifique sur le marché afin d'établir, du moins *prima facie*, que ces transactions de la NASA conféraient un avantage à Boeing".[1341] Le Groupe spécial n'a pas expliqué comment il était arrivé à la conclusion que les Communautés européennes avaient établi *prima facie* que la transaction n'aurait pas lieu sur le marché (par exemple, en se référant à des éléments de preuve versés au dossier sur ce qu'était la pratique commerciale courante ou reflétait autrement un comportement commercial). Par ailleurs, comme il est indiqué plus haut, le Groupe spécial a expliqué qu'"il incomberait aux États-Unis, s'ils voulaient réfuter ces éléments *prima facie*, de donner des exemples de transactions dans lesquelles des entités commerciales en ont payé d'autres pour mener des activités de R&D à ces conditions, c'est-à-dire mener des activités de R&D qui étaient principalement à l'avantage ou pour l'usage de l'entité recevant le financement".[1342] Le Groupe spécial a ajouté que les "{l}es États-Unis n'{avaient} pas fourni d'éléments de preuve ni d'exemples de transactions commerciales dans lesquelles une entité en payait une autre pour mener des activités de R&D qui étaient principalement à l'avantage ou pour l'usage de l'entité recevant le financement".[1343] Toutefois, comme les Communautés européennes, les États-Unis avaient présenté des éléments de preuve concernant des transactions commerciales. Il est certain que les États-Unis avaient la charge de démontrer toutes les affirmations factuelles qu'ils avaient faites et de réfuter les éléments *prima facie*. Néanmoins, le raisonnement exposé par le Groupe spécial ne montre pas que ce dernier a examiné les éléments de preuve présentés par les parties, et n'indique pas sur quels éléments de preuve le Groupe spécial s'est fondé pour conclure qu'un avantage avait été conféré.

646. Outre les préoccupations que nous avons exposées plus haut concernant l'approche du Groupe spécial, nous ne sommes pas convaincus que l'on puisse exclure *a priori* que deux acteurs du marché concluraient l'un avec l'autre une transaction dans des circonstances dans lesquelles les gains sont

[1340] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157.
[1341] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1039 et 7.1184.
[1342] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1039 et 7.1184.
[1343] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1039 et 7.1184.

inégalement répartis entre eux. Des transactions entre des acteurs du marché peuvent être effectuées même lorsque les gains de chaque partie sont asymétriques, pour autant que les deux parties tirent un rendement raisonnable de leur investissement.[1344] Par conséquent, il n'arrive pas toujours qu'un acteur du marché refuse de participer à un projet de R&D si les résultats de la recherche (qui procurent un rendement raisonnable de l'investissement) ne sont pas répartis entre les parties dans une proportion égale à leurs contributions au projet. En règle générale, la manière dont les coûts et les gains sont répartis entre les parties à une transaction dépendra, entre autres choses, du pouvoir de négociation des parties et des autres options dont elles disposeraient dans le cas où la transaction n'aurait pas lieu. Un acteur du marché pourrait accepter une situation dans laquelle il supporte la moitié des coûts mais obtient moins de la moitié des gains, parce que les autres options disponibles seraient pires.[1345] En résumé, il n'y a pas de présomption concernant le point de savoir si les rendements d'un investissement sur le marché sont également répartis.

647. Nous avons expliqué plus haut que l'évaluation de l'avantage exigeait une comparaison avec un point de repère du marché. L'analyse que nous venons de faire a permis de relever plusieurs failles dans l'approche du Groupe spécial et dans son raisonnement concernant le point de repère du marché. Ces failles signifient que le Groupe spécial n'a pas effectué une comparaison appropriée des conditions figurant dans les contrats d'achat de la NASA et les instruments d'aide de l'USDOD avec les conditions d'une transaction commerciale comme l'exige l'article 1.1 b).[1346] Compte tenu de cela, le raisonnement du Groupe spécial sur le point de savoir si les versements et le soutien fournis à Boeing dans le cadre des contrats d'achat de la NASA et des instruments d'aide de l'USDOD ont conféré un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* ne peut pas être maintenu.

648. L'Union européenne demande que, si nous estimons que nous devons "identifier un point de repère du marché", nous le fassions à partir des éléments de preuve non contestés versés au dossier.[1347] Elle affirme que, sur la base de ces éléments de preuve, "l'Organe d'appel peut facilement constater que les contrats de R&D de la NASA et les instruments d'aide de l'{US}DOD confèrent des avantages à Boeing, étant donné que ces transactions de la NASA et de l'{US}DOD (à la différence des points de repère de l'UE) sont principalement à l'avantage et pour l'usage du bénéficiaire des fonds

[1344] Voir J. Watson, *Strategy*, 2nd edn (W.W. Norton & Company, 2007), pages 203 à 228; et R. Serrano, "Bargaining", in *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2nd edn, S.N. Durlauf et L.E. Blume (eds) (Palgrave Macmillan, 2008).

[1345] Dans certaines circonstances, l'autre option pourrait être de ne pas réaliser le projet et il n'y aurait donc pas de résultats de la collaboration à partager.

[1346] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157.

[1347] Mémoire additionnel présenté par l'Union européenne après la première séance de l'audience, paragraphe 42.

(c'est-à-dire Boeing), et n'exigent pas que les produits de cet avantage soient rendus à la NASA et à l'{US}DOD par le biais, par exemple, de redevances ou d'un remboursement".[1348]

649. Nous avons constaté plus haut que l'approche et le raisonnement du Groupe spécial n'étaient pas fondés sur un point de repère du marché approprié. Devant le Groupe spécial, les Communautés européennes et les États-Unis avaient présenté des éléments de preuve et échangé des arguments sur le point de repère du marché approprié.[1349] Dans le passé, l'Organe d'appel a été en mesure de compléter l'analyse lorsque le dossier contenait suffisamment de constatations de fait du groupe spécial ou de faits non contestés pour lui permettre de le faire.[1350]

650. Les Communautés européennes ont fait valoir devant le Groupe spécial que, dans une transaction commerciale, une entité paierait une autre entité pour mener des activités de R&D uniquement si elle pouvait obtenir les droits intégraux sur la technologie qui en résulterait.[1351] À l'appui de cet argument, les Communautés européennes ont présenté une déclaration faite par l'un des avocats d'Airbus, dans laquelle il est dit ce qui suit:

> Lorsque Airbus finance intégralement des activités de R&D, ou achète à un fournisseur des travaux de conception de produits d'ingénierie, elle est la seule titulaire à titre exclusif de toute la propriété intellectuelle d'aval. La propriété intellectuelle d'aval est définie dans nos accords comme "toute la propriété intellectuelle créée ou acquise par une partie dans le cadre et au cours de l'exécution de toute commande passée dans le cadre de {l'}Accord".[1352]

651. De plus, les Communautés européennes ont présenté un contrat passé entre Boeing et le National Institute for Aviation Research de la Wichita State University.[1353] Ce contrat comprend les

---

[1348] Mémoire additionnel présenté par l'Union européenne après la première séance de l'audience, paragraphe 42.

[1349] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1030, 7.1031, 7.1036 et 7.1176.

[1350] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 352.

[1351] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1030 et 7.1176.

[1352] Déclaration de Regina Dieu, 8 novembre 2007 (pièce EC-1178 présentée au Groupe spécial), paragraphe 4.

[1353] Les Communautés européennes ont ultérieurement présenté quatre contrats entre des "entités commerciales à but lucratif" et des entités autres qu'Airbus et Boeing. Selon elles, dans ces contrats, la propriété intellectuelle était conférée à la société qui avait commandé la recherche. (Voir la réponse des Communautés européennes à la question n° 323 du Groupe spécial; et les quatre pièces présentées au Groupe spécial suivantes: Contract Number SHB 98001 of 31 January 1998 between SPACEHAB, Inc. and RSC-Energia (pièce EC-1415); Development and Supply Agreement of 1 October 1997 between Thermage, Inc. and Stellartech Research Corporation (pièce EC-1416); Development Agreement of 27 July 1998 between Cox Interactive Media, Inc. and LookSmart, Ltd. (pièce EC-417); et Development Agreement of 25 April 1994 between Applied Analytical Industries, Inc., and GenerEst, Inc. (pièce EC-1418))

clauses suivantes s'agissant des droits de propriété sur le produit de travaux techniques, les inventions et les brevets, et les œuvres de l'esprit et le droit d'auteur:

> Note n° 009 (Titularité de la propriété intellectuelle)
>
> A. Produit de travaux techniques. Tout produit de travaux techniques, y compris, mais pas exclusivement, les idées, les renseignements, les données, les documents, les dessins, les logiciels, les dessins et modèles, les caractéristiques techniques et les procédés qui sont produits par ou pour le vendeur, soit isolément soit avec d'autres, dans le cadre ou à la suite de tout travail exécuté par ou pour le vendeur qui est visé par le présent contrat, sera la propriété exclusive de Boeing et lui sera remis dans les moindres délais, sur demande.
>
> B. Inventions et brevets. Toutes les inventions conçues, développées ou mises en application pour la première fois par ou pour le vendeur, soit isolément soit avec d'autres, dans le cadre ou à la suite de tout travail exécuté par ou pour le vendeur qui est visé par le présent contrat, et tous les brevets basés sur ces inventions (d'origine nationale et étrangère), seront la propriété exclusive de Boeing. …
>
> C. Œuvres de l'esprit et droit d'auteur. Toutes les œuvres de l'esprit (y compris, mais pas exclusivement, les documents, dessins, logiciels, photographies, bandes vidéo, enregistrements sonores et images) créées par ou pour le vendeur, soit isolément soit avec d'autres, dans le cadre ou à la suite de tout travail exécuté par ou pour le vendeur qui est visé par le contrat, de même que tout droit d'auteur subsistant pour ces œuvres, seront la propriété exclusive de Boeing. …[1354]

652. Les Communautés européennes ont également fait référence à un article sur les droits de propriété intellectuelle et la recherche sur les cellules souches[1355], à un article sur la recherche collaborative[1356] et à un cours de formation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ("OMPI").[1357] Se référant à l'article sur les cellules souches, elles ont noté ce qui suit: "dans une transaction commerciale, une entité paiera une autre entité pour mener des activités de {R&D} uniquement si elle a l'intention d'exploiter effectivement la recherche dans un but donné, c'est-à-dire si

[1354] Contract between Boeing Commercial Airplane Group Wichita Division and Wichita State University, Contract n° 000051728, 4 novembre 2002 (pièce EC-1231 présentée au Groupe spécial).

[1355] S.M. O'Connor, "Intellectual Property Rights and Stem Cell Research: Who Owns the Medical Breakthroughs?" (2005) 39 *New England Law Review* 665 (pièce EC-1212 présentée au Groupe spécial), page 669.

[1356] R. Cooper Dreyfuss, "Collaborative Research: Conflicts on Authorship, Ownership and Accountability" (2000) 53 *Vanderbilt Law Review* 1161 (pièce EC-1228 présentée au Groupe spécial), page 1212.

[1357] WIPO-MOST, "Intermediate Training Course on Practical Intellectual Property Issues in Business", 13 novembre 2003 (pièce EC-1229 présentée au Groupe spécial), pages 42 et 43.

elle peut obtenir les droits intégraux sur la technologie qui en résulte".[1358] L'article sur la recherche collaborative dit que "l'exclusivité {de la titularité afférente aux inventions} est si importante que les investisseurs veulent souvent en être assurés avant d'engager des coûts importants".[1359]

653. En réponse aux éléments de preuve présentés par les Communautés européennes, les États-Unis n'ont pas contesté le fait que ces éléments de preuve montraient l'existence de transactions commerciales dans lesquelles l'entité commanditaire des activités de R&D obtenait la titularité de tous les droits de propriété intellectuelle.[1360] Les États-Unis ont toutefois fait valoir que le "marché n'impos{ait} pas un résultat unique dans la négociation des droits de propriété intellectuelle", et ont présenté des éléments de preuve relatifs à des transactions commerciales alléguées qui montraient plus de "diversité dans la disposition des droits".[1361] Ces éléments de preuve sont résumés plus loin. Pour achever l'analyse, nous procéderons comme si le Groupe spécial avait considéré les éléments de preuve présentés par les États-Unis comme exacts et probants.[1362] Nous chercherons donc à déterminer si les éléments de preuve présentés par les États-Unis indiquent que la disposition des droits de propriété intellectuelle dans le cadre des mesures de la NASA/de l'USDOD qui sont en cause est compatible avec ce qui se passe dans des transactions entre deux acteurs du marché. En d'autres termes, nous examinons si le Groupe spécial, même s'il avait considéré les éléments de preuve présentés par les États-Unis comme exacts et probants, aurait conclu que les mesures de la NASA/de l'USDOD qui sont en cause ne sont pas compatibles avec des transactions entre deux acteurs du marché.

654. Les États-Unis ont initialement présenté quatre contrats entre Boeing et "de grandes universités de recherche"[1363] aux termes desquels Boeing paie ces universités pour mener des activités de R&D. Nous analysons ces quatre contrats de manière plus détaillée ci-après. Comme ces contrats

[1358] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1030 (faisant référence à la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 376, laquelle fait référence à O'Connor, *supra*, note de bas de page 1352, page 669).

[1359] Cooper Dreyfuss, *supra*, note de bas de page 1353, page 1212. S'agissant du cours de formation de l'OMPI, il est conseillé dans une diapositive PowerPoint de faire particulièrement attention au moment de l'externalisation des travaux de R&D, notamment en veillant à ce que "toutes les personnes participant {aux activités de R&D} signent un document indiquant qu'elles donnent à la société des droits suffisants sur les résultats de leurs travaux". Dans une autre diapositive, il est recommandé aux sociétés de s'assurer que les personnes qui ne sont pas salariés de la société et qui participent à un projet de R&D "transfèrent tous les droits sur les résultats du projet à la société". (WIPO-MOST, *supra*, note de bas de page 1354, diapositives 42 et 43, respectivement)

[1360] Observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 323 du Groupe spécial, paragraphe 45.

[1361] Observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 323 du Groupe spécial, paragraphe 45.

[1362] Cette approche est analogue à celle que l'Organe d'appel a adoptée dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 925 à 929, 1175, 1178 et 1180 à 1202.)

[1363] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1036.

renferment des RCC, certains passages de notre analyse ont été supprimés, ce qui est indiqué par [***].

655. [
***
]:
[
***
].[1364] (non souligné dans l'original)
[***]:
[
***
].[1365] (non souligné dans l'original)
[
[1366]
[1367]
***
].[1368]

656. Conformément à la législation des États-Unis et aux contrats d'achat de la NASA et aux instruments d'aide de l'USDOD, la partie commanditaire (la NASA ou l'USDOD) n'obtient pas des droits de titulaire sur la propriété intellectuelle développée au cours des travaux effectués dans le cadre de ces contrats et instruments d'aide. Au lieu de cela, le Groupe spécial a constaté que "Boeing, en tant que contractant, conservait les droits sur les inventions (c'est-à-dire les droits de brevet) qu'elle mettait au point dans le cadre de ses activités de recherche financées par la NASA".[1369] Une

[1364] Contract A–Sponsored Research Agreement #2001-ME-SSG between {nom de la partie supprimé dans la pièce} and The Boeing Company, 1 July 2001 (pièce US-1208 présentée au Groupe spécial (RCC)), article 5.1.

[1365] Contract B–General Terms Agreement between The Boeing Company and {nom de la partie supprimé dans la pièce}, 5 December 2003 (pièce US-1209 présentée au Groupe spécial (RCC)), article 8.1.

[1366] Contract C–General Terms Agreement between Boeing and {nom de la partie supprimé dans la pièce}, 30 June 2004 (pièce US-1210 présentéau Groupe spécial (RCC)).

[1367] Contract D–Framework Agreement between {nom de la partie supprimé dans la pièce} and The Boeing Company, 1 December 2003 (pièce US-1211 présentée au Groupe spécial (RCC)), article 6.2: "[*** ***]."

[1368] Contract B–General Terms Agreement between The Boeing Company and {nom de la partie supprimé dans la pièce}, 5 December 2003 (pièce US-1209 présentée au Groupe spécial (RCC)), article 8.1.

[1369] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1024.

constatation similaire a été formulée par le Groupe spécial en ce qui concerne les instruments d'aide de l'USDOD. Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1149.[1370] [

***

].

657. [

***

***

[1371]

[1372]]:

[

***

].[1373] (notes de bas de page omises)

[1370] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1149.

[1371] Contract D, *supra*, note de bas de page 1363 (pièce US-1211 présentée au Groupe spécial (RCC)), article 6.3.1.

[1372] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1024 et 7.1026; voir aussi le paragraphe 7.1149.

[1373] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1286 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 813 (faisant référence au *United States Code*, Titre 35, article 202 c) 4) (pièce EC-558 présentée au Groupe spécial); et au *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, article 27.302 c) (pièce EC-559 présentée au Groupe spécial)).

[

***

].

658. En réponse à la troisième série de questions du Groupe spécial, les États-Unis ont présenté deux autres contrats, appelés contrat E et contrat F.[1374] Ils ont affirmé qu'il s'agissait de contrats entre Boeing et des entités à but lucratif.[1375] [***

1376

1377

***

1378]

659. [

***

1379

1380

1381

[1374] Pièces US-1342 (RCC) (contrat E) et US-1343 (RCC) (contrat F) présentées au Groupe spécial.
[1375] Comme pour les autres contrats, les noms des cocontractants de que Boeing ont été effacés.
[1376] Pièce US-1342 présentée au Groupe spécial (RCC) (contrat E), paragraphe 1.
[1377] Pièce US-1342 présentée au Groupe spécial (RCC) (contrat E), paragraphe 8.2.
[1378] Pièce US-1342 présentée au Groupe spécial (RCC) (contrat E), paragraphe 8.5.
[1379] Pièce US-1343 présentée au Groupe spécial (RCC) (contrat F), article 4.3.
[1380] Pièce US-1343 présentée au Groupe spécial (RCC) (contrat F), article 4.3.
[1381] Pièce US-1343 présentée au Groupe spécial (RCC) (contrat F), article 4.3.

***

***

1382

].

660. En résumé, même à supposer que le Groupe spécial ait considéré les contrats communiqués par les États-Unis en tant qu'éléments de preuve de l'existence de transactions ayant lieu sur le marché comme exacts et probants, ils font ressortir plusieurs différences importantes par rapport aux contrats d'achat de la NASA et aux instruments d'aide de l'USDOD. [

***

***

].

661. De fait, la législation des États-Unis limite la capacité de la NASA et de l'USDOD de négocier la titularité sur la propriété intellectuelle développée dans le cadre des contrats et accords pertinents. Nous expliquons dans la partie VII que, conformément à la Loi Bayh-Dole de 1980, au

[1382] Pièce US-1343 présentée au Groupe spécial (RCC) (contrat F), articles 4.3.1.3 c) et 4.3.2.3 c).

Mémorandum présidentiel de 1983, au Décret de 1987 et aux règlement fédéral général et règlement spécifique à la NASA qui sont pertinents, ni l'USDOD ni la NASA ne chercheront à acquérir la propriété de toute invention découverte au cours de travaux effectués dans le cadre des contrats d'achat de la NASA et des instruments d'aide de l'USDOD. C'est plutôt le contractant (Boeing) qui est censé obtenir la titularité des droits de propriété intellectuelle. Le contractant est également titulaire de "toutes les données techniques (c'est-à-dire les droits d'utilisation des données) produites au moyen d'un financement des pouvoirs publics des États-Unis et peu{t} les utiliser à {ses} propres fins commerciales".[1383] Ainsi, dans les faits, la répartition des droits de propriété intellectuelle est prédéterminée dans le cadre juridique des États-Unis.[1384] Autrement dit, il n'y a pas de négociation au sujet de la titularité de la propriété intellectuelle.[1385] Alors que, dans une transaction entre deux acteurs du marché, la partie qui effectue la recherche devrait négocier pour obtenir la titularité de toute propriété intellectuelle, les entreprises qui passent des contrats ou des accords avec la NASA et l'USDOD n'ont absolument pas besoin de négocier pour les droits de propriété intellectuelle parce qu'elles peuvent s'attendre à obtenir la titularité dans le cadre juridique actuel des États-Unis.[1386] La NASA et l'USDOD sont donc limités par la législation des États-Unis pour ce qui est des gains qu'ils peuvent tirer de la transaction. Dans le même temps, la partie qui effectue la recherche commandée par la NASA et l'USDOD – en l'espèce, Boeing – obtient, s'agissant de la propriété intellectuelle, des droits de titulaire qu'elle aurait autrement dû négocier si l'autre partie avait été un acteur du marché.

662. Nous rappelons que la détermination de l'existence d'un "avantage" au titre de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* vise à établir si, avec la contribution financière, "{le bénéficiaire} n'est pas "mieux loti" qu'en l'absence de contribution".[1387] De plus, l'Organe d'appel a dit que "le marché constitu{ait} une bonne base de comparaison lorsqu'on détermin{ait} si un "avantage" {avait} été "conféré", parce qu'on {pouvait} identifier la capacité d'une "contribution financière" de fausser les échanges en déterminant si le bénéficiaire {avait} reçu une "contribution financière" à des conditions plus

[1383] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1296.

[1384] En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont affirmé que l'USDOD "ne décid{ait} pas qui sera{it} titulaire du brevet pour une invention conçue dans le cadre d'un contrat {passé avec l'USDOD}. La politique énoncée dans le Mémorandum présidentiel de 1983 et mise en œuvre au moyen de la réglementation {de l'USDOD} {réglait} cette question, et prévo{yait} le partage des droits entre les pouvoirs publics et le contractant en conformité avec le chapitre 38 du titre 35 du Code des États-Unis – la règle Bayh-Dole". (réponse des États-Unis à la question n° 22 b) du Groupe spécial, paragraphe 69 (note de bas de page omise))

[1385] Comme nous l'expliquons *infra*, au paragraphe 663, la portée de la licence des pouvoirs publics peut être négociée en ce sens que les pouvoirs publics peuvent accepter une licence plus limitée concernant l'utilisation des données produites au cours de la recherche si le contractant cofinance le projet.

[1386] Dans la mesure où la NASA et l'USDOD obtiennent une licence pour l'utilisation par les pouvoirs publics, ils sont tenus par la législation des États-Unis de s'assurer que cette utilisation par les pouvoirs publics n'entrave pas l'utilisation commerciale de la R&D par Boeing.

[1387] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157.

favorables que celles auxquelles il {avait} accès sur le marché".[1388] Comme nous l'avons indiqué plus haut, même à supposer que les éléments de preuve présentés par les États-Unis soient exacts et non contestés, la répartition des droits de propriété intellectuelle dans les exemples de transactions commerciales figurant dans le dossier a été plus favorable à la partie commanditaire et moins favorable à la partie prestataire que dans le cadre des contrats d'achat de la NASA et des instruments d'aide de l'USDOD dont nous sommes saisis. Ces éléments de preuve indiquent donc que les transactions commerciales aboutissent à un équilibre qui est plus favorable à la partie commanditaire que l'équilibre atteint dans le cadre des mesures dont nous sommes saisis. En d'autres termes, Boeing a obtenu plus et la NASA et l'USDOD ont obtenu moins que ce qu'ils auraient obtenu sur le marché. À notre avis, cette conclusion est suffisante pour établir que l'octroi par la NASA et l'USDOD d'un financement et d'autres formes de soutien à Boeing aux conditions des accords de coentreprise dont nous sommes saisis a conféré un avantage à Boeing au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.

663. Nous notons que l'une des principales caractéristiques des instruments d'assistance est que l'USDOD et Boeing financent conjointement les projets de recherche et partagent, dans une certaine mesure, les résultats de la recherche.[1389] Dans leur appel, les États-Unis mettent en avant le fait que le financement accordé par Boeing à ces activités de recherche doit être pris en considération pour déterminer l'existence d'un avantage.[1390] Ces sont des caractéristiques des mesures de l'USDOD qui devraient être prises en compte pour identifier un point de repère du marché permettant de comparer ces mesures afin de déterminer si un avantage a été conféré.[1391] De plus, nous notons que toute contribution monétaire accordée par le bénéficiaire à un projet conjoint de recherche affecte la valeur nette que l'entreprise retire du projet. Si la contribution de l'entreprise bénéficiaire au projet n'est pas prise en compte, la valeur que l'entreprise retire du projet risque d'être surestimée et, partant, une constatation de l'existence d'un avantage pourrait être formulée dans des cas où il n'existe en fait aucun avantage.

664. Le rapport du Groupe spécial n'indique pas que le Groupe spécial a tenu compte de la contribution monétaire de Boeing lorsqu'il a examiné si les instruments d'aide de l'USDOD conféraient un avantage. Le Groupe spécial a toutefois formulé d'autres constatations qui n'étayent pas l'idée que la contribution de Boeing au projet signifiait qu'aucun avantage n'était conféré. Dans le

[1388] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157.
[1389] L'Union européenne ne conteste pas que Boeing a fourni une partie du financement destiné aux projets réalisés dans le cadre des instruments d'aide de l'USDOD. (réponse de l'Union européenne à une question posée à l'audience)
[1390] Les États-Unis ont admis devant le Groupe spécial que "dans certaines circonstances … les arrangements de partage des coûts peuvent conférer et confèrent effectivement un avantage à la partie privée". (réponse des États-Unis à la question n° 194 du Groupe spécial, paragraphe 240)
[1391] Nous avons expliqué dans la section VI.A que, dans le cadre des instruments d'aide de l'USDOD, l'USDOD et Boeing fournissent des contributions financières et partagent les résultats de la recherche.

cadre de son analyse de la contribution financière, le Groupe spécial a constaté que la portée de la licence des pouvoirs publics sur les droits d'utilisation des données changeait lorsque Boeing et l'USDOD participaient tous deux au financement du projet.[1392] Plus précisément, le Groupe spécial a constaté que les pouvoirs publics recevaient uniquement des "droits limités" d'utilisation des données dans le cadre des instruments d'aide (qui étaient des transactions de partage des coûts), alors qu'ils recevaient des "droits illimités" d'utilisation des données dans le cadre des contrats d'achat de l'USDOD (dans lesquels il n'y avait pas partage des coûts).[1393] Par conséquent, d'après la description du Groupe spécial, la contribution monétaire de Boeing au projet de recherche n'est pas liée aux droits de titulaire sur des inventions et des données, qui découlent de l'application de la législation des États-Unis. En fait, la contribution monétaire de Boeing est une contrepartie pour les droits renforcés d'utilisation des données qu'elle obtient dans le cadre des instruments d'aide, qui donnent aux pouvoirs publics des droits plus limités d'utilisation des données. Compte tenu de la constatation du Groupe spécial, il est donc clair que la contribution monétaire de Boeing dans le cadre des instruments d'aide ne modifie pas la négociation concernant la titularité des inventions et des données, mais modifie uniquement la négociation ayant trait à la licence des pouvoirs publics sur les droits d'utilisation des données.

665. Les États-Unis font également valoir que l'USDOD a soumis chacun des instruments d'aide à une procédure d'appel d'offres et que, si Boeing avait tenté d'obtenir des conditions autres que celles du marché pour sa participation aux travaux de recherche, l'un des autres fournisseurs de travaux de recherche aéronautique de l'USDOD aurait fait une offre plus basse.[1394] Cet argument ne tient toutefois pas compte du fait que la titularité de la propriété intellectuelle ne fait pas l'objet d'une procédure d'appel d'offres; elle est déterminée par la législation des États-Unis. Puisque chaque soumissionnaire sait à l'avance que cet aspect précis de la transaction ne sera pas modifié pour ses concurrents, la titularité de la propriété intellectuelle qui en résulte ne sera pas un élément déterminant dans la manière dont chaque soumissionnaire organise ses propositions.

666. Pour ces raisons, nous *constatons* que le financement et les autres formes de soutien accordés dans le cadre des contrats d'achat de la NASA et des instruments d'aide de l'USDOD ont conféré un avantage à Boeing au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.

[1392] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1149.
[1393] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1149 et 7.1150.
[1394] Déclaration orale des États-Unis à la première séance de l'audience.

C. *Portée des constatations du Groupe spécial concernant l'avantage s'agissant des mesures de la NASA*

667. Nous passons à l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur "en fondant son évaluation de l'avantage total conféré par les contrats de recherche de la NASA sur une combinaison de transactions englobant non seulement la "recherche relative aux LCA" contestée par les {Communautés européennes}, mais aussi d'autres transactions que les {Communautés européennes} n'ont pas contestées".[1395] En particulier, les États-Unis reprochent au Groupe spécial de ne pas avoir exclu 280 millions de dollars de dépenses pour la recherche dont la NASA avait déterminé qu'elles n'étaient "pas liées"[1396] aux allégations des Communautés européennes. Les États-Unis qualifient cette "omission" d'"erreur incompatible avec l'article 1.1 b) parce qu'elle traite des transactions qui ne faisaient pas partie de la contribution financière au sens de l'article 1.1 a) comme conférant un avantage".[1397]

668. Les constatations du Groupe spécial sont résumées dans la sous-section 1. Dans la sous-section 2, nous examinons l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle l'allégation des États-Unis n'entre pas dans le cadre du présent appel parce qu'elle n'était pas dûment indiquée dans la déclaration d'un autre appel des États-Unis. Nous examinons ensuite dans la sous-section 3 l'allégation d'erreur formulée par les États-Unis.

1. Constatations du Groupe spécial

669. Le Groupe spécial a commencé son analyse de cette présente allégation en examinant les éléments de preuve présentés par les États-Unis concernant le montant maximal des versements faits à Boeing pour la R&D aéronautique au cours de la période de 1989 à 2006. Le Groupe spécial a noté que les États-Unis avaient expliqué que la NASA était arrivée à son estimation du montant des versements qu'elle avait faits à Boeing en trois étapes: i) en identifiant les contrats pertinents avec Boeing qui avaient été attribués au titre des huit programmes de R&D en cause entre 1989 et 2006 au moyen d'une recherche dans la Federal Procurement Data Base (base de données des marchés fédéraux) ("FPDS"/"FPDS-NG")[1398] de tous les marchés attribués à Boeing pour la période pertinente; ii) en éliminant les marchés qui "ne se rapportaient clairement à aucun des programmes aéronautiques de la NASA, comme ceux qui concernaient les vols spatiaux habités, la Station spatiale internationale

[1395] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 66.
[1396] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 66.
[1397] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 66.
[1398] Pour les années 2004 à 2006, la base de données pertinente était la Federal Procurement Data Base – Next Generation (base de données des marchés fédéraux – nouvelle génération) (FPDS-NG), qui avait remplacé la Federal Procurement Data Base (base de données des marchés fédéraux) (FPDS). (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1058)

ou la spatiologie"[1399]; et iii) en calculant les montants décaissés en faveur de Boeing pour chacun de ces contrats à partir des renseignements relatifs aux décaissements tirés des bases de données financières internes de la NASA qui, avant 2004, recueillaient les données, les contrôlaient puis les transmettaient à la FPDS.[1400]

670. Le Groupe spécial a observé que "{l}a première étape du processus d'élimination, et la plus importante, consistait à identifier les marchés passés par les centres de recherche de la NASA qui réalisaient des activités de recherche aéronautique".[1401] À cet égard, les États-Unis ont expliqué que la NASA menait toutes ses activités de recherche dans neuf centres de recherche, et que quatre de ces centres (le centre de recherche Langley, le centre de recherche Glenn, le centre de recherche Ames et le centre de recherche Dryden) étaient chargés de toute la recherche aéronautique menée par la NASA. Ces quatre centres de recherche gèrent les huit programmes de R&D en cause dans le présent différend et effectuent toutes les activités de recherche aéronautique nécessaires pour soutenir les autres programmes de la NASA.[1402] Le Groupe spécial a pris note de l'argument des États-Unis selon lequel "{c}omme le dossier de chaque marché figurant dans la FPDS contient un code indiquant le centre qui a attribué l'instrument en question, la NASA a pu éliminer de la liste des contrats de Boeing tirée de la FPDS tous les contrats attribués par les cinq centres de recherche de la NASA qui ne réalisent pas de recherche aéronautique".[1403] Le Groupe spécial a noté en outre que la deuxième partie du processus d'élimination consistait à éliminer les contrats qui, "bien qu'attribués par l'un des quatre centres de recherche de la NASA réalisant des recherches aéronautiques, se rapportaient néanmoins à la recherche non aéronautique".[1404]

671. Le Groupe spécial a noté qu'il avait demandé aux États-Unis d'expliquer comment il pouvait s'assurer que "les renseignements qu'ils avaient communiqués concernant l'ensemble des contrats et accords de R&D entre Boeing et la NASA étaient exacts et complets" et que les États-Unis avaient répondu que la NASA avait procédé à un "exercice de vérification".[1405] La valeur des contrats identifiés dans l'exercice de vérification était "d'environ 116 millions de dollars supérieure à la valeur des contrats indiquée par les États-Unis au paragraphe 212 de leur première communication écrite"; différence qui, selon les États-Unis, n'était "pas significative".[1406]

[1399] Réponse des États-Unis à la question n° 7 du Groupe spécial, paragraphe 14.
[1400] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1058.
[1401] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1062.
[1402] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1062.
[1403] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1062.
[1404] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1063.
[1405] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1065.
[1406] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1069. (note de bas de page omise)

672. Le Groupe spécial a ensuite abordé certaines des critiques formulées par les Communautés européennes au sujet du champ des transactions comprises dans l'estimation des États-Unis.[1407] En particulier, les Communautés européennes ont critiqué le fait que l'estimation i) excluait des versements faits à Boeing en tant que sous-traitant, et ii) ne comprenait pas la valeur des biens et services fournis à Boeing dans le cadre d'accords au titre de la Loi sur l'espace. Le Groupe spécial a estimé que ces deux critiques étaient "sans fondement".[1408] Il a aussi examiné les arguments des Communautés européennes concernant le caractère complet de l'ensemble de données pertinentes relatives aux contrats et leur allégation selon laquelle "la base de données FPDS/FPDS-NG {était} une source erronée et peu fiable pour l'identification des contrats conclus entre Boeing et la NASA".[1409] Il n'était toutefois pas persuadé que les éléments de preuve étayaient les affirmations des Communautés européennes à cet égard. Ensuite, il a examiné l'allégation des Communautés européennes selon laquelle les États-Unis n'avaient pas inclus quatre contrats pertinents entre la NASA et Boeing dans la liste de contrats qui servait de base à l'estimation des décaissements qu'ils avaient établie. Le Groupe spécial a pris note de l'explication des États-Unis selon laquelle l'un des contrats en question était inclus dans la liste mais "portait erronément le numéro d'un autre contrat", et selon laquelle, même si "les trois autres contrats n'avaient "apparemment pas été détectés lors de l'analyse initiale", {ils} avaient été pris en compte dans le calcul de la "valeur maximale" des contrats de Boeing" lors de l'exercice de vérification réalisé par les États-Unis.[1410]

673. À ce stade, le Groupe spécial a rappelé que les États-Unis avaient expliqué qu'une fois que les contrats accordés par les installations de la NASA ne menant pas d'activités de recherche aéronautique avaient été éliminés par filtrage de l'ensemble de données relatives à "tous les contrats de Boeing", il ne restait pour la période de 1989 à 2006 que 1,05 milliard de dollars de contrats qui étaient potentiellement liés aux allégations des Communautés européennes concernant la recherche aéronautique.[1411] Il a noté que les Communautés européennes n'avaient pas critiqué cet aspect de la méthode employée par les États-Unis pour identifier les contrats pertinents.[1412] Il a aussi pris note de la confirmation par les États-Unis qu'en fait, "tous les contrats liés aux contestations des Communautés européennes … devaient avoir été attribués par les quatre centres de la NASA … qui

[1407] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1070.
[1408] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1070.
[1409] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1072 (faisant référence à la réponse des Communautés européennes à la question n° 173 b) du Groupe spécial, paragraphe 301).
[1410] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1074 (citant la réponse des États-Unis à la question n° 184 du Groupe spécial, paragraphe 191).
[1411] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1076 (faisant référence aux réponses des États-Unis à la question n° 179 du Groupe spécial, paragraphe 180 et à la question n° 188 du Groupe spécial, paragraphe 219).
[1412] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1076 (faisant référence aux observations des Communautés européennes sur les réponses des États-Unis aux questions n° 179 et 188 du Groupe spécial).

étaient chargés de l'ensemble de la recherche aéronautique menée par la NASA et ne pouvaient avoir été attribués par aucun autre centre ou service de la NASA".[1413]

674. Enfin, s'agissant de l'exactitude des renseignements sur les décaissements relatifs à chacun des contrats identifiés, le Groupe spécial a noté que les Communautés européennes n'avaient pas contesté l'utilisation des données sur les "décaissements" en tant qu'approximation étroite du montant des "versements" faits à Boeing au titre des contrats de recherche.[1414] Il a toutefois observé que les Communautés européennes avaient contesté "la fiabilité des "bases de données financières" de la NASA, lesquelles comprenaient vraisemblablement {le NASA Procurement Management System (système de gestion des marchés de la NASA)} et les systèmes SAP/BW{[1415]}, qui étaient la source des données sur les décaissements".[1416] Néanmoins, le Groupe spécial n'était pas convaincu que "les Communautés européennes {avaient} étayé adéquatement leurs allégations selon lesquelles les bases de données financières de la NASA {étaient} peu fiables aux fins de l'estimation de la valeur des subventions pour la R&D accordées à Boeing par la NASA".[1417]

675. Le Groupe spécial a conclu que bien qu'il ne fît aucun doute que "la NASA {avait} fait des erreurs en recueillant les renseignements pertinents, et que les dossiers de la NASA {n'étaient} pas parfaits"[1418], les Communautés européennes n'avaient pas démontré que l'estimation proposée par les États-Unis comportait des erreurs méthodologiques. Le Groupe spécial a donc estimé que le montant total des versements faits à Boeing dans le cadre des contrats de R&D au titre des huit programmes de R&D de la NASA au cours de la période de 1989 à 2006 s'était élevé à 1,05 milliard de dollars.[1419]

676. En ce qui concerne la valeur de l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA accordé à Boeing, le Groupe spécial a noté que les États-Unis avaient initialement essayé d'estimer cette valeur en présentant dans un tableau les renseignements figurant dans certains accords au titre de la Loi sur l'espace conclus entre la NASA et Boeing. Toutefois, il a identifié deux limitations quant à ces renseignements. Premièrement, les États-Unis avaient pu uniquement inscrire dans le tableau des renseignements pour 21 des 38 accords au titre de la Loi sur l'espace connus conclus entre la NASA et Boeing.[1420] Deuxièmement, ils n'avaient pas tenu compte de la valeur de

[1413] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1076 (faisant référence à la réponse des États-Unis à la question n° 339 du Groupe spécial, paragraphe 82).
[1414] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1080.
[1415] SAP Business Information Warehouse (entrepôt d'information commerciale) (BW).
[1416] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1080.
[1417] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1080.
[1418] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1081.
[1419] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1081.
[1420] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1093.

l'accès aux installations, équipements et employés accordé par la NASA à Boeing "dans le cadre" des contrats d'achat.[1421]

677. À la lumière de ces "limitations quant aux renseignements disponibles", les États-Unis ont avancé une "autre" méthode.[1422] Ils ont proposé que le Groupe spécial utilise la part de Boeing dans les versements totaux faits à tous les contractants, partenaires et bénéficiaires de la NASA dans le domaine de la R&D pour estimer la valeur maximale des installations, équipements et employés fournis par la NASA à Boeing.[1423] Le Groupe spécial a accepté l'argument des États-Unis selon lequel, "si Boeing n'{avait} reçu que 10,4 pour cent des versements faits à tous les participants aux programmes, rien ne justifi{ait} d'imputer à Boeing plus de 10,4 pour cent des coûts totaux supportés par la NASA pour avoir à disposition et fournir des installations, équipements et employés aux fins de la R&D aéronautique".[1424]

678. Bien que le Groupe spécial ait accepté l'approche générale suivie par les États-Unis, il contestait la valeur des versements effectués par la NASA à Boeing que les États-Unis avaient utilisée pour établir la part des versements effectués à Boeing. Les États-Unis ont utilisé le chiffre de 775 millions de dollars, ce qui a donné comme résultat que Boeing avait reçu 10,4 pour cent du versement global effectué par la NASA au titre des huit programmes de R&D. Cependant, le Groupe spécial a indiqué qu'il avait estimé le montant total des versements faits à Boeing comme étant de 1,05 milliard de dollars. Il a en outre expliqué que l'utilisation du chiffre de 1,05 milliard de dollars "condui{sait} à la conclusion que Boeing {avait} reçu 14 pour cent, et non 10,4 pour cent des versements faits aux participants aux programmes".[1425] Sur la base de cette part, le Groupe spécial a ensuite estimé que "la valeur de l'accès gratuit aux installations, équipements et employés au titre des huit programmes de R&D en cause s'élevait à 1,55 milliard de dollars".[1426]

2. L'allégation des États-Unis entre-t-elle dûment dans le cadre du présent appel?

679. Nous commençons par l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle l'allégation des États-Unis n'entre pas dans le cadre du présent appel parce que les États-Unis n'ont pas identifié, dans leur déclaration d'un autre appel, "de quelconques erreurs alléguées commises par le Groupe spécial

[1421] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1093.
[1422] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1094.
[1423] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1094 et 7.1095.
[1424] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1096. Le Groupe spécial a noté que "même les Communautés européennes {avaient} essayé d'estimer la valeur des "installations, équipements et employés" fournis à Boeing par la NASA en se fondant sur la part de Boeing dans le financement de la NASA". (*Ibid.*)
[1425] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1099.
[1426] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1099.

au regard de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* en *évaluant* l'avantage que Boeing tirait des programmes de R&D aéronautique de la NASA ni n'ont fait référence à l'un quelconque des paragraphes pertinents du rapport du Groupe spécial"[1427], conformément à la règle 23 2) des *Procédures de travail*.

680. Conformément à la règle 23 2) des *Procédures de travail*, une déclaration d'un autre appel comprendra, entre autres, les renseignements suivants:

> i) un exposé des questions soulevées en appel par un autre participant auxquelles la partie se joint; soit
>
> ii) un bref exposé de la nature de l'autre appel, y compris:
>
> A) l'identification des erreurs alléguées dans les questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et les interprétations du droit données par celui-ci;
>
> B) une liste de la (des) disposition(s) juridique(s) des accords visés dans l'interprétation ou l'application de laquelle (desquelles) il est allégué que le groupe spécial a fait erreur; et
>
> C) sans préjudice de la capacité de l'appelant de mentionner d'autres paragraphes du rapport du groupe spécial dans le contexte de son appel, une liste indicative des paragraphes du rapport du groupe spécial contenant les erreurs alléguées.

681. L'Organe d'appel a expliqué que les déclarations d'appel et d'un autre appel ne servaient pas qu'à introduire un appel. Les prescriptions additionnelles de la règle 20 2), et, de même, celles de la règle 23 2), des *Procédures de travail*" ont pour rôle de faire en sorte que l'intimé soit aussi avisé, même brièvement, de la "nature de l'appel" et des "allégations d'erreurs" de la part du groupe spécial".[1428] L'Organe d'appel a apporté au sujet des prescriptions en matière de déclaration d'appel, les précisions suivantes:

> Les *Procédures de travail pour l'examen en appel* invitent l'appelant à être *bref* dans sa déclaration d'appel lorsqu'il expose "la nature de l'appel, y compris les allégations d'erreurs". Nous pensons que, en principe, la "nature de l'appel" et "les allégations d'erreurs" sont exposées de manière suffisante lorsque la déclaration d'appel indique dûment les constatations formulées par le groupe spécial ou les interprétations du droit données par lui dont il est fait appel parce qu'elles sont considérées comme erronées. La déclaration d'appel

[1427] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 96. (pas d'italique dans l'original; note de bas de page omise)

[1428] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphe 62.

> n'est pas censée indiquer les raisons pour lesquelles l'appelant considère ces constatations ou interprétations comme étant erronées. La déclaration d'appel n'est pas censée résumer ou décrire les arguments qui seront avancés par l'appelant. Les arguments juridiques à l'appui des allégations d'erreurs doivent, bien entendu, être exposés et développés dans la communication de l'appelant.[1429] (italique dans l'original)

682. Dans des appels antérieurs, l'Organe d'appel a aussi fait la mise en garde suivante: "{s}i les allégations formulées par l'appelant ou l'autre appelant dans la déclaration d'appel ou dans la déclaration d'un autre appel ne sont pas notifiées à l'intimé, ces allégations n'entrent pas dûment dans le cadre de l'appel et l'Organe d'appel ne formulera pas de constatations à leur sujet".[1430]

683. Au paragraphe 3 de leur déclaration d'un autre appel, les États-Unis ont inclus l'allégation suivante:

> Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la constatation du Groupe spécial selon laquelle les versements faits à Boeing par la NASA dans le cadre des contrats pour l'exécution de travaux de recherche aéronautique ainsi que les installations, équipements et employés fournis à Boeing dans le cadre des contrats et accords de recherche en cause conféraient un avantage. Cette constatation est erronée et repose sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit, y compris une interprétation incorrecte de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.[5]

[5] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1037 à 7.1040 et 8.3.

684. Dans leur communication en tant qu'autre appelant, les États-Unis formulent leur allégation comme une allégation relative à une erreur, au titre de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*, dans l'"évaluation de l'avantage total conféré par les contrats de recherche de la NASA".[1431] À l'audience et dans leur mémoire additionnel, les États-Unis ont précisé que leur allégation était que la constatation de l'existence d'un avantage établie par le Groupe spécial était trop large en ce qu'elle incluait des

[1429] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 95.
[1430] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 582 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphe 72; rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 285; et rapport de l'Organe d'appel *Japon – Pommes*, paragraphes 124 à 128).
[1431] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 66.

contrats de recherche sur des sujets qui ne faisaient pas partie de l'allégation des Communautés européennes.[1432]

685. Comme l'Union européenne le fait observer, la déclaration d'un autre appel des États-Unis ne mentionne pas expressément les "erreurs alléguées … en évaluant l'avantage que Boeing tirait des programmes de R&D aéronautique de la NASA".[1433] Néanmoins, la déclaration d'un autre appel des États-Unis mentionne spécifiquement la constatation de l'existence d'un avantage établie par le Groupe spécial en ce qui concerne les versements ou autres formes de soutien prévus par les contrats et accords de la NASA en cause. L'allégation des États-Unis à laquelle l'Union européenne fait objection est celle selon laquelle la constatation de l'existence d'un avantage établie par le Groupe spécial est trop large parce qu'elle englobe des contrats et accords de R&D de la NASA qui n'étaient pas contestés par les Communautés européennes devant le Groupe spécial. En d'autres termes, il s'agit d'une allégation selon laquelle la constatation de l'existence d'un avantage établie par le Groupe spécial vise des contrats et accords de R&D de la NASA qui n'étaient pas en cause en l'espèce parce que les Communautés européennes ne les avaient pas contestés. Par conséquent, nous sommes d'avis que le paragraphe 3 de la déclaration d'un autre appel, en particulier la mention des "contrats et accords en cause", peut être lu comme indiquant que les États-Unis avaient l'intention de contester non seulement la constatation de l'existence d'un avantage, mais aussi l'étendue de cette constatation.

686. Néanmoins, nous devons signaler que le paragraphe 3 de la déclaration d'un autre appel est rédigé de façon tellement vague et imprécise qu'il est très difficile pour l'intimé, les participants tiers et l'Organe d'appel de comprendre facilement toute la portée de l'allégation des États-Unis. Comprendre la portée complète de l'allégation d'un appelant ne devrait pas exiger un tel effort. Le fait de rédiger la déclaration d'appel ou la déclaration d'un autre appel avec plus de précision réduit le risque d'exceptions de procédure et de rejet éventuel d'une allégation parce qu'elle n'est pas conforme aux prescriptions de la règle 20 ou 23 des *Procédures de travail*.

687. Nous reconnaissons aussi que les paragraphes du rapport du Groupe spécial cités dans la déclaration d'un autre appel des États-Unis ne correspondent pas aux sections du rapport du Groupe spécial dans lesquelles le Groupe spécial a fait l'erreur alléguée par les États-Unis. La déclaration d'un autre appel mentionne les paragraphes 7.1037 à 7.1040 et 8.3. Les paragraphes 7.1037 à 7.1040 concernent l'analyse par le Groupe spécial de la question de savoir si les mesures de la NASA ont

[1432] Déclaration orale et réponses aux questions posées à la première séance de l'audience des États-Unis; mémoire additionnel présenté par les États-Unis après la première séance de l'audience, paragraphe 35.

[1433] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 96. (italique omis)

conféré un avantage. Le paragraphe 8.3 est celui dans lequel le Groupe spécial a énoncé ses conclusions concernant les allégations d'effets défavorables formulées par les Communautés européennes. Les allégations des États-Unis relatives à la portée excessive visent l'analyse du Groupe spécial exposée aux paragraphes 7.1055 à 7.1110 de son rapport. Néanmoins, nous rappelons que la règle 23 2) c) ii) C) des *Procédures de travail* exige qu'un autre appelant fournisse une "liste indicative" des numéros de paragraphes du rapport du groupe spécial contenant l'erreur ou les erreurs alléguées et que cette liste est "sans préjudice de la capacité de l'appelant de mentionner d'autres paragraphes du rapport du groupe spécial dans le contexte de son appel". Le fait de ne pas fournir de liste complète et exacte des numéros de paragraphes visés par l'allégation d'erreur ne constitue pas en soi une base permettant de rejeter une allégation.[1434]

688. Par conséquent, nous *constatons* que la déclaration d'un autre appel des États-Unis identifie suffisamment l'allégation d'erreur et nous rejetons donc l'argument de l'Union européenne selon lequel l'allégation des États-Unis n'entre pas dûment dans le cadre du présent appel.

3. Le Groupe spécial a-t-il fait erreur au regard de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*?

689. Nous rappelons que l'allégation des États-Unis est que le Groupe spécial n'a pas correctement appliqué l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*, parce qu'il n'a pas exclu de son estimation du montant de la subvention les 280 millions de dollars de dépenses consacrées à la recherche dont la NASA avait déterminé qu'elles n'étaient "pas liées" aux allégations des Communautés européennes.[1435]

690. Le fait qu'un avantage est conféré est l'un des deux éléments de la définition d'une subvention figurant à l'article 1.1 de l'*Accord SMC*. L'Organe d'appel a expliqué que "le terme "avantage", tel qu'il est utilisé à l'article 1.1 b), comport{ait} une forme de comparaison", et que "le marché constitu{ait} une bonne base de comparaison lorsqu'on détermine si un "avantage" a été "conféré", parce qu'on {pouvait} identifier la capacité d'une "contribution financière" de fausser les échanges en déterminant si le bénéficiaire {avait} reçu une "contribution financière" à des conditions plus favorables que celles auxquelles il {avait} accès sur le marché."[1436] À la section VI.B, nous avons examiné la détermination de l'existence d'un avantage établie par le Groupe spécial en ce qui concerne

[1434] Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 279 et 283, dans lesquels l'Organe d'appel a refusé de rejeter une allégation formulée par les Communautés européennes, même si la déclaration d'appel ne donnait pas de liste des dispositions juridiques des accords visés dans l'interprétation ou l'application desquelles il est allégué que le groupe spécial a fait erreur, ni de liste indicative des paragraphes du rapport du groupe spécial contenant les erreurs alléguées.

[1435] Déclaration orale des États-Unis et leurs réponses aux questions posées à la première séance de l'audience.

[1436] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157.

les mesures de la NASA en cause. Nous observons que, ayant constaté que les mesures de la NASA conféraient un avantage à Boeing, le Groupe spécial n'a pas poursuivi les travaux pour estimer l'importance ou le montant de l'avantage.[1437]

691. Dans une section distincte de son rapport, le Groupe spécial a ensuite procédé à l'estimation du "montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing".[1438] Il n'a pas expliqué ce qu'il fallait entendre exactement par "montant de la subvention". Il paraîtrait que cet exercice d'estimation effectuée par le Groupe spécial soit plus étroitement liée au concept de "contribution financière"[1439] au titre de l'article 1.1 a) 1) qu'au concept d'"avantage" au titre de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*. La raison en est que le Groupe spécial cherchait à identifier le montant des fonds transférés par la NASA à Boeing dans le cadre des contrats pertinents, ainsi que la valeur de l'accès de Boeing aux installations, équipements et employés de la NASA. Si le Groupe spécial avait cherché à estimer le montant de l'avantage, il aurait dû se concentrer sur l'avantage conféré à Boeing par rapport à ce qu'elle aurait obtenu dans une transaction commerciale.[1440] Nous notons en outre qu'en expliquant son approche, le Groupe spécial a dit que son analyse du montant de la subvention était "décrite{} à juste titre comme faisant partie de l'analyse relative au préjudice grave".[1441]

692. Ayant examiné l'analyse du Groupe spécial qui est l'élément central des allégations des États-Unis, il nous apparaît que l'appel des États-Unis est mal ciblé. Même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que le Groupe spécial a fait erreur dans son calcul du "montant de la subvention", il n'apparaît pas clairement que cela aurait constitué une erreur d'interprétation ou d'application de l'"avantage" au titre de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*. L'allégation spécifique formulée par les États-Unis est que le Groupe spécial n'a pas exclu du montant de la subvention certaines transactions dont la NASA avait déterminé qu'elles ne comportaient pas de travaux de recherche pertinents pour les LCA.[1442]

[1437] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1039.

[1438] Rapport du Groupe spécial, page 468, sous-section VII.D.5 e).

[1439] Cela apparaît explicitement au paragraphe 7.1101 du rapport du Groupe spécial quand, en réfutant un argument des Communautés européennes, le Groupe spécial a déclaré: "{I}l y a deux raisons pour lesquelles nous considérerons que le montant intégral des *contributions financières* fournies à Boeing est une subvention accordée à la division des LCA de Boeing". (pas d'italique dans l'original)

[1440] Voir la section VI.B.2 du présent rapport.

[1441] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.213. De plus, le Groupe spécial a estimé que le calcul du montant de la subvention n'était pas nécessaire au titre de l'article premier de l'*Accord SMC*. Il a fait ces observations en rapport avec certaines mesures de subventionnement prévues par le projet de loi n° 2294 de la Chambre des représentants de l'État de Washington. Cependant, nous croyons comprendre que le Groupe spécial entendait que cette explication s'applique aussi en ce qui concerne son analyse du montant des autres subventions. (*Ibid*.)

[1442] Les États-Unis allèguent que ces dépenses concernaient la R&D pour l'espace, l'achat de biens, d'éoliennes et d'aéropropulseurs, la gestion du trafic aérien, les vols hypersoniques, le décollage et l'atterrissage

693. Les États-Unis ont affirmé devant le Groupe spécial que les décaissements de la NASA en faveur de Boeing au titre des programmes contestés s'élevaient à moins de 750 millions de dollars.[1443] La méthode utilisée par les États-Unis pour arriver à ce chiffre était la suivante. Premièrement, les États-Unis ont identifié tous les contrats qui avaient été attribués par la NASA à Boeing au titre des huit programmes de R&D en cause pendant la période de 1989 à 2006.[1444] À cette fin, ils ont lancé une recherche dans la base de données FPDS/FPDS-NG.[1445] Deuxièmement, à partir de ce vaste groupe de contrats de Boeing, ils ont éliminé tous les contrats qui ne se rapportaient pas à des activités de recherche aéronautique. Cela a été fait en identifiant les marchés passés par les centres de recherche de la NASA qui réalisaient des activités de recherche aéronautique. Les États-Unis ont expliqué que la NASA menait toutes ses activités de recherche dans neuf centres de recherche, mais que seuls quatre de ces centres – le centre de recherche Langley, le centre de recherche Glenn, le centre de recherche Ames et le centre de recherche Dryden – étaient chargés de toute la recherche aéronautique menée par la NASA. Ces quatre centres de recherche gèrent les huit programmes de R&D et effectuent toutes les activités de recherche aéronautique nécessaires pour soutenir les autres programmes de la NASA.[1446] Cette deuxième étape a abouti à un chiffre de 1,05 milliard de dollars.[1447] Au cours de la troisième étape, les États-Unis ont éliminé les contrats qui, bien qu'attribués par l'un des quatre centres de recherche de la NASA réalisant des recherches aéronautiques, se rapportaient néanmoins à la recherche non aéronautique (par exemple les contrats dont l'objet concernait l'espace, la science atmosphérique, l'aérodynamique hypersonique de l'espace aérien, le décollage et l'atterrissage verticaux/le décollage et l'atterrissage courts, ainsi que le soutien aux aéronefs lié à la maintenance et à l'entretien des aéronefs de la NASA).[1448] Dans le cadre de cette troisième étape, les États-Unis ont exclu 280 millions de dollars de dépenses, ce qui a donné une valeur totale de 775 millions de dollars entre 1989 et 2006.[1449]

694. Le Groupe spécial a demandé aux États-Unis des renseignements supplémentaires pour confirmer les résultats de cet exercice et a aussi abordé certaines des critiques spécifiques formulées

---

verticaux/le décollage et l'atterrissage courts, ainsi que le soutien aux aéronefs (maintenance et entretien des aéronefs de la NASA). (Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 71)

[1443] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1057.

[1444] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1058.

[1445] Pour la période de 2004 à 2006, les États-Unis ont utilisé la base de données FPDS-NG qui remplaçait la FPDS.

[1446] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1062.

[1447] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1076.

[1448] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1063 (faisant référence à la réponse des États-Unis à la question n° 179 du Groupe spécial, paragraphe 181).

[1449] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1068; réponse des États-Unis à la question n° 188 du Groupe spécial, paragraphe 223. Certains de ces montants ont été arrondis, ce qui explique le décalage lorsque ces chiffres sont additionnés.

par les Communautés européennes à l'encontre l'approche proposée par les États-Unis.[1450] Après avoir examiné les éléments de preuve, le Groupe spécial a conclu ce qui suit:

> Il ne fait aucun doute pour le Groupe spécial que la NASA a fait des erreurs en recueillant les renseignements pertinents, et que les dossiers de la NASA ne sont pas parfaits (et, comme nous l'indiquons plus loin en ce qui concerne la Loi sur l'espace, sont loin d'être parfaits). Toutefois, les Communautés européennes n'ont pas démontré que l'estimation proposée par les États-Unis comportait des erreurs "méthodologiques". Le Groupe spécial estime donc que le montant total des versements faits à Boeing dans le cadre des contrats de R&D au titre des huit programmes de R&D au cours de la période de 1989 à 2006 s'est élevé à **1,05 milliard de dollars**.[1451] (caractères gras dans l'original)

695. Ainsi, le Groupe spécial a décidé de s'appuyer sur la méthode proposée par les États-Unis et a finalement accepté les résultats de la deuxième étape de la méthode employée par les États-Unis, à savoir les résultats de la dissociation des contrats attribués à Boeing par les quatre centres de recherche de la NASA qui mènent des recherches aéronautiques. Le Groupe spécial n'a pas abordé la troisième étape de la méthode qui avait été proposée par les États-Unis, qui comportait l'élimination des contrats qui, bien qu'ayant été attribués par l'un de ces quatre centres de recherche de la NASA mènent des recherches aéronautiques, avaient été identifiés par la NASA comme ne se rapportant pas à des recherches aéronautiques. À notre avis, une fois que le Groupe spécial avait décidé de recourir à l'approche méthodologique et aux données présentées par les États-Unis, il n'aurait tout simplement pas dû s'arrêter à la deuxième étape sans expliquer les raisons pour lesquelles il n'avait pas procédé à la troisième étape. Le Groupe spécial aurait dû expliquer pourquoi il désapprouvait la troisième étape ou pourquoi il ne la jugeait pas probante: par exemple, parce que les résultats de l'examen manuel, par le personnel de la NASA, des descriptions des recherches menées au titre de chaque contrat de Boeing attribué par les quatre centres de recherche ne pouvaient pas être vérifiés.[1452]

696. Cela dit, nous notons que l'examen par le Groupe spécial du montant de la subvention était éminemment un exercice factuel qui comportait un examen attentif des éléments de preuve factuels présentés par les parties et était axé sur la méthode qui était la plus appropriée pour dissocier les contrats qui comportaient des travaux de R&D aéronautique des autres transactions conclues entre la NASA et Boeing. Ce type d'évaluation factuelle relève du pouvoir dont dispose un groupe spécial pour juger initialement les faits et ne devrait être examiné par l'Organe d'appel qu'au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, allégation que les États-Unis n'ont pas formulée en ce qui

[1450] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1064 à 7.1080.
[1451] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1081.
[1452] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1068.

concerne l'estimation par le Groupe spécial du montant de la subvention accordée par la NASA à Boeing.

697. Nous notons qu'il n'y a dans l'*Accord SMC* aucune obligation de quantifier le montant précis de la subvention aux fins d'une allégation d'effets défavorables et la constatation de l'existence d'un avantage établie par le Groupe spécial au titre de l'article 1.1 b) en l'espèce ne dépend pas de la quantification par le Groupe spécial du montant de la subvention accordée par la NASA. L'Organe d'appel a dit précédemment que, bien que l'importance d'une subvention puisse être pertinente pour l'évaluation d'une allégation de préjudice grave, une "quantification précise définitive de la subvention n'{était} pas prescrite" aux fins d'une analyse du préjudice grave.[1453] En l'absence d'une telle obligation, on ne voit pas très bien sur quelle base la réticence du Groupe spécial à aller plus loin dans ses calculs pourrait constituer une erreur de droit. De plus, le Groupe spécial n'a jamais prétendu que ses calculs seraient précis, puisqu'il a indiqué que le montant était une estimation.[1454]

698. Les États-Unis soutiennent en outre que l'erreur commise par le Groupe spécial dans l'estimation du montant des versements faits par la NASA à Boeing affectait aussi la valeur estimée par le Groupe spécial en ce qui concerne l'accès gratuit aux installations, équipements et employés fourni par la NASA à Boeing.[1455] Le Groupe spécial a estimé que le montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing sous la forme de cet accès gratuit était de 1,55 milliard de dollars au cours de la période de 1989 à 2006.[1456] Son estimation de la valeur de cet accès était fondée sur une méthode proposée par les États-Unis qui utilisait la part de Boeing dans les versements globaux faits aux participants aux huit programmes de R&D pour estimer la valeur maximale de l'accès aux installations, équipements et employés fourni par la NASA à Boeing.[1457] Bien que le Groupe spécial ait accepté l'approche générale suivie par les États-Unis, il contestait la valeur des versements effectués par la NASA à Boeing que les États-Unis avaient utilisée pour établir la part de Boeing dans les versements globaux. Les États-Unis ont utilisé le chiffre de 775 millions de dollars, ce qui a donné comme résultat que Boeing avait reçu 10,4 pour cent du versement global effectué par la NASA au titre des huit programmes de R&D en cause. Cependant, le Groupe spécial a indiqué qu'il avait estimé le montant total des versements faits à Boeing dans le cadre des contrats de R&D comme étant de 1,05 milliard de dollars. Il a en outre expliqué que l'utilisation du chiffre de 1,05 milliard de dollars "condui{sai}t à la conclusion que Boeing {avait} reçu 14 pour cent, et non

[1453] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 467.
[1454] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1081, 7.1109 et 7.1110.
[1455] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 76.
[1456] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1109.
[1457] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1094 et 7.1095.

10,4 pour cent des versements faits aux participants aux programmes".[1458] Sur la base de cette part, le Groupe spécial a ensuite estimé "la valeur de l'accès gratuit aux installations, équipements et employés au titre des huit programmes de R&D en cause {comme étant} de 1,55 milliard de dollars".[1459]

699. Nous convenons avec les États-Unis que le montant de la subvention accordée par le biais de l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA a été estimé comme étant une fonction de la valeur des versements qui avaient été estimés par le Groupe spécial. Le montant des versements accordés par la NASA à Boeing estimé par le Groupe spécial (1,05 milliard de dollars) a été utilisé pour établir la part de Boeing dans les versements globaux (14 pour cent). Nous nous sommes abstenus plus haut de modifier la constatation du Groupe spécial en ce qui concerne le montant estimé de la subvention accordée par le biais des versements effectués par la NASA à Boeing. Par conséquent, rien ne nous permet de revenir sur l'estimation par le Groupe spécial de la valeur de l'accès de Boeing aux installations, équipements et employés de la NASA.

700. Nous rappelons que l'allégation formulée par les États-Unis en appel est que le Groupe spécial a fait erreur dans l'application du concept d'avantage au titre de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* parce qu'il n'a pas exclu de son estimation du montant de la subvention les 280 millions de dollars de dépenses consacrées à la recherche dont la NASA avait déterminé qu'elles n'étaient pas liées aux allégations des Communautés européennes.[1460] Nous avons constaté que l'examen par le Groupe spécial du montant de la subvention était une évaluation factuelle qui relevait du pouvoir dont disposait le Groupe spécial pour juger initialement les faits. Cependant, les États-Unis n'ont pas formulé d'allégation au titre de l'article 11 en ce qui concerne l'examen par le Groupe spécial du montant de la subvention accordée dans le cadre des mesures de la NASA en cause. Nous avons en outre expliqué plus haut que l'appel des États-Unis était mal ciblé, parce que le Groupe spécial n'avait pas tenté d'estimer la valeur de l'avantage conféré à Boeing dans le cadre des mesures de la NASA en cause. Par conséquent, nous *rejetons* l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en estimant le montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing dans le cadre des contrats et accords de la NASA au titre des huit programmes de R&D en cause comme étant de 2,6 milliards de dollars au cours de la période de 1989 à 2006.[1461] Nous soulignons que ce chiffre n'est qu'une estimation et devrait être traité comme tel.

[1458] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1099.
[1459] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1099.
[1460] Déclaration orale des États-Unis et leurs réponses aux questions posées à la première séance de l'audience.
[1461] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1081, 7.1109 et 7.1110.

D. *Article 11 du Mémorandum d'accord – Montant du financement pour la R&D accordé par l'USDOD susceptible de concerner les LCA*

701. Nous examinons maintenant l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en indiquant, au paragraphe 7.1205 de son rapport, qu'il "ne juge{ait} pas crédible que moins de 1 pour cent des 45 milliards de dollars de financement pour la R&D aéronautique que {l'US}DOD {avait} accordés à Boeing au cours de la période de 1991 à 2005 ait été susceptible de concerner les LCA". Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord parce que sa déclaration n'est pas fondée sur une base d'éléments de preuve.[1462] Les constatations du Groupe spécial sont résumées dans la sous-section 1. Nous examinons l'allégation des États-Unis dans la sous-section 2.

1. Constatations du Groupe spécial

702. Ayant déterminé que les versements et l'accès aux installations accordés par l'USDOD à Boeing par le biais des instruments d'aide constituaient des subventions spécifiques, le Groupe spécial a ensuite cherché à déterminer le montant total de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing.

703. Les Communautés européennes ont estimé que l'USDOD avait accordé à Boeing 4,3 milliards de dollars de financement et soutien pour la R&D "à double usage" au cours de la période de 1991 à 2006 et elles ont fait valoir que, sur ce total, 2,4 milliards devraient être considérés comme étant une subvention accordée à la division des LCA de Boeing.[1463] Les États-Unis ont répondu que les Communautés européennes avaient surestimé le montant relatif à la recherche à double usage menée en vertu des programmes de R&D en cause. Selon eux, le montant total de toute subvention accordée à la division des LCA de Boeing en vertu des contrats et accords de R&D de l'USDOD "{était} sensiblement inférieur à 308 millions de dollars pour la période de 1991 à 2006".[1464]

704. Le Groupe spécial a noté que les parties ne contestaient pas que l'USDOD avait accordé à Boeing 45 milliards de dollars de financement total pour la RDT&E entre 1991 et 2005.[1465]

[1462] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 123 à 125.

[1463] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1199 (faisant référence à la pièce EC-25 présentée au Groupe spécial, comprenant une compilation de tableaux détaillant les subventions pour la R&D aéronautique accordées par la NASA/l'USDOD/l'USDOC à la division des LCA de Boeing, tableau page 20, contenant des données sur la RDT&E de l'USDOD).

[1464] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1200.

[1465] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1202 (faisant référence à la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 471; et à Top Contractors' Share of DOD RDT&E, FY 1991-FY 2005 (pièce EC-29 présentée au Groupe spécial), page 1).

Cependant, il a expliqué que les "Communautés européennes n'affirm{aient} pas que la totalité de ce financement constitu{ait} une subvention accordée à Boeing", mais plutôt que "l'allégation des Communautés européennes concern{ait} le financement et le soutien pour la R&D accordés par {l'US}DOD à Boeing pour la R&D "à double usage"".[1466]

705. Le Groupe spécial a ensuite fait observer qu"'il n'exist{ait} pas de renseignements à la disposition du public qui indiqu{aient} le montant du financement pour la R&D "à double usage" accordé par {l'US}DOD à Boeing"[1467] et a noté, par conséquent, que le montant de la subvention présenté par les Communautés européennes n'était qu'une estimation reposant sur un "rapport d'expert détaillé".[1468] Prenant en compte l'argument des Communautés européennes selon lequel leur estimation devrait être adoptée à moins que les États-Unis ne fournissent des éléments de preuve de la valeur réelle des versements et de l'accès aux installations de l'USDOD, le Groupe spécial a décidé que, si les États-Unis fournissaient les "renseignements et chiffres réels" concernant la subvention accordée par l'USDOD, alors ce montant "prévaudr{ait} … sur l'estimation faite par les Communautés européennes".[1469]

706. Le Groupe spécial a donc examiné les calculs de la subvention effectués par les États-Unis et a noté que ces derniers alléguaient que le "montant maximal" de la subvention était "seulement de 308 millions de dollars".[1470] Il a fait observer que les États-Unis avaient revu le montant à la baisse au cours de la procédure, par rapport aux 529 millions de dollars qu'ils avaient indiqués initialement, en raison de "plusieurs erreurs" figurant dans la pièce US-41, qui contenait une liste de 43 contrats et accords de R&D de l'USDOD.[1471] Il a aussi fait observer que les États-Unis avaient indiqué que leur estimation concernait le montant total de la subvention accordée à Boeing "dans son ensemble".[1472] Il a noté que, finalement, les États-Unis avaient allégué que la subvention accordée à la division des LCA de Boeing "serait sensiblement inférieure à 308 millions de dollars, et même sembl{ait}-il, sensiblement inférieure à 100 millions de dollars pour la période de 1991 à 2006".[1473]

[1466] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1202.
[1467] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1203.
[1468] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1203 (faisant référence à CRA International, "U.S. Department of Defense (DoD) Research, Development, Test and Evaluation (RDT&E) Funding Support to The Boeing Company for Dual-Use Aircraft R&D", CRA Project No. D08745-00 (novembre 2006) (pièce EC-7 présentée au Groupe spécial)).
[1469] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1203.
[1470] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1204 (faisant référence à la réponse des États-Unis aux questions concernant les pièces qu'ils avaient présentées au Groupe spécial (10 janvier 2008), page 2).
[1471] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1204.
[1472] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1204.
[1473] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1204.

707. Le Groupe spécial a rejeté l'"estimation" faite par les États-Unis du montant total de la subvention accordée à Boeing pour quatre raisons.[1474] Premièrement, les calculs des États-Unis excluaient le financement accordé en vertu des programmes RDT&E pour les aéronefs militaires, qui représentait 3,1 milliards de dollars sur l'estimation de 4,3 milliards des Communautés européennes. Deuxièmement, les États-Unis n'ont pas présenté d'"argument ou élément de preuve similaire"[1475] en ce qui concerne le montant maximal de la subvention comme ils l'avaient fait pour les calculs de la subvention accordée par la NASA pour la R&D aéronautique. Troisièmement, les États-Unis n'ont pas inclus la valeur de l'accès de Boeing aux installations de l'USDOD. Quatrièmement, le Groupe spécial n'a pas jugé "crédible que moins de 1 pour cent des 45 milliards de dollars de financement pour la R&D aéronautique"[1476] accordés à Boeing "ait été susceptible de concerner les LCA".[1477] Sans prendre lui-même position quant à la définition, le Groupe spécial a noté que les États-Unis appliquaient une définition large de l'expression "à double usage" qui incluait des "applications civiles "théoriques" ou "potentielles"" de la R&D, et non une définition limitée à des technologies concrètes qui étaient appliquées effectivement aux aéronefs civils.[1478]

708. En même temps, le Groupe spécial a dit qu'il ne pouvait pas accepter l'estimation des Communautés européennes concernant la subvention accordée à la division des LCA de Boeing, car leur "méthode et … analyse"[1479] ne faisait pas la distinction entre les versements et l'accès aux installations de l'USDOD accordés en vertu des contrats d'achat et ceux qui étaient accordés par le biais des instruments d'aide. À la lumière des estimations contradictoires des parties et de sa propre analyse, le Groupe spécial a estimé qu'il n'était pas possible d'isoler les versements et l'accès aux installations accordés en vertu de contrats d'achat des versements et de l'accès accordés en vertu d'instruments d'aide.[1480]

709. Le Groupe spécial a ensuite indiqué que dans son rapport *États-Unis – Coton upland*, l'Organe d'appel avait défendu l'idée selon laquelle, "si un groupe spécial devait s'efforcer d'établir une estimation de l'ordre d'"importance" de la (des) subvention(s) dont il est allégué qu'elle(s) cause(nt) un empêchement de hausses de prix au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC, une

[1474] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1205.
[1475] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1205.
[1476] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1205.
[1477] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1205. (note de bas de page omise)
[1478] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2796 relative au paragraphe 7.1205.
[1479] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1206.
[1480] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1207.

"quantification précise définitive de la subvention n'{était} pas prescrite""[1481]. Il a estimé que ce principe s'appliquait également à d'autres formes de préjudice grave énoncées à l'article 6.3.

710. Le Groupe spécial a conclu ce qui suit:

> En l'espèce, dans les cas où nous avons déterminé qu'une mesure constituait une subvention spécifique au sens des articles 1er et 2 de l'Accord SMC, nous avons essayé de déterminer le montant de la subvention qui est imputée à juste titre à la "division des LCA" de Boeing. Toutefois, dans le cas des subventions pour la R&D accordées par {l'US}DOD à Boeing, si nous n'acceptons pas l'estimation des États-Unis selon laquelle le montant total de toute subvention accordée par {l'US}DOD à Boeing pour la R&D "à double usage" est sensiblement inférieur à 308 millions de dollars pour la période de 1991 à 2006, nous ne pouvons pas non plus accepter l'estimation des Communautés européennes, et toute tentative du Groupe spécial pour aller plus loin et établir sa propre estimation du montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing serait d'ordre conjectural.[1482] (note de bas de page omise)

2. Le Groupe spécial a-t-il procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord en formulant la déclaration contestée?

711. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en déclarant qu'il "ne juge{ait} pas crédible que moins de 1 pour cent des 45 milliards de dollars de financement pour la R&D aéronautique que {l'US}DOD {avait} accordés à Boeing au cours de la période de 1991 à 2005 ait été susceptible de concerner les LCA".[1483] D'après eux, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord parce que sa constatation n'était pas fondée sur une base d'éléments de preuve.[1484] Les États-Unis expliquent que "{l}e Groupe spécial n'a cité aucun élément de preuve à l'appui de son observation concernant le montant de la R&D {de l'USDOD} "susceptible de concerner les LCA"".[1485] En outre, ils estiment que la déclaration du Groupe spécial "est incompatible avec sa constatation finale selon laquelle "toute tentative du Groupe spécial pour aller plus loin et établir sa propre estimation du montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing serait

[1481] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1208 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 467).
[1482] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1209.
[1483] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1205. (note de bas de page omise)
[1484] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 123 à 125 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142).
[1485] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 125.

d'ordre conjectural"".[1486] Ils font également référence à la déclaration du Groupe spécial selon laquelle il ne prendrait pas position sur le point de savoir si l'expression "à double usage" devrait être interprétée d'une manière étroite ou large.[1487] Ils demandent donc à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial.

712. L'Union européenne rejette les allégations selon lesquelles le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en faisant la déclaration contestée par les États-Unis.[1488] Premièrement, elle fait valoir que cette déclaration ne devrait pas faire l'objet d'un examen en appel car il ne s'agit pas d'une constatation ou conclusion juridique au sens de l'article 17:3 du Mémorandum d'accord et elle n'a eu aucun effet sur les conclusions finales du Groupe spécial selon lesquelles les subventions pour la R&D aéronautique accordées à Boeing avaient représenté au moins 2,6 milliards de dollars et avaient eu des effets défavorables pour la branche de production de LCA des Communautés européennes.[1489] Deuxièmement, l'Union européenne affirme que, si cette déclaration fait l'objet d'un examen en appel, elle est réellement par nature une conclusion quant au rejet par le Groupe spécial, sur la base d'éléments de preuve, de l'allégation des États-Unis selon laquelle le financement accordé à Boeing pour la R&D à double usage n'était pas supérieur à 308 millions de dollars.[1490]

713. L'article 11 du Mémorandum d'accord exige qu'un groupe spécial "proc{ède} à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause". L'Organe d'appel a expliqué précédemment que, en tant que juges initiaux des faits, les groupes spéciaux avaient le pouvoir discrétionnaire d'apprécier les éléments de preuve, et il a dit qu'il "n'{allait} pas empiéter à la légère" sur la prérogative d'un groupe spécial dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.[1491] Il a noté qu'il ne "fonder{ait pas} une constatation d'incompatibilité au titre de l'article 11 simplement sur la conclusion {qu'il} aurait pu aboutir à une constatation de fait différente".[1492] Au lieu de cela, pour qu'une allégation au titre de l'article 11 soit admise, l'Organe d'appel doit être convaincu que le groupe spécial a outrepassé son pouvoir en tant que juge des faits.[1493] En tant que juge initial des faits, un groupe spécial doit fournir "des explications motivées et

[1486] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 125 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1209).
[1487] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 125 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2796 relative au paragraphe 7.1205).
[1488] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 185.
[1489] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 186 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 18).
[1490] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 187.
[1491] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151; voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142.
[1492] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151.
[1493] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151.

adéquates et un raisonnement cohérent"[1494], fonder sa constatation sur une base d'éléments de preuve suffisante[1495], et traiter les éléments de preuve avec "équité".[1496]

714. La contestation des États-Unis porte sur une remarque faite par le Groupe spécial lorsqu'il essayait d'estimer le montant de la subvention accordée par l'USDOD à Boeing. Comme il l'a fait lorsqu'il a estimé les subventions de la NASA, le Groupe spécial a tout d'abord examiné les éléments de preuve présentés par les États-Unis, parce qu'il estimait que, "si les États-Unis étaient en mesure de lui fournir les renseignements et chiffres réels concernant le montant des subventions pour la R&D accordées par {l'US}DOD à Boeing, ou des renseignements à partir desquels le montant maximal de ces subventions pourrait être établi, alors ces renseignements prévaudraient nécessairement sur l'estimation faite par les Communautés européennes".[1497] C'est dans le contexte de l'examen des éléments de preuve présentés par les États-Unis que le Groupe spécial a fait la déclaration contestée. Nous allons donc nous centrer ci-après sur cette partie de l'analyse du Groupe spécial.

715. Les États-Unis ont présenté au Groupe spécial une pièce[1498] contenant une liste de 43 contrats et accords de R&D de l'USDOD, et ont indiqué que le montant maximal possible de la subvention accordée par l'USDOD à Boeing était de 308 millions de dollars.[1499] De plus, ils ont fait valoir que les 308 millions de dollars concernaient le financement accordé à Boeing "dans son ensemble", c'est-à-dire à la fois à la division militaire et à la division des LCA de Boeing.[1500] Ils ont proposé que le montant de 308 millions de dollars soit divisé en deux pour arriver à la subvention accordée à la division des LCA de Boeing, conformément à la méthode utilisée par les Communautés européennes.[1501] Ainsi, le Groupe spécial a fait observer que "bien que les États-Unis n'aient jamais fourni le chiffre exact concernant le montant réel de toute subvention accordée par {l'US}DOD à la

[1494] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, note de bas de page 618 relative au paragraphe 293.
[1495] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142.
[1496] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 292.
[1497] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1203.
[1498] La pièce US-41 présentée au Groupe spécial contient une liste de 43 contrats et accords de R&D de l'USDOD d'un montant total de 529 millions de dollars. Cependant, les États-Unis ont indiqué ultérieurement que la liste figurant dans la pièce US-41 présentée au Groupe spécial contenait plusieurs erreurs et que le montant maximal réel était seulement de 308 millions de dollars. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1204.)
[1499] Les États-Unis ont affirmé que bon nombre de contrats et accords de R&D composant l'estimation de 308 millions de dollars ne concernaient pas, en fait, la R&D à double usage. En outre, ils ont fait valoir que certains des contrats et accords de la liste contenaient des "éléments" n'ayant "aucune applicabilité civile". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1204 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 161 et 162; à la réponse des États-Unis à la question n° 208 du Groupe spécial, paragraphe 290; aux observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 190 b) du Groupe spécial, paragraphe 326; et à la réponse des États-Unis à la question n° 208 b) du Groupe spécial, paragraphe 290 et note de bas de page 376 y relative)).
[1500] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1204.
[1501] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1204.

division des LCA de Boeing, il {était} clair qu'une telle estimation serait sensiblement inférieure à 308 millions de dollars, et même sembl{ait}-il, sensiblement inférieure à 100 millions de dollars pour la période de 1991 à 2006".[1502]

716. Le Groupe spécial a dit qu'il ne pouvait pas accepter l'estimation des États-Unis et a donné les raisons suivantes pour justifier sa position. Premièrement, il a expliqué que l'estimation des États-Unis incluait uniquement les financements accordés par l'USDOD à Boeing en vertu des 13 programmes RDT&E pour les "aéronefs en général" et "exclu{ait} complètement" tous les financements accordés à Boeing en vertu des dix programmes RDT&E pour les "aéronefs militaires" en cause.[1503] Il a noté que les financements en vertu des programmes RDT&E pour les aéronefs militaires représentaient 3,1 milliards de dollars sur les 4,3 milliards de dollars estimés par les Communautés européennes comme étant le montant total de la subvention accordée par l'USDOD à Boeing pour la R&D à double usage. La deuxième raison donnée par le Groupe spécial concernait la qualité des éléments de preuve fournis par les États-Unis. Il apparaît que le Groupe spécial a attribué une force probante moindre aux éléments de preuve présentés par les États-Unis concernant le financement accordé par l'USDOD qu'aux éléments de preuve qu'ils ont présentés concernant le financement accordé par la NASA. En particulier, le Groupe spécial a reproché aux États-Unis de n'avoir pas présenté des arguments ou d'éléments de preuve en ce qui concerne le montant maximal du financement pour la R&D à double usage accordé par l'USDOD à Boeing.[1504] Troisièmement, il a souligné que l'estimation par les États-Unis du montant total de la subvention pour la R&D aéronautique accordée par l'USDOD à Boeing ne tenait pas compte de la valeur de tout accès aux installations de l'USDOD accordé à Boeing. Nous rappelons que le Groupe spécial avait constaté que l'accès aux installations de l'USDOD accordé à Boeing était aussi une subvention au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.[1505] Enfin, le Groupe spécial a fait la déclaration contestée par les États-Unis, selon laquelle il "ne juge{ait} pas crédible que moins de 1 pour cent des 45 milliards de dollars de financement pour la R&D aéronautique que {l'US}DOD {avait} accordés à Boeing au cours de la période de 1991 à 2005 ait été susceptible de concerner les LCA".[1506]

717. Il est vrai que, lorsqu'il a fait la déclaration contestée par les États-Unis, le Groupe spécial n'a pas cité d'élément de preuve spécifique à l'appui de sa position. Comme nous l'avons expliqué plus haut, l'article 11 du Mémorandum d'accord exige que les groupes spéciaux ne fassent pas de

[1502] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1204.
[1503] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1205.
[1504] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1205. Le Groupe spécial a noté que, en revanche, les États-Unis avaient fourni des éléments de preuve montrant que le montant maximal des versements faits à Boeing par la NASA pour la R&D aéronautique ne pouvait pas être supérieur à 1,05 milliard de dollars.
[1505] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1171.
[1506] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1205. (note de bas de page omise)

constatations sans une base d'éléments de preuve suffisante.[1507] Il aurait certes été préférable que le Groupe spécial cite des éléments de preuve ou fasse référence à des constatations de fait antérieures lorsqu'il a fait la déclaration contestée. Cela étant, d'autres parties de l'analyse du Groupe spécial étayent sa déclaration. Nous rappelons que le Groupe spécial a examiné les 23 programmes RDT&E de l'USDOD en cause dans son évaluation du point de savoir si les mesures constituaient des achats de services. Dans le contexte de cette analyse, le Groupe spécial a examiné les avantages à tirer de la recherche par l'USDOD et Boeing, qui auraient été pertinents pour la question de savoir si le financement accordé en vertu des programmes RDT&E était "susceptible de concerner les LCA". Le Groupe spécial a formulé plusieurs constatations qui semblent remettre en cause le point de vue selon lequel la recherche avait une applicabilité limitée au développement et à la production des LCA. Il a constaté que, alors que les travaux de R&D effectués par Boeing étaient "dans une certaine mesure à {l'}avantage et pour {l'}usage" de l'USDOD, il observait que sur les 13 programmes différents concernant les "aéronefs en général" en cause, "il apparai{ssait} que deux au moins avaient pour objectif explicite de développer la R&D "à double usage"".[1508]

718. Surtout, dans cette analyse, le Groupe spécial a spécifiquement rejeté l'argument des États-Unis selon lequel "les technologies développées en vertu des programmes de R&D {de l'US}DOD {n'étaient pas} "technologiquement applicables" aux aéronefs commerciaux (du fait des missions et sensibilités aux coûts différentes des aéronefs militaires et des aéronefs commerciaux)".[1509] Les États-Unis ont également expliqué ce qui suit: "{i}l existe de petites zones de recoupement, qui permettent le développement de technologies "à double usage", mais ... dans ces zones, {l'US}DOD essaie généralement d'utiliser l'*application civile potentielle* pour inciter les entreprises commerciales à apporter leurs ressources afin de réduire les coûts qu'il doit supporter pour atteindre ses objectifs militaires".[1510] De plus, le Groupe spécial a noté que les États-Unis expliquaient ailleurs ce qui suit: "dans les cas où un organisme contractant {de l'US}DOD envisage des *applications directes additionnelles* pour une technologie qu'il a achetée, il cherche à obtenir la

[1507] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142.

[1508] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1148.

[1509] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1158. Le Groupe spécial a donné deux raisons de rejeter cet argument. Premièrement, il a dit que l'argument des États-Unis "ne {tenait} pas compte du fait qu'au moins certains programmes {de l'US}DOD, par exemple la "ManTech Composites Affordability Initiative related to Advanced Fibre Placement" (Initiative ManTech sur les composites à un coût abordable en relation avec le placement avancé de fibres), avaient pour *objectif explicite* de financer la R&D appliquée aux aéronefs tant militaires que civils et mettaient l'accent sur le développement de technologies moins coûteuses". (*Ibid.*, paragraphe 7.1159 (italique dans l'original)). Deuxièmement, le Groupe spécial a rappelé l'explication des États-Unis selon laquelle "il exist[ait] un lien entre les "instruments d'aide" et les technologies "à double usage": selon eux, la raison pour laquelle Boeing et d'autres entreprises accept{aient} de conclure avec {l'US}DOD des accords de coopération avec partage des coûts {était} qu'elles tir{aient} (ou {pouvaient} tirer) avantage de la R&D *pour leurs opérations commerciales*". (*Ibid.* (italique dans l'original))

[1510] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1159 (citant la réponse des États-Unis à la question n° 208 du Groupe spécial, paragraphe 266). (italique ajouté par le Groupe spécial)

contribution du secteur privé au développement de cette technologie".[1511] Les États-Unis ont également indiqué ce qui suit: "ce qui incite le secteur privé à participer, c'est la possibilité de partager les coûts de développement d'une technologie qui présente un intérêt commun pour le contractant et pour les pouvoirs publics".[1512] Pour ces raisons, le Groupe spécial a constaté que les États-Unis n'avaient pas étayé "leur assertion selon laquelle seul un très petit nombre d'activités de R&D menées par Boeing en vertu des programmes de R&D {de l'US}DOD en cause étaient "technologiquement applicables" aux aéronefs commerciaux".[1513] Cette constatation est compatible avec le refus du Groupe spécial d'accepter la thèse des États-Unis selon laquelle moins de 1 pour cent du financement total pour la R&D aéronautique que l'USDOD a accordé à Boeing au cours de la période de 1991 à 2005 était susceptible de concerner les LCA, et vient l'étayer.

719. Nous notons en outre que le Groupe spécial disposait d'autres éléments de preuve qui étayaient l'avis selon lequel plus de 1 pour cent du financement total accordé à Boeing au cours de la période de 1991 à 2005 était susceptible de concerner les LCA. Les Communautés européennes lui avaient fourni leur propre estimation de la subvention accordée par l'USDOD, qui était fondée sur des calculs effectués par une société appelée CRA International.[1514] Le montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing était estimé par les Communautés européennes à 2,4 milliards de dollars. Cela représente environ 5 pour cent du financement total pour la R&D accordé par l'USDOD à Boeing. Le Groupe spécial n'a pas accepté l'estimation des Communautés européennes parce qu'elle ne faisait pas de distinction entre les versements et l'accès aux installations de l'USDOD accordés à Boeing par le biais des instruments d'aide d'une part, et des contrats d'achats d'autre part.[1515] Toutefois, dans la déclaration contestée par les États-Unis, le Groupe spécial ne paraissait pas faire de distinction entre le financement accordé en vertu des contrats d'achat et le financement accordé par le biais des instruments d'aide. Il semblait plutôt faire référence à tous les financements pour la R&D aéronautique accordés à Boeing qui étaient susceptibles de concerner les LCA. Ainsi, la déclaration du Groupe spécial est compatible avec l'estimation générale fournie par les Communautés européennes et n'est pas affaiblie par le fait que l'estimation des Communautés

[1511] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1159 (citant la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 132). (italique ajouté par le Groupe spécial)
[1512] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1159 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, note de bas de page 119 relative au paragraphe 104). Voir aussi la première communication écrite du Groupe spécial, paragraphe 112.
[1513] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1159. Le Groupe spécial a également constaté que les États-Unis n'avaient pas étayé leur assertion selon laquelle l'ITAR empêchait effectivement Boeing d'utiliser pour ses LCA tous travaux de R&D effectués en vertu des contrats et accords de R&D de l'USDOD. (*Ibid*., paragraphe 7.1160).
[1514] Pièce EC-7 présentée au Groupe spécial, *supra*, note de bas de page 1464.
[1515] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1206.

européennes comprenait peut-être à la fois le financement accordé tant par le biais des instruments d'aide qu'en vertu des contrats d'achat.

720. De plus, nous notons que la déclaration contestée par les États-Unis était la remarque finale faite par le Groupe spécial lorsqu'il a expliqué pourquoi il n'était pas convaincu par l'estimation des États-Unis. Lorsqu'il a fait la déclaration contestée, le Groupe spécial avait déjà donné trois raisons pour lesquelles il ne pouvait pas accepter l'estimation des États-Unis. Par conséquent, si le Groupe spécial s'était abstenu de faire la déclaration contestée, cela aurait fait peu de différence pour le résultat de son analyse et n'aurait pas fait de grande différence non plus pour ce qui était des éléments fondamentaux à l'appui de sa décision de rejeter l'estimation des États-Unis. Les États-Unis n'ont pas fait appel des trois autres raisons données par le Groupe spécial, ni de sa décision de rejeter l'estimation qu'ils avaient présentée.

721. Nous rappelons également que le Groupe spécial s'est finalement abstenu de donner un chiffre pour son estimation du montant total de la subvention parce que les éléments de preuve versés au dossier ne lui permettaient pas de dissocier les versements et l'accès aux installations de l'USDOD accordés par le biais des instruments d'aide des versements et de l'accès accordés en vertu des contrats d'achat.[1516] Le rejet par le Groupe spécial de l'estimation proposée par les États-Unis, ainsi que de l'estimation proposée par les Communautés européennes, pourrait être interprété comme constituant une constatation du Groupe spécial quant à la fourchette dans laquelle le montant de la subvention se situerait.[1517] Cependant, cette fourchette ne dépend pas, pour ce qui est des éléments d'appui, de la déclaration contestée par les États-Unis. Comme cela est indiqué plus haut, la conclusion du Groupe spécial selon laquelle il ne pouvait "pas accepter l'estimation des États-Unis selon laquelle le montant total de toute subvention accordée par {l'US}DOD à Boeing pour la R&D "à double usage" {était} sensiblement inférieur à 308 millions de dollars pour la période de 1991 à 2006"[1518] est étayée par trois autres raisons, dont aucune n'a été contestée par les États-Unis en appel. En tout état de cause, le

[1516] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1207.

[1517] Le Groupe spécial a conclu ce qui suit:

> En l'espèce, dans les cas où nous avons déterminé qu'une mesure constituait une subvention spécifique au sens des articles 1er et 2 de l'Accord SMC, nous avons essayé de déterminer le montant de la subvention qui est imputée à juste titre à la "division des LCA" de Boeing. Toutefois, dans le cas des subventions pour la R&D accordées par {l'US}DOD à Boeing, si nous n'acceptons pas l'estimation des États-Unis selon laquelle le montant total de toute subvention accordée par {l'US}DOD à Boeing pour la R&D "à double usage" est sensiblement inférieur à 308 millions de dollars pour la période de 1991 à 2006, nous ne pouvons pas non plus accepter l'estimation des Communautés européennes, et toute tentative du Groupe spécial pour aller plus loin et établir sa propre estimation du montant de la subvention accordée à la division des LCA de Boeing serait d'ordre conjectural.

(Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1209 (note de bas de page omise))

[1518] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1205; voir aussi le paragraphe 7.1209.

montant précis de la subvention, ou la fourchette délimitée par l'estimation des États-Unis et celle des Communautés européennes, n'était pas fondamental pour l'analyse ultérieure par le Groupe spécial des allégations de préjudice grave formulées par les Communautés européennes. Dans son analyse du préjudice grave, le Groupe spécial a indiqué que les subventions pour la R&D aéronautique s'élevaient au moins à 2,6 milliards de dollars.[1519] Le chiffre de 2,6 milliards de dollars était le montant de la subvention que le Groupe spécial avait estimé pour les versements et l'accès aux installations, équipements et employés accordés en vertu des contrats et accords de la NASA. En d'autres termes, le montant précis de la subvention accordée par le biais des instruments d'aide de l'USDOD ne jouait pas un rôle déterminant dans l'évaluation par le Groupe spécial des allégations de préjudice grave formulées par les Communautés européennes.

722. Enfin, l'Organe d'appel a récemment précisé, dans l'affaire *CE – Éléments de fixation (Chine)*, que "les erreurs commises, selon les allégations, par un groupe spécial ne constitu{aient} pas toutes une violation de l'article 11 du Mémorandum d'accord" mais, plutôt, qu'"{i}l incomb{ait} au participant qui formul{ait} en appel une allégation au titre de l'article 11 d'expliquer *pourquoi* l'erreur alléguée *rempli{ssait}* le critère d'examen prévu par cette disposition".[1520] En particulier, l'Organe d'appel a fait référence à une situation dans laquelle un appelant allègue qu'un groupe spécial n'a pas tenu compte d'un élément de preuve, et a dit que "le simple fait que le Groupe spécial n'{avait} pas explicitement fait référence à cet élément de preuve dans son raisonnement {était} insuffisant pour étayer une allégation de violation au titre de l'article 11".[1521] En fait, l'appelant "doit expliquer pourquoi cet élément de preuve est si important pour son argumentation que le fait que le Groupe spécial ne l'a pas examiné et invoqué explicitement a une incidence sur l'objectivité de son évaluation factuelle".[1522] Nous pensons que ce raisonnement s'applique également à l'affaire dont nous sommes saisis, dans laquelle les États-Unis contestent la base d'éléments de preuve sur laquelle se fonde une déclaration du Groupe spécial au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord mais n'ont pas démontré ni expliqué comment l'erreur entachait les constatations de fond du Groupe spécial. À notre avis, il n'est pas suffisant qu'un appelant simplement ne souscrive pas à une déclaration ou affirme qu'elle n'est pas étayée par des éléments de preuve. Pour que sa contestation au titre de l'article 11 aboutisse, un appelant doit montrer que la déclaration était importante pour la conclusion juridique du groupe spécial. En l'espèce, les États-Unis n'ont pas démontré que la déclaration contestée était importante pour la conclusion du Groupe spécial concernant le montant total de la subvention

[1519] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.
[1520] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442. (italique dans l'original)
[1521] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.
[1522] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.

accordée à Boeing par le biais des mesures de l'USDOD. La raison en est, comme il a été expliqué plus haut, que d'autres éléments de l'analyse du Groupe spécial étayent effectivement cette conclusion.

723. À la lumière de ce qui précède, nous *rejetons* l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord lorsqu'il a déclaré, au paragraphe 7.1205 de son rapport, qu'il "ne juge{ait} pas crédible que moins de 1 pour cent des 45 milliards de dollars de financement pour la R&D aéronautique que {l'US}DOD {avait} accordés à Boeing au cours de la période de 1991 à 2005 ait été susceptible de concerner les LCA".

VII. Répartition des droits de brevet de la NASA/l'USDOD – Spécificité

A. *Introduction*

724. Nous examinons maintenant l'allégation de l'Union européenne concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle, à supposer que la répartition des droits de brevet en vertu des contrats et accords entre la NASA/l'USDOD et Boeing constitue une subvention au titre de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*, elle ne serait pas spécifique au sens de l'article 2.1 de cet accord. Nous résumons les constatations du Groupe spécial dans la section B. Nous analysons ensuite l'approche *arguendo* du Groupe spécial dans la section C. Les allégations formulées par l'Union européenne en appel sont analysées dans les sections D, E et F.

725. Avant d'aller plus loin, nous souhaitons clarifier trois aspects concernant la portée de l'appel dont nous sommes saisis. Premièrement, nous notons que, devant le Groupe spécial, l'Union européenne a contesté: i) la répartition des *droits de brevet* en vertu des contrats et accords de la NASA/l'USDOD; et ii) la répartition des droits concernant les *données* produites dans le cadre des contrats et accords pertinents de la NASA/l'USDOD.[1523] Le Groupe spécial a rejeté les deux allégations.[1524] L'appel de l'Union européenne se rapporte uniquement à la constatation du Groupe spécial concernant les *droits de brevet* et n'inclut pas la constatation du Groupe spécial concernant les *droits d'utilisation des données*. Cela a été confirmé par l'Union européenne au cours de l'audience.

726. Deuxièmement, nous observons que les Communautés européennes ont contesté la répartition des droits de brevet en vertu des contrats et accords de la NASA/l'USDOD indépendamment de la contestation qu'elles ont formulée au sujet des versements et autres formes de soutien fournis à Boeing dans le cadre de certains contrats et accords de la NASA/l'USDOD. Or, comme il est indiqué dans la partie VI, la répartition des droits de brevet était l'une des caractéristiques des contrats et accords de la

[1523] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1258 à 7.1265. Le Groupe spécial a noté que les secrets commerciaux étaient une sous-catégorie de droits d'utilisation des données. (*Ibid.*, paragraphe 7.1265)

[1524] Voir les paragraphes 7.1294 et 7.1311 du rapport du Groupe spécial, respectivement.

NASA/l'USDOD sur lesquelles les Communautés européennes ont axé leur argumentation tendant à montrer que ces transactions n'étaient pas des achats de services. Il s'agissait aussi de l'un des cinq éléments de preuve sur lesquels le Groupe spécial s'est appuyé pour conclure que les transactions n'étaient pas des achats de services.[1525] Par conséquent, la répartition des droits de brevet a joué un rôle central dans la qualification des contrats et accords entre la NASA/l'USDOD et Boeing, ce qui a ensuite été déterminant pour conclure que les versements et autres formes de soutien fournis dans le cadre des contrats et accords constituaient des subventions. La répartition des droits de brevet a également été un aspect central des arguments formulés par les Communautés européennes concernant l'avantage, ainsi que de l'analyse de cette question par le Groupe spécial.[1526] C'est également un élément important dans nos analyses de la contribution financière et de l'avantage.[1527]

727. Se pose alors la question suivante: Y avait-il un chevauchement entre les allégations des Communautés européennes et, dans l'affirmative, cela a-t-il des conséquences juridiques? Le Groupe spécial a résolu la question pour ce qui est de l'allégation des Communautés européennes concernant la répartition des droits d'utilisation des données (qu'il a rejetée parce qu'il a estimé que cette allégation "donn{ait} lieu à une double comptabilisation"[1528]). En revanche, le Groupe spécial a rejeté l'allégation des Communautés européennes concernant la répartition des droits de brevet au motif que la répartition des droits de brevet en vertu des contrats et accords de la NASA/l'USDOD n'était pas spécifique. Pourtant, pendant le réexamen intérimaire, le Groupe spécial a laissé entendre que son raisonnement sur les allégations relatives aux droits d'utilisation des données "{était} applicable à tout type de propriété intellectuelle".[1529]

728. Nous avons brièvement abordé la question d'un chevauchement potentiel avec les participants au cours de l'audience. L'Union européenne a expliqué que ses allégations ne se chevauchaient pas complètement parce que la contestation qu'elle avait formulée au sujet de la répartition des droits de brevet visait une catégorie de contrats et accords de la NASA/l'USDOD avec Boeing plus large que son allégation relative aux versements et autres formes de soutien.[1530] Les États-Unis ont quant à eux

[1525] Voir la section VI.A du présent rapport.

[1526] Le Groupe spécial a fait observer que, "{o}n s'attendrait à tout le moins à ce qu'une forme de redevance ou de remboursement soit requise dans le cas où les contributions financières seraient accordées" aux conditions mentionnées dans les contrats d'achat de la NASA et les instruments d'aide de l'USDOD attribués à Boeing. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1039 et 7.1184)

[1527] Voir les sections VI.A et VI.B du présent rapport.

[1528] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1309.

[1529] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.101.

[1530] Devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont expliqué qu'elles contestaient "tous les brevets transférés/abandonnés à Boeing au titre de tous les contrats et accords de R&D que Boeing {avait} conclus avec la NASA et {l'US}DOD, y compris, mais pas exclusivement, ceux conclus dans le cadre des programmes de R&D spécifiques de la NASA et {de l'US}DOD énumérés dans leur demande d'établissement

exprimé l'avis qu'une chose qui était, d'après les allégations, le produit d'une subvention ne pouvait pas elle-même constituer une subvention.

729. Aucun participant n'a toutefois fait appel de l'approche du chevauchement potentiel des allégations des Communautés européennes suivie par le Groupe spécial. Nous n'avons pas besoin d'aplanir les divergences de vues des participants, parce que le Groupe spécial est parti de la supposition que la répartition des droits de brevet était, à certains égards, une subvention autonome qui était distincte des versements et autres formes de soutien accordés en vertu des contrats et accords de la NASA/l'USDOD.[1531] Dans la mesure où une telle subvention autonome pourrait exister, nous examinerons la constatation de spécificité du Groupe spécial sur la base de la supposition du Groupe spécial.

730. Troisièmement, nous rappelons que le Groupe spécial a constaté que les versements et autres formes de soutien accordés en vertu des contrats et accords de la NASA/l'USDOD qui étaient en cause constituaient des subventions spécifiques au sens de l'article 2.1 de l'*Accord SMC*. Dans le cas des versements et autres formes de soutien de la NASA, les États-Unis "{n'ont pas contesté} que chacun des huit programmes de R&D aéronautique en cause serait, s'il était constaté qu'il accordait des subventions au sens de l'article premier, spécifique au titre de l'article 2.1 a) de l'Accord SMC".[1532] Le Groupe spécial a constaté que les versements et autres formes de soutien fournis par l'USDOD au titre des instruments d'aide étaient des subventions spécifiques au titre de l'article 2.1 a) en raison de "la portée assez limitée des travaux de R&D effectués en vertu des 23 programmes différents (à savoir les éléments de programme) qui {étaient}contestés par les Communautés européennes".[1533] Par

---

d'un groupe spécial". (rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1263) Les Communautés européennes ont dit ce qui suit:

> … depuis le début du présent différend, les Communautés européennes contestent en tant que subvention spécifique l'octroi à Boeing par la NASA et {l'US}DOD de *tous* les brevets en vertu de *tous* les contrats de la NASA et {de l'US}DOD, même s'ils résultent de programmes qui ne sont pas spécifiquement contestés.

(*Ibid.* (citant la réponse des Communautés européennes à la question n° 216 du Groupe spécial, paragraphe 386 (italique dans l'original)) (soulignage ajouté par le Groupe spécial))

[1531] Nous sommes conscients qu'il y a une certaine contradiction entre la supposition du Groupe spécial concernant la répartition des droits de brevet et les observations qu'il a faites sur l'allégation des Communautés européennes relative aux droits d'utilisation des données, dont le Groupe spécial a dit pendant le réexamen intérimaire qu'elle se rapporterait également à d'autres éléments de propriété intellectuelle.

[1532] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1045. Le seul argument avancé par les États-Unis était que les services de soufflerie de la NASA étaient "utilisés par un large éventail de branches de production dans l'ensemble de l'économie des États-Unis". (*Ibid.*, paragraphe 7.1046 (citant la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 251)) Le Groupe spécial a rejeté cet argument parce qu'il n'était pas d'avis qu'il était étayé par les éléments de preuve fournis par les États-Unis. (*Ibid.*, paragraphe 7.1047)

[1533] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1196. Le Groupe spécial a formulé une constatation subsidiaire dans le cas où "il {serait} nécessaire d'examiner la spécificité au niveau du "programme RDT&E" dans son ensemble". (*Ibid.*, paragraphe 7.1197) Le Groupe spécial a constaté que les Communautés européennes avaient démontré qu'il y avait spécificité *de facto* au titre de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*, parce

conséquent, toutes les constatations que nous formulerons en ce qui concerne la spécificité de la répartition des droits de brevet ne recoupent pas les constatations de spécificité ayant trait aux versements et autres formes de soutien fournis dans le cadre des contrats et accords de la NASA/l'USDOD formulées par le Groupe spécial.[1534]

B. *Constatations du Groupe spécial*

731. Le Groupe spécial a constaté qu'il n'était pas nécessaire de régler la question de savoir si la répartition des droits de brevet en vertu des contrats et accords de R&D de la NASA/l'USDOD constituait une contribution financière qui conférait un avantage au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*.[1535] Selon le Groupe spécial, il était clair que la répartition des droits de brevet en vertu des contrats et accords de la NASA et de l'USDOD n'était pas spécifique à un "groupe d'entreprises ou de branches de production" au sens de l'article 2 de l'*Accord SMC*. Cela tient au fait que le Groupe spécial a estimé que la répartition des droits de brevet était "uniforme en vertu de tous les contrats, accords et dons relatifs à la R&D des pouvoirs publics des États-Unis, en ce qui concerne tous les départements et organismes publics des États-Unis, pour toutes les entreprises de tous les secteurs".[1536] De fait, le Groupe spécial a noté que, dans tous les cas, le contractant était le titulaire de toutes les inventions – et les droits de brevet – qu'il concevait au cours des recherches financées par le gouvernement des États-Unis qu'il menait, tandis que le gouvernement des États-Unis obtenait une licence sans redevance "pour l'utilisation par les pouvoirs publics/à des fins publiques" qui lui permettait d'utiliser l'invention visée.[1537]

732. Le Groupe spécial a pris note du fait qu'avant 1980, le gouvernement des États-Unis appliquait une politique générale consistant à s'approprier tous les droits de brevet sur les inventions réalisées par des contractants en vertu de contrats de R&D financés par des fonds fédéraux. Le gouvernement des États-Unis accordant ensuite des licences non exclusives à tout requérant, y compris le contractant, qui souhaitait utiliser l'invention visée.[1538] En 1980, toutefois, le

---

qu'elles avaient étayé leur affirmation selon laquelle Boeing, Lockheed Martin, Northrop Grumman, Raytheon et United Technologies avaient reçu en moyenne 45,2 pour cent du financement total pour la RDT&E accordée par l'USDOD au cours de la période 1991 à 2005. Selon le Groupe spécial, cet élément de preuve démontre que près de la moitié de tous les financements pour la RDT&E ont été attribués à cinq entreprises, qui font toutes partie de la même branche de production. De l'avis du Groupe spécial, "cela suffit largement pour confirmer que le financement pour la RDT&E est attribué "de façon dominante" aux entreprises de l'industrie de la défense, et cela suffit pour établir qu'il y a spécificité *de facto* au titre de l'article 2.1 c)". (*Ibid.* (note de bas de page omise))

[1534] Nous notons par ailleurs que les États-Unis n'ont pas fait appel des constatations de spécificité concernant les versements et autres formes de soutien de la NASA/l'USDOD établies par le Groupe spécial.

[1535] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1276.

[1536] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1276.

[1537] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1276.

[1538] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1277.

gouvernement des États-Unis a modifié sa politique concernant la répartition des droits de brevet et a commencé à accorder aux titulaires de contrats publics la titularité des brevets sur toutes les inventions qu'ils réalisaient grâce à un financement fédéral en vertu de contrats de R&D.[1539] Conformément à cette nouvelle politique, le gouvernement des États-Unis obtiendrait une licence limitée "d'utilisation par les pouvoirs publics" lui permettant d'utiliser l'invention visée sans devoir verser de redevances au contractant.[1540] Le Groupe spécial a également relevé qu'à l'origine, cette nouvelle politique s'appliquait uniquement aux organisations à but non lucratif et aux petites entreprises, et qu'elle avait ensuite été étendue de façon que le même traitement soit accordé à tous les titulaires de contrats publics, indépendamment de leur taille et de leur statut à but lucratif/non lucratif.[1541]

733. Le Groupe spécial a noté que cette nouvelle politique des pouvoirs publics régissant la répartition des droits de brevet avait été mise en œuvre au moyen d'un certain nombre d'instruments juridiques différents. Les cinq instruments ci-après ont été présentés comme les instruments "pertinents"[1542]: i) la Loi Bayh-Dole, qui a mis en œuvre cette nouvelle politique des pouvoirs publics en 1980; ii) le Mémorandum présidentiel de 1983 à l'intention des responsables des départements et organismes exécutifs, qui a élargi le champ d'application de la politique afin qu'elle englobe tous les titulaires de contrats publics, indépendamment de leur taille et de leur statut à but lucratif/non lucratif; iii) le Décret de 1987 dans lequel les termes du Mémorandum présidentiel de 1983 ont par la suite été incorporés; iv) le règlement fédéral général correspondant qui met en œuvre la Loi Bayh-Dole, le Mémorandum présidentiel de 1983 et le Décret de 1987[1543]; et v) le règlement spécifique à la NASA.[1544] Le Groupe spécial a fait observer que les règles régissant la répartition des droits de brevet en vertu des contrats et accords de R&D financée par les pouvoirs publics des États-Unis étaient restées pour l'essentiel inchangées depuis l'adoption de la Loi Bayh-Dole en 1980.[1545]

734. Le Groupe spécial a ensuite examiné la manière dont ces lois et réglementations des États-Unis s'appliquaient dans la pratique, et a noté qu'elles donnaient aux titulaires de contrats publics la possibilité de conserver les droits de brevet, avec certaines limites, sur les inventions résultant d'un accord de financement conclu avec le gouvernement des États-Unis.[1546] Ces droits de

[1539] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1277.
[1540] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1277.
[1541] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1277.
[1542] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1278.
[1543] *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, articles 27.300 à 27.306 (Patent Rights under Government Contracts) (pièce EC-559 présentée au Groupe spécial).
[1544] *United States Code of Federal Regulations*, Titre 14, article 1245 (Patents and Other Intellectual Property Rights, Subpart 1: Patent Waiver Regulations) (pièce EC-572 présentée au Groupe spécial).
[1545] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1283.
[1546] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1284.

brevet autorisent les contractants à empêcher toutes les autres entités d'exploiter les technologies revendiquées par le brevet et permettent aux entreprises d'accorder des licences d'exploitation de la technologie en échange d'une compensation.[1547] Le Groupe spécial a relevé que les pouvoirs publics obtenaient "une licence libérée, non exclusive, non transmissible et irrévocable pour mettre en pratique … pour le compte ou au nom des États-Unis toute invention visée à l'échelle mondiale".[1548] Fait important, cette licence ne comprend pas le droit de développer une technologie brevetée aux fins de sa vente dans le commerce, mais est limitée à l'exploitation de l'invention pour toute "utilisation par les pouvoirs publics".[1549]

735. Lorsqu'il a examiné la Loi sur l'espace, le Groupe spécial a d'abord relevé que cette loi disposait que toute invention réalisée en vertu d'un contrat conclu avec la NASA "sera{it} la propriété exclusive des États-Unis, et, si une telle invention {était} brevetable, un brevet sera{it}, par conséquent, délivré aux États-Unis"[1550], à moins que la NASA ne l'abandonne. Le Groupe spécial a toutefois fait observer qu'en vertu du règlement spécifique à la NASA, celle-ci abandonnait généralement ses droits de brevet aux grandes entreprises telles que Boeing, s'agissant des inventions développées dans le cadre de la recherche qu'elle finançait pour se conformer au Mémorandum présidentiel de 1983.[1551] Le Groupe spécial a reconnu que contrairement à la NASA, l'USDOD n'avait pas son propre règlement détaillé concernant les transferts de brevets à de grandes entreprises. Au lieu de cela, l'USDOD s'appuyait généralement sur la partie pertinente de la Loi Bayh-Dole et du Mémorandum présidentiel de 1983 qui étendait la politique aux grandes entreprises commerciales ainsi que sur le règlement général correspondant mettant en œuvre ces instruments.[1552]

736. Le Groupe spécial a rejeté l'argument des Communautés européennes selon lequel la question de savoir si d'autres organismes publics des États-Unis suivaient les mêmes pratiques que la NASA et l'USDOD en ce qui concerne la répartition des droits de propriété intellectuelle n'était pas pertinente aux fins d'une analyse de la spécificité. De l'avis du Groupe spécial, le règlement spécifique à la NASA destiné à mettre en œuvre cette politique applicable à l'ensemble du gouvernement des États-Unis ne pouvait pas, aux fins de l'article 2 de l'*Accord SMC*, être analysé séparément du cadre politique et juridique plus général qu'il mettait en œuvre.[1553] Le Groupe spécial a constaté que

[1547] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1285.
[1548] *United States Code*, Titre 35, article 202 c) 4) (pièce EC-558 présentée au Groupe spécial); *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, article 27.302 c) (pièce EC-559 présentée au Groupe spécial).
[1549] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1286.
[1550] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1287 (citant le *United States Code*, Titre 42, article 2457 a) (pièce EC-571 présentée au Groupe spécial)).
[1551] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1287.
[1552] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1291.
[1553] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1293.

l'analyse de la spécificité ne pouvait pas dépendre de la manière dont la partie plaignante choisissait de définir la mesure qu'elle contestait, parce qu'accepter cette approche donnerait lieu à des résultats anormaux.[1554]

737. Le Groupe spécial a donc constaté que, à supposer pour les besoins de l'argumentation que la répartition des droits de brevet en vertu des contrats et accords de R&D de la NASA et de l'USDOD avec Boeing impliquait une subvention au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC* – c'est-à-dire une contribution financière qui confère un avantage –, les Communautés européennes n'avaient pas démontré qu'une telle subvention était spécifique au sens de l'article 2 de l'*Accord SMC*.[1555]

C. *Approche arguendo du Groupe spécial*

738. Le Groupe spécial a eu recours à une supposition pour les besoins de l'argumentation (*arguendo*) pour ne pas avoir à examiner la question de savoir si la répartition de droits de brevet à Boeing était une contribution financière qui conférait un avantage au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*.[1556]

739. Le texte introductif de l'article 2.1 de l'*Accord SMC* dit que l'analyse de la spécificité se rapporte à "une subvention, telle qu'elle est définie au paragraphe 1 de l'article premier". Nous croyons comprendre que cela fait référence à la mesure dont il a été déterminé qu'elle était une subvention au titre de l'article 1.1 parce qu'il s'agit d'une contribution financière qui confère un avantage. Cela donne à penser que la "subvention, telle qu'elle est définie au paragraphe 1 de l'article premier", est le point de départ de l'évaluation de la spécificité. L'analyse de la spécificité prescrite à l'article 2.1 présuppose que l'existence de la subvention a déjà été constatée. Aucune constatation de ce type n'a été faite en l'espèce étant donné que le Groupe spécial n'a jamais procédé à une analyse au titre de l'article premier, mais a choisi de commencer son évaluation par la question de la spécificité. Le Groupe spécial a pensé que l'adoption d'une approche *arguendo* était compatible avec les indications données par l'Organe d'appel dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels*.[1557] Toutefois, dans cette affaire, l'Organe d'appel a signalé exactement le même problème que celui qui se pose ici lorsqu'il a dit que le recours à une approche *arguendo* "{pouvait} aussi être problématique pour certains types de questions juridiques, par exemple, les questions qui touchent à la compétence d'un groupe spécial ou les questions préliminaires dont dépend la teneur

[1554] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1293.
[1555] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1294.
[1556] Aucun participant n'a contesté l'approche *arguendo* du Groupe spécial en appel.
[1557] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2933 relative au paragraphe 7.1294 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 213).

d'une analyse ultérieure".[1558] Comme nous l'avons expliqué, l'évaluation de la spécificité au titre de l'article 2.1 dépend de la manière dont la subvention a été définie au titre de l'article 1.1, ce qui ne laisse guère de place, voire aucune, pour l'adoption d'une approche *arguendo*.

740. Le fait que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation au titre de l'article 1.1 de l'*Accord SMC* est problématique dans la présente affaire parce qu'il y a peut-être un chevauchement des allégations formulées par les Communautés européennes.[1559] Ce chevauchement potentiel ajoutait à l'importance d'indiquer clairement la subvention qui ferait l'objet de l'évaluation de la spécificité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord SMC*. Comme nous l'avons indiqué plus haut, aucun participant n'a demandé en appel que nous examinions le chevauchement potentiel entre les allégations des Communautés européennes.[1560] Toutefois, la question qui se pose au sujet du rapport précis entre les allégations des Communautés européennes illustre les problèmes qui peuvent apparaître lorsqu'un groupe spécial ne procède pas à un examen approfondi de la subvention en cause au titre de l'article 1.1 avant de procéder à l'évaluation de la spécificité conformément à l'article 2.1 de l'*Accord SMC*. De fait, à l'audience, l'Union européenne et les États-Unis avaient des points de vue différents sur ce que le Groupe spécial "supposait" être une subvention autonome aux fins de son évaluation de la spécificité. L'Union européenne a fait valoir que la mesure consistait en la répartition des droits de brevet en vertu des contrats et accords de R&D de la NASA/l'USDOD avec Boeing. Les États-Unis ont répondu qu'à leur avis, la supposition du Groupe spécial était plus large et incluait la Loi Bayh-Dole, le Mémorandum présidentiel de 1983 et le Décret de 1987.

741. L'approche *arguendo* adoptée par le Groupe spécial dans la présente affaire soulève un autre problème, à savoir que si l'Organe d'appel ne souscrivait pas à une constatation du Groupe spécial, il se pourrait que l'allégation demeure non tranchée. Si, en l'espèce, nous devions infirmer ce que le Groupe spécial a dit et constater à la place que la répartition des droits de brevet en vertu des contrats et accords de la NASA/l'USDOD est spécifique au sens de l'article 2.1 de l'*Accord SMC*, il n'y aurait pas de constatations du Groupe spécial sur le point de savoir si la répartition des droits de brevet au titre de ces contrats et accords constitue ou non une subvention. Pour nous prononcer sur l'allégation des Communautés européennes, il faudrait que nous soyons en mesure de compléter l'analyse nous-mêmes.[1561] L'article 3:3 du Mémorandum d'accord dispose que l'un des buts du système de

[1558] Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 213.
[1559] Voir *supra*, les paragraphes 726 à 729.
[1560] Voir *supra*, le paragraphe 729.
[1561] L'Union européenne n'a pas demandé que nous complétions l'analyse concernant l'article 1.1 de l'*Accord SMC* si nous infirmons ce que le Groupe spécial a dit et constatons que la répartition des droits de brevet en vertu des mesures de la NASA et de l'USDOD qui sont en cause est spécifique au sens de l'article 2.1. Dans le passé, l'Organe d'appel a complété l'analyse dans le cas où il y avait suffisamment de constatations de fait ou de faits non contestés par le groupe spécial pour lui permettre de le faire. (Voir le rapport de l'Organe

règlement des différends à l'OMC est "le règlement rapide de toute situation dans laquelle un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre". Ce but n'est pas atteint lorsque, après l'achèvement du processus juridictionnel, l'allégation d'un Membre demeure non tranchée parce que l'Organe d'appel n'a pas été en mesure de compléter l'analyse de certains aspects de l'allégation pour lesquels le groupe spécial a adopté une approche *arguendo*. Une approche *arguendo* peut initialement paraître plus efficace, mais peut en définitive déboucher sur des résultats inefficaces.[1562]

742. Gardant à l'esprit ces réserves au sujet de l'approche *arguendo* du Groupe spécial, nous examinons maintenant l'évaluation de la spécificité effectuée par le Groupe spécial et les allégations que l'Union européenne a formulées à l'encontre de cette évaluation. Nous examinons, dans les sections D et E, l'allégation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*. Nous examinons ensuite l'allégation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial n'a pas examiné son allégation de spécificité *de facto* au titre de l'article 2.1 c) dans la section F.

D. *Le Groupe spécial a-t-il fait erreur dans son interprétation de l'article 2.1 a) de l'Accord SMC?*

743. L'Union européenne allègue que le Groupe spécial a fait erreur en considérant que le gouvernement des États-Unis "dans son ensemble" pouvait être une "autorité qui accorde la subvention" aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord SMC*. L'Union européenne affirme que, dans la présente affaire, les autorités qui accordent la subvention sont la NASA et l'USDOD.

744. Les États-Unis répondent que l'Union européenne interprète mal l'article 2.1 en demandant une analyse fondée sur un sous-ensemble de la législation des États-Unis se rapportant aux

---

d'appel *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphe 343.) En le faisant dans une affaire récente, l'Organe d'appel a été en mesure de compléter l'analyse en examinant les éléments de preuve présentés par le Membre défendeur, c'est-à-dire en examinant l'allégation du Membre plaignant en supposant que les éléments de preuve présentés par le Membre défendeur étaient exacts et non contestés. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 925.) Voir aussi la partie VI du présent rapport.

[1562] Pour justifier son recours à l'approche *arguendo*, le Groupe spécial a également noté qu'ayant constaté que les subventions alléguées n'étaient pas spécifiques au titre de l'article 2 de l'*Accord SMC*, son recours à la supposition pour les besoins de l'argumentation ne créait aucun problème ni difficulté du point de vue de la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD. (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2933 relative au paragraphe 7.1294) Cela est valable uniquement lorsqu'une constatation de non-spécificité a été formulée, ce que l'on ne peut pas savoir au début de l'analyse. Il semble que le raisonnement du Groupe spécial ait reposé sur un résultat anticipé, indépendamment de la question de savoir si ce résultat aurait été obtenu sur la base de l'analyse du Groupe spécial. Ce dernier semble donc avoir raisonné à rebours.

contributions financières contestées.[1563] Les États-Unis estiment que, si de multiples autorités participent au processus d'octroi de la subvention, rien dans le texte de l'article 2.1 a) n'empêche un groupe spécial de considérer que toutes ces autorités font partie de "l'autorité qui accorde la subvention". Devant le Groupe spécial, les États-Unis ont fait valoir que l'autorité qui accorde la subvention s'agissant de la répartition des droits de brevet en vertu des mesures tant de la NASA que de l'USDOD était le Président des États-Unis.[1564]

745. La question dont nous sommes saisis concerne la portée de l'évaluation de la spécificité au regard de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC* et, en particulier, la portée de l'examen dans le cas où une subvention est accordée par différentes autorités qui accordent la subvention conformément à un système global mis en place par un organisme national supérieur. L'Union européenne est d'avis que l'examen doit se limiter à l'autorité qui accorde effectivement la subvention contestée par le Membre plaignant. Les États-Unis estiment quant à eux que l'examen doit porter sur le cadre juridique plus général.

746. L'article 2.1 de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit:

> Pour déterminer si une subvention, telle qu'elle est définie au paragraphe 1 de l'article premier, est spécifique à une entreprise ou à une branche de production ou à un groupe d'entreprises ou de branches de production (dénommés dans le présent accord "certaines entreprises") relevant de la juridiction de l'autorité qui accorde cette subvention, les principes suivants seront d'application:
>
> a) Dans les cas où l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit, limite expressément à certaines entreprises la possibilité de bénéficier de la subvention, il y aura spécificité.
>
> b) Dans les cas où l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit, subordonne à des critères ou conditions objectifs[2] le droit de bénéficier de la subvention et le montant de celle-ci, il n'y aura pas spécificité à condition que le droit de bénéficier de la subvention soit automatique et que lesdits critères ou conditions soient observés strictement. Les critères ou conditions doivent être clairement énoncés dans la législation, la réglementation ou autre document officiel, de manière à pouvoir être vérifiés.
>
> c) Si, nonobstant toute apparence de non-spécificité résultant de l'application des principes énoncés aux alinéas a) et b), il y a des raisons de croire que la subvention peut en fait être spécifique,

[1563] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, page 45, section III.D.1.
[1564] Réponse des États-Unis à la question n° 144 k) du Groupe spécial, paragraphe 127, qui incluait la pièce US-1268 présentée au Groupe spécial.

> d'autres facteurs pourront être pris en considération. Ces facteurs sont les suivants: utilisation d'un programme de subventions par un nombre limité de certaines entreprises, utilisation dominante par certaines entreprises, octroi à certaines entreprises de montants de subvention disproportionnés, et manière dont l'autorité qui accorde la subvention a exercé un pouvoir discrétionnaire dans la décision d'accorder une subvention. Dans l'application du présent alinéa, il sera tenu compte de l'importance de la diversification des activités économiques dans la juridiction de l'autorité qui accorde la subvention, ainsi que de la période pendant laquelle le programme de subventions a été appliqué.
>
> [2] L'expression "critères ou conditions objectifs" telle qu'elle est utilisée ici s'entend de critères ou conditions neutres, qui ne favorisent pas certaines entreprises par rapport à d'autres, et qui sont de caractère économique et d'application horizontale, par exemple nombre de salariés ou taille de l'entreprise.

747. Le texte introductif de l'article 2.1 fait référence à "une subvention, telle qu'elle est définie au paragraphe 1 de l'article premier". Comme nous l'avons indiqué plus haut, nous croyons comprendre que cela fait référence à la mesure dont il a été déterminé qu'elle était une subvention au titre de l'article 1.1 parce qu'il s'agit d'une contribution financière qui confère un avantage. Cela confirme que le point de départ de l'analyse de la spécificité est la mesure dont il a été déterminé qu'elle constituait une subvention au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*.

748. L'alinéa a) de l'article 2.1 prescrit une détermination sur le point de savoir si la possibilité de bénéficier d'une subvention est limitée à "certaines entreprises". Cet examen est donc axé sur la catégorie de bénéficiaires d'une subvention et sur la façon dont la possibilité de bénéficier de la subvention est limitée à cette catégorie. Ces limitations doivent être "expresses", et l'Organe d'appel a déjà expliqué que cela signifiait qu'elles devaient être "explicite{s}, sans ambiguïté ou claire{s} d'après la teneur de l'instrument pertinent, et non pas simplement "insinuée{s}" ou "sous-entendue{s}".[1565] De plus, l'Organe d'appel a fait observer que la référence aux alinéas a) et b) de l'article 2.1 à "l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit" est essentielle car elle situe l'analyse visant à évaluer toutes limitations concernant le droit de bénéficier dans l'instrument juridique particulier ou le comportement particulier des pouvoirs publics rendant effectives de telles limitations.[1566] En d'autres termes, la source de toute limitation est la législation en vertu de laquelle l'autorité qui accorde la subvention agit, ou l'autorité qui accorde la subvention elle-même.

[1565] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 372.

[1566] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 368; rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 943.

749. L'article 2.1 a) fait référence aux limitations concernant la possibilité de bénéficier d'"une subvention". Bien que l'emploi de ce terme au singulier puisse laisser entrevoir une conception limitée, nous notons que si ce terme est interprété de façon trop étroite, toute transaction individuelle concernant une subvention serait, par définition, spécifique au bénéficiaire. Un autre contexte dans l'article 2.1 laisse entrevoir un cadre potentiellement plus général pour l'examen de la spécificité. Comme nous l'avons noté, les alinéas a) et b) de l'article 2.1 font référence à "l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit". La deuxième phrase de l'alinéa c) fait référence à la fois à "une subvention" et à "un programme de subventions". De même, l'examen de la diversification économique ou de la durée d'un programme de subventions au titre de la dernière phrase de l'article 2.1 c) suppose également l'examen du cadre plus large dans lequel une subvention contestée particulière a été accordée. Nous ne pensons pas que l'emploi de l'expression "autorité qui accorde la subvention" au singulier limite cet examen. À notre avis, l'emploi de l'expression "autorité qui accorde la subvention" n'empêche pas qu'il y ait de multiples autorités qui accordent la subvention. En fait, c'est souvent le cas lorsqu'une subvention fait partie d'un système plus général.

750. Il ressort des observations qui précèdent que le champ de l'examen requis à l'article 2.1 a) n'est pas nécessairement limité à la subvention telle qu'elle est définie à l'article 1.1. Bien que la subvention telle qu'elle est définie à l'article 1.1 soit le point de départ de l'analyse au titre de l'article 2.1 a), le champ de l'examen est plus large en ce sens qu'il s'agit d'examiner la législation en vertu de laquelle l'autorité qui accorde la subvention agit, ou les actes explicites de l'autorité qui accorde la subvention. Nous notons qu'une autorité qui accorde des subventions administrera normalement les subventions conformément à la législation. Par conséquent, nous nous attendrions à ce que la plupart des allégations de spécificité au titre de l'article 2.1 a) portent sur des limitations énoncées dans la législation en vertu de laquelle l'autorité qui accorde la subvention agit. Les Membres peuvent concevoir le cadre juridique pour la distribution des subventions de nombreuses façons. Toutefois, le choix du cadre juridique par le défendeur ne peut pas prédéterminer le résultat de l'analyse de la spécificité. Par exemple, un Membre peut choisir d'autoriser la distribution de subventions à des entreprises ou des branches de production admissibles dans le même instrument juridique. Dans de tels cas, l'examen peut être uniquement axé sur cet instrument juridique. Dans d'autres circonstances, un Membre peut mettre en place un régime plus complexe dans le cadre duquel la même subvention est accordée à différents bénéficiaires par le biais de différents instruments juridiques. Il est également possible qu'un Membre administre la distribution des subventions par le biais de multiples autorités qui accordent la subvention. Dans ces cas, l'examen peut devoir tenir compte de ce cadre juridique. Ce cadre peut être énoncé dans des lois, des règlements ou d'autres documents officiels, qui peuvent tous faire partie de la "législation" en vertu de laquelle l'autorité qui

accorde la subvention agit. Nous trouvons des éléments à l'appui de cette interprétation de la "législation" dans l'article 2.1 b), qui dispose que "{d}ans les cas où l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit, subordonne à des critères ou conditions objectifs le droit de bénéficier de la subvention et le montant de celle-ci"[1567], ces critères ou conditions "doivent être clairement énoncés dans la législation, la réglementation ou autre document officiel, de manière à pouvoir être vérifiés".

751. Cela étant dit, le texte introductif de l'article 2.1 indique clairement que l'évaluation de la spécificité est fonction de la subvention particulière dont l'existence a été constatée au titre de l'article 1.1. Cela signifie que l'évaluation de la spécificité au titre de l'article 2.1 ne devrait pas viser des subventions qui sont différentes de celles qui sont contestées par le Membre plaignant. Une subvention, dont l'accès est limité à "certaines entreprises", ne devient pas non spécifique simplement parce qu'il y a d'autres subventions qui sont accordées à d'autres entreprises conformément à la même législation.[1568]

752. La détermination sur le point de savoir si de multiples subventions font partie de la même subvention n'est pas toujours un exercice bien défini. Comme nous l'avons expliqué, cela passe par une étude attentive de la législation pertinente – que celle-ci figure dans un ou plusieurs instruments – ou des déclarations de l'autorité ou des autorités qui accordent la subvention pour déterminer si les subventions sont accordées en vertu du même système de subventions. Un autre facteur pouvant être pris en considération consiste à savoir si les subventions visent un objectif général. Évidemment, cet objectif général doit être quelque chose de plus concret qu'une vague politique consistant à fournir une aide ou à encourager la croissance économique.

753. Une fois que le système de subventions approprié est identifié, il faut savoir si la subvention est expressément limitée à "certaines entreprises", ce qui est défini dans le texte introductif de l'article 2.1 comme correspondant à "une entreprise ou à une branche de production ou à un groupe

[1567] Note de bas de page omise.

[1568] Dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a dû examiner la question de savoir si l'analyse de la spécificité par le groupe spécial aurait dû porter sur les dons pour la recherche et le développement technologique ("R&DT") dans le secteur aéronautique qui étaient contestés, ou sur le programme plus large de recherche et de développement technologique à l'échelle européenne dans le cadre duquel ces dons ont été accordés. L'Organe d'appel a dit qu'il ne considérait pas que des limitations expresses de l'accès à une subvention aux entités opérant dans un secteur de l'économie déboucheraient nécessairement sur une constatation de non-spécificité au titre de l'article 2.1 a) simplement parce que des groupements d'entités distincts avaient la possibilité de bénéficier d'autres réserves de financement au titre de ce programme. L'Organe d'appel a ajouté que, "si la possibilité de bénéficier de la même subvention était limitée à un certain groupement d'entreprises ou de branches de production, une autorité chargée de l'enquête ou un groupe spécial serait tenu d'évaluer si les bénéficiaires ayant le droit d'en bénéficier peuvent être collectivement définis comme "certaines entreprises"". (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 949)

d'entreprises ou de branches de production". Pour être clair, un tel examen doit chercher à discerner, à partir de la législation et/ou des actes explicites de l'(des) autorité(s) qui accorde(nt) la subvention, les entreprises qui sont admissibles au bénéfice de la subvention et celles qui ne le sont pas. Cet examen porte non seulement sur le point de savoir si la subvention a été accordée aux bénéficiaires particuliers qui sont indiqués dans la plainte, mais aussi sur toutes les entreprises ou branches de production admissibles au bénéfice de la même subvention. Par conséquent, même dans les cas où un Membre plaignant a axé sa plainte sur l'octroi d'une subvention à une ou plusieurs entreprises ou branches de production, l'examen doit parfois aller au-delà de la plainte pour déterminer quelles sont les autres entreprises ou branches de production qui ont également la possibilité de bénéficier de la même subvention dans le cadre du système de subventions en question.

754. Nous rappelons en outre qu'une évaluation de la spécificité ne peut pas se terminer par un examen de l'article 2.1 a). L'Organe d'appel a mis en garde contre un examen de la spécificité fondé sur l'application d'un alinéa particulier de l'article 2.1 "lorsque la possibilité d'appliquer d'autres alinéas est justifiée, eu égard à la nature et à la teneur des mesures contestées dans une affaire particulière".[1569] Ainsi, après une évaluation au titre de l'article 2.1 a), un groupe spécial doit également examiner si l'article 2.1 b) et/ou l'article 2.1 c) sont applicables.

755. L'allégation formulée par l'Union européenne en appel est centrée sur l'affirmation selon laquelle l'expression "autorité qui accorde la subvention" figurant à l'article 2.1 peut se rapporter uniquement à l'autorité qui accorde la subvention contestée.

756. Comme nous l'avons expliqué, l'analyse au titre de l'article 2.1 est axée sur l'examen de la question de savoir si la possibilité de bénéficier de la subvention en question est limité à une catégorie particulière de *bénéficiaires* admissibles. Si le champ d'action et le fonctionnement de l'autorité qui accorde la subvention sont pertinents pour la question de savoir si une telle limitation existe en faveur d'une catégorie particulière de bénéficiaires, il est important de garder à l'esprit qu'une analyse de la spécificité n'a pas pour but de déterminer si les autorités responsables de l'octroi des subventions constituent une seule *entité accordant la subvention* ou plusieurs *entités accordant la subvention*.[1570]

[1569] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 371; rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 945.

[1570] La question de savoir si le gouvernement des États-Unis tout entier, le Président ou chaque organisme ou ministère concerné devrait être considéré comme une "autorité qui accorde la subvention" au sens de l'article 2.1 a) n'est pas déterminante pour la question de savoir si la possibilité de bénéficier des droits de brevet est expressément limitée à des groupes particuliers de *bénéficiaires* d'une subvention. Nous notons, à cet égard, que le Groupe spécial lui-même a en définitive tranché la question de savoir si la répartition des droits de brevet était spécifique en s'appuyant sur les textes législatifs et réglementaires pertinents; les points de vue qu'il a exprimés sur la question de savoir si la NASA, l'USDOD, le Président des États-Unis ou le gouvernement des

757. Une limitation de la possibilité de bénéficier de la subvention (ou l'absence de limitation) peut découler de la législation en vertu de laquelle l'autorité qui accorde la subvention agit, ou de déclarations ou d'autres actions de ladite autorité. Il peut y avoir un cadre législatif général et plusieurs autorités qui participent à sa mise en œuvre; il est également concevable qu'une autorité qui accorde la subvention administre plusieurs programmes spécifiques. Par conséquent, quelle que soit la manière dont un plaignant définit la subvention qu'il cherche à contester, un groupe spécial doit examiner le cadre juridique plus général en vertu duquel la subvention en question est accordée et les autorités pertinentes qui accordent la subvention agissent. De cette façon, un groupe spécial peut déterminer comment une mesure contestée fonctionne, et si un ou plusieurs instruments ou autorités, individuellement ou collectivement, limitent la possibilité de bénéficier d'une subvention à des bénéficiaires particuliers au sens de l'article 2.1.

758. L'Union européenne affirme également que le champ de l'examen est limitée par la distinction établie à l'article 2.1 a) entre l'"autorité qui accorde la subvention et la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit. L'Union européenne souligne que la spécificité au titre de l'article 2.1 peut être évaluée du point de vue de "l'autorité qui accorde la subvention" ou du point de vue de la "législation en vertu de laquelle ladite autorité agit".[1571]

759. Nous ne pensons pas qu'un tel choix entre deux éléments qui s'excluent mutuellement est fixé à l'article 2.1. Nous ne pensons pas non plus que l'emploi du terme "ou" dans l'article 2.1 a) justifie une telle interprétation. Dans la plupart des cas où une allégation de limitation explicite est formulée, la limitation alléguée apparaîtra dans la législation en vertu de laquelle l'autorité qui accorde la subvention agit. Il est difficile de concevoir de nombreuses situations dans lesquelles une limitation explicite peut être identifiée à partir des décisions ou des actions de l'autorité qui accorde la subvention lorsqu'elle n'est pas explicite dans la législation correspondante. De plus, même lorsque l'accent est mis sur les déclarations ou les actions de l'autorité qui accorde la subvention, ces déclarations ou actions devraient être examinées à la lumière de la législation correspondante. Pour cette raison, nous sommes d'avis que l'évaluation de la spécificité au titre de l'article 2.1 ne devrait pas être effectuée sur la base d'un choix binaire entre l'examen de l'autorité qui accorde la subvention et l'examen de la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit. En fait, l'évaluation devrait normalement porter sur les deux éléments. Parallèlement, nous convenons que, une fois qu'un groupe spécial a analysé les deux éléments, il peut considérer, dans les circonstances d'une affaire donnée, que la question de la spécificité ou de la non-spécificité peut être réglée de manière plus appropriée

---

États-Unis constituaient une ou plusieurs autorités qui accordent la subvention n'ont pas été déterminants pour sa constatation de non-spécificité.

[1571] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 77.

sur la base des déclarations ou actions de l'autorité qui accorde la subvention ou de la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit.

760. En résumé, l'autorité qui accorde la subvention (qui peut correspondre à un certain nombre d'autorités de ce type) et la législation en vertu de laquelle ladite ou lesdites autorités agissent doivent faire l'objet d'une évaluation dans le cadre juridique du Membre de l'OMC concerné à divers niveaux de gouvernement, de législation et de réglementation. Nous ne pensons donc pas que le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation de l'article 2.1 de l'*Accord SMC* en évaluant les subventions alléguées accordées par la NASA et l'USDOD par rapport au cadre juridique qui existe aux États-Unis pour la répartition des droits de brevet dans le cadre des contrats et accords de R&D des pouvoirs publics et en vertu duquel lesdites autorités agissent. Par conséquent, nous rejetons cet aspect de l'appel de l'Union européenne.

E. *Le Groupe spécial a-t-il fait erreur dans l'application de l'article 2.1 a) de l'Accord SMC?*

761. L'Union européenne allègue aussi que le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC* aux mesures pertinentes de la NASA et de l'USDOD. Les arguments avancés par l'Union européenne dans cette partie de son appel visent à démontrer que le Groupe spécial aurait dû considérer que la NASA et l'USDOD sont les autorités qui accordent la subvention aux fins de l'analyse de la spécificité. Nous avons expliqué plus haut que, à notre avis, la question de savoir s'il existait une ou plusieurs autorités qui accordaient la subvention n'était pas déterminante pour l'analyse du point de savoir si une subvention était spécifique et n'épuisait pas cette analyse. Dans l'analyse qui suit, nous examinons si, à supposer que la répartition des droits de brevet en vertu des contrats et accords de la NASA/l'USDOD soit, à certains égards, une subvention autonome, la possibilité de bénéficier d'une telle subvention est expressément limitée à certaines entreprises à la lumière de l'interprétation de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC* que nous avons donnée plus haut.

762. Les États-Unis ont expliqué que, dans le cadre de leur régime des brevets, l'inventeur était le titulaire initial de tous droits sur ses inventions.[1572] Une personne qui obtient un brevet est autorisée "à empêcher toutes les autres entités d'exploiter les technologies revendiquées par le brevet" et le détenteur du brevet est "{autorisé} … {à} accorder une licence d'exploitation de la technologie en échange d'une compensation".[1573] Plus précisément, le régime des brevets des États-Unis donne au détenteur du brevet le droit d'"empêcher des tiers de fabriquer, d'utiliser, d'offrir à la vente ou de vendre" l'invention aux États-Unis ou d'"importer" l'invention aux États-Unis, pendant un laps de

[1572] Réponse des États-Unis aux questions posées à l'audience.
[1573] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1285.

temps limité (c'est-à-dire actuellement un minimum de 20 ans à compter de la date de la demande).[1574] En outre, le détenteur d'un brevet a le droit de céder, ou de transmettre par voie successorale, le brevet et de conclure des contrats de licence avec des tiers.[1575]

763. Les allégations formulées par l'Union européenne en appel concernent un aspect particulier du régime des brevets des États-Unis, à savoir la répartition des droits de brevet lorsqu'une invention est découverte au cours de travaux de R&D menés par une entreprise en vertu d'un contrat ou d'un accord conclu avec les pouvoirs publics des États-Unis et, plus particulièrement, avec la NASA et l'USDOD.

764. En ce qui concerne cet aspect du régime des brevets des États-Unis, le Groupe spécial a expliqué qu'avant 1980, le gouvernement des États-Unis appliquait une politique générale consistant à s'approprier tous les droits de brevet sur les inventions réalisées par des contractants en vertu de contrats de R&D financée par des fonds fédéraux (et à accorder ensuite des licences non exclusives à tout requérant, y compris le contractant, qui souhaitait utiliser l'invention visée).[1576] En 1980, le gouvernement a modifié sa politique et a commencé à autoriser les titulaires de contrats publics à conserver la titularité des brevets sur toutes les inventions qu'ils réalisaient grâce à un financement fédéral en vertu de contrats de R&D (les pouvoirs publics obtenant une licence "d'utilisation par les pouvoirs publics" leur permettant d'utiliser l'invention visée sans devoir verser de redevances au contractant).[1577] Cette nouvelle politique du gouvernement a été mise en œuvre au moyen des instruments juridiques suivants, qui sont examinés plus en détail ci-après[1578]:

a) la **Loi Bayh-Dole**, qui a été adoptée en 1980 et qui est codifiée dans le Titre 35 du *United States Code*, articles 200 à 212 (intitulé "Patent Rights in Inventions Made with Federal Assistance" (Droits de brevet sur les inventions réalisées avec une aide fédérale))[1579];

b) le **Mémorandum présidentiel de 1983** à l'intention des responsables des départements et organismes exécutifs (intitulé "Government Patent Policy" (Politique du gouvernement en matière de brevets)) qui a élargi le champ d'application de la

[1574] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1285 (citant la première communication écrite des Communautés européennes présentée au Groupe spécial, paragraphe 812 (faisant référence au *United States Code*, Titre 35, article 154 a) 2) (pièce EC-562 présentée au Groupe spécial), et article 271 a) (pièce EC-563 présentée au Groupe spécial)).
[1575] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1285.
[1576] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1277 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes présentée au Groupe spécial, paragraphe 806; et à la première communication écrite des États-Unis présentée au Groupe spécial, paragraphe 314).
[1577] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1277.
[1578] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1278.
[1579] S*upra*, note de bas de page 243.

politique à tous les titulaires de contrats publics, indépendamment de leur taille et de leur statut à but lucratif/non lucratif[1580];

c) le **Décret de 1987** (intitulé "Facilitating access to science and technology" (Faciliter l'accès à la science et à la technologie)) dans lequel les termes du Mémorandum présidentiel de 1983 ont été finalement incorporés[1581];

d) le **règlement fédéral général** correspondant qui met en œuvre la Loi Bayh-Dole, le Mémorandum présidentiel de 1983 et le Décret de 1987, qui est codifié dans le Titre 48 du *United States Code of Federal Regulations*, articles 27.300 à 27.306 (sous le titre "Patent Rights Under Government Contracts" (Droits de brevet dans le cadre des contrats publics))[1582]; et

e) le **règlement spécifique à la NASA** (intitulé "Patents and Other Intellectual Property Rights" (Brevets et autres droits de propriété intellectuelle), dont la sous-partie 1 est intitulée "Patent Waiver Regulations" (Règlement relatif à l'abandon des brevets)) codifié dans le Titre 14 du *United States Code of Federal Regulations*, article 1245.[1583]

765. En vertu de la Loi Bayh-Dole, la nouvelle politique s'appliquait au début uniquement aux organisations *à but non lucratif* et aux *petites entreprises*. Les objectifs de cette loi sont décrits comme suit dans la législation:

> Politique et objectif.
>
> La politique et l'objectif du Congrès sont d'utiliser le système de brevets pour promouvoir l'utilisation d'inventions qui résultent de la recherche ou du développement financés par des fonds fédéraux; d'encourager au maximum la participation de petites entreprises aux efforts de recherche et développement financés par des fonds fédéraux; de promouvoir la collaboration entre les entreprises commerciales et les organisations à but non lucratif, y compris les universités; de faire en sorte que les inventions réalisées par des organisations à but non lucratif et par de petites entreprises soient utilisées de manière à promouvoir la libre concurrence et la libre entreprise sans entraver indûment la recherche et les découvertes futures; de promouvoir la commercialisation et la mise à la disposition du public des inventions réalisées aux États-Unis par l'industrie et la main-d'œuvre de ce pays; de faire en sorte que le

[1580] S*upra*, note de bas de page 244.
[1581] S*upra*, note de bas de page 245.
[1582] Pièce EC-559 présentée au Groupe spécial.
[1583] Pièce EC-572 présentée au Groupe spécial.

> gouvernement obtienne des droits suffisants sur les inventions financées par des fonds fédéraux pour répondre à ses besoins et protéger le public contre la non-utilisation ou l'utilisation déraisonnable des inventions; et de réduire au minimum les coûts relatifs à l'administration des politiques dans ce domaine.[1584]

766. S'agissant de la répartition des droits de brevet, la partie pertinente de la Loi Bayh-Dole dispose ce qui suit:

> Disposition des droits.
>
> a) Chaque organisation à but non lucratif ou petite entreprise peut, dans un délai raisonnable après la divulgation exigée au paragraphe c) 1) du présent article, choisir de conserver la propriété de toute invention visée …{[1585]}
>
> …
>
> c) 4) Dans le cas de toute invention pour laquelle le contractant choisit de conserver des droits, l'organisme fédéral obtiendra une licence libérée non exclusive, non transmissible et irrévocable pour mettre en pratique ou faire mettre en pratique pour le compte ou au nom des États-Unis toute invention visée à l'échelle mondiale: *Étant entendu* que l'accord de financement peut prévoir les droits additionnels, y compris le droit de céder ou de faire que soient cédés les droits de brevet étrangers sur l'invention visée, que l'organisme juge nécessaires pour satisfaire aux obligations des États-Unis au titre de tout traité, accord international, arrangement de coopération,

---

[1584] *United States Code*, Titre 35, article 200 (pièce EC-588 présentée au Groupe spécial).

[1585] *United States Code*, Titre 35, article 202 a). Cette disposition des droits est sous réserve de ce qui suit:

> Qu'un accord de financement en dispose autrement i) lorsque le contractant n'est pas situé aux États-Unis ou n'a pas d'établissement aux États-Unis ou est soumis au contrôle d'un gouvernement étranger, ii) dans des circonstances exceptionnelles où il est déterminé par l'organisme que la restriction ou la suppression du droit de conserver la propriété de toute invention visée permettra de mieux promouvoir la politique et les objectifs figurant dans le présent chapitre, iii) lorsqu'il est déterminé par une autorité gouvernementale qui est autorisée par la loi ou par décret à mener des activités de renseignement ou de contre-renseignement à l'étranger que la restriction ou la suppression du droit de conserver la propriété de toute invention visée est nécessaire pour protéger la sécurité de ces activités ou iv) lorsque l'accord de financement englobe le fonctionnement d'un service public du Département de l'énergie exploité par le contractant s'occupant principalement des programmes relatifs à la propulsion ou à l'armement nucléaires navals du Département et toutes les limitations prévues dans l'accord de financement au titre du présent alinéa concernant le droit du contractant de choisir la propriété d'une invention visée sont limitées aux inventions réalisées dans le cadre des deux programmes susmentionnés du Département de l'énergie. Les droits de l'organisation à but non lucratif ou de la petite entreprise seront soumis aux dispositions du paragraphe c) du présent article et aux autres dispositions du présent chapitre.

(*Ibid.*)

> mémorandum d'accord, ou arrangement similaire, y compris des accords militaires relatifs au développement et à la production d'armement.[1586]

767. La politique concernant la répartition des droits de brevet mise en place par la loi Bayh-Dole a été ensuite étendue par le Président Ronald Reagan à tous les titulaires de contrats publics. L'élargissement du champ d'application de la politique a été réalisé au moyen du Mémorandum présidentiel de 1983 et du Décret de 1987. Le Mémorandum présidentiel de 1983 est libellé comme suit:

> MAISON BLANCHE
> WASHINGTON
>
> *18 février 1983*
>
> MÉMORANDUM À L'INTENTION DES RESPONSABLES
> DES DÉPARTEMENTS ET ORGANISMES EXÉCUTIFS
>
> OBJET: POLITIQUE DU GOUVERNEMENT
> EN MATIÈRE DE BREVETS
>
> Dans la mesure permise par la loi, la politique de l'organisme en ce qui concerne la disposition de toute invention réalisée dans le cadre d'un marché (contrat, don ou accord de coopération) de recherche-développement financé par des fonds fédéraux sera la même ou essentiellement la même que celle qui est appliquée aux petites entreprises et aux organisations à but non lucratif en vertu du chapitre 38 du Titre 35 du United States Code.
>
> Pour les marchés ne relevant pas du chapitre 38 du Titre 35 du United States Code, tous droits du gouvernement ou toutes obligations de l'exécutant décrits dans 35 U.S.C. 202-204 peuvent être abandonnés ou omis si l'organisme détermine 1) que les intérêts des États-Unis et du grand public seront mieux servis de cette façon, par exemple, dans le cas où cela est nécessaire pour avoir un exécutant spécialement ou hautement qualifié; ou 2) que le marché concerne des activités de recherche-développement menées dans le cadre d'un partenariat, d'un partage des coûts ou d'une co-entreprise et que l'exécutant, le partenaire ou le co-entrepreneur apporte une contribution substantielle, sous la forme de fonds, d'installations ou d'équipements, aux travaux réalisés dans le cadre du marché.
>
> En outre, les organismes devraient protéger la confidentialité de la divulgation de l'invention, des demandes de brevet et des rapports d'utilisation exigés dans le cadre de l'exécution ou du fait des

[1586] *United States Code*, Titre 35, article 202 a) et c) 4) (pièce EC-558 présentée au Groupe spécial).

> marchés dans la mesure permise par 35 U.S.C. 205 ou d'autres lois applicables.[1587]

768. Les objectifs visés par le Mémorandum présidentiel de 1983 sont décrits dans une note d'information jointe au Mémorandum, dont la partie pertinente indique ce qui suit:

> NOTE D'INFORMATION
>
> Les inventions développées au moyen d'un financement du gouvernement constituent une ressource nationale de valeur. Grâce à des incitations appropriées, le secteur privé poursuivra le développement commercial de bon nombre de ces inventions. Les nouveaux produits et procédés qui en résulteront amélioreront la productivité de l'économie des États-Unis, créeront de nouveaux emplois et amélioreront la position des États-Unis dans le commerce mondial. La politique définie par le Mémorandum vise à fournir de telles incitations.
>
> L'expérience a montré que, dans la plupart des cas, le fait de permettre aux organismes inventeurs de conserver la propriété des inventions réalisées grâce au soutien fédéral est la meilleure incitation pour obtenir le capital-risque nécessaire au développement d'innovations technologiques. La nouvelle politique prévoit que, à de rares exceptions près, les organismes inventeurs peuvent conserver la propriété de l'invention, sous réserve des droits de licence du gouvernement qui lui permettront d'utiliser l'invention dans ses propres programmes.
>
> Dans la mesure permise par la loi, le présent Mémorandum est applicable à tous les programmes légaux, y compris ceux qui prévoient que les inventions sont mises à la disposition du public. *Ces organismes, comme l'Administration nationale de l'aéronautique et de l'espace et le Département de l'énergie, qui continuent de relever des lois qui sont incompatibles à certains égards avec le Mémorandum, devraient utiliser le plus possible la flexibilité qui leur est ménagée pour se conformer aux dispositions et à l'esprit du Mémorandum*.[1588] (pas d'italique dans l'original)

769. Le Décret de 1987 donne pour instruction aux responsables de chaque département et organisme exécutif de:

> ... favoriser{} la commercialisation, en accord avec le Mémorandum {présidentiel de 1983} adressé aux responsables des départements et organismes exécutifs le 18 février 1983, des résultats brevetables de la recherche financée par des fonds fédéraux, en accordant à tous les contractants, quelle que soit leur taille, la titularité des brevets obtenus en totalité ou en partie grâce à des fonds fédéraux, en

[1587] *Supra*, note de bas de page 244.
[1588] *Supra*, note de bas de page 244.

> échange de leur utilisation, sans paiement de redevances, par ou au nom des pouvoirs publics{.}[1589]

770. Le règlement général, qui s'applique à l'USDOD, et le règlement spécifique à la NASA sont décrits ci-après.

771. La répartition des droits sur les inventions découvertes au cours de travaux effectués pour l'USDOD est régie par les articles 27.300 à 27.306 du Titre 48 du *United States Code of Federal Regulations*, qui donnent effet au Mémorandum présidentiel de 1983 et au Décret de 1987. L'article 27.302 b) du Titre 48 du *United States Code of Federal Regulations* dispose ce qui suit:

> En vertu de la politique énoncée dans {la Loi Bayh-Dole, le Mémorandum présentiel de 1983 et le Décret de 1987}, chaque contractant peut, après la divulgation au gouvernement exigée par la clause relative aux droits de brevet incluse dans le contrat, choisir de conserver la propriété de toute invention réalisée au cours de l'exécution de travaux dans le cadre du contrat.[1590]

772. Cela signifie que le contractant peut déposer une demande de brevet sur l'invention et exercer tous les droits que cela implique. Les règlements disposent toutefois que les pouvoirs publics des États-Unis obtiendront au moins une licence libérée non exclusive, non transmissible et irrévocable pour mettre en pratique ou faire mettre en pratique pour le compte ou au nom des États-Unis toute invention visée à l'échelle mondiale.[1591] Les pouvoirs publics obtiennent aussi des droits "d'intervention", qui donnent au département ou à l'organisme fédéral le pouvoir d'obliger le contractant, dans certaines circonstances limitées, à accorder une licence à des requérants à des conditions qui sont raisonnables dans ces circonstances, ou d'accorder la licence lui-même.[1592] Le Groupe spécial a toutefois fait observer qu'"{a}ucun département ou organisme gouvernemental des États-Unis n'{avait} jamais exercé ces droits de retrait pour quelque brevet que ce soit au titre de quelque contrat que ce soit".[1593]

[1589] *Supra*, note de bas de page 245, article 1 b) 4).

[1590] Pièce EC-559 présentée au Groupe spécial.

[1591] Le gouvernement des États-Unis peut demander des droits additionnels pour se conformer à des traités ou d'autres accords internationaux. En pareil cas, ces droits feront partie du contrat. (*United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, article 27.302 c) (pièce EC-559 présentée au Groupe spécial))

[1592] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1286 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 814, qui fait référence au *United States Code*, Titre 35, article 203 a) (pièce EC-558 présentée au Groupe spécial)).

[1593] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1286 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes présentée au Groupe spécial, paragraphe 814).

773. Le règlement qui s'applique à l'USDOD s'applique à tous les autres départements et organismes publics des États-Unis, à l'exception de la NASA, qui a son propre règlement.[1594]

774. En vertu de la Loi sur l'espace, législation portant création de la NASA, les droits sur les inventions découvertes au cours de travaux effectués dans le cadre d'un contrat conclu avec la NASA appartiennent aux États-Unis. La Loi sur l'espace est codifiée dans le Titre 42 du *United States Code*. L'article 2457 a) du Titre 42 dispose ce qui suit:

> a) Propriété exclusive des États-Unis; délivrance de brevets
>
> Chaque fois qu'une invention est réalisée au cours de l'exécution d'un travail effectué dans le cadre d'un contrat de l'Administration, et que l'Administrateur détermine que:
>
> 1) la personne qui a réalisé l'invention était employée ou affectée à l'exécution de travaux de recherche, de développement ou d'étude et l'invention est liée aux travaux à l'exécution desquels elle était employée ou affectée, ou que l'invention entrait dans le cadre de ses fonctions, qu'elle ait été réalisée ou non pendant les heures de travail, ou avec une contribution des pouvoirs publics, sous la forme de l'utilisation d'installations, d'équipements, de matériel, de fonds publics, de renseignements exclusifs des pouvoirs publics ou des services de fonctionnaires au cours des heures de travail; ou que
>
> 2) la personne qui a réalisé l'invention n'était pas employée ni affectée à l'exécution de travaux de recherche, de développement ou d'étude, mais l'invention est néanmoins liée au contrat, aux travaux ou aux fonctions à l'exécution desquels elle était employée ou affectée, et a été réalisée pendant les heures de travail, ou avec une contribution des pouvoirs publics du type mentionné dans la clause 1),
>
> cette invention sera la propriété exclusive des États-Unis, et si cette invention est brevetable, un brevet sera, par conséquent, délivré aux États-Unis sur demande présentée par l'Administrateur, à moins que celui-ci n'abandonne la totalité ou une partie des droits des États-Unis sur ladite invention, conformément aux dispositions de l'alinéa f) du présent article.[1595]

775. L'abandon des droits de brevet est traité à l'alinéa f) de l'article 2457 du Titre 42 du *United States Code*, qui se lit comme suit:

[1594] Nous expliquons plus loin pourquoi, malgré des différences formelles, nous considérons que le règlement de la NASA est fonctionnellement équivalent à la réglementation applicable à d'autres départements et organismes publics.

À l'audience, les États-Unis ont noté qu'un règlement spécifique s'appliquait à la recherche financée par le Département de l'énergie des États-Unis. Néanmoins, il n'a pas été allégué devant le Groupe spécial ni dans le cadre du présent appel que ce règlement fournissait une base à une constatation de spécificité en ce qui concerne la répartition des droits de brevet au titre des mesures de la NASA ou de l'USDOD.

[1595] Pièce EC-571 présentée au Groupe spécial.

> f) Abandon des droits sur les inventions; Conseil des inventions et contributions
>
> En vertu d'un règlement conforme au présent alinéa, tel que prescrit par l'Administrateur, ce dernier peut abandonner la totalité ou une partie des droits des États-Unis au titre du présent article en ce qui concerne toute invention ou catégorie d'inventions réalisées ou qui peuvent être réalisées par toute personne ou catégorie de personnes au cours de l'exécution d'un travail requis par un contrat de l'Administration, si l'Administrateur détermine que les intérêts des États-Unis seront ainsi mieux servis. Tout abandon de ce type pourra être fait selon les modalités et les conditions que l'Administrateur jugera nécessaires pour protéger les intérêts des États-Unis. Chaque abandon de ce type concernant une invention sera affecté d'une réserve émise par l'Administrateur prévoyant une licence irrévocable, non exclusive, non transmissible et libre de redevances pour l'exploitation de ladite invention dans le monde entier par ou au nom des États-Unis ou de tout gouvernement étranger en vertu d'un traité ou accord conclu avec les États-Unis. Chaque proposition d'abandon relevant du présent alinéa sera soumise à un Conseil des inventions et contributions qui sera établi par l'Administrateur au sein de l'Administration. Ce Conseil donnera à chaque partie intéressée la possibilité de se faire entendre et transmettra à l'Administrateur ses constatations de fait sur la proposition en question, ainsi que ses recommandations sur la suite à y donner.[1596]

776. Les procédures d'abandon des droits de brevet sont développées davantage dans le règlement de la NASA. Ce règlement décrit les objectifs généraux de l'abandon en ces termes:

> Politique.
>
> a) Lorsqu'il mettra en œuvre les dispositions de l'article 305 f) de la Loi nationale sur l'aéronautique et l'espace de 1958, telle qu'elle a été modifiée (42 U.S.C. 2457 f)), et qu'il déterminera si les intérêts des États-Unis seraient servis par l'abandon de la totalité ou d'une partie des droits des États-Unis sur les inventions réalisées au cours de l'exécution de travaux dans le cadre de contrats avec la NASA, l'Administrateur sera guidé par les objectifs énoncés dans la Loi nationale sur l'aéronautique et l'espace de 1958, telle qu'elle a été modifiée (42 U.S.C. 2451-2477), et par la politique fondamentale énoncée dans le Mémorandum présidentiel et dans la Déclaration relative à la politique du gouvernement en matière de brevets à l'intention des responsables des départements et organismes exécutifs, datée du 18 février 1983. Les objectifs les plus importants sont de fournir des incitations pour stimuler l'inventivité et encourager la notification des inventions réalisées dans le cadre de contrats avec la NASA, de permettre la diffusion la plus large possible des nouvelles technologies résultant des programmes de la NASA et de faire en sorte que la nouvelle technologie soit exploitée

[1596] Pièce EC-571 présentée au Groupe spécial.

> très tôt, développée rapidement et demeure disponible à des fins commerciales et dans l'intérêt général. Pour appliquer le présent règlement, il convient d'évaluer à la fois la nécessité de fournir des incitations pour encourager les initiatives privées et la nécessité de promouvoir une concurrence saine dans la branche de production.[1597]

777. Le règlement de la NASA permet de déposer des demandes d'abandon à deux moments: "i) avant l'invention, en ce qui concerne toutes les inventions pouvant être réalisées en vertu d'un contrat; et ii) après la notification d'une invention, une fois l'invention réalisée".[1598] Les demandes d'abandon sont examinées par le Conseil des inventions et contributions de la NASA (le "Conseil"). Le règlement indique que le Conseil recommandera "normalement" que la demande d'abandon soit acceptée.[1599] Dans le cadre d'un abandon, la NASA "abandonne les droits de propriété du gouvernement des États-Unis" aux États-Unis et dans d'autres pays et "transmet {…} au bénéficiaire de l'abandon le plein droit, la propriété et la jouissance de chaque invention".[1600] Des éléments de preuve versés au dossier indiquent que la NASA accorde régulièrement des abandons lorsque la demande lui en est faite.[1601]

[1597] *United States Code of Federal Regulations*, Titre 14, article 1245.103 a) (pièce EC-572 présentée au Groupe spécial).

[1598] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1287 (faisant référence au *United States Code of Federal Regulations*, Titre 14, articles 1245.104 et 1245.105 (pièce EC-572 présentée au Groupe spécial)).

[1599] Voir le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 14, articles 1245.104 b) et 1245.105 b) 1) (pièce EC-572 présentée au Groupe spécial). Le règlement de la NASA dispose que, dans certaines situations, le Conseil peut rejeter la demande d'abandon parce qu'il "estime que les intérêts des États-Unis seraient mieux servis par la restriction ou la suppression en totalité ou partie des droits du contractant". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1289 (citant le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 14, article 1245.104 b) (pièce EC-572 présentée au Groupe spécial))) Le règlement énumère ensuite les situations dans lesquelles cela pourrait être le cas, à savoir: i) lorsque le contractant n'est pas situé aux États-Unis ou n'a pas d'établissement aux États-Unis ou est soumis au contrôle d'un gouvernement étranger; ii) lorsque il a été déterminé par l'autorité gouvernementale qui est autorisée par la loi ou par décret à mener des activités de renseignement ou de contre-renseignement à l'étranger que la restriction ou la suppression du droit de conserver la propriété de toutes inventions réalisées au cours de l'exécution de travaux dans le cadre du contrat est nécessaire pour protéger la sécurité de ces activités; ou iii) lorsque le Conseil estime qu'il existe des circonstances exceptionnelles, de sorte que la restriction ou la suppression du droit de conserver la propriété permettra de mieux promouvoir certains objectifs. (*United States Code of Federal Regulations*, Titre 14, article 1245.104 b) (pièce EC-572 présentée au Groupe spécial)) Voir aussi l'article 1245.105 b) 1) (pièce EC-572 présentée au Groupe spécial).

[1600] NASA, Instrument of Waiver (Domestic and Foreign Rights), Structures and Materials Technology for Aerospace Vehicles (pièce EC-1227 présentée au Groupe spécial), paragraphe 1. Ce libellé est employé dans le cas d'un abandon anticipé. Les clauses contractuelles types utilisées par la NASA en ce qui concerne la question des droits de brevet figurent dans le *United States Code of Federal Regulations*, Titre 48, article 52.227-12 (Patents Rights – Retention by the Contractor) et article 1852.227-70 (New Technology).

[1601] Le Groupe spécial a noté que selon l'étude, réalisée par le National Bureau of Economic Research (Bureau national de recherche économique), au début des années 1980, les "abandons {de brevet} étaient pour l'essentiel accordés automatiquement" par la NASA. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1289 (faisant référence au National Bureau of Economic Research, "Evidence from Patents and Patent Citations on the Impact of NASA and other Federal Labs on Commercial Innovation" (May 1997) (pièce EC-574 présentée au Groupe spécial), page 8))

778. Il n'est pas contesté que, dans le cadre du régime de brevets des États-Unis, le règlement de la NASA relatif à l'abandon de brevets est, d'un point de vue formel, différent et distinct du règlement qui s'applique à d'autres départements ou organismes publics des États-Unis. Alors qu'un ensemble de règlements concernant la répartition des droits de brevet s'applique à d'autres départements et organismes publics, le règlement décrit plus haut est spécifique à la NASA. Il existe aussi des différences dans la façon dont les règlements fonctionnent. En vertu de la législation et de la réglementation générale qui s'appliquent à d'autres départements et organismes, un contractant peut "choisir de conserver la propriété" de l'invention.[1602] En revanche, le cadre réglementaire de la NASA prévoit que la propriété de toute invention revient initialement aux pouvoirs publics, mais que la NASA peut abandonner la propriété sur demande.

779. Cependant, les dispositions du règlement de la NASA relatives à l'abandon sont liées au cadre législatif et réglementaire plus général établi par la Loi Bayh-Dole, le Mémorandum présidentiel de 1983 et le Décret de 1987. Plus précisément, le dossier indique que la flexibilité accordée au titre des dispositions relatives à l'abandon a été utilisée pour donner effet au Mémorandum présidentiel de 1983 et au Décret de 1987. Par exemple, comme il est noté plus haut, la Note d'information expliquant le Mémorandum présidentiel de 1983 indique que les "organismes, comme l'Administration nationale de l'aéronautique et de l'espace ... devraient utiliser le plus possible la flexibilité qui leur est ménagée pour se conformer aux dispositions et à l'esprit du Mémorandum".[1603] Le règlement de la NASA dispose que, pour établir des déterminations relatives à l'abandon, l'Administrateur de la NASA sera guidé par les objectifs énoncés dans la Loi sur l'espace de 1958 et "par la politique fondamentale énoncée dans le Mémorandum présidentiel et dans la Déclaration relative à la politique du gouvernement en matière de brevets à l'intention des responsables des départements et organismes exécutifs, datée du 18 février 1983".[1604]

780. En outre, il apparaîtrait que le résultat d'un abandon de droits de brevet par la NASA est le même que dans le cas où un contractant choisit de conserver la propriété en vertu du règlement général. Qu'il demande un abandon en vertu du règlement de la NASA ou qu'il choisisse de conserver la propriété en vertu du règlement général applicable à l'USDOD, le contractant obtiendra, dans les deux cas, la propriété de l'invention, c'est-à-dire qu'il pourra en revendiquer la propriété exclusive. En tant que propriétaire, le contractant peut exploiter l'invention au niveau commercial, par exemple, en concédant des licences d'exploitation de la technologie ou en incorporant cette dernière à ses propres

[1602] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1291 (citant le *United States Code*, Titre 35, articles 200 à 212 (Patent Rights in Inventions Made with Federal Assistance) et article 202 a) (pièce EC-558 présentée au Groupe spécial)).
[1603] Voir *supra*, le paragraphe 767.
[1604] Voir *supra*, le paragraphe 775.

produits, sans devoir verser de redevances aux pouvoirs publics. Il peut aussi déposer une demande de brevet qui lui donnera le droit d'empêcher des tiers d'exploiter la technologie sans sa permission.[1605] Le gouvernement, pour sa part, obtient le droit d'exploiter l'invention gratuitement pour l'utilisation par les pouvoirs publics. Le point essentiel est que, à la fois dans le cadre du règlement général qui s'applique à l'USDOD et aux autres départements, et dans le cadre d'un abandon par la NASA, les droits de propriété sur l'invention appartiendront seulement au contractant conformément à la répartition des brevets au titre de contrats et accords de la NASA et de l'USDOD, bien que le mécanisme de répartition initiale des droits de brevet soit, d'un point de vue formel, quelque peu différent.

781. À l'audience, l'Union européenne a expliqué que son allégation de spécificité était "les limitations expresses des types de R&D que la NASA et l'{US}DOD pouvaient financer, et par conséquent les entreprises qui pouvaient bénéficier des abandons et transferts de brevets pour les inventions résultant de la R&D".[1606]

782. L'idée centrale de l'argumentation de l'Union européenne est que, puisque les sociétés aérospatiales sont les seules à avoir le droit de bénéficier d'un financement de la NASA et de l'USDOD, les brevets qui peuvent résulter des contrats et accords de R&D de la NASA/l'USDOD doivent également être spécifiques. Nous avons toutefois expliqué plus haut que la répartition des droits de brevet en vertu de contrats et accords de la NASA/l'USDOD reflétait le cadre législatif et réglementaire plus général qui s'appliquait à la répartition des droits de brevet dans les contrats et accords de R&D des pouvoirs publics des États-Unis. Ce cadre législatif et réglementaire a été établi par la Loi Bayh-Dole et a ensuite été étendu aux grandes et moyennes entreprises par le Mémorandum présidentiel de 1983, le Décret de 1987, ainsi que le règlement général et le règlement spécifique à la NASA. Une fois que le cadre juridique de la répartition des droits de brevet en vertu des contrats et accords de R&D avec les pouvoirs publics est pris en compte, il apparaît clairement que le droit de bénéficier de la subvention alléguée n'est pas limité à la catégorie d'entreprises qui mènent des activités de R&D aérospatiale.

783. L'Union européenne fait aussi valoir que les droits de brevet attribués en l'espèce sont un élément des contrats et accords de R&D conclus entre la NASA/l'USDOD et Boeing.[1607] Elle explique que, de la même manière que ce n'est pas le gouvernement des États-Unis dans son ensemble qui fournit le financement et le soutien pour la R&D de la NASA/l'USDOD, ce n'est pas non plus le gouvernement des États-Unis dans son ensemble qui abandonne/transfère les droits de brevet résultant

[1605] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1285.
[1606] Déclaration orale de l'Union européenne à la première séance de l'audience.
[1607] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 82 et 90.

de ces mêmes contrats.[1608] Nous avons rejeté plus haut l'argument de l'Union européenne selon lequel l'analyse de la spécificité devait être limitée à l'autorité qui accordait effectivement la subvention alléguée – en l'espèce, la NASA ou l'USDOD – isolément du cadre législatif et réglementaire dans lequel elle agit. La conservation de la propriété par des contractants, dans le cadre du règlement de l'USDOD, et l'abandon des droits de brevet, dans le cadre du règlement de la NASA, sont fondés sur un cadre législatif et réglementaire plus général des États-Unis en vertu duquel les entreprises qui mènent des activités de R&D pour le compte du gouvernement des États-Unis bénéficient des droits de brevet sur les inventions découvertes.

784. S'agissant de la NASA, l'Union européenne souligne que "le Groupe spécial a spécifiquement constaté que la NASA avait sa propre législation et réglementation spécifiques concernant les abandons de brevets".[1609] Elle affirme que la Loi sur l'espace et son règlement d'application constituent "la législation en vertu de laquelle {l}'autorité {qui accorde la subvention} agit" au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*[1610] et elle ajoute que la Loi sur l'espace limite expressément la portée des activités de R&D aéronautique de la NASA aux domaines de l'aéronautique et de l'espace. Nous avons expliqué plus haut que la Loi sur l'espace et le règlement de la NASA ne pouvaient pas être considérés isolément, mais devraient plutôt être considérés par rapport au cadre plus général de la législation et de la réglementation énonçant la politique de répartition des droits de brevet dans le cadre des contrats de R&D des pouvoirs publics. Même si seulement quelques entreprises effectuent de la recherche aérospatiale, et sont donc susceptibles de conclure des contrats ou accords avec la NASA, cela doit être analysé dans le contexte plus général, dans lequel les droits de brevet sont également attribués aux contractants en vertu de tous les contrats et accords de R&D conclus avec d'autres départements et organismes publics.[1611]

[1608] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 82 et 90.

[1609] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 80 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1287 à 7.1289).

[1610] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 81.

[1611] Nous rappelons que le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

> ... la répartition des droits de brevet est uniforme en vertu de tous les contrats, accords et dons relatifs à la R&D des pouvoirs publics des États-Unis, en ce qui concerne tous les départements et organismes publics des États-Unis, pour toutes les entreprises de tous les secteurs. Dans tous les cas, le contractant/partenaire/bénéficiaire détient toutes les inventions (c'est-à-dire les droits de brevet) qu'il conçoit au cours des recherches financées par le gouvernement des États-Unis qu'il mène; le gouvernement obtient toutefois une licence sans redevance "pour l'utilisation par les pouvoirs publics/à des fins publiques" qui lui permet d'utiliser l'invention visée.

(Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1276)

785. L'Union européenne indique en outre que, "lorsque la NASA abandonne des droits de brevet, elle le fait en réponse à une demande".[1612] Comme il a été noté au paragraphe précédent, l'abandon ne peut pas être considéré isolément du cadre législatif et réglementaire général des États-Unis qui s'applique à toutes les entreprises qui effectuent des travaux pour tous les départements et organismes du gouvernement fédéral. Le fait que les abandons de brevets par la NASA sont accordés uniquement sur demande ne modifie pas notre évaluation.

786. S'agissant de l'USDOD, l'Union européenne affirme que, "en tant qu'entité qui accorde les contrats de R&D, l'{US}DOD n'a pas besoin d'abandonner ou d'accorder à un contractant des droits sur des inventions résultant de contrats financés par l'{US}DOD".[1613] L'argument de l'Union européenne présente trois failles. Premièrement, il apparaîtrait que le pouvoir de l'USDOD de "supprimer" la possibilité pour un contractant de conserver la propriété de toutes inventions est plus limité que ce que l'Union européenne suggère. Ce pouvoir doit être exercé uniquement dans des "circonstances exceptionnelles".[1614] Deuxièmement, ce pouvoir s'applique à tous les départements et organismes publics des États-Unis.[1615] Troisièmement, l'Union européenne n'a pas affirmé que l'USDOD a exercé ce pouvoir de telle manière que la subvention alléguée a été limitée à certaines entreprises.[1616]

787. Au cours de l'audience, les participants ont fait référence aux constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)* et dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*.[1617] Dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, la Chine a fait valoir qu'il n'était pas contesté que les banques commerciales d'État avaient également octroyé des prêts aux branches de production relevant de la catégorie des activités "autorisées", laquelle englobait "tout le champ de l'activité économique chinoise ne relevant pas des ... catégories {des activités encouragées, des activités restreintes et des activités à éliminer}".[1618] L'Organe d'appel a toutefois fait observer que le Groupe spécial n'avait pas

[1612] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 83 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1287). Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1288.

[1613] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 88 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1291).

[1614] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1291 (faisant référence au *United States Code*, Titre 35, article 202 a) ii) (pièce EC-558 présentée au Groupe spécial)). Voir aussi la communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 144.

[1615] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1291 et 7.1292. Voir aussi la communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 144.

[1616] Réponses de l'Union européenne aux questions posées à l'audience.

[1617] Aucun des participants n'a dit que les circonstances factuelles de la présente affaire étaient semblables à celles de l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)* ou de l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*.

[1618] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 382 (citant la communication de la Chine en tant qu'appelant dans cet appel, paragraphe 241).

constaté que les projets/branches de production relevant de la catégorie des activités "autorisées" avaient le droit d'obtenir les mêmes prêts que les projets/branches de production "encouragés".[1619] En revanche, dans la présente affaire, le Groupe spécial a formulé une constatation explicite selon laquelle "la répartition des droits de brevet {était} uniforme en vertu de tous les contrats, accords et dons relatifs à la R&D des pouvoirs publics des États-Unis, en ce qui concerne tous les départements et organismes publics des États-Unis, pour toutes les entreprises de tous les secteurs".[1620] Dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, le fondement de la constatation de spécificité était que le financement accordé en vertu des programmes-cadres des CE était divisé en compartiments distincts et que chaque compartiment visait certaines entreprises. Dans l'affaire dont nous sommes saisis, la répartition des droits de brevet ou les abandons dans le cadre des contrats et accords de la NASA/l'USDOD sont effectués dans le cadre législatif et réglementaire qui s'applique aux activités de R&D menées par toutes les entreprises pour les départements et organismes publics des États-Unis. Ainsi, la répartition des droits de brevet dans la présente affaire ne présente pas la même "compartimentation" du financement pour la R&D aéronautique que celle qui résultait des programmes-cadres des CE en cause dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*.[1621]

788. Un autre argument de l'Union européenne est qu'"une interprétation de l'article 2.1 qui prend en considération les politiques d'un Membre à l'échelle gouvernementale, plutôt que les actions et la législation de l'autorité qui accorde effectivement la subvention, pourrait compromettre l'objet et le but de l'*Accord SMC*, *qui sont* "d'imposer des disciplines multilatérales pour les subventions qui faussent les échanges internationaux" de marchandises".[1622] Comme nous l'avons expliqué plus haut, notre analyse n'est pas fondée sur "une politique à l'échelle gouvernementale" mais elle est axée sur le cadre législatif et réglementaire régissant la répartition des droits de brevet résultant de la R&D

[1619] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 385. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a également noté que les États-Unis ne souscrivaient pas à l'affirmation de la Chine selon laquelle c'était un "fait non contesté" que les branches de production relevant de la catégorie des activités "autorisées" obtenaient des prêts de banques commerciales d'État, faisant valoir que, conformément à l'article 13 du Règlement d'application du onzième plan quinquennal (2006-2010), la catégorie des activités "autorisées" était expressément exclue du *Guiding Catalogue of the Industrial Restructuring (2005)* et, donc, des priorités du gouvernement chinois en matière de politique de prêt. (*Ibid*., note de bas de page 326 y relative (faisant référence aux réponses des États-Unis aux questions posées à l'audience de cet appel))

[1620] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1276.

[1621] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 948. Dans ce différend, "il appar{aissait} que chacun des programmes-cadres communautaires réparti{ssait} le financement entre les domaines de recherche qui couvr{aient} des secteurs spécifiques – comme les allocations aux domaines "aéronautique" et "aéronautique et espace" – et ceux qui "{avaient} un caractère horizontal général et {pouvaient} recouvrir plusieurs branches d'activité"". (*Ibid*. (citant, en y faisant référence, le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 7.1517, 7.1526, 7.1536, 7.1546 et 7.1557))

[1622] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 76 (citant, entre autres, le rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 7.26).

financée par les pouvoirs publics des États-Unis. L'affirmation de l'Union européenne ne tient pas non plus compte du fait qu'un cadre législatif général peut être administré par plusieurs autorités qui accordent les subventions et que les règlements spécifiques à une autorité peuvent simplement être des mesures qui mettent en œuvre la législation plus générale en vertu de laquelle ces autorités agissent. L'*Accord SMC* impose des disciplines sur les subventions qui sont spécifiques à une catégorie particulière (à savoir, certaines entreprises). Dans les cas où il existe un cadre législatif qui ne limite pas expressément le droit d'une certaine catégorie d'entreprises ou de branches de production de bénéficier de la subvention, comme c'est le cas en l'espèce, ce n'est pas le type de la subvention que les rédacteurs ont eu l'intention de rendre "spécifique" au titre de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*. Aussi, nous ne voyons pas comment l'objet et le but de l'*Accord SMC* seraient compromis.

789. En résumé, sur la base de la supposition du Groupe spécial selon laquelle la répartition des droits de brevet est, à certains égards, une subvention autonome qui est distincte des versements et autres formes de soutien accordés en vertu des contrats et accords de la NASA/l'USDOD dans la mesure où une telle subvention autonome pourrait exister, nous considérons qu'il n'y a aucune base pour constater qu'une telle subvention est expressément limitée à certaines entreprises, et donc spécifique au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*.

F. *Le Groupe spécial a-t-il fait erreur en n'examinant pas l'allégation de spécificité de facto formulée par les Communautés européennes au titre de l'article 2.1 c)?*

790. L'Union européenne fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en ne se prononçant pas sur les arguments relatifs à la spécificité *de facto* avancés par les Communautés européennes au titre de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*.[1623] Elle explique que la NASA et l'USDOD disposent d'un certain pouvoir discrétionnaire pour décider d'attribuer les droits de brevet aux contractants et de conclure ou non des contrats de R&D en premier lieu. Cela signifie, selon l'Union européenne, que, "même s'il n'y a pas spécificité *de jure* au titre de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*, il est, tout au moins, fort possible qu'il y ait spécificité *de facto* au titre de l'article 2.1 c) compte tenu de la manière dont les autorités mettent effectivement en œuvre la législation ou la politique".[1624]

791. Devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont fait valoir que la répartition des droits de propriété intellectuelle en vertu des contrats et accords de la NASA et de l'USDOD était spécifique *de jure* au sens de l'article 2.1 a).[1625] Elles ont également avancé des arguments relatifs à la spécificité *de facto* au titre de l'article 2.1 c) "{d}ans l'éventualité où le Groupe spécial considèrerait

[1623] Déclaration orale de l'Union européenne à la première séance de l'audience.
[1624] Déclaration orale de l'Union européenne à la première séance de l'audience.
[1625] Première communication écrite des Communautés européennes présentée au Groupe spécial, paragraphe 852.

les abandons/transferts de droits de propriété intellectuelle par la NASA et l'{US}DOD comme n'étant pas spécifiques au titre de l'article 2.1 a)".[1626] Les Communautés européennes ont fondé leur allégation de spécificité au titre de l'article 2.1 c) sur la partie alléguée "disproportionnée" des contrats conclus avec la NASA et du financement de l'USDOD obtenue par Boeing. Plus spécifiquement, les Communautés européennes ont fait valoir ce qui suit:

> Boeing a obtenu une partie disproportionnée de tous les contrats attribués par la NASA, y compris des contrats de R&D. En particulier, de l'exercice 1991 à l'exercice 2004, Boeing a obtenu, en moyenne, 23,4 pour cent de tous les contrats de la NASA qui ont été attribués et jusqu'à 31,4 pour cent de tous ces contrats lors de l'exercice 1998. En outre, la participation active de Boeing aux plus hauts niveaux du Conseil consultatif de la NASA et de ses sous-comités révèle que la NASA exerce un pouvoir discrétionnaire dans l'octroi de subventions d'une manière qui tient pleinement compte des vues et besoins de Boeing.
>
> Boeing a aussi reçu une partie disproportionnée du financement RDT&E de l'{US}DOD au fil des années. En particulier, de l'exercice 1991 à l'exercice 2005, Boeing a reçu en moyenne 12,6 pour cent de toutes les allocations pour la RDT&E de l'{US}DOD et jusqu'à 17,7 pour cent de tous ces financements lors de l'exercice 2001. En outre, les Communautés européennes estiment que les cinq principales entreprises aérospatiales des États-Unis – Boeing, Lockheed Martin, Northrop Grumman, Raytheon et United Technologies – ont reçu, en moyenne, 45,2 pour cent du financement total pour la RDT&E de l'{US}DOD au cours de cette même période.
>
> Autrement dit, le nombre d'entreprises ayant bénéficié des contrats de la NASA et de l'{US}DOD, et des abandons/transferts de droits de propriété intellectuelle qui en ont résulté, est extrêmement limité par rapport au nombre d'entreprises qui établissent des relations contractuelles avec les pouvoirs publics des États-Unis. Ainsi, les abandons/transferts de droits de propriété intellectuelle par la NASA et l'{US}DOD sont spécifiques au sens de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*.[1627] (notes de bas de page omises)

792. Dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, l'Organe d'appel a indiqué que "{l}a mention à l'article 2.1 c) de "toute apparence de non-spécificité" résultant de l'application de l'article 2.1 a) et b) étay{ait} l'opinion selon laquelle il se {pouvait} que le comportement ou les instruments de l'autorité qui accord{ait} la subvention ne répondent pas clairement aux prescriptions relatives au droit de bénéficier prévues à l'article 2.1 a) ou b) mais

[1626] Première communication écrite des Communautés européennes présentée au Groupe spécial, paragraphe 854.
[1627] Première communication écrite des Communautés européennes présentée au Groupe spécial, paragraphes 854 à 856.

puissent néanmoins entraîner en fait une spécificité".[1628] L'Organe d'appel a ajouté que, "{d}ans ces circonstances, l'application des facteurs prévus à l'article 2.1 c) aux caractéristiques factuelles de la subvention contestée {était} justifiée. Puisqu'une "apparence de non-spécificité" au regard de l'article 2.1 a) et b) {pouvait} malgré tout aboutir à une spécificité en fait en vertu de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*, cela renfor{çait} notre opinion selon laquelle les principes énoncés à l'article 2.1 {devaient} être interprétés ensemble".[1629] Sur cette base, l'Organe d'appel a conclu qu'"une interprétation correcte de la spécificité au sens de l'article 2.1 {devait} permettre l'application concomitante de ces principes aux divers aspects juridiques et factuels d'une subvention dans une affaire donnée".[1630]

793. Dans la présente affaire, le Groupe spécial a inclus les arguments des Communautés européennes sur la spécificité *de facto* dans son analyse des arguments des parties.[1631] Cependant, il n'a pas fait référence à l'article 2.1 c) dans son évaluation de l'allégation de spécificité formulée par les Communautés européennes. Il n'a pas non plus expliqué pourquoi il avait décidé de ne pas examiner l'allégation des Communautés européennes au titre de l'article 2.1 c). L'analyse du Groupe spécial est incomplète et ne peut pas être maintenue. Les principes énoncés à l'article 2.1 doivent être appliqués d'une manière concomitante. Par ses termes mêmes, l'alinéa c) reconnaît qu'une subvention peut être spécifique même lorsqu'il y a "apparence de non-spécificité résultant de l'application des principes énoncés aux alinéas a) et b)". Une constatation de non-spécificité au titre des alinéas a) et b) ne permet pas à un groupe spécial de s'abstenir d'examiner des allégations formulées au titre de l'alinéa c). Dans la présente affaire, le Groupe spécial aurait dû, tout du moins, expliquer les raisons pour lesquelles il a rejeté les arguments des Communautés européennes au titre de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*.

794. La conclusion finale de non-spécificité formulée par le Groupe spécial au titre de l'article 2.1 repose donc sur une analyse incomplète. Aussi, alors que nous partageons l'avis du Groupe spécial selon lequel la répartition des droits de brevet en vertu du cadre législatif et réglementaire de la Loi Bayh-Dole, du Mémorandum présidentiel de 1983, du Décret de 1987, du règlement fédéral général et du règlement fédéral spécifique à la NASA, dans la mesure où elle pourrait constituer une subvention autonome, n'est pas en elle-même, spécifique au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*, nous ne

[1628] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 370.
[1629] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 370.
[1630] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 371.
[1631] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1270.

pouvons pas maintenir la constatation globale du Groupe spécial au titre de l'article 2.1. Nous examinons nous-mêmes à présent si la subvention alléguée est spécifique au sens de l'alinéa c).

795. Nous rappelons que l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit:

> Si, nonobstant toute apparence de non-spécificité résultant de l'application des principes énoncés aux alinéas a) et b), il y a des raisons de croire que la subvention peut en fait être spécifique, d'autres facteurs pourront être pris en considération. Ces facteurs sont les suivants: utilisation d'un programme de subventions par un nombre limité de certaines entreprises, utilisation dominante par certaines entreprises, octroi à certaines entreprises de montants de subvention disproportionnés, et manière dont l'autorité qui accorde la subvention a exercé un pouvoir discrétionnaire dans la décision d'accorder une subvention.3 Dans l'application du présent alinéa, il sera tenu compte de l'importance de la diversification des activités économiques dans la juridiction de l'autorité qui accorde la subvention, ainsi que de la période pendant laquelle le programme de subventions a été appliqué.
>
> [3] À cet égard, en particulier, il sera tenu compte de renseignements sur la fréquence avec laquelle des demandes concernant une subvention ont été refusées ou approuvées et les raisons de ces décisions.

796. Le libellé de l'article 2.1 c) – en particulier la clause initiale "nonobstant toute apparence de non-spécificité résultant de l'application des principes énoncés aux alinéas a) et b)" –indique que l'application de cette disposition suivra normalement l'application des deux autres alinéas de l'article 2.1. Nous rappelons que les alinéas de l'article 2.1 sont des "principes" et que l'Organe d'appel a dit antérieurement qu'une interprétation correcte de la spécificité au sens de l'article 2.1 devait permettre leur application concomitante.[1632] Pourtant, la structure de l'article 2.1 semble indiquer un ordre pour leur application suivant lequel l'application des principes énoncés aux alinéas a) et b) précède celle du principe énoncé à l'alinéa c). En d'autres termes, on arrivera normalement à l'alinéa c) après avoir déterminé qu'il n'y a pas de limitations expresses quant aux entreprises ou aux branches de production qui ont la possibilité de bénéficier de la subvention.

797. Il est procédé à l''analyse au titre de l'article 2.1 c) dans les cas où il y a "des raisons de croire que la subvention peut en fait être spécifique". Alors que la conclusion qu'il y a "apparence de non-spécificité" au titre de l'article 2.1 a) et b) ne donne pas à un groupe spécial la liberté de s'abstenir d'examiner des allégations au titre de l'article 2.1 c), un groupe spécial doit examiner si, à la lumière

[1632] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 371; rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 945.

des arguments avancés par les parties, il a des "raisons" de croire qu'une évaluation au titre de l'article 2.1 c) est justifiée. Ces "raisons" devraient être liées aux facteurs mentionnés à l'alinéa c). Le groupe spécial, pour sa part, devrait évaluer objectivement les raisons et arguments fournis par les parties. Dans le cas où le groupe spécial constate que les arguments et éléments de preuve présentés par les parties ne démontrent pas suffisamment qu'il y a des raisons de croire qu'il y a spécificité au titre de l'article 2.1 c), il se peut qu'une analyse plus exhaustive des facteurs de spécificité énoncés dans cette disposition ne soit pas justifiée.

798. Dans le présent appel, l'Union européenne a décrit ce qu'elle considère être le pouvoir discrétionnaire de la NASA et de l'USDOD en ce qui concerne la répartition des droits de brevet. Par exemple, elle a fait référence au pouvoir dont la NASA dispose pour rejeter une demande d'abandon et au pouvoir dont l'USDOD dispose pour empêcher un contractant de choisir de conserver des droits de brevet sur une invention. Pourtant, l'Union européenne n'a pas présenté ni indiqué d'éléments de preuve dans le dossier du Groupe spécial montrant que la NASA ou l'USDOD avaient exercé leur pouvoir discrétionnaire de cette manière. Le Groupe spécial a fait référence à une étude du National Bureau of Economic Research (Bureau national de recherche économique), selon laquelle, "au début des années 1980, les "abandons de brevet étaient pour l'essentiel accordés automatiquement" par la NASA".[1633] À l'audience, l'Union européenne n'a pas contesté que l'USDOD n'avait pas usé de son pouvoir discrétionnaire pour empêcher un contractant particulier de choisir de conserver la propriété et elle n'a pas non plus affirmé que la NASA avait rejeté une demande d'abandon.

799. Au lieu de cela, l'Union européenne a cherché à étayer son allégation au titre de l'article 2.1 c) en faisant référence à la part des contrats de la NASA et du financement de l'USDOD reçue par Boeing. Nous rappelons que le Groupe spécial est parti de la supposition que la répartition des droits de brevet était, à certains égards, une subvention autonome qui était distincte des versements et autres formes de soutien accordés en vertu des contrats et accords de la NASA/l'USDOD. Dans cette supposition, les constatations formulées par le Groupe spécial au sujet de la spécificité des versements et autres formes de soutien accordés en vertu des contrats et accords de la NASA/l'USDOD ne peuvent pas concerner la spécificité de la répartition des droits de brevet dans la mesure où il s'agit d'une subvention autonome. Par conséquent, nous ne sommes pas persuadés que les arguments présentés par l'Union européenne démontrent que, à supposer que la répartition des droits de brevet soit une subvention autonome, elle est, "en fait", spécifique au sens de l'article 2.1 c).

[1633] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1289 (citant National Bureau of Economic Research, "Evidence from Patents and Patent Citations on the Impact of NASA and other Federal Labs on Commercial Innovation" (May 1997) (pièce EC-574 présentée au Groupe spécial), page 8).

800. Nous rappelons que nous sommes partis de la supposition du Groupe spécial selon laquelle la répartition des droits de brevet est, à certains égards, une subvention autonome qui est distincte des versements et autres formes de soutien accordés en vertu des contrats et accords de la NASA/l'USDOD. Partant, comme nous l'avons fait, de cette supposition, nous avons constaté que, dans la mesure où cette subvention autonome existait, cette subvention n'était pas expressément limitée à certaines entreprises, au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*. Néanmoins, nous avons constaté que le Groupe spécial avait fait erreur en n'examinant pas les arguments formulés par les Communautés européennes au titre de l'article 2.1 c) et nous avons donc conclu que la constatation globale formulée par le Groupe spécial au titre de l'article 2.1 ne pouvait pas être maintenue. Cependant, au vu de ces arguments, nous ne sommes pas persuadés que, à supposer que la répartition des droits de brevet soit une subvention autonome, elle est, "en fait", spécifique au sens de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*, et nous nous *abstenons* donc de formuler cette constatation.

VIII. Réduction du taux de l'impôt sur les activités (B&O) de l'État de Washington

A. *Contribution financière – Recettes abandonnées*

801. Nous passons ensuite à l'appel des États-Unis concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington applicable aux fabricants d'aéronefs commerciaux ou de composants[1634] au titre du Projet de loi de la Chambre des représentants, État de Washington, constitue une contribution financière au regard de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*. Dans la sous-section 1, nous résumons les constatations du Groupe spécial. Dans la sous-section 2, nous examinons les circonstances dans lesquelles des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées au sens de l'article 1.1 a) 1) ii). Enfin, dans la sous-section 3, nous évaluons l'allégation formulée par les États-Unis en appel.[1635]

1. Constatations du Groupe spécial

802. Le Groupe spécial a examiné le raisonnement suivi par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – FSC* et *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)* concernant l'administration de l'impôt et

[1634] Le Groupe spécial a fait référence, dans son analyse, au taux d'imposition applicable au titre du Projet de loi n° 2294 aux "fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants pour ces aéronefs". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126) Au titre de l'article 13 b), ce taux d'imposition s'applique aux entreprises se livrant à des "activités de vente, au détail ou en gros, d'avions commerciaux ou de leurs composants, *fabriqués par ces personnes*". (pas d'italique dans l'original) Le taux d'imposition prévu par le Projet de loi n° 2294 s'applique donc aux fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants, qu'ils se livrent à des activités de fabrication, de vente en gros ou de vente au détail.

[1635] Bien que des détails pertinents concernant la réduction du taux de l'impôt B&O pour les fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants prévue dans le Projet de loi n° 2294 soient donnés dans la présente section de notre rapport, nous signalons que la partie IV contient une description plus détaillée de la mesure contestée.

l'abandon de recettes publiques normalement exigibles au sens de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*. Le critère appliqué par le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – FSC* consistait notamment "à examiner la situation qui aurait existé en l'absence de la mesure en question et à déterminer si les obligations fiscales auraient été plus élevées sans cette mesure".[1636] Le Groupe spécial a observé que, dans ce différend, l'Organe d'appel avait exprimé des réserves sur la question de savoir si le critère "en l'absence de" était un critère général approprié qui devrait s'appliquer dans toutes les situations.[1637] Comme le Groupe spécial l'a également noté, l'Organe d'appel avait précisé, dans l'affaire *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, qu'il pouvait y avoir des situations dans lesquelles il était possible d'appliquer un critère "en l'absence de", à savoir quand la mesure en cause était une "exception" à une règle "générale" d'imposition.[1638] L'Organe d'appel a cependant noté qu'un groupe spécial n'était pas toujours tenu de définir la règle générale d'imposition et que, dans de nombreuses situations, il pouvait être difficile de le faire.[1639] Sur la base de son examen, le Groupe spécial a résumé son interprétation de l'analyse de l'Organe d'appel comme indiquant que, "dans les cas où il est possible d'identifier une règle générale d'imposition appliquée par le Membre en question, un critère "en l'absence de" peut être appliqué".[1640] Il a ajouté que, "{d}ans les autres situations, la mesure fiscale contestée devrait être comparée au traitement appliqué à des revenus comparables de contribuables placés dans des circonstances comparables dans la juridiction en cause".[1641]

803. Passant à la réduction du taux de l'impôt B&O pour les activités de fabrication d'aéronefs commerciaux, le Groupe spécial a conclu qu'"il y {avait} effectivement un taux général d'imposition applicable aux activités de fabrication dans l'État de Washington et que la réduction fiscale dont bénéfici{aient} les activités de construction aéronautique constitu{ait} une exception à cette règle".[1642] Il a estimé que les dispositions fiscales de la législation de l'État de Washington établissaient une règle générale selon laquelle un taux d'imposition de 0,484 pour cent était appliqué à "toutes les personnes se livrant … à des activités de fabrication"[1643], ainsi que certaines exceptions à cette règle générale, énoncées dans d'autres dispositions du code fiscal. Il a également estimé que le

[1636] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.117 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC*, paragraphe 7.45).
[1637] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.117 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 91).
[1638] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.119 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 91).
[1639] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.119 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 91).
[1640] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120.
[1641] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120.
[1642] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.121.
[1643] *Revised Code of Washington*, article 82.04.240 (2004) (pièce EC-83 présentée au Groupe spécial). Le Groupe spécial a constaté que "{d}es dispositions similaires s'appliqu{aient} en ce qui concerne les impôts sur les activités de vente en gros et de vente au détail". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.124)

Projet de loi n° 2294 prévoyait que la construction d'aéronefs commerciaux et la fabrication de composants pour ces aéronefs seraient soumises à un taux d'imposition exceptionnel différent du taux général de 0,484 pour cent.[1644] En particulier, le Groupe spécial a noté que, dans le Projet de loi n° 2294, le taux d'imposition applicable à la fabrication d'aéronefs et de composants – 0,4235 pour cent entre le 1er octobre 2005 et le 30 juin 2007 puis 0,2904 pour cent[1645] – était appelé "taux d'imposition préférentiel".[1646] Le Projet de loi n° 2294 prévoit également que, si un fabricant bénéficiant du taux d'imposition préférentiel ne communique pas un rapport annuel présentant de façon détaillée certains renseignements concernant l'emploi et les salaires, l'Administration fiscale de l'État de Washington "déclarera que le montant des impôts … réduit dans le cas du taux préférentiel de l'impôt {B&O}, est immédiatement exigible et payable pour l'année considérée".[1647] Le Groupe spécial a estimé que cela étayait sa conclusion selon laquelle "le taux réduit {était} un taux exceptionnel, et si certaines prescriptions {n'étaient} pas respectées, le montant à hauteur duquel les impôts {avaient} été réduits {devait} être remboursé".[1648]

804. Le Groupe spécial a également noté que les communications écrites des États-Unis et un certain nombre de documents produits par l'État de Washington faisaient référence à quatre classes fiscales principales fondées sur les activités suivantes: fabrication, vente en gros, vente au détail et services.[1649] Ces quatre classes fiscales "représentent 90 pour cent du montant total de l'impôt B&O à acquitter".[1650] En outre, le Groupe spécial a cité une étude réalisée par l'Administration fiscale de l'État de Washington, qui décrivait un "taux d'imposition préférentiel" pour les fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants, par rapport au "taux général d'imposition de 0,484 pour cent

[1644] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.125 et 7.126.
[1645] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.48 et 7.49.
[1646] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126 (citant le Projet de loi n° 2294, article 16 2) a)). Dans l'article 16 2) b) du Projet de loi n° 2294, ce taux est appelé "taux préférentiel de l'impôt sur les activités".
[1647] Projet de loi n° 2294, article 16 2) b).
[1648] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.127. Le Groupe spécial a fait observer que le Final Bill Report concernant le Projet de loi n° 2294 indiquait que, si les prescriptions en matière de rapport n'étaient pas respectées, des "impôts complets" seraient immédiatement exigibles et payables. (*Ibid.* (citant le Final Bill Report, Projet de loi n° 2294, C1L03E2, non daté (pièce EC-90 présentée au Groupe spécial), page 3)) Le Groupe spécial a également cité d'autres documents produits par l'État de Washington dans lesquels le taux réduit est qualifié de taux d'imposition "spécial" ou "préférentiel". (*Ibid.*, paragraphe 7.128 (faisant référence, respectivement, au *Washington Administrative Code* (Code administratif de l'État de Washington), article 458.20.136 (2000) (pièce EC-80 présentée au Groupe spécial) et à la réponse de l'État de Washington au questionnaire juridique relatif au projet Olympus (Schedule 2 of the Project Olympus Master Site Agreement), 3 octobre 2003 (pièce EC-91 présentée au Groupe spécial)))
[1649] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.129 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 430; et à Business and Occupation Tax, *Revised Code of Washington*, article 82.04 (pièce US-179 présentée au Groupe spécial), pages 97 et 98). Ces classes d'activités sont les suivantes: i) fabrication (0,484 pour cent); ii) vente en gros (0,484 pour cent); iii) vente au détail (0,471 pour cent); et iv) services (1,5 pour cent).
[1650] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.129 (citant Business and Occupation Tax, *Revised Code of Washington*, article 82.04 (pièce US-179 présentée au Groupe spécial), page 98.

applicable à la fabrication".[1651] Il a ajouté que, dans d'autres parties de l'étude, l'Administration fiscale de l'État de Washington faisait référence au taux d'imposition "normal" ou "général" de 0,484 pour cent applicable à la fabrication.[1652] Il a donc conclu que les éléments de preuve confirmaient qu'il y avait des taux "généraux" ou "normaux" de l'impôt B&O de 0,484 pour cent pour les activités de fabrication et de vente en gros, et de 0,471 pour cent pour les activités de vente au détail, et que les écarts par rapport à ces taux étaient une "exception" ou un "taux préférentiel".[1653]

805. Ayant conclu que la réduction du taux d'imposition contestée reflétait une exception à la règle générale d'imposition, le Groupe spécial a jugé approprié de déterminer si, "en l'absence de" réduction du taux d'imposition, un taux de l'impôt B&O plus élevé s'appliquerait normalement aux fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants. Il a conclu que, si un "taux préférentiel" n'avait pas été introduit par le Projet de loi n° 2294, les fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants seraient soumis aux taux de 0,484 pour cent pour les activités de fabrication et de vente en gros, et de 0,471 pour cent pour les activités de vente au détail. Par conséquent, il a constaté que la réduction du taux de l'impôt B&O conduisait à l'abandon de recettes normalement exigibles et constituait donc une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*.[1654]

2. Quand les pouvoirs publics abandonnent-ils des recettes normalement exigibles?

806. Nous commençons notre analyse en rappelant les aspects fondamentaux du raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – FSC* et *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)* dans la mesure où ils concernent l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*. L'Organe d'appel a fait observer que l'abandon de recettes normalement exigibles signifiait que les pouvoirs publics s'étaient procurés moins de recettes qu'ils ne l'auraient fait dans une situation différente, et que le terme "abandonnées" donnait à penser que les pouvoirs publics avaient renoncé à un droit de se procurer des recettes qu'ils auraient "normalement" pu se procurer. Ce prétendu droit, cependant, ne peut pas exister dans l'abstrait. Il doit y avoir "un point de référence normatif défini permettant de faire une comparaison entre les recettes que l'on s'est effectivement procurées et les recettes que l'on se serait "normalement" procurées".[1655] De plus, la "règle interne applicable" établie par les règles en matière d'imposition appliquées par le Membre en question doit constituer la base de comparaison,

[1651] Business and Occupation Tax – Differential Tax Rates, *Revised Code of Washington*, article 82.04 (pièce US-191 présentée au Groupe spécial), description de l'article 82.04.260 13).
[1652] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.131 (faisant référence à Business and Occupation Tax – Differential Tax Rates, *Revised Code of Washington*, article 82.04 (pièce US-191 présentée au Groupe spécial)).
[1653] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.132.
[1654] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.133.
[1655] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 90.

parce que "{c}e qui est "normalement exigible" dépend … des règles en matière d'imposition que chaque Membre choisit d'établir pour lui-même".[1656]

807. Dans la procédure de mise en conformité *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, l'Organe d'appel a affiné son interprétation du critère énoncé à l'article 1.1 a) 1) ii). Il a souligné qu'une contribution financière ne découlait pas, au sens de l'article 1.1 a) 1) ii), du simple fait que les pouvoirs publics ne se procuraient pas les recettes qu'ils auraient pu se procurer. Bien que l'on puisse dire des pouvoirs publics qu'ils "abandonnent" des recettes lorsqu'ils choisissent de ne pas imposer certains revenus, cela ne permet pas en soi de déterminer si les recettes abandonnées étaient "normalement exigibles". En d'autres termes, l'Organe d'appel a dit que "le simple fait que les recettes n'{étaient} pas "exigibles" d'un point de vue fiscal ne permet{tait} pas de déterminer que les recettes {étaient} ou {n'étaient} pas "normalement exigibles" au sens de l'article 1.1 a) 1) ii)".[1657]

808. L'Organe d'appel a une nouvelle fois souligné que les termes "normalement exigibles" supposaient une comparaison entre la mesure contestée et un "point de référence normatif défini".[1658] Il a remarqué que, puisque les Membres, en principe, avaient le pouvoir souverain de déterminer leurs propres règles d'imposition, la comparaison dans le cadre de l'article 1.1 a) 1) ii) devait nécessairement se faire entre les règles d'imposition énoncées dans la mesure contestée et les autres règles d'imposition du Membre en question. Comme il l'a expliqué, une telle comparaison permet aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel "de parvenir à une conclusion objective, sur la base des règles d'imposition qu'un Membre a choisi d'établir".[1659]

809. L'Organe d'appel a également reconnu qu'il pouvait être difficile d'identifier le point de repère approprié aux fins de comparaison au titre de l'article 1.1 a) 1) ii) parce que les règles d'imposition internes étaient diverses et complexes. Il a dit que, "{l}orsqu'ils défini{ssaient} le point de repère approprié aux fins de comparaison, les groupes spéciaux {devaient} évidemment s'assurer qu'ils défini{ssaient} et examin{aient} des situations fiscales qu'il {était} légitime de comparer"[1660] et que ce serait le cas lorsqu'il y avait "une base rationnelle pour comparer le traitement fiscal des revenus visés par la mesure contestée et le traitement fiscal de certains autres revenus".[1661] Il a ajouté que, d'une manière générale, "on comparera{it} ce qui {était} comparable"[1662], et qu'il importait de

[1656] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 90.
[1657] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 88.
[1658] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 89 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 90).
[1659] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 89.
[1660] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 90.
[1661] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 90.
[1662] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 90. À titre d'exemple, l'Organe d'appel a indiqué que, si la mesure en cause visait les revenus tirés de transactions de

s'assurer que l'examen au regard de l'article 1.1 a) 1) ii) "comport{ait} une comparaison du traitement fiscal des revenus pertinents des contribuables dans des situations comparables".[1663]

810. Dans les deux procédures *États-Unis – FSC* et *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, l'Organe d'appel a estimé qu'il pouvait y avoir des situations dans lesquelles la mesure en cause pourrait être qualifiée d'"exception" à une règle générale d'imposition. Il a dit qu'en pareil cas, il pouvait être possible d'appliquer un critère "en l'absence de" pour examiner le traitement fiscal des revenus en l'absence de la mesure contestée. En même temps, il s'est dit préoccupé par l'application d'une telle approche. Dans la procédure *États-Unis – FSC*, il a indiqué qu'il avait certaines "réserves importantes"[1664] quant à l'application d'un quelconque critère juridique, comme le critère "en l'absence de", à la place des termes d'un traité eux-mêmes, et a dit craindre que l'application d'un seul critère ne pose des problèmes de contournement. Dans la procédure *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, il a ajouté que, "{v}u la diversité et la complexité des systèmes d'imposition internes, il {serait} généralement très difficile d'isoler une règle "générale" d'imposition et des "exceptions" à cette règle "générale"", et qu'un examen au regard de l'article 1.1 a) 1) ii) "{devait} être suffisamment flexible pour tenir compte des complexités des règles d'imposition internes d'un Membre".[1665] Il a affirmé que "les groupes spéciaux devraient chercher à comparer le traitement fiscal de revenus légitimement comparables pour déterminer si la mesure contestée entraîn{ait} l'abandon de recettes "normalement exigibles", en relation avec les revenus en question".[1666]

811. En résumé, l'*Accord SMC* reconnaît que les Membres de l'OMC sont libres de déterminer la structure et les taux de leurs régimes d'imposition internes. De plus, parce que les systèmes d'imposition ne sont pas statiques, les Membres doivent disposer d'une certaine flexibilité pour apporter des ajustements à leurs systèmes. En même temps, l'*Accord SMC* reconnaît que les régimes d'imposition peuvent être utilisés pour obtenir des résultats équivalant aux résultats qui sont obtenus lorsque les pouvoirs publics effectuent un versement direct. Cela explique pourquoi l'Accord inclut l'abandon de recettes publiques normalement exigibles parmi les mesures qui constituent des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1).

---

ventes, il pourrait ne pas être approprié de comparer le traitement de ces revenus avec celui des revenus de l'emploi.

[1663] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 92. À titre d'autre exemple, l'Organe d'appel a dit que, si la mesure en cause concernait l'imposition de revenus de source étrangère entre les mains d'une société nationale, il pourrait ne pas être approprié de comparer la mesure avec le traitement fiscal de tels revenus entre les mains d'une société étrangère.

[1664] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 91.

[1665] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, note de bas de page 66 relative au paragraphe 91.

[1666] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 91.

812. L'identification des circonstances dans lesquelles des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées nécessite une comparaison entre le traitement fiscal applicable aux bénéficiaires allégués de subventions et le traitement fiscal de revenus comparables de contribuables se trouvant dans des situations comparables. Par conséquent, un groupe spécial qui examine une allégation au titre de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC* devrait d'abord identifier le traitement fiscal qui s'applique aux revenus des bénéficiaires allégués. L'identification de ce traitement fiscal entraînera un examen des raisons objectives qui le sous-tendent et, dans les cas où il suppose un changement dans les règles d'imposition d'un Membre, une évaluation des raisons expliquant ce changement.

813. Dans un deuxième temps, le groupe spécial devrait identifier un point de repère aux fins de comparaison – c'est-à-dire le traitement fiscal de revenus comparables de contribuables se trouvant dans des situations comparables.[1667] Nous reconnaissons que ce n'est pas toujours un exercice simple et que cela peut, dans certaines circonstances, être extrêmement difficile. L'identification d'un point de repère suppose l'examen de la structure du régime d'imposition interne et de ses principes directeurs. Dans certains cas, il s'agira de principes largement reconnus dans les régimes d'imposition des Membres; dans d'autres, de principes propres au régime interne en question. Il se peut que des mesures fiscales disparates, mises en œuvre au fil du temps, n'offrent pas aisément de principes cohérents servant de point de repère. En tout état de cause, la tâche du groupe spécial consiste à élaborer une interprétation de la structure fiscale et des principes qui expliquent le mieux le régime d'imposition de ce Membre, et à fournir une base raisonnée pour identifier ce qui constitue des revenus comparables de contribuables se trouvant dans des situations comparables. Les éléments de preuve sur lesquels s'appuie une telle analyse doivent se trouver dans les "règles en matière d'imposition que chaque Membre choisit d'établir pour lui-même".[1668] Ce faisant, un Membre aura à répondre de la structure fiscale et des principes qu'il applique lui-même. Cela s'apparente à l'approche suivie dans le domaine des finances publiques aux fins de l'estimation de ce que l'on appelle les "dépenses fiscales".[1669]

[1667] Bien que l'Organe d'appel ait antérieurement fait référence au traitement fiscal de "revenus comparables", nous croyons comprendre que la même approche s'appliquerait à l'identification de toute activité, transaction ou propriété imposable comparable de contribuables se trouvant dans des situations comparables. (Voir *Statiques des recettes publiques, 1965-2010, Annexe A, Classification des impôts et guide d'interprétation de l'OCDE* (OCDE, 2011) (faisant référence aux catégories d'imposition suivantes: impôts sur le revenu, les bénéfices et les gains en capital; cotisations de sécurité sociale; impôts sur les salaires et la main-d'œuvre; impôts sur le patrimoine; impôts sur les biens et services; et autres impôts).)

[1668] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 90.

[1669] L'Organisation de coopération et de développement économiques décrit les dépenses fiscales comme étant des lois, réglementations ou pratiques fiscales réduisant ou reportant l'impôt dû pour une petite partie des contribuables par rapport au système fiscal de référence. (*Les dépenses fiscales dans les pays de l'OCDE* (OCDE, 2010) page 12 (faisant référence à B. Anderson, présentation PowerPoint lors de la cinquième

814. Enfin, dans un troisième temps, le groupe spécial devrait comparer les raisons du traitement fiscal contesté avec le traitement fiscal servant de point de repère qu'il a identifié après avoir minutieusement analysé le régime d'imposition d'un Membre. Une telle comparaison lui permettra de déterminer si, compte tenu du traitement des revenus comparables de contribuables se trouvant dans des situations comparables, les pouvoirs publics abandonnent des recettes normalement exigibles en relation avec les revenus des bénéficiaires allégués.

815. Compte tenu des exigences de cet examen, nous rappelons les réserves exprimées par l'Organe d'appel au sujet des limites propres à l'identification d'un rapport entre règle générale et exception. Ce faisant, un groupe spécial pourrait créer artificiellement une règle et une exception dans les cas où une telle distinction n'existe pas. De plus, une approche qui cible d'une manière trop étroite le changement apporté par une mesure fiscale pourrait conduire à une constatation selon laquelle des recettes publiques normalement exigibles ont été abandonnées chaque fois que le taux d'imposition applicable à un bénéficiaire est abaissé. Cela met en lumière le risque qu'il y a à identifier un point de repère uniquement par référence à des taux antérieurs, le fait même de s'en écarter pouvant correspondre à des éléments de preuve indiquant une modification des normes à l'intérieur de ce régime. De plus, nous notons qu'un système d'imposition interne peut compter tellement d'exceptions que le taux applicable à la catégorie générale de revenus ne représente plus, en fait, la "règle générale" mais plutôt l'"exception". L'Organe d'appel a fait état d'une préoccupation analogue dans l'affaire *États-Unis – FSC* lorsqu'il a émis des réserves quant à un critère "en l'absence de", que l'on pourrait contourner "en désignant un régime fiscal dans le cadre duquel il n'y aurait *aucune* règle générale formellement applicable aux recettes en question, en l'absence des mesures contestées".[1670] Pour ces raisons, bien qu'il puisse y avoir des circonstances dans lesquelles l'examen minutieux d'un régime d'imposition indique la présence d'une règle générale et d'une exception, nous nous attendrions à ce qu'une telle indication ne mette pas, normalement, un terme à l'analyse. En fait, nous attendrions d'un groupe spécial qu'il examine plus avant la structure du régime d'imposition interne et ses principes directeurs.

3. Évaluation de l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*

816. La première allégation des États-Unis est que le Groupe spécial a mal compris le critère approprié au titre de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC* en élevant le critère "en l'absence de" "au

réunion annuelle du Réseau OCDE-Asie des Hauts responsables du budget qui s'est tenue les 10 et 11 janvier 2008 à Bangkok, <www.oecd.org/dataoecd/40/6/39944419.pdf>))

[1670] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 91. (pas d'italique dans l'original)

rang de règle générale".[1671] D'après les États-Unis, contrairement à ce que prévoit l'approche du Groupe spécial, l'Organe d'appel a rejeté l'idée que le critère "en l'absence de" correspondait au critère correct au titre de l'article 1.1 a) 1) ii), le considérant plutôt comme "simplement une méthode" qui pouvait être utile pour appliquer le critère général "dans certaines situations limitées".[1672] L'Union européenne maintient que le Groupe spécial n'a pas mal interprété le critère juridique et qu'il a précisé "qu'un critère "en l'absence de" {*pouvait*} être appliqué, et non {*devait*} être appliqué, dans les cas où il {était} possible d'identifier une règle générale d'imposition".[1673] Elle ne considère donc pas que le Groupe spécial a élevé le critère "en l'absence de" au rang de règle générale mais a plutôt cru comprendre que ce critère était applicable dans certaines situations afin d'effectuer une comparaison de revenus légitimement comparables.

817. Le Groupe spécial a résumé l'analyse de l'Organe d'appel dans les procédures *États-Unis – FSC* comme suit:

> "{L}'analyse de l'Organe d'appel indique que dans les cas où il est possible d'identifier une règle générale d'imposition appliquée par le Membre en question, un critère "en l'absence de" peut être appliqué. Dans les autres situations, la mesure fiscale contestée devrait être comparée au traitement appliqué à des revenus comparables de contribuables placés dans des circonstances comparables dans la juridiction en cause."[1674]

818. Le Groupe spécial a apparemment considéré que l'article 1.1 a) 1) ii) exigeait une comparaison du traitement fiscal accordé en vertu d'une mesure contestée avec le traitement en rapport avec soit i) une règle générale d'imposition, soit ii) des revenus comparables de contribuables se trouvant dans des situations comparables. Cela est étayé par la déclaration ultérieure du Groupe spécial selon laquelle il pouvait appliquer le premier critère parce que, dans les circonstances de l'affaire, "il n'{était} pas difficile d'identifier une règle générale d'imposition et des exceptions à cette règle".[1675] Vu sous cet angle, l'approche du Groupe spécial donne à entendre que, dès lors qu'une règle générale d'imposition est identifiée, il suffit de procéder à une analyse limitée à la détermination selon laquelle, en l'absence de la mesure contestée, les obligations fiscales auraient été plus élevées en vertu de la règle générale. Pour les raisons que nous avons exposées ci-dessus, nous considérons que cette approche peut conduire à une conception trop étroite des règles qui sont pertinentes pour identifier un point de repère. Nous ne pensons pas non plus que les groupes spéciaux ont un choix binaire à faire entre un examen simplifié et un examen relativement plus complexe. En même temps,

[1671] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 142.
[1672] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 139.
[1673] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 214. (italique dans l'original)
[1674] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120.
[1675] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.133.

nous notons qu'en disant qu'un critère "en l'absence de" *pouvait* être appliqué, le Groupe spécial a montré qu'il était conscient du fait que l'identification d'une règle générale ne conduisait pas invariablement à l'application exclusive d'un tel critère. Par conséquent, sous réserve de nos observations exposées plus haut au sujet de la formulation du critère juridique par le Groupe spécial, nous ne considérons pas que cette formulation est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*.

819. Les États-Unis allèguent également que le Groupe spécial a commis deux "erreurs de droit spécifiques"[1676] dans son application de l'article 1.1 a) 1) ii). Premièrement, ils estiment que le Groupe spécial a fait erreur dans son identification du point de repère approprié en n'examinant pas dans son ensemble le système de l'impôt B&O de l'État de Washington, qui compte 36 classes d'activités soumises à l'impôt B&O.[1677] Deuxièmement, ils affirment que le Groupe spécial a fait erreur en ne tenant pas compte du fait qu'à cause de la "pyramidalisation"[1678] inhérente au système de l'impôt B&O de l'État de Washington, le taux d'imposition effectif pour la fabrication aérospatiale est supérieur au taux d'imposition effectif moyen applicable aux activités dans l'État de Washington.[1679] L'Union européenne fait valoir que le Groupe spécial a rejeté à juste titre l'utilisation de la fourchette de 36 taux de l'impôt B&O dans l'État de Washington comme point de référence normatif afin d'établir si une contribution financière existe.[1680] Elle soutient également que le Groupe spécial a exclu à juste titre de son analyse l'examen de la pyramidalisation et le taux effectif moyen de l'impôt B&O dans l'État de Washington.[1681] Elle souligne que les États-Unis ont admis que le taux effectif moyen de l'impôt B&O n'était pas un point de référence normatif et n'ont présenté aucun élément de preuve ou argument pour étayer l'idée que lutter contre la pyramidalisation et rapprocher les taux effectifs de l'impôt B&O du taux effectif moyen de l'impôt B&O correspondaient à une quelconque règle énoncée dans la législation fiscale de l'État de Washington.[1682]

820. Nous rappelons que le Projet de loi n° 2294 a réduit, en deux étapes, le taux de l'impôt B&O applicable aux revenus bruts des fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants. Tout d'abord, le projet de loi prévoyait une réduction du taux d'imposition applicable de 0,484 ou 0,471 pour cent à 0,4235 pour cent le 1er octobre 2005. Ensuite, le 1er juillet 2007 ou au début de l'assemblage final d'un

[1676] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 145.
[1677] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 153.
[1678] Comme il est expliqué *infra*, au paragraphe 828, la "pyramidalisation" décrit le processus par lequel les entreprises, parce qu'elles sont imposées à chaque stade de la production, paient des taux plus élevés aux stades ultérieurs de la production en raison de l'accumulation des impôts payés sur les intrants préalablement utilisés dans le processus de production.
[1679] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 157.
[1680] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 221.
[1681] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 228.
[1682] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 228 et 231.

"avion superéconomique"[1683], il prévoyait une réduction supplémentaire du taux d'imposition à 0,2904 pour cent. Comme l'assemblage final du Boeing 787, qui correspond à la définition d'un "avion superéconomique", a commencé au premier semestre de 2007, les fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants sont soumis au taux de 0,2904 pour cent jusqu'en 2024.[1684] Le Projet de loi n° 2294 prévoit également que, si un constructeur d'aéronefs commerciaux ne communique pas un rapport annuel présentant de façon détaillée certains renseignements concernant l'emploi et les salaires, le montant correspondant à la réduction du taux d'imposition deviendra immédiatement exigible.[1685]

821. Comme nous l'avons expliqué plus haut, le Groupe spécial a conclu qu'il y avait un taux général ou normal de l'impôt B&O de 0,484 pour cent pour les activités de fabrication et de vente en gros, et de 0,471 pour cent pour les activités de vente au détail, et que les écarts par rapport à ces taux étaient des exceptions. Il a donc estimé qu'il y avait des taux d'imposition qui s'appliquent à des catégories générales de revenus d'activités tirés des activités de fabrication, de vente en gros et de vente au détail, et un taux d'imposition exceptionnel moins élevé qui s'applique à un sous-groupe des revenus d'activités composé de revenus tirés des activités de fabrication, de vente en gros et de vente au détail d'aéronefs commerciaux et de composants.[1686]

822. Aussi bien devant le Groupe spécial qu'en appel, les États-Unis ont maintenu que le régime B&O de l'État de Washington comptait 36 classes d'activités, mais reconnaissait quatre classes d'activités "majeures" ou "principales" soumises aux taux d'imposition suivants: i) fabrication (0,484 pour cent); ii) vente en gros (0,484 pour cent); iii) vente au détail (0,471 pour cent); et iv) services (1,5 pour cent).[1687] Le Groupe spécial a également noté que ces quatre classes "représent{aient} 90 pour cent du montant total de l'impôt B&O à acquitter".[1688] Cela indique que l'État de Washington lui-même classe les revenus tirés des activités économiques en vastes catégories qui, dans le cas du secteur des aéronefs commerciaux, correspondent aux activités de fabrication, de vente en gros et de vente au détail.

823. Nous avons expliqué plus haut qu'un groupe spécial devait être conscient des limites propres à l'identification et à la comparaison d'une règle générale d'imposition et d'une exception à cette règle.

[1683] L'"avion superéconomique" est décrit à l'article 17 du Projet de loi n° 2294.
[1684] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.48.
[1685] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.127.
[1686] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.122 à 7.125.
[1687] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.129 (faisant référence à Business and Occupation Tax, *Revised Code of Washington*, article 82.04 (pièce US-179 présentée au Groupe spécial); et à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 430). Voir aussi la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 147.
[1688] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.129 (citant Business and Occupation Tax, *Revised Code of Washington*, article 82.04 (pièce US-179 présentée au Groupe spécial), page 98).

Par exemple, nous avons noté qu'il pourrait être trompeur d'identifier un point de repère à l'intérieur d'un régime d'imposition interne uniquement par référence à des taux d'imposition antérieurs. Selon ce critère, le fait que les fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants étaient *antérieurement* soumis à des taux d'imposition plus élevés ne permettrait pas en soi de déterminer ce qu'est le point de repère au moment de la contestation. Dans les circonstances de la présente affaire, toutefois, nous ne considérons pas que le Groupe spécial procédait à une comparaison purement rétrospective. En particulier, nous notons que le Groupe spécial a reconnu que le Projet de loi n° 2294 prévoyait un retour aux "impôts complets"[1689] associés aux catégories générales d'activités en cas de non-respect de certaines prescriptions en matière de présentation de rapport. Cela étaye l'avis du Groupe spécial selon lequel le point de repère était constitué par les taux d'imposition généraux de 0,484 pour cent (fabrication et vente en gros) et 0,471 pour cent (vente au détail), non pas parce que ces taux reflétaient ce qui s'appliquait *antérieurement* aux activités de fabrication d'aéronefs commerciaux, mais plutôt parce qu'ils reflétaient ce qui s'appliquerait *actuellement* à ces activités si les conditions régissant les taux moins élevés n'étaient pas remplies.

824. Nous avons également noté qu'il pouvait être trompeur de comparer les taux applicables à une catégorie générale de revenus aux taux applicables à une sous-catégorie de ces revenus, sans se demander si la portée des "exceptions" compromettait l'existence d'une "règle générale". En l'espèce, nous notons que le Groupe spécial a examiné quelle portion des revenus était admise à bénéficier d'un taux d'imposition différent du taux applicable aux revenus tirés des activités générales de fabrication. Les États-Unis avaient fait valoir devant le Groupe spécial que 60 pour cent du total des revenus imposables dans l'État de Washington étaient soumis à un taux d'imposition ajusté.[1690] Les Communautés européennes ont répondu qu'une fois l'industrie aérospatiale exclue, seulement 20 pour cent des revenus tirés de la fabrication étaient soumis à un taux de l'impôt B&O ajusté.[1691] Le Groupe spécial a conclu que, "si le {Projet de loi n°} 2294 n'avait pas ajusté le taux pour la construction aérospatiale, environ 80 pour cent des activités de fabrication de l'État de Washington seraient soumises au taux d'imposition de 0,484 pour cent".[1692] Cela reflète une prise en compte par le Groupe spécial du traitement fiscal relatif d'autres contribuables correspondant à la même catégorie générale d'activités économiques que les constructeurs d'aéronefs commerciaux.

[1689] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.127 (citant le Final Bill Report, HB 2294, C1L03E2, non daté (pièce EC-90 présentée au Groupe spécial), page 3).
[1690] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.138.
[1691] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.138 (faisant référence aux observations des Communautés européennes sur la réponse des États-Unis à la question n° 32 du Groupe spécial, paragraphe 125).
[1692] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.138.

825. En résumé, le Groupe spécial a identifié de vastes catégories de traitement fiscal applicables en vertu du code fiscal de l'État de Washington aux activités générales de fabrication, de vente en gros et de vente au détail dans l'État de Washington. Il a également déterminé que les fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants étaient soumis à un taux d'imposition moins élevé et que, dans certaines circonstances, il y aurait un retour aux taux d'imposition généraux plus élevés. Il a en outre estimé que la portée des taux d'imposition généraux par rapport à celle de divers taux d'imposition moins élevés ne modifiait pas sa conclusion selon laquelle les taux généraux reflétaient ce qui aurait été appliqué aux fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants en l'absence de la réduction de l'impôt B&O. Ainsi, nous sommes convaincus que le Groupe spécial disposait d'une base appropriée pour choisir comme point de repère le traitement fiscal généralement applicable dans l'État de Washington aux entreprises menant des activités de fabrication (0,484 pour cent), de vente en gros (0,484 pour cent), et de vente au détail (0,471 pour cent). De plus, nous considérons que le Groupe spécial a conclu à juste titre qu'une comparaison de ces taux d'imposition généraux avec le taux d'imposition moins élevé de 0,2904 pour cent qui s'appliquait aux revenus bruts des fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants en vertu du Projet de loi n° 2294 indiquait l'abandon de recettes publiques normalement exigibles au sens de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*.

826. Dans leur appel, les États-Unis contestent la base sur laquelle le Groupe spécial s'appuie pour utiliser un point de repère constitué par les taux d'imposition généraux applicables à la fabrication, à la vente en gros et à la vente au détail en faisant valoir que le Groupe spécial n'a pas tenu compte d'autres caractéristiques importantes du système de l'impôt B&O de l'État de Washington. Ils affirment, par exemple, que le Groupe spécial n'a pas tenu compte du fait qu'il y avait 36 catégories d'activités économiques identifiées individuellement dans le code fiscal de l'État de Washington qui, "prises ensemble, reflétaient "{le} traitement fiscal de{s} revenus pertinents de{s} contribuables dans des situations comparables"".[1693] Ils soutiennent donc que, parce que l'État de Washington établit différents taux d'imposition pour différentes catégories d'activités, le point de repère approprié est constitué par l'ensemble du régime de l'impôt B&O. Ils ajoutent qu'en n'examinant pas tous les taux d'imposition de ce régime, le Groupe spécial n'a pas examiné le traitement fiscal d'autres revenus pertinents de contribuables se trouvant dans des situations comparables.

827. Comme nous l'avons expliqué, nous estimons que le Groupe spécial a tenu compte à la fois du traitement fiscal accordé conformément au Projet de loi n° 2294 et du traitement fiscal appliqué à

[1693] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 153 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 92).

d'autres catégories d'activités économiques au titre du code fiscal de l'État de Washington.[1694] Nous ne comprenons pas non plus comment le système de l'impôt B&O dans son ensemble pourrait, en tout état de cause, servir de point de repère. Parce que le système de l'impôt B&O de l'État de Washington se compose de différents taux d'imposition pour différentes catégories d'activités, ils ne peuvent pas tous en même temps servir de base pour une comparaison avec le taux contesté. Soutenir que tous les taux de l'impôt B&O constituent conjointement le point de repère reviendrait à soutenir qu'il n'y a, en effet, aucun point de repère à l'intérieur de ce système. Une telle affirmation, cependant, revient à abandonner prématurément, plutôt qu'à engager, l'examen quant au point de repère approprié aux fins d'une analyse au titre de l'article 1.1 a) 1) ii). À notre avis, cet examen devrait viser à identifier un point de repère à l'intérieur d'un système d'imposition même dans des circonstances dans lesquelles il peut y avoir plusieurs principes, peut-être concurrents, appliqués à l'intérieur d'un système d'imposition, ou dans lesquelles il est difficile d'établir l'existence d'un ou de plusieurs principes cohérents, quels qu'ils soient.

828. Les États-Unis soutiennent également que le système de l'impôt B&O de l'État de Washington "est un système fiscal à taux multiples qui applique de nombreux taux d'imposition à de nombreuses catégories d'activités identifiées individuellement, et le taux d'imposition appliqué à la fabrication et à la vente dans le secteur aérospatial se situe dans la fourchette des taux d'imposition appliqués à d'autres activités".[1695] Nous comprenons cet argument comme indiquant que la question de savoir si un taux d'imposition contesté constitue un abandon de recettes publiques normalement exigibles doit être réglée en évaluant s'il s'approche de la moyenne de la fourchette représentée par tous les taux relevant de ce régime.[1696] À notre avis, l'utilisation d'un tel point de repère aboutirait à des résultats potentiellement indifférenciés selon lesquels les taux situés au niveau ou au-dessus d'un taux moyen paraîtraient admissibles, alors que les taux inférieurs à ce point de repère seraient réputés constituer une contribution financière. Nous ne considérons pas qu'il soit plausible d'affirmer que les pouvoirs publics abandonnent des recettes normalement exigibles en ce qui concerne des contribuables particuliers, quel que soit leur type de revenu ou d'activité économique, simplement parce que le taux

[1694] Voir *supra*, les paragraphes 820 et 821 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.122 à 7.125 et 7.129). Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.202 et 7.203.

[1695] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 153.

[1696] Devant le Groupe spécial, les États-Unis ont fait valoir que, tant que le taux contesté se situe dans la fourchette des taux de l'impôt B&O, "il ne peut pas être considéré comme des recettes normalement exigibles abandonnées". (Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 452) Comme le Groupe spécial l'a correctement noté, la difficulté qu'il y a à utiliser cela comme point de repère est que, "par définition, chaque taux d'un système fiscal à taux multiples se situe dans la fourchette des taux de ce système fiscal". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.135) Le Groupe spécial a ajouté que, dans les cas où "la limite inférieure de la fourchette des taux nominaux de l'impôt B&O {était} de zéro pour cent ... chaque taux d'imposition se situ{ait} dans la fourchette et il n'{était} jamais possible qu'une réduction fiscale constitue une contribution financière". (*Ibid.*, note de bas de page 1224 y relative)

d'imposition applicable aux revenus de ces contribuables se situe au-dessous de la moyenne d'une fourchette de taux d'imposition.

829. Les États-Unis soutiennent également que le Groupe spécial a fait erreur dans son identification d'un point de repère approprié en ne tenant pas compte des taux effectifs de l'impôt B&O dans l'État de Washington. Ils font valoir que l'industrie aérospatiale est soumise à des taux d'imposition effectifs particulièrement élevés en raison de la "pyramidalisation", processus selon lequel les entreprises, parce qu'elles sont imposées à chaque stade de la production, paient des taux plus élevés en ce qui concerne les stades ultérieurs de la production en raison de l'accumulation des impôts payés sur les intrants préalablement utilisés dans le processus de production. D'après les États-Unis, une fois ajusté pour tenir compte du phénomène de pyramidalisation, le taux d'imposition effectif pour la fabrication aérospatiale a été ramené de 2,53 pour cent à 1,578 pour cent, ce qui dépasse le taux d'imposition effectif moyen pour d'autres entreprises de l'État de Washington qui est de 1,53 pour cent.[1697] Nous ne voyons rien dans le dossier du Groupe spécial qui indique qu'ajuster les taux d'imposition pour les rapprocher du taux d'imposition effectif moyen reflète un principe appliqué dans le cadre du régime de l'impôt B&O de l'État de Washington. En fait, il apparaît que cela relève davantage d'une explication donnée *a posteriori* concernant le rapport de ces taux entre eux. Nous notons, en outre, que les États-Unis eux-mêmes ont admis que le taux effectif moyen de l'impôt B&O ne constituait pas un point de repère aux fins de la présente affaire au titre de l'article 1.1 a) 1) ii).[1698]

830. De plus, le dossier du Groupe spécial n'étaye pas l'affirmation selon laquelle l'État de Washington a mis en œuvre le Projet de loi n° 2294 seul, ou dans le cadre d'un système réglementaire plus vaste, pour contrer les effets de la pyramidalisation. Le Projet de loi n° 2294 a été mis en œuvre afin d'accorder certaines incitations fiscales à l'industrie aérospatiale.[1699] Le fait que le Projet de loi n° 2294 prévoyait le retour à des "impôts complets" en cas de non-respect de certaines prescriptions

[1697] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 149.

[1698] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.137. Les États-Unis ont confirmé cette position en réponse aux questions posées à l'audience.

[1699] Le Projet de loi n° 2294, intitulé "Aerospace Industry – Tax Incentives" (Industrie aérospatiale – Incitations fiscales), indique ce qui suit à l'article premier:

> L'Assemblée législative constate que les habitants de l'État ont bénéficié de la présence de l'industrie aérospatiale dans l'État de Washington. L'industrie aérospatiale dispense de bons salaires et des avantages aux milliers d'ingénieurs, de mécaniciens et de techniciens travaillant directement dans la branche de production dans tout l'État. Les fournisseurs et les vendeurs qui soutiennent l'industrie aérospatiale fournissent à leur tour divers emplois. L'Assemblée législative déclare qu'il est dans l'intérêt public d'encourager le maintien de la présence de cette industrie en fournissant des incitations fiscales. Les vastes incitations fiscales prévues dans la présente loi répondent à la question du coût de l'activité commerciale dans l'État de Washington par rapport à l'implantation dans d'autres États.

en matière de présentation de rapport semblerait contraire à l'allégement de la charge que des taux d'imposition effectifs plus élevés font peser sur le secteur des aéronefs commerciaux.[1700] Nous faisons également observer que le rapport du Comité d'étude de la structure fiscale de l'État de Washington, sur lequel les États-Unis se sont appuyés pour faire état de leurs préoccupations concernant la pyramidalisation dans le système fiscal de l'État de Washington, recommandait de remplacer purement et simplement le système de l'impôt B&O, au lieu d'ajuster les taux d'imposition dans l'ensemble du système de l'impôt B&O pour supprimer les effets de la pyramidalisation.[1701] Enfin, nous prenons note de la conclusion formulée par le Groupe spécial ailleurs dans son rapport selon laquelle aucun des éléments de preuve présentés par les États-Unis n'indique que la réduction du taux de l'impôt B&O a été introduite pour lutter contre la pyramidalisation.[1702] Nous ne considérons donc pas que le taux d'imposition effectif moyen du système de l'impôt B&O de l'État de Washington constitue un point de repère approprié par rapport auquel comparer la réduction du taux d'imposition prévue dans le Projet de loi n° 2294.

831. Pour les raisons qui précèdent, nous *confirmons* la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.133 de son rapport selon laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington applicable aux fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants constitue l'abandon de recettes normalement exigibles et, par conséquent une contribution financière, au sens de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*.

B. *Spécificité*

832. Nous passons maintenant à l'appel des États-Unis concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington au titre du Projet de loi n° 2294 est une subvention qui est spécifique au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*. Nous commençons par résumer, dans la sous-section 1, les constatations du Groupe spécial avant d'examiner, dans la sous-section 2, l'allégation formulée par les États-Unis en appel.

[1700] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.127.

[1701] Le rapport du Comité d'étude de la structure fiscale de l'État de Washington recommandait, entre autres, ce qui suit:

> Le remplacement de l'impôt B&O par une taxe sur la valeur ajoutée supprime l'effet de la "pyramidalisation" à mesure que les marchandises avancent le long de la chaîne de production, répondant ainsi aux préoccupations du Comité concernant la neutralité économique et la compétitivité. La majorité des membres du Comité recommandent cette solution.

("Tax Alternatives for Washington State: A report to the Legislature" (novembre 2002), Vol. 1 (pièce US-180 présentée au Groupe spécial), page v)

[1702] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205.

1. Constations du Groupe spécial

833. Le Groupe spécial a commencé son analyse en formulant une interprétation de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*. Il a estimé que, d'après le sens ordinaire du terme "explicit" (exprès), la limitation de la possibilité de bénéficier d'une subvention devait "distinctly express all that is meant; leaving nothing merely implied or suggested" (exprimer distinctement tout ce qui {était} signifié; en ne laissant rien de simplement sous-entendu ou suggéré), et devait être "unambiguous" (sans ambiguïté) et "clear" (clair).[1703] Le Groupe spécial a ajouté que, étant donné que l'article 2.1 a) disposait que "{d}ans les cas où l'autorité qui accord{ait} la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agi{ssait}, limit{ait} expressément {...} la possibilité de bénéficier de la subvention", il était clair qu'on pouvait trouver la limitation expresse soit dans la législation en vertu de laquelle l'autorité qui accordait la subvention agissait, soit dans d'autres déclarations ou moyens par lesquels l'autorité qui accordait la subvention exprimait sa volonté.[1704] Le Groupe spécial a aussi examiné les indications données par le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland* qui donnaient à entendre ce qui suit: "il existe un certain point de basculement, variable selon le cas, où la possibilité de bénéficier de la subvention en cause n'est plus considérée comme étant limitée à "certaines entreprises" mais est, au contraire, "assez largement disponible" dans toute une économie pour être non spécifique".[1705] Sur la base de ces considérations, le Groupe spécial a conclu qu'une constatation de spécificité au titre de l'article 2.1 a) exigeait une limitation qui, dans le texte de la législation ou d'autres déclarations ou moyens par lesquels l'autorité qui accordait la subvention exprimait sa volonté, "restrei{gnait} expressément et sans ambiguïté à "certaines entreprises" la possibilité de bénéficier d'une subvention, et a{vait} ainsi pour conséquence que cette subvention n'{était} pas "assez largement disponible dans toute une économie"".[1706]

834. Appliquant ce critère à son analyse de la spécificité, le Groupe spécial a d'abord examiné le libellé du Projet de loi n° 2294. Il a estimé ce qui suit: "L'examen du {Projet de loi n°} 2294 conforte l'avis des Communautés européennes selon lequel les mesures fiscales prévues par le {Projet de loi n°} 2294 dont nous avons constaté qu'elles étaient des subventions sont spécifiques".[1707] Le Groupe spécial a relevé, en particulier, que le Projet de loi n° 2294 était intitulé "Aerospace Industry – Tax Incentives" (Industrie aérospatiale – Incitations fiscales), et que le libellé et le fonctionnement de ce texte limitaient la mesure fiscale à l'industrie aérospatiale ou à certaines entreprises appartenant à

[1703] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.190 (citant le *Shorter Oxford English Dictionary*, L. Brown (ed.) (Clarendon Press, 1993), Vol. 1, page 888).
[1704] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.190.
[1705] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.191 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1139).
[1706] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.192.
[1707] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.194.

cette branche de production. Il a donc conclu que, d'après le {Projet de loi n°} 2294 tel qu'il {était} libellé, les subventions fiscales {étaient} expressément et sans ambiguïté limitées aux entreprises qui fabriqu{aient} des avions commerciaux ou leurs composants", et que cela constituait une limitation soit à une "branche de production" soit à un "groupe d'entreprises" au sens de l'article 2 de l'*Accord SMC*.[1708]

835. Le Groupe spécial n'a toutefois pas jugé approprié de circonscrire son analyse à un examen du Projet de loi n° 2294. Il a fait observer que, en limitant l'analyse de la spécificité au Projet de loi n° 2294, au lieu de prendre en considération le système de l'impôt B&O de l'État de Washington dans son ensemble, il pourrait ne pas tenir compte de "renseignements précieux susceptibles d'aider à déterminer si une subvention est dûment qualifiée ou non de spécifique".[1709] Notant la possibilité que la réduction du taux de l'impôt B&O pertinente soit un élément d'une subvention plus vaste accordée à d'autres branches de production au moyen de modifications distinctes du code fiscal de l'État de Washington, le Groupe spécial a déclaré qu'"il {était} nécessaire d'examiner le système de l'impôt B&O dans son ensemble, en particulier la législation et les documents produits par l'autorité qui accord{ait} la subvention, afin de déterminer si la subvention en cause {était} expressément limitée à certaines entreprises ou si elle {était} largement disponible".[1710]

836. Bien que le Groupe spécial ait estimé qu'il était "possible" que la réduction du taux de l'impôt B&O applicable à l'industrie aérospatiale soit un élément d'une subvention plus vaste accordée à diverses branches de production, il a constaté que "les États-Unis {avaient} fourni peu de renseignements sur la base desquels le Groupe spécial pourrait tirer la conclusion qu'ils demand{aient}".[1711] Le Groupe spécial a reconnu que le code fiscal de l'État de Washington établissait certaines différences dans les taux de l'impôt B&O appliqués aux secteurs de la fabrication, du commerce de gros et du commerce de détail. Il a aussi rappelé ses conclusions antérieures selon lesquelles, s'il existait des taux généraux de l'impôt B&O qui s'appliquaient à ces grandes catégories d'activités, il y avait aussi pour certaines activités plus spécifiques des "exceptions" aux taux généraux.[1712] Même si ces renseignements étayaient l'argument des États-Unis selon lequel l'industrie aérospatiale n'était pas la seule à bénéficier d'une exception aux taux d'imposition généraux pour les activités de fabrication, de commerce de gros et de commerce de détail, le Groupe spécial n'était pas convaincu que cela devait donner lieu à une constatation de non-spécificité au titre de l'article 2.1 a).

[1708] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.196.
[1709] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.198.
[1710] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.199.
[1711] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.201 (faisant référence à la réponse des États-Unis à la question n° 233 du Groupe spécial, paragraphe 385).
[1712] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.202 et 7.203.

837. En particulier, le Groupe spécial a constaté ce qui suit: "{s}i les taux différenciés de l'impôt B&O étaient véritablement appliqués dans le cadre d'un programme commun de subventions, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que certains liens existent entre les diverses réductions d'impôt, par exemple en ce qui concerne la date de leur introduction, leur but ou leurs niveaux".[1713] Le Groupe spécial a toutefois constaté que les États-Unis n'avaient fourni "aucun élément de preuve indiquant que les réductions accordées à des branches de production distinctes {faisaient} partie d'un programme de réductions d'impôt plus vaste, généralement disponible et explicite".[1714] Le Groupe spécial a ajouté que, {e}n réalité, certains des éléments de preuve présentés par les États-Unis {allaient} à l'encontre de cet argument".[1715] Le Groupe spécial a donc constaté que la réduction du taux de l'impôt B&O accordée à l'industrie aérospatiale au titre du Projet de loi n° 2294 était une subvention qui était spécifique au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*.

2. Évaluation de l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*

838. Les États-Unis ne contestent pas l'interprétation de la spécificité donnée par le Groupe spécial au titre de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*.[1716] En revanche, ils allèguent que le Groupe spécial n'a pas, dans son application de l'article 2.1 a), examiné la totalité de la subvention dont il avait constaté l'existence.[1717] De l'avis des États-Unis, le Groupe spécial n'a pas analysé si, compte étant tenu de tous les taux d'imposition différenciés du système fiscal de l'État de Washington ensemble, la possibilité de bénéficier de la subvention était limitée à certaines entreprises, ou si cette possibilité était assez largement disponible dans toute l'économie pour indiquer que la subvention n'était pas spécifique à certaines entreprises. Les États-Unis soutiennent que, étant donné que le Groupe spécial "n'a même pas tenté de déterminer"[1718] si la possibilité de bénéficier de la subvention était limitée à certaines entreprises, comme l'exigeait l'article 2.1, la constatation du Groupe spécial devrait être infirmée.

839. L'Union européenne affirme que le Groupe spécial devait examiner seulement le Projet de loi n° 2294 pour arriver à une constatation de spécificité *de jure*, mais qu'il a quand même entrepris d'évaluer le système de l'impôt B&O dans son ensemble. Ce faisant, il "a formulé une constatation de fait selon laquelle les multiples exceptions au taux de l'impôt B&O ne constituaient pas un programme "de subventions" uniques, mais pouvaient en fait constituer des mesures séparées et distinctes, parce

[1713] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205. (note de bas de page omise)
[1714] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205.
[1715] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205 (faisant référence aux pièces US-191 et US-180 présentées au Groupe spécial).
[1716] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 167.
[1717] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 172.
[1718] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 178.

qu'il n'y avait aucun élément de preuve justifiant d'examiner toutes les exceptions au taux de l'impôt B&O ensemble comme une mesure unique aux fins de l'analyse au titre de l'article 2.1 a)".[1719] D'après l'Union européenne, le Groupe spécial a demandé à juste titre des éléments de preuve de l'existence d'un lien entre les multiples allègements fiscaux afin de déterminer qu'ils faisaient partie d'un programme de subventions commun, et a noté l'absence de tels éléments de preuve dans le dossier du Groupe spécial.

840. Dans la partie VII, nous avons exposé nos vues sur le champ de l'examen au titre de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*. Nous avons expliqué que l'examen au titre de l'article 2.1 a) devait être axé sur la catégorie de bénéficiaires et la façon dont la possibilité de bénéficier de la subvention était limitée à cette catégorie. Ces limitations doivent être "expresses", ce qui signifie qu'elles doivent être "explicite{s}, sans ambiguïté ou claire{s} d'après la teneur de l'instrument pertinent, et non pas simplement "insinuée{s}" ou "sous-entendue{s}"".[1720] De plus, la source de toutes limitations au titre de l'article 2.1 a) est la législation en vertu de laquelle l'autorité qui accorde la subvention agit, ou l'autorité qui accorde la subvention elle-même.

841. Le champ de l'examen requis par l'article 2.1 a) n'est pas nécessairement limité à la subvention telle qu'elle est définie à l'article 1.1. Bien que la subvention telle qu'elle est définie à l'article 1.1 soit le point de départ de l'analyse au titre de l'article 2.1 a), le champ de l'examen est plus large en ce sens qu'il s'agit d'examiner la législation en vertu de laquelle l'autorité qui accorde la subvention agit, ou les actes explicites de l'autorité qui accorde la subvention. Le résultat de cet examen ne peut pas être prédéterminé par le cadre juridique qu'un Membre de l'OMC choisit d'établir pour distribuer les subventions. En même temps, l'article 2.1 indique clairement que l'évaluation de la spécificité est fonction de la subvention particulière dont l'existence a été constatée au titre de l'article 1.1. Cela signifie que l'examen au titre de l'article 2.1 ne devrait pas viser des subventions qui sont différentes de celles qui sont contestées par le Membre plaignant. Cet examen passe par une étude attentive de la législation pertinente – que celle-ci figure dans un ou plusieurs instruments – pour déterminer si les subventions sont fournies dans le cadre du même système de subventions. Une fois que le système de subventions est identifié, il faut savoir si la subvention est expressément limitée à "certaines entreprises", ce qui est défini dans le texte introductif de l'article 2.1 comme correspondant à "une entreprise ou à une branche de production ou à un groupe d'entreprises ou de branches de production".

[1719] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 237 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.200 à 7.205).

[1720] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 372.

842. À la suite de son évaluation au titre de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial a constaté que la "réduction de l'impôt B&O de l'État de Washington"[1721] était une subvention accordée à Boeing au sens de l'article premier de l'*Accord SMC*. Par l'expression "réduction de l'impôt B&O de l'État de Washington", le Groupe spécial entendait la réduction du taux de l'impôt B&O instituée au titre du Projet de loi n° 2294. Cela ressort clairement de l'examen antérieur du Groupe spécial concernant la contribution financière, lors duquel le Groupe spécial a déclaré ce qui suit:

> Le taux normal est de 0,484 pour cent pour les activités de fabrication et de vente en gros et de 0,471 pour les activités de vente au détail. Si un "taux préférentiel" n'avait pas été introduit par le {Projet de loi n°} 2294, les constructeurs d'aéronefs seraient soumis aux taux de 0,484 pour cent pour la fabrication et la vente en gros et de 0,471 pour cent pour les ventes au détail. Pour ces raisons, le Groupe spécial constate que les réductions des taux de l'impôt B&O constituent l'abandon de recettes normalement exigibles et, par conséquent, sont une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'Accord SMC.[1722]

843. Malgré la référence plutôt générique aux "réductions des taux de l'impôt B&O", le contexte antérieur indique que cette constatation s'appliquait uniquement à la réduction du taux de l'impôt B&O applicable aux activités des fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants en application du Projet de loi n° 2294. Cette interprétation est confirmée par le fait que le Groupe spécial se réfère ensuite à "la réduction {du taux} de l'impôt B&O pour la construction d'aéronefs", dont il avait constaté qu'elle "constituait une subvention".[1723] Par conséquent, aux fins de l'évaluation au titre de l'article 2.1, la subvention "telle qu'elle est définie au paragraphe 1 de l'article premier" était la réduction du taux de l'impôt B&O indiqué dans le Projet de loi n° 2294 qui s'appliquait aux activités des fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants.

844. Au début de son évaluation de la spécificité, le Groupe spécial a expliqué que, "{c}omme point de départ de l'analyse de la spécificité *de jure*"[1724], il examinerait le libellé du Projet de loi n° 2294. Il a considéré que le Projet de loi n° 2294 était l'instrument législatif en vertu duquel la subvention qu'il avait constatée – c'est-à-dire la réduction du taux de l'impôt B&O qui s'appliquait aux activités des fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants – était instituée. Par conséquent, la décision du Groupe spécial de commencer son analyse par le Projet de loi n° 2294 est compatible avec le texte introductif de l'article 2.1, et avec notre compréhension du champ de l'évaluation au titre de cette disposition.

[1721] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.179.
[1722] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.133.
[1723] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.199. (italique omis)
[1724] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.194.

845. Le Groupe spécial n'a toutefois pas limité le champ de son analyse à la réduction du taux de l'impôt B&O instituée au titre du Projet de loi n° 2294. En effet, le Groupe spécial a rejeté la demande des Communautés européennes en ce sens, et a décidé à la place d'examiner le système de l'impôt B&O de l'État de Washington dans son ensemble. Il a expliqué les raisons de son approche comme suit:

> {N}ous ne pouvons pas accepter l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle l'analyse de la spécificité doit être limitée à la législation modificatrice au moyen de laquelle la subvention est instituée. … Lorsqu'on limite l'analyse de la spécificité à la législation modificatrice, au lieu de prendre en considération l'ensemble de la législation fiscale de l'État de Washington, des renseignements précieux susceptibles d'aider à déterminer si une subvention est dûment qualifiée ou non de spécifique peuvent ne pas être pris en compte. En outre, l'approche défendue par les Communautés européennes implique que l'analyse de la spécificité dépend de la manière dont la partie plaignante choisit de définir la mesure qu'elle conteste.[1725]

846. Le Groupe spécial a ajouté les raisons particulières ci-après s'agissant de la réduction du taux de l'impôt B&O contestée applicable aux fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants:

> {B}ien que nous ayons constaté {que la réduction du taux de l'impôt B&O pour les fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants} constituait une subvention, il est possible qu'elle soit un élément d'une subvention plus vaste accordée à d'autres branches de production au moyen de modifications distinctes du code fiscal de l'État de Washington. À notre avis, il est nécessaire d'examiner le système de l'impôt B&O dans son ensemble, en particulier la législation et les documents produits par l'autorité qui accorde la subvention, afin de déterminer si la subvention en cause est expressément limitée à certaines entreprises ou si elle est largement disponible. Par conséquent, nous jugeons approprié d'examiner le *Revised Code of Washington* dans son ensemble, et non simplement la législation modificatrice, le {Projet de loi n°} 2294, pour analyser si la réduction du taux de l'impôt B&O est spécifique au sens de l'article 2.1 a).[1726]

847. Le Groupe spécial a admis à juste titre que la réduction du taux de l'impôt B&O applicable aux fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants, instituée au titre du Projet de loi n° 2294, pouvait faire partie d'un système de subventions plus large. Il a donc à juste titre élargi le champ de son analyse au régime de l'impôt B&O de l'État de Washington et a cherché à vérifier si, dans ce cadre juridique élargi, cette même subvention était disponible pour d'autres entreprises ou branches de

[1725] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.198.
[1726] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.199.

production. En fin de compte, le Groupe spécial a conclu que cette même subvention n'était pas disponible pour d'autres entreprises dans le cadre du régime de l'impôt B&O de l'État de Washington. En arrivant à cette conclusion, le Groupe spécial a dit qu'il n'était pas persuadé que d'autres taux de l'impôt B&O différenciés prévus dans le code fiscal de l'État de Washington faisaient partie du même système de subventions que la réduction du taux de l'impôt B&O contestée.

848. Les États-Unis présentent deux arguments principaux en appel. Premièrement, ils laissent entendre que l'approche du Groupe spécial est incohérente. Selon eux, le Groupe spécial était tenu par l'article 2.1 d'examiner "la spécificité de la subvention dont l'existence a{vait} été constatée, et non d'une quelconque autre subvention, ni simplement d'une partie de la subvention dont l'existence a{vait} été constatée".[1727] Comme le Groupe spécial avait constaté que l'application d'un taux d'imposition inférieur au taux normal constituait une subvention, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial était tenu de procéder à une évaluation de la question de savoir si la possibilité de bénéficier de *cette* subvention était expressément limitée à certaines entreprises.[1728]

849. Comme nous l'avons indiqué plus haut, la conclusion formulée par le Groupe spécial au titre de l'article 1.1 de l'*Accord SMC* n'était pas que tous les taux d'imposition différenciés dans le cadre du régime de l'impôt B&O constituaient une subvention. De fait, la constatation formulée par le Groupe spécial au titre de l'article 1.1 était que la réduction du taux de l'impôt B&O instituée au titre du Projet de loi n° 2294 pour les fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants était la subvention. Ayant à juste titre commencé son analyse par la subvention dont il avait déterminé l'existence au titre de l'article 1.1, le Groupe spécial a ensuite élargi le champ de son enquête en examinant le code fiscal de l'État de Washington dans son ensemble. Comme nous l'avons expliqué, il n'a pas estimé que les autres taux d'imposition différenciés faisaient partie du même système de subventions que la réduction du taux de l'impôt B&O applicable aux fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants. Nous ne pensons pas que l'approche adoptée par le Groupe spécial était incohérente. Au contraire, si le Groupe spécial concluait que les autres taux d'imposition différenciés ne faisaient pas partie du même système de subventions que le taux de l'impôt B&O réduit pour les fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants, il avait raison de ne pas les examiner collectivement. Nous estimons donc que l'approche du Groupe spécial est compatible avec le champ de l'enquête au titre de l'article 2.1 a).

850. Deuxièmement, les États-Unis contestent le fondement de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle il n'était pas approprié de considérer les différents taux différenciés de l'impôt B&O comme faisant partie du même programme de subventions. Les États-Unis affirment qu'aucun des

[1727] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 168.
[1728] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 171.

facteurs sur lesquels le Groupe spécial a fondé sa conclusion – à savoir les dates, le niveau et le but – n'était pertinent pour l'analyse.[1729]

851. Nous partageons l'avis du Groupe spécial[1730] selon lequel, lorsque des subventions multiples font partie du même système de subventions, on s'attendrait à trouver des liens ou des éléments communs entre ces subventions. Le Groupe spécial a noté que le régime de l'impôt B&O de l'État de Washington appliquait certains taux aux contribuables en fonction de leurs activités commerciales. S'agissant des activités de fabrication, le code fiscal de l'État de Washington applique un taux de 0,484 pour cent à toutes les entreprises menant des activités de fabrication, qui ne remplissent pas les conditions requises pour bénéficier des taux inférieurs applicables à certaines activités de fabrication. Outre les activités de fabrication d'aéronefs commerciaux et de composants assujetties à un taux d'imposition de 0,2904 pour cent, le Groupe spécial a identifié les activités de fabrication ci-après qui sont soumises à des taux différenciés:

a) la transformation du froment en farine, de l'orge en orge perlé, des fèves de soja en huile de soja, du canola en huile de canola ou des graines de tournesol en huile de tournesol, la transformation de fruits de mer crus, du biodiesel/de l'alcool carburant, la transformation ou le concassage des pois secs et la transformation des produits périssables à base de viande (0,138 pour cent);

b) la fabrication de matières semi-conductrices et d'assemblages de combustible nucléaire (0,275 pour cent);

c) la fabrication d'aluminium et de systèmes d'énergie solaire (0,2904 pour cent);

d) la fabrication liée aux fruits et légumes frais et aux produits laitiers (exonérée); et

e) la transformation du bois et la fabrication des produits du bois (0,4235 pour cent jusqu'au 30 juin 2007 et 0,2904 pour cent jusqu'au 30 juin 2024).[1731]

852. Le code fiscal de l'État de Washington applique aussi des taux de 0,484 pour cent et 0,471 pour cent aux entreprises menant des activités de commerce de gros et de commerce de détail,

[1729] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 174 à 178.
[1730] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205.
[1731] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.202 (faisant référence aux documents suivants: *Revised Code of Washington*, article 82.04.260 (pièce US-181 présentée au Groupe spécial); House Bill 2294, article 3; Business and Occupation Tax, *Revised Code of Washington*, article 82.04 (pièce US-179 présentée au Groupe spécial); *Revised Code of Washington*, article 82.04.294 (pièce US-188 présentée au Groupe spécial); *Revised Code of Washington*, article 82.04.2909 (pièce US-189 présentée au Groupe spécial); et première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 431).

respectivement, qui ne remplissent pas les conditions requises pour bénéficier des taux inférieurs applicables à certaines de ces activités. Outre les activités de commerce de gros et de commerce de détail des fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants assujetties aux taux d'imposition de 0,484 et 0,471 pour cent, le Groupe spécial a aussi identifié les activités ci-après qui sont soumises à des taux différenciés:

a) le commerce de gros et la revente de médicaments délivrés sur ordonnance, le commerce de gros de produits périssables à base de viande (0,138 pour cent);

b) le commerce de gros de systèmes d'énergie solaire et d'aluminium, dans les cas où ils sont fabriqués par le vendeur (0,2904 pour cent);

c) le commerce de gros ou de détail d'assemblages de combustible nucléaire, dans les cas où ils sont fabriqués par le vendeur (0,275 pour cent);

d) le commerce de détail d'équipements de transport inter-États (0,484 pour cent); et

e) le commerce de gros de produits laitiers, de fruits et de légumes frais, dans les cas où ils sont produits par le vendeur et où l'acheteur transporte les marchandises hors de l'État (exonéré).[1732]

853. La réduction du taux de l'impôt B&O applicable aux fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants a été instituée par le Projet de loi n° 2294 comme une modification du code fiscal dénommé le *Revised Code of Washington*. À l'audience, les États-Unis ont fait valoir que ce taux d'imposition, ainsi que les autres taux d'imposition différenciés, auraient dû être examinés collectivement comme une subvention, parce qu'ils sont tous indiqués dans le code fiscal de l'État de Washington et présentés comme des taux faisant exception aux taux généraux prévus dans le code. Nous notons que le *Revised Code of Washington* dénote une accumulation des ajustements apportés aux taux d'imposition au fil des années, chacun mis en œuvre au moyen de textes législatifs distincts. Le fait qu'une série de taux d'imposition différenciés se trouve dans le même article du code fiscal, bien que pertinent, ne peut pas être déterminant pour la question de savoir s'ils font partie du même système de subventions aux fins d'une analyse de la spécificité au titre de l'article 2.1 a).

[1732] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.203 (faisant référence aux documents suivants: *Revised Code of Washington*, article 82.04.260 (pièce US-181 présentée au Groupe spécial); House Bill 2294, article 3; Business and Occupation Tax, *Revised Code of Washington*, article 82.04 (pièce US-179 présentée au Groupe spécial); *Revised Code of Washington*, article 82.04.294 (pièce US-188 présentée au Groupe spécial); *Revised Code of Washington*, article 82.04.2909 (pièce US-189 présentée au Groupe spécial); et première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 431 et note de bas de page 588 y relative).

854. Nous notons par ailleurs que la modification n'indique pas qu'elle a été adoptée dans le cadre d'un système de subventions plus large. Au contraire, le Projet de loi n° 2294 indique clairement que la législation vise à "retenir et à attirer l'industrie aérospatiale dans l'État de Washington" et prévoit d'"importantes incitations fiscales" destinées à atteindre cet objectif.[1733] Des renseignements détaillés sur les taux d'imposition différenciés examinés par le Groupe spécial figurent dans la pièce US-191 présentée au Groupe spécial, qui reprend une étude que l'Administration fiscale de l'État de Washington est tenue par la loi de présenter.[1734] Nous trouvons dans ce document des éléments qui étayent la déclaration du Groupe spécial selon laquelle "les taux d'imposition différenciés ont été institués à des dates très diverses et dans des buts très différents".[1735] En particulier, si certains des taux d'imposition différenciés, comme le taux applicable aux fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants, visaient à retenir et à attirer l'industrie aérospatiale dans l'État de Washington, d'autres semblaient avoir été adoptés à des fins totalement différentes. Nous notons, par exemple, que le taux d'imposition réduit pour les fabricants de produits laitiers a été institué pour aider l'industrie laitière et appliquer un taux d'imposition équivalent aux producteurs de certains autres produits agricoles, alors que d'autres taux d'imposition réduits – par exemple, pour les producteurs de farine et d'huile, de fruits de mer, et de fruits et légumes – étaient établis pour tenir compte des faibles marges bénéficiaires dégagées par les entreprises de ces branches de production qui, dans certains cas, n'étaient pas en mesure de répercuter le coût total de l'impôt sur les recettes brutes sur les consommateurs du fait d'une structure de marché très compétitive.[1736]

855. Le Groupe spécial a aussi noté que les pièces communiquées par les États-Unis incluaient des déclarations indiquant que la "pyramidalisation"[1737] était un problème lié à l'impôt B&O. Toutefois, il a constaté que ces pièces n'indiquaient pas que des réductions du taux d'imposition étaient introduites pour lutter contre ce problème.[1738] De plus, nous avons déjà estimé que les éléments de preuve versés au dossier du Groupe spécial n'étayaient pas la conclusion selon laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O pour les fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants avait été introduite pour contrer les effets de la pyramidalisation. Ainsi, la notion de pyramidalisation ne pourrait constituer une base appropriée pour constater que la réduction du taux de l'impôt B&O contestée fait partie du

[1733] House Bill 2294, préambule et article premier; voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.41.
[1734] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205. Voir la réponse des États-Unis à la question n° 365 du Groupe spécial, paragraphe 199.
[1735] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205.
[1736] Business and Occupation Tax – Differential Tax Rates, *Revised Code of Washington*, article 82.04 (pièce US-191 présentée au Groupe spécial).
[1737] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205 (faisant référence à Business and Occupation Tax, *Revised Code of Washington*, article 82.04 (pièce US-179 présentée au Groupe spécial); et Washington State Tax Structure Study "Tax Alternatives for Washington State: A Report to the Legislature" (novembre 2002), Vol. 1 (pièce US-180 présentée au Groupe spécial).
[1738] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205.

même système de subventions que d'autres taux d'imposition différenciés qui sont censés corriger les effets de la pyramidalisation. Enfin, nous notons que, en dehors de l'observation selon laquelle tous les taux d'imposition différenciés sont indiqués dans le *Revised Code of Washington*, les États-Unis n'ont cité aucun élément de preuve versé au dossier du Groupe spécial pour étayer l'idée que la réduction du taux de l'impôt B&O applicable aux fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants et les autres taux d'imposition différenciés font partie du même système de subventions.

856. Nous considérons donc que le Groupe spécial s'appuyait sur une base appropriée pour conclure que les taux de l'impôt B&O différenciés indiqués dans le *Revised Code of Washington* ne faisaient pas partie d'un programme de subventions commun.

857. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué, il se peut qu'une indication provisoire relative à la spécificité au sens de l'article 2.1 a) nécessite une analyse plus détaillée au titre de l'article 2.1 b).[1739] Nous notons qu'aucune partie n'a avancé d'arguments dans la présente affaire concernant l'applicabilité de l'article 2.1 b) à la réduction du taux de l'impôt B&O pour les fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants. De plus, comme nous l'avons expliqué plus haut, le seul critère pour bénéficier du taux d'imposition réduit au titre du Projet de loi n° 2294 est que l'entreprise visée mène des activités de fabricants d'aéronefs commerciaux ou de composants. Nous ne pensons pas que cela satisfait à la prescription de la note de bas de page 2 de l'*Accord SMC* selon laquelle les "critères ou conditions objectifs" doivent être neutres, ne pas favoriser certaines entreprises par rapport à d'autres, et être de caractère économique et d'application horizontale. En effet, il apparaît que cette mesure vise expressément à limiter l'application d'une réduction particulière d'un taux d'imposition à une catégorie distincte d'activités commerciales menées par certaines entreprises appartenant à une branche de production particulière. Nous ne pensons donc pas que l'application de l'article 2.1 b) aux mesures contestées modifie l'analyse s'agissant de la spécificité. Enfin, étant donné que l'analyse susmentionnée indique que la possibilité de bénéficier d'une subvention est explicitement limitée à certaines entreprises, nous ne considérons pas qu'il est justifié de procéder à une analyse au titre de l'article 2.1 c).

858. Pour les raisons qui précèdent, nous *confirmons* la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.205 de son rapport, selon laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O de

[1739] Rapport de l'Organe d'appel, *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 950. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 369: "Nous pouvons concevoir, par exemple, des situations dans lesquelles une indication initiale de spécificité au regard de l'article 2.1 a) pourra devoir être examinée plus en détail si des éléments de preuve additionnels démontrent que la subvention en question est subordonnée à des critères ou conditions objectifs au sens de l'article 2.1 b)."

l'État de Washington accordée au titre du Projet de loi n° 2294 est une subvention qui est spécifique au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*.

IX. Obligations industrielles de la ville de Wichita (IRB) – Spécificité

859. Nous examinons maintenant l'appel des États-Unis concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions IRB accordées par la ville de Wichita constituent une subvention spécifique au sens de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*. Nous commençons, dans la section A, par exposer brièvement le contexte des IRB émises à Boeing et Spirit puis, dans la section B, nous résumons les constatations du Groupe spécial en ce qui concerne cette mesure. Dans la section C, nous évaluons l'allégation formulée par les États-Unis en appel.

A. *Contexte*

860. D'une manière générale, les IRB sont émises par la ville de Wichita au grand public en faveur d'une entité privée remplissant les conditions requises, et le produit de ces IRB est utilisé pour acheter, construire ou améliorer des biens commerciaux ou industriels pour cette entité.[1740] La ville de Wichita détient la propriété du bien pendant la durée de l'IRB et loue les biens à l'entité privée en échange de loyers suffisants pour couvrir le paiement du principal et des intérêts de l'IRB aux obligataires publics. Pendant la durée de l'IRB, l'entité privée bénéficie d'exonérations de certains impôts sur les intérêts sur la propriété et de certaines taxes sur les ventes. À l'échéance de l'IRB, la propriété des biens est transférée à l'entité privée en question. Le programme d'IRB fonctionnait quelque peu différemment pour Boeing, et par la suite Spirit (qui a acquis la division Wichita de Boeing en juin 2005), parce que les IRB en cause, au lieu d'être achetées par le public, étaient achetées par Boeing et Spirit elles-mêmes. Cela signifiait que Boeing et Spirit finançaient leur propre développement de biens par le biais des IRB. Boeing et Spirit utilisaient donc les IRB, non pas dans le but de financer le développement de biens, mais plutôt pour tirer avantage des exonérations de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes associées aux IRB. La ville de Wichita a émis des IRB à Boeing et à Spirit tous les ans depuis 1979.

B. *Constatations du Groupe spécial*

861. Le Groupe spécial a d'abord examiné la mesure contestée au titre de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*. Notant que les Communautés européennes n'avaient pas présenté d'arguments en ce qui concerne cette disposition, il a estimé que les dispositions législatives pertinentes de l'État du

[1740] Cette description est tirée des paragraphes 7.648 à 7.664 du rapport du Groupe spécial. Bien que des détails pertinents concernant les IRB soient présentés dans cette section de notre rapport, nous faisons observer que la partie IV contient une description plus détaillée de la mesure contestée.

Kansas autorisant l'émission d'IRB par des villes et des comtés du Kansas ne limitaient pas expressément la disponibilité de la subvention au sens de l'article 2.1 a).[1741] Le Groupe spécial a donc ensuite examiné l'allégation de spécificité des Communautés européennes au titre de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*. Bien qu'il ait évalué chacun des facteurs indiqués à l'article 2.1c), sa constatation finale de spécificité reposait sur son examen des arguments des Communautés européennes selon lesquels des montants disproportionnés de subventions IRB avaient été octroyés à Boeing et Spirit. Le Groupe spécial a estimé qu'il y avait deux questions qu'il devait examiner. Premièrement, il a cherché à établir "l'interprétation correcte du "caractère disproportionné", y compris des rapports qui {devaient} être comparés dans cette analyse".[1742] Ensuite, il a cherché à déterminer si les Communautés européennes "{avaient} étayé adéquatement leur argument selon lequel la ville de Wichita {avait} octroyé à Boeing et à Spirit des montants d'abattements fiscaux IRB disproportionnés".[1743]

862. Le Groupe spécial a estimé que pour évaluer si une subvention octroyée à certaines entreprises était "disproportionnée", il "{fallait} convertir le montant de la subvention en un ratio en le comparant à autre chose qui {était} un "tout"", et ensuite évaluer ce ratio "pour déterminer s'il manqu{ait} de proportion".[1744] Il a convenu avec les parties que lorsqu'une subvention a été accordée au titre d'un programme de subventions, ce programme devrait habituellement constituer le "tout" au regard duquel les subventions accordées à "certaines entreprises" pouvaient être comparées. Il a estimé que cette approche était étayée par le texte de la dernière phrase de l'article 2.1 c), qui disposait que dans l'application de l'alinéa, il était nécessaire de tenir compte de la période pendant laquelle le "programme de subventions" avait été appliqué.[1745]

863. Le Groupe spécial a noté qu'il n'y avait pas d'indication explicite dans le texte de l'article 2.1 c) concernant ce à quoi le montant relatif de la subvention reçue par Boeing et Spirit devrait être comparé. Les Communautés européennes ont affirmé qu'un deuxième ratio devrait être utilisé, composé de renseignements concernant Boeing, tels que les niveaux d'emploi, et des renseignements comparables pour la totalité de l'économie de la juridiction de l'autorité qui accordait la subvention. En revanche, les États-Unis ont fait valoir que le deuxième ratio devrait comparer les renseignements concernant Boeing, tels que les niveaux d'emploi, à des renseignements comparables concernant le groupe de bénéficiaires de la subvention alléguée.[1746]

[1741] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.743.
[1742] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.753.
[1743] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.753.
[1744] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.754.
[1745] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.755.
[1746] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.759.

864. Le Groupe spécial a jugé problématiques les deux ratios prônés par les parties.[1747] Il a estimé qu'il y existait certains éléments textuels à l'appui de l'approche proposée par les Communautés européennes qui figuraient dans la dernière phrase de l'article 2.1 c), laquelle prescrit de tenir compte de "l'importance de la diversification des activités économiques dans la juridiction de l'autorité qui accorde la subvention" dans l'application de l'alinéa. S'agissant de déterminer si le montant de la subvention octroyée à certaines entreprises manquait de proportion, le Groupe spécial a fait observer que la comparaison du pourcentage de la subvention reçue par "certaines entreprises" avec la position qu'elles occupaient dans l'ensemble de l'économie était un moyen de tenir compte de la diversification de l'économie dans la juridiction de l'autorité qui accordait la subvention.

865. Cependant, le Groupe spécial a estimé que l'approche proposée par les Communautés européennes posait des problèmes. Premièrement, il a fait observer qu'à supposer que le caractère disproportionné soit établi par le biais de tout écart, aussi faible soit-il, entre les deux rapports considérés, toute limite relative à la disponibilité d'une subvention entraînerait une distribution disproportionnée de cette subvention. Il a expliqué, par exemple ce qui suit, "{d}ans les cas où une subvention peut être largement disponible dans toute une économie, et où 90 pour cent des entreprises la reçoivent, si l'on compare la proportion du montant de la subvention reçue par chaque entreprise, ou ensemble de "certaines entreprises", avec leur contribution à l'économie en général (y compris les 10 pour cent d'entreprises qui n'ont pas reçu la subvention), il en résultera nécessairement qu'au moins une entreprise ou un ensemble de "certaines entreprises" a reçu un montant de subvention en disproportion avec sa contribution à l'économie".[1748] De l'avis du Groupe spécial, l'approche proposée par les Communautés européennes concernant l'analyse de la spécificité contredit l'approche adoptée par des groupes spéciaux antérieurs, tels que le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, qui a été d'avis qu'il existait un point de basculement, ne faisant pas l'objet d'une définition quantitative rigide, à partir duquel une subvention devenait assez largement disponible dans toute une économie pour devenir non spécifique. Selon le Groupe spécial, dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, "{l}e groupe spécial a indiqué qu'une disponibilité moins qu'universelle pouvait mener à une constatation de non-spécificité".[1749]

866. Le Groupe spécial a donc observé que l'article 2 de l'*Accord SMC* n'indiquait pas expressément le degré de rigueur associé à la limitation de la possibilité de bénéficier de la subvention pour qu'elle soit spécifique. Par conséquent, on aurait pu considérer une subvention comme spécifique chaque fois qu'il existait une quelconque limite concernant sa disponibilité. Toutefois, le

[1747] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.760.
[1748] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.762.
[1749] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.762.

Groupe spécial a ajouté que cela n'était pas la manière dont l'article 2 avait été interprété dans des différends antérieurs. Il a donc maintenu que l'approche proposée par les Communautés européennes conduisait à "une constatation selon laquelle des montants disproportionnés de la subvention {avaient} été octroyés en raison de l'existence d'une restriction concernant la disponibilité de la subvention dans des cas où celle-ci aurait normalement été considérée comme largement disponible dans toute l'économie et donc non spécifique".[1750]

867. Le Groupe spécial a estimé que l'approche proposée par les États-Unis pour l'analyse du caractère disproportionné était également problématique. Il a dit que bien qu'il soit difficile de trouver dans le texte ou le contexte de l'article 2 de l'*Accord SMC* des éléments à l'appui de la limitation du point de référence au groupe des bénéficiaires de la subvention, l'approche proposée par les États-Unis était plus logique d'un point de vue mathématique que celle des Communautés européennes.[1751] Cela tient au fait que lorsqu'on compare le rapport entre le montant de la subvention que Boeing et Spirit ont reçu et celui de l'ensemble du groupe des bénéficiaires avec le rapport entre les niveaux d'emploi de Boeing et de Spirit et les niveaux d'emploi agrégés du groupe des bénéficiaires de la subvention, on compare ce qui est comparable, car les deux ratios ont le même dénominateur. Le Groupe spécial a estimé que, selon l'approche proposée par les États-Unis, "il {était} toujours au moins possible de constater qu'un montant disproportionné de la subvention n'{avait} pas été octroyé à "certaines entreprises" dans les circonstances où il exist{tait} une certaine limite concernant la disponibilité de la subvention".[1752]

868. Cependant, le Groupe spécial a expliqué que l'approche proposée par les États-Unis était aussi difficile à concilier avec le but de l'article 2 de l'*Accord SMC*, qui consistait à déterminer si une subvention était assez largement disponible dans toute une économie pour ne pas apporter des avantages à "certaines entreprises". Le Groupe spécial a dit dans son raisonnement que selon l'approche des États-Unis, une subvention pouvait n'être accordée qu'à deux ou trois entreprises et "dès lors que ces deux ou trois entreprises rec{evaient} la subvention en proportion de leurs contributions économiques relatives, *en comparaison les unes des autres*, l'analyse du caractère disproportionné n'indiqu{ait} aucun problème de spécificité".[1753] Le Groupe spécial a ajouté que, lorsqu'une entreprise recevait 100 pour cent de la subvention, cela ne conduirait jamais à une constatation selon laquelle l'entreprise recevait un montant disproportionné de la subvention, parce que l'entreprise représentait également 100 pour cent de l'activité économique des bénéficiaires de la subvention.

[1750] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.763.
[1751] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.764.
[1752] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.764.
[1753] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.765. (italique dans l'original)

869. Bien que le Groupe spécial ait estimé qu'aucune des approches proposées par les parties n'était complètement satisfaisante, il a noté qu'il existait au moins certains éléments dans le texte de l'article 2.1 c) étayant l'approche proposée par les Communautés européennes. Il a fait observer qu'en outre, "le problème selon lequel *toute* limite concernant la disponibilité de la subvention condui{sait} à une constatation de l'existence d'un caractère disproportionné {pouvait} être un peu surmonté si la disproportion {était} interprétée comme signifiant une disparité *importante* entre les deux rapports pertinents, plutôt que tout décalage, si faible soit-il".[1754] Il a estimé que cela n'était pas une interprétation déraisonnable de l'article 2.1 c) "parce que, en tout état de cause, il semblerait indûment rigoureux d'exiger une correspondance exacte entre la proportion de la subvention accordée à certaines entreprises et l'importance économique relative des entreprises, appréciée selon un indicateur économique non spécifié".[1755]

870. Passant aux faits de la cause, le Groupe spécial a pris note de l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle Boeing et Spirit avaient reçu 69 pour cent des IRB qui incluaient des abattements fiscaux émises entre 1979 et 2005, mais qu'après avoir acquis les activités de Boeing à Wichita, Spirit représentait 3,5 pour cent de l'emploi total ou 16 pour cent de l'emploi dans le secteur de la fabrication à Wichita.[1756] Il a noté en outre que les Communautés européennes étaient prêtes à accepter l'argument des États-Unis selon lequel les niveaux d'emploi de Boeing pendant la plus grande partie de la période durant laquelle des IRB avaient été émises étaient deux fois supérieurs à ceux de Spirit mais que 32 pour cent de l'emploi dans le secteur de la fabrication restait disproportionné par rapport au chiffre de 69 pour cent. Le Groupe spécial a conclu qu'"il exist{ait} une disparité importante entre la proportion d'IRB reçue par Boeing et Spirit et la place qu'elles occup{aient} dans le secteur des marchandises de l'économie, telle qu'elle {était} indiquée par la proportion de l'emploi dans ce secteur qu'elles représent{aient}".[1757] Il a pris acte de l'argument des États-Unis selon lequel la comparaison de la proportion de la subvention reçue par Boeing et Spirit avec la proportion de l'emploi dans l'économie qu'elles représentaient n'était pas l'examen factuel requis pour une analyse de la spécificité, mais a estimé qu'"étant donné l'importance de la disparité entre les chiffres, elle établi{ssait} *prima facie* l'existence d'un caractère disproportionné" et que "{l}es États-Unis

[1754] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.768. (italique dans l'original)
[1755] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.768. Le Groupe spécial a aussi examiné l'approche prônée par l'Australie, suivant laquelle le groupe de référence au regard duquel la position économique de "certaines entreprises" était comparée était le groupe d'entités qui étaient *susceptibles* de pouvoir utiliser la subvention. Il a conclu qu'étant donné l'admissibilité générale aux IRB en l'espèce, il était improbable que l'emploi de l'approche australienne diffère notablement de l'approche des Communautés européennes consistant à examiner la position de Boeing et de Spirit dans l'ensemble de l'économie. (Voir *ibid*., paragraphes 7.767 et 7.768)
[1756] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.769.
[1757] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.769.

n'{avaient} pas présenté de réfutation convaincante de ces éléments *prima facie*".[1758] Par conséquent, le Groupe spécial a constaté que les abattements fiscaux IRB octroyés à Boeing et Spirit étaient disproportionnés et donc spécifiques à "certaines entreprises" au sens de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*.

C. *Évaluation de l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 2.1 c) de l'Accord SMC*

871. Les États-Unis contestent la constatation du Groupe spécial selon laquelle des montants de subventions IRB disproportionnés au sens de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC* ont été octroyés, en particulier la décision du Groupe spécial d'utiliser des niveaux d'emploi spécifiques à Boeing et Spirit, par rapport à l'emploi total dans le secteur de la fabrication dans la ville de Wichita, comme point de repère aux fins de son analyse du caractère disproportionné. Ils estiment que "l'approche du Groupe spécial, centrée sur un unique rapport numérique et utilisant le niveau total d'emploi dans le secteur de la fabrication dans la juridiction de l'autorité accordant la subvention comme valeur de référence, ne fournit pas un point de repère valable en ce qui concerne ce à quoi une subvention comme les IRB serait proportionnelle".[1759] Les États-Unis soutiennent aussi que le Groupe spécial a fait erreur en ne tenant pas compte de l'importance de la diversification des activités économiques dans la ville de Wichita.[1760]

872. L'Union européenne fait valoir que les États-Unis n'ont pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur dans son analyse du caractère disproportionné. De l'avis de l'Union européenne, le Groupe spécial a conclu à juste titre que les États-Unis n'avaient pas présenté de réfutation convaincante des éléments *prima facie* présentés par les Communautés européennes.[1761] L'Union européenne fait valoir en particulier que les États-Unis n'ont présenté aucun élément de preuve démontrant que la part des avantages IRB reçus par Boeing et Spirit reflétait effectivement leur participation dans l'économie de Wichita, ou que l'utilisation des niveaux d'emploi à titre de mesure de la participation économique était trompeuse.[1762] L'Union européenne fait aussi valoir que le Groupe spécial a tenu compte de la

[1758] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.769. Le Groupe spécial a fait remarquer que les États-Unis avaient fait valoir "en des termes relativement généraux" que le degré de diversification de l'économie de Wichita était faible, mais qu'ils n'avaient présenté aucune statistique indiquant que Boeing et Spirit contribuaient pour environ 69 pour cent à l'activité économique de Wichita. (*Ibid.*)

[1759] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 186. (italique omis)

[1760] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 191.

[1761] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 277 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.769).

[1762] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 277 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.769).

diversification économique lorsqu'il a évalué la part relative de l'emploi dans le secteur de la fabrication dans la ville de Wichita détenue par Boeing et Spirit.[1763]

873. En examinant cette allégation formulée en appel, nous devons garder à l'esprit le cadre général établi à l'article 2.1 de l'*Accord SMC*. Comme nous l'avons expliqué dans la partie VII, les alinéas a) à c) de l'article 2.1 doivent être considérés à l'intérieur d'un cadre analytique qui reconnaît et accorde un poids approprié à chaque principe et qui permet leur application simultanée. Nous avons aussi noté que la structure de l'article 2.1 donnait à penser que l'analyse de la spécificité se ferait habituellement dans un ordre séquentiel selon lequel l'alinéa c) est examiné après une évaluation au titre des alinéas a) et b).

874. En l'espèce, bien que les Communautés européennes n'aient pas présenté d'allégation de spécificité par référence aux alinéas a) ou b), le Groupe spécial a néanmoins procédé à l'examen de la spécificité au sens de l'article 2.1 a). Selon cette disposition, il y a spécificité dans les cas où l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit, limite expressément à "certaines entreprises", définies dans le texte introductif de l'article 2.1 comme "une entreprise ou {} une branche de production ou {} un groupe d'entreprises ou de branches de production", la possibilité de bénéficier de la subvention. Le Groupe spécial a noté que les Communautés européennes n'avaient pas tenté de faire valoir que les abattements fiscaux accordés par le biais de l'émission d'IRB étaient spécifiques au sens de l'article 2.1 a) et a ajouté qu'"il ne fai{sait} aucun doute que cela n'{était} pas le cas".[1764] Le Groupe spécial a estimé que les dispositions législatives pertinentes de l'État du Kansas "ne limit{aient} pas expressément la disponibilité de la subvention de telle sorte qu'elle n'{était} pas largement disponible dans toute l'économie" et que cela était conforme à l'objectif général de la législation, qui, comme l'a constaté le Groupe spécial, "ne compren{ait} aucune indication d'une intention de limiter l'émission d'IRB à "certaines entreprises" au sens de l'article 2.1 a)".[1765] Le Groupe spécial a ensuite reproduit une disposition de la loi de l'État du Kansas, qui dispose ce qui suit:

> La présente loi a pour objectif de favoriser, de stimuler et d'accroître le bien-être général et la prospérité économique de l'État du Kansas en favorisant et soutenant l'amélioration de la santé physique et mentale, le développement de l'industrie, du commerce et de l'agriculture, l'exploitation des ressources naturelles et le développement des loisirs dans l'État; d'encourager et de faciliter l'établissement de nouvelles entreprises et branches de production dans l'État ainsi que l'expansion, la relocalisation ou le maintien

[1763] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 292.
[1764] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.743.
[1765] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.743 (faisant référence à *Kansas Annotated Statute*, articles 12-1740 et suivants (2001) (pièce EC-167 présentée au Groupe spécial).

> d'entreprises, de branches de production et de structures de santé existantes; et de promouvoir la stabilité économique de l'État en offrant de plus grandes possibilités d'emploi, en œuvrant à la diversification des branches de production et en améliorant la santé physique et mentale, favorisant ainsi le bien-être général des citoyens de l'État du Kansas, en autorisant toutes les villes et tous les comtés de l'État à émettre des obligations.[1766]

875. La conclusion du Groupe spécial selon laquelle les subventions IRB ne sont pas spécifiques au sens de l'article 2.1 a) n'a pas été mise en cause en appel. La loi d'habilitation définit l'admissibilité aux avantages IRB en des termes très généraux, n'indiquant aucune limitation à une entreprise ou branche de production ou groupe d'entreprises ou de branches de production particulier de la possibilité de bénéficier de ces avantages. La loi indique aussi que son objectif est d'encourager de nouvelles entreprises à s'établir dans l'État du Kansas, de faciliter le maintien d'entreprises existantes et de promouvoir la stabilité économique grâce à la diversification des branches de production. Ces indicateurs et d'autres révèlent une large possibilité de bénéficier des avantages IRB sans aucune limitation apparente à une entreprise ou branche de production ou groupe d'entreprises ou de branches de production particulier.

876. Le Groupe spécial a ensuite procédé à l'analyse de la question de savoir s'il y avait une base permettant de constater une spécificité de fait au titre de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*.[1767] L'article 2.1 c) dispose que "{s}i, nonobstant toute apparence de non-spécificité résultant de l'application des principes énoncés aux alinéas a) et b), il y a des raisons de croire que la subvention peut en fait être spécifique, d'autres facteurs pourront être pris en considération". Cette phrase indique clairement que l'application de l'article 2.1 c) repose sur les conclusions résultant de l'application des alinéas précédents de l'article 2.1. Nous estimons donc que le Groupe spécial a eu raison d'évaluer si la législation en vertu de laquelle les IRB étaient accordées limitait expressément à certaines entreprises au sens de l'article 2.1 a) la possibilité de bénéficier des IRB, même si cela n'avait pas été allégué par les Communautés européennes. Ayant constaté que les subventions IRB n'étaient pas spécifiques au sens de l'article 2.1 a), une analyse par le Groupe spécial au titre de l'article 2.1 b) n'était pas nécessaire.

877. Nous avons expliqué que l'article 2.1 c) s'appliquait lorsqu'"il y {avait} des raisons de croire que la subvention {pouvait} en fait être spécifique". Cela signifie qu'étant parvenu à la conclusion qu'il y a une "apparence de non-spécificité" après l'application des principes énoncés à l'article 2.1 a) et b), un groupe spécial doit examiner si, à la lumière des arguments et éléments de preuve présentés

[1766] *Kansas Annotated Statute*, article 12-1740 (2001) (pièce EC-167 présentée au Groupe spécial).
[1767] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.744.

par les parties, il y a des "raisons" pour qu'il estime qu'une évaluation au titre de l'article 2.1 c) est justifiée. L'examen prévu à l'article 2.1 c) est donc axé sur la question de savoir si une subvention, bien qu'apparemment pas limitée à certaines entreprises d'après un examen de la législation pertinente ou des actes explicites de l'autorité qui accorde la subvention, est néanmoins attribuée d'une manière qui contredit la neutralité apparente de la mesure. Cet examen exige que le groupe spécial étudie les raisons pour lesquelles l'attribution effective des "montants de subvention" diffère de l'attribution qui serait censée résulter de l'administration de la subvention conformément aux conditions d'admissibilité à cette subvention.

878. Nous avons aussi expliqué que les "raisons de croire que la subvention {pouvait} en fait être spécifique" se rapportent aux facteurs indiqués à l'alinéa c). La deuxième phrase de l'article 2.1 c) dispose que les facteurs suivants peuvent être pris en considération: i) utilisation d'un programme de subventions par un nombre limité de certaines entreprises; ii) utilisation dominante par certaines entreprises; iii) octroi à certaines entreprises de montants de subvention disproportionnés; et iv) manière dont l'autorité qui accorde la subvention a exercé un pouvoir discrétionnaire dans la décision d'accorder une subvention.[1768] La troisième phrase de l'article 2.1 c) ajoute que dans l'application de la présente disposition, il sera tenu compte de l'importance de la diversification des activités économiques dans la juridiction de l'autorité qui accorde la subvention, ainsi que de la période pendant laquelle le programme de subventions a été appliqué. Ces éléments posent des jalons pour évaluer si des subventions, qui pouvaient paraître non spécifiques après l'application de l'article 2.1 a) et b), sont néanmoins spécifiques en fait. Les éléments qui sont pertinents pour l'analyse de la spécificité au titre de l'article 2.1 c) dépendront des raisons qu'il y a de croire que la subvention peut en fait être spécifique. Nous nous attendrions à ce qu'un groupe spécial reste ouvert à l'applicabilité de chacun des éléments indiqués à l'article 2.1 c) et à la possibilité qu'une conclusion en ce qui concerne la spécificité en fait, puisse, selon les circonstances de l'affaire, s'appuyer sur une évaluation d'un, de plusieurs ou de l'ensemble de ces éléments.

879. En l'espèce, le Groupe spécial a effectué une analyse des IRB au regard de chacun des facteurs indiqués à l'article 2.1 c). Cependant, le facteur sur lequel le Groupe spécial a fondé sa constatation de spécificité, et qui est directement en cause dans le présent appel, concerne l'"octroi à certaines entreprises de montants de subvention disproportionnés". L'article 2.1 c) ne donne pas d'indications claires sur la manière d'évaluer si certaines entreprises "{se voient octroyer des} montants de subvention disproportionnés". Le libellé de l'article 2.1 c) indique que la première tâche

[1768] La note de bas de page 3 relative à l'article 2.1 c) précise qu'"en particulier, il sera tenu compte de renseignements sur la fréquence avec laquelle des demandes concernant une subvention ont été refusées ou approuvées et les raisons de ces décisions".

consiste à identifier les "montants de subvention" octroyés. Ensuite, il faut évaluer si les montants de subvention sont "disproportionnés". Ce terme donne à penser que le caractère disproportionné est un concept relationnel qui exige une évaluation de la question de savoir si les montants de subvention sont hors de proportion ou relativement trop importants.[1769] Lorsqu'il est examiné dans le cadre analytique présenté plus haut en ce qui concerne l'article 2.1 c), ce facteur exige qu'un groupe spécial détermine si l'attribution réelle des "montants de subvention" à certaines entreprises est trop importante par rapport à ce que l'attribution aurait été si la subvention avait été administrée conformément aux conditions d'admissibilité à cette subvention, telles qu'évaluées au titre de l'article 2.1 a) et b). À notre avis, dans les cas où l'octroi de la subvention indique une disparité entre la distribution prévue de cette subvention, telle que déterminée par les conditions d'admissibilité, et sa distribution réelle, un groupe spécial sera tenu d'examiner les raisons de cette disparité de manière à déterminer en fin de compte s'il y a eu octroi à certaines entreprises de montants de subvention disproportionnés.

880. Sur cette base, nous passons à l'examen de l'attribution des subventions IRB accordées à Boeing et Spirit par la ville de Wichita, et aux raisons pour lesquelles ces montants de subvention peuvent être ou ne pas être disproportionnés.

881. Les Communautés européennes ont allégué dans leur première communication écrite que Boeing et Spirit avaient reçu un montant disproportionné des subventions IRB émises par la ville de Wichita entre 1979 et 2005, parce que 61 pour cent de toutes les IRB et 69 pour cent de toutes les IRB qui comprenaient des abattements de l'impôt sur la propriété avaient été octroyées à ces sociétés.[1770] Les États-Unis ont cherché à réfuter cette allégation en faisant valoir que le fait que Boeing et Spirit avaient reçu une part importante des IRB n'avait "rien de surprenant" parce que Boeing était "le plus grand employeur du secteur privé dans tout l'État du Kansas" et que "la production d'aéronefs {avait} été de tout temps la principale branche de production de Wichita".[1771] Les États-Unis ont ajouté que

[1769] Le terme "disproportionate" (disproportionné) signifie "{l}acking proportion, poorly proportioned; out of proportion *(to)*; relatively too large or too small" (manquant de proportion, mal proportionné, hors de proportion *(par rapport à)*; relativement trop grand ou trop petit); et le terme "proportion" (proportion) signifie "{a} portion, a part, a share, esp. in relation to a whole; a relative amount or number" (une portion, une partie, une part, en particulier relativement à un tout; un montant ou un nombre relatif). (*Shorter Oxford English Dictionary*, 6th edn, A. Stevenson (ed.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 1, page 713, et Vol. 2, page 2372, respectivement).

[1770] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.714 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 336 et 337).

[1771] Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 613. (soulignage et note de bas de page omis)

"{d}ans les années 1990, les niveaux d'emploi de Boeing à Wichita avaient excédé 20 000 travailleurs certaines années, représentant une masse salariale d'environ 1 milliard de dollars".[1772]

882. Dans leur deuxième communication écrite, les Communautés européennes ont fait valoir qu'"{u}ne façon d'évaluer l'importance relative d'une société dans une économie locale {était} de prendre en considération le pourcentage de l'emploi local représenté par l'emploi dans la société."[1773] À l'appui de leur argument, les Communautés européennes ont noté qu'en 2006, le niveau d'emploi de Spirit avait représenté 16 pour cent de l'emploi dans le secteur de la fabrication à Wichita.[1774] Les États-Unis ont répondu que cette analyse ne tenait pas compte de la diversification des activités économiques dans la ville de Wichita, comme l'exige l'article 2.1 c), et que le recours par les Communautés européennes à l'indicateur de l'emploi à lui seul témoignait d'un examen insuffisant au titre de l'article 2.1 c) et était, en tout état de cause, trompeur parce que l'emploi de Boeing était plus de deux fois supérieur à celui de Spirit pendant la période pertinente.[1775] Les Communautés européennes ont répliqué qu'elles avaient tenu compte de la diversification des activités économiques à Wichita en montrant que "la part de Boeing dans les IRB de Wichita {était} disproportionnée, même compte tenu de l'importance de Boeing dans l'économie locale"[1776] telle que mesurée par les données sur l'emploi. Les Communautés européennes ont aussi noté que même en acceptant l'affirmation selon laquelle les niveaux d'emploi de Boeing étaient deux fois supérieurs à ceux de Spirit, le chiffre de 32 pour cent de l'emploi local global dans le secteur de la fabrication en résultant étayait quand même leur argument selon lequel des montants disproportionnés de subventions IRB avaient été octroyés à Boeing et Spirit.[1777]

883. Nous croyons comprendre que les IRB sont potentiellement à la disposition des entreprises qui cherchent à acheter, construire ou améliorer divers types de biens commerciaux ou industriels.[1778] Ainsi, les entreprises qui chercheraient à faire émettre par la ville de Wichita des IRB en leur faveur sont celles qui entendent investir dans le développement de biens. Dans une année donnée, ce ne sont pas toutes les entreprises de Wichita qui entreprendront un tel développement de biens et, même si elles le faisaient, elles ne seraient peut-être pas disposées à financer ce développement par le biais du

[1772] Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 613. (note de bas de page omise)
[1773] Deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 249.
[1774] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.769; deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 249.
[1775] Réponse des États-Unis à la question n° 46 du Groupe spécial, paragraphes 124 et 125.
[1776] Observations des Communautés européennes sur la réponse des États-Unis à la question n° 46 du Groupe spécial, paragraphe 152.
[1777] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.769; observations des Communautés européennes sur la réponse des États-Unis à la question n° 46 du Groupe spécial, paragraphe 153.
[1778] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.651.

programme d'IRB. Nous estimons donc qu'il est probable que, bien que la base juridique permettant l'attribution d'IRB puisse sembler être généralement à la disposition des entreprises de Wichita, les entreprises qui sont réellement en mesure de se prévaloir des avantages IRB à tout moment donné ne représentent qu'un sous-groupe de toutes les entreprises de Wichita. Néanmoins, même si les avantages découlant des IRB sont limités aux entreprises qui sont réellement en mesure de les demander, nous nous attendrions, sur la base des conditions établies pour l'admissibilité aux IRB, à une large distribution de ces avantages dans divers secteurs de l'économie de Wichita.[1779] Dans les cas où la distribution réelle d'une subvention s'écarte sensiblement de la distribution prévue de cette subvention, un groupe spécial devrait examiner les raisons données par les parties pour expliquer ce résultat.

884. En l'espèce, les Communautés européennes ont dit au Groupe spécial que Boeing et son successeur, Spirit, avaient reçu environ 69 pour cent de toutes les IRB accordées par la ville de Wichita entre 1979 et 2005. Il n'a noté aucune objection de la part des États-Unis concernant ce chiffre et a estimé qu'il était raisonnable de s'appuyer sur lui pour évaluer la part de Boeing et Spirit dans les abattements de l'impôt sur la propriété au regard du montant total des abattements de l'impôt sur la propriété reçus par tous les détenteurs d'IRB.[1780] Même en tenant compte du fait que ce ne sont pas toutes les entreprises de Wichita qui, à un moment donné, souhaiteraient bénéficier des IRB en ce qui concerne le développement de biens, nous nous attendrions néanmoins à ce que l'attribution de ces avantages sur la période de 25 ans comprise entre 1979 et 2005 ait produit une plus large distribution de ces avantages dans différents secteurs de l'économie de Wichita. Le fait que Boeing et son successeur ont reçu plus des deux tiers de tous les abattements de l'impôt sur la propriété liés aux IRB accordés par la ville de Wichita sur une période de 25 ans donne, à notre avis, une raison de croire que des montants disproportionnés de subventions IRB ont été octroyés à certaines entreprises.[1781]

885. En l'espèce, les Communautés européennes et les États-Unis ont longuement débattu de la portée appropriée d'un deuxième ratio pour mesurer la participation économique de Boeing et Spirit qui, comparé au chiffre de 69 pour cent, pourrait démontrer si les montants de subventions IRB

[1779] À l'audience, les États-Unis ont fait référence à une pièce indiquant que les bénéficiaires potentiels d'IRB devaient, entre autres conditions, mener des activités dans l'un des secteurs suivants: fabrication, secteur des services, recherche et développement, entreposage et distribution, sièges sociaux d'entreprises, transport, réaménagement commercial, tourisme, logements à prix abordables et services médicaux. (Voir City of Wichita/Sedgwick County Economic Development Incentives Policy (pièce EC-190 présentée au Groupe spécial).)

[1780] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.755 et 7.756.

[1781] Nous prenons aussi note de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle ces entités, ainsi qu'un autre fabricant d'aéronefs (Cessna Aircraft Company), ont reçu plus de 78 pour cent des IRB pertinentes durant cette période. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.751)

octroyés à Boeing et Spirit étaient disproportionnés.[1782] Les Communautés européennes avaient fait valoir devant le Groupe spécial que le deuxième ratio devrait être constitué de renseignements concernant Boeing et Spirit par rapport à des renseignements comparables pour la totalité de l'économie de la juridiction de l'autorité qui accorde la subvention; alors que les États-Unis avaient fait valoir que le deuxième ratio devrait comparer de tels renseignements concernant Boeing et Spirit à des renseignements comparables concernant le groupe des bénéficiaires de la subvention alléguée.[1783] De plus, les Communautés européennes et les États-Unis n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si les données sur l'emploi constituaient l'indicateur approprié sur lequel s'appuyer pour mesurer la participation économique de Boeing et Spirit.[1784] C'était sur la base de ce débat que le Groupe spécial a accepté l'argument des Communautés européennes selon lequel le chiffre de 69 pour cent démontrait le caractère disproportionné lorsqu'il était mesuré au regard des éléments de preuve indiquant que Boeing et Spirit représentaient au plus 32 pour cent de l'emploi dans le secteur de la fabrication à Wichita.[1785]

886. Nous n'estimons pas que le fait que les parties et le Groupe spécial se sont concentrés sur la détermination de la part de l'emploi que Boeing et Spirit détenaient dans l'économie de Wichita est particulièrement pertinent pour l'examen de la question de savoir si les subventions IRB accordées à Boeing et Spirit étaient disproportionnées. Comme nous l'avons expliqué, l'examen effectué par un groupe spécial au titre de l'article 2.1 c) devrait se concentrer sur les raisons qui expliquent toute disparité entre les distributions réelles et les distributions prévues d'une subvention. En appel, les États-Unis cherchent à expliquer pourquoi le fait que 69 pour cent des avantages IRB ont été octroyés à Boeing et Spirit n'indique pas l'octroi de montants de subvention disproportionnés. Ils font valoir que les IRB ne sont pas disponibles pour l'ensemble de l'économie de Wichita et que, par conséquent, calculer le degré de participation économique de Boeing et Spirit comme une proportion des niveaux d'emploi de l'ensemble du secteur de la fabrication de Wichita n'est pas instructif. Comme les États-Unis le font valoir, "seules les sociétés qui financent, construisent ou améliorent des biens industriels et/ou commerciaux durant la période pertinente pouvaient réellement bénéficier du

[1782] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.759.

[1783] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.759. Le Groupe spécial a reconnu les lacunes des deux points de repère prônés par les parties, notant que chacun donnait des résultats anormaux. Si la portée du point de repère est la participation économique dans l'ensemble de l'économie, l'utilisation de ce point de repère devrait indiquer des disparités dans la comparaison entre les attributions de subvention et la participation économique reflétant un certain caractère disproportionné. (Voir *ibid*., les paragraphes 7.761 et 7.762) Si la portée du point de repère est limitée aux bénéficiaires de la subvention, une subvention distribuée à une entité ou un groupe d'entités constituant certaines entreprises présentera vraisemblablement un certain caractère disproportionné parce que cette entité ou ce groupe d'entités constituera aussi 100 pour cent de l'activité économique des bénéficiaires de la subvention. (Voir *ibid*., le paragraphe 7.765)

[1784] Deuxième communication écrite des Communautés européennes, paragraphes 249 et 250; réponse des États-Unis à la question n° 46 du Groupe spécial, paragraphe 124.

[1785] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.769.

programme IRB", et il n'y a donc aucune raison de supposer "qu'il y a nécessairement un lien logique et "proportionnel" entre le nombre d'employés d'une société ou d'un groupe de sociétés donné par rapport à l'emploi total dans le secteur de la fabrication de Wichita, et le montant des avantages fiscaux IRB reçus".[1786] Les États-Unis font valoir qu'il aurait été beaucoup plus judicieux d'examiner les "investissements remplissant les conditions requises" pendant la période pertinente – à savoir "les sociétés qui ont effectivement investi dans des biens industriels ou commerciaux".[1787]

887. Nous convenons que l'examen des investissements remplissant les conditions requises aurait constitué une base raisonnable permettant de montrer pourquoi le chiffre de 69 pour cent n'indique pas que des montants de subventions IRB disproportionnés ont été octroyés. En particulier, une telle démonstration aurait pu expliquer pourquoi, en ce qui concerne des avantages IRB apparemment largement disponibles sur une période de 25 ans pour des entreprises qui cherchaient à développer des biens commerciaux ou industriels, une société et son successeur avaient reçu plus des deux tiers de ces avantages. Cependant, nous ne pensons pas, au vu du dossier du Groupe spécial, que les États-Unis ont présenté des éléments de preuve à l'appui d'une telle explication.

888. Au lieu de cela, les États-Unis ont avancé les arguments généraux selon lesquels l'économie de Wichita n'était pas diversifiée, la "principale branche de production de Wichita concernait la production d'aéronefs" et Wichita était parfois appelée la "Air Capital of the World" (capitale mondiale de l'air).[1788] Cependant, nous ne pensons pas que les États-Unis ont présenté des éléments de preuve pour démontrer que, même en tenant compte de la place particulière qu'occupe à Wichita la fabrication d'aéronefs, on s'attendrait à ce que Boeing et Spirit reçoivent plus des deux tiers des subventions IRB. Sur cette base, nous souscrivons à l'évaluation du Groupe spécial selon laquelle les arguments des États-Unis concernant la diversification de l'économie de Wichita n'avaient été formulés qu'"en des termes relativement généraux".[1789] En somme, nous ne pensons pas que les États-Unis ont présenté des raisons étayées par des éléments de preuve suffisantes pour mettre en cause l'évaluation selon laquelle l'octroi à Boeing et Spirit de 69 pour cent des montants de subvention IRB représente une attribution différente de ce à quoi on aurait pu s'attendre en ce qui concerne l'attribution d'IRB conformément à leurs conditions d'admissibilité.

[1786] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 184. (note de bas de page omise)

[1787] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 184.

[1788] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 191 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.752; et citant la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 607; et Greater Wichita Convention and Visitors Bureau, "Aviation and Wichita" (pièce US-250 présentée au Groupe spécial), respectivement).

[1789] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.769.

889. Pour les raisons qui précèdent, nous *confirmons*, bien que pour des raisons différentes, la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.779 de son rapport, selon laquelle les subventions IRB accordées par la ville de Wichita en faveur de Boeing et Spirit sont spécifiques au sens de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*.

X. Effets défavorables

A. *Introduction*

890. Après avoir constaté que 15 mesures constituaient des subventions spécifiques dont le montant collectif "s'élevait à au moins 5,3 milliards de dollars"[1790], le Groupe spécial a procédé à l'évaluation des allégations formulées par les Communautés européennes selon lesquelles des effets défavorables avaient été causés à leurs intérêts commerciaux sous la forme d'un préjudice grave au sens des articles 5 c) et 6.3 a), b) et c) de l'*Accord SMC*. Dans son analyse, le Groupe spécial a divisé ces mesures de subventionnement en trois groupes, a indiqué trois marchés de produit pertinents et a examiné deux mécanismes[1791] (qui influaient sur les *prix* de Boeing et sur le développement de *technologies* pouvant être utilisées dans un nouveau modèle de LCA de Boeing) par le biais desquels il était allégué que les subventions causaient un préjudice grave. Cette taxonomie ainsi que les constatations finales du Groupe spécial sont exposées dans le tableau 2, puis expliquées plus en détail dans la partie suivante de la présente section.

Tableau 2 – Structure et résumé de l'allégation des Communautés européennes et de la constatation du Groupe spécial concernant les effets dévaforables

Marché de produit (LCA de Boeing et d'Airbus sur ce marché)	Préjudice grave allégué	Préjudice grave constaté
Marché des LCA de 100 à 200 sièges (737NG et A320)	**Toutes les subventions ont eu des effets sur les prix, qui ont causé ou ont menacé de causer:** • un empêchement notable de hausses des prix de l'A320; • des pertes de ventes notables d'A320; • un détournement de divers marchés de pays tiers des exportations d'A320 des CE et une entrave à ces exportations.	**Les subventions FSC/ETI et la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington ont influé sur les prix fixés par Boeing pour le 737NG, et cela a causé:** • un empêchement notable de hausses des prix de l'A320; • des pertes de ventes notables d'A320; • un détournement de marchés de pays tiers des exportations d'A320 des CE et une entrave à ces exportations.

[1790] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1433 et 7.1700.
[1791] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1596.

Marché de produit (LCA de Boeing et d'Airbus sur ce marché)	Préjudice grave allégué	Préjudice grave constaté
Marché des LCA de 200 à 300 sièges (767, 787, A330, A350 original et A350XWB-800)	**Toutes les subventions ont eu des effets sur les prix, les subventions pour la R&D aéronautique ont eu également des effets sur la technologie, et les deux types d'effets ont causé ou ont menacé de causer:** • un empêchement notable de hausses des prix des A330, A350 original et A350XWB-800; • des pertes de ventes notables d'A330 et d'A350 original; • un détournement de divers marchés de pays tiers des exportations d'A330 et d'A350 original des CE et une entrave à ces exportations; • un détournement des importations d'A330 et d'A350 original des CE du marché des États-Unis et une entrave à ces importations.	**Les subventions pour la R&D aéronautique ont influé sur le développement par Boeing de technologies pour le 787, et cela a causé:** • un empêchement notable de hausses des prix des A330 et A350 original; • des pertes de ventes notables d'A330 et d'A350 original; • une menace de détournement des marchés de pays tiers des exportations d'A330 et d'A350 original des CE et d'entrave à ces exportations.
Marché des LCA de 300 à 400 sièges (777, A340 et A350XWB-900/-1000)	**Toutes les subventions ont eu des effets sur les prix, qui ont causé ou ont menacé de causer:** • un empêchement notable de hausses des prix de l'A340; • des pertes de ventes notables d'A340; • un détournement de divers marchés de pays tiers des exportations d'A340 des CE et une entrave à ces exportations.	**Les subventions FSC/ETI et les réductions du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington et de la ville d'Everett ont influé sur les prix fixés par Boeing pour le 777, et cela a causé:** • un empêchement notable de hausses des prix de l'A340; • des pertes de ventes notables d'A340; • un détournement des marchés de pays tiers des exportations d'A340 des CE et une entrave à ces exportations.

891. Devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont fait valoir que 31 mesures de subventionnement, dont il était allégué qu'elles s'élevaient à un total de 19,1 milliards de dollars[1792], avaient causé un préjudice grave sous la forme d'un empêchement notable de hausses de prix et de pertes de ventes notables, et d'une menace d'empêchement notable de hausses de prix et de pertes de ventes notables, sur le marché mondial, au sens des articles 5 c) et 6.3 c) de l'*Accord SMC*, ainsi que d'un détournement et d'une entrave des importations et des exportations de LCA d'Airbus, respectivement, sur les marchés des États-Unis et de pays tiers, et d'une menace de détournement et d'entrave sur ces marchés, au sens des articles 5 c) et 6.3 a) et b) de l'*Accord SMC*.[1793] Selon les

[1792] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1606. Les Communautés européennes ont en outre estimé que Boeing aurait reçu 4,6 milliards de dollars de subventions additionnelles de 2007 à 2024. (*Ibid*.)

[1793] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1592 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1000); voir aussi le paragraphe 7.1594.

Communautés européennes, "*toutes les subventions* {avaient} ... des "effets sur les prix", en ce sens qu'elles {avaient} permis à Boeing de pratiquer des prix moins élevés pour ses LCA".[1794] En outre, les Communautés européennes ont fait valoir qu'un groupe de subventions – les subventions pour la R&D aéronautique – avaient aussi des "effets sur la technologie" sur un des trois marchés de produit pertinents, en ce sens que ces subventions avaient permis à Boeing de mener des activités de recherche et de concevoir, développer, lancer, produire et vendre sa famille 787 de LCA technologiquement novatrice des années plus tôt qu'elle n'aurait pu le faire autrement.[1795] Ces effets sur les prix et sur la technologie ont affecté à leur tour de façon défavorable les ventes, la part de marché et les prix des LCA concurrents d'Airbus sur les marchés de produit pertinents, selon les Communautés européennes.[1796]

892. Le nombre de mesures dont le Groupe spécial a constaté qu'elles constituaient des subventions spécifiques (15 mesures) et leur montant total ("au moins 5,3 milliards de dollars"[1797]) étaient l'un et l'autre inférieurs à ce qui avait été allégué par les Communautés européennes. Aux fins de son analyse du préjudice grave, le Groupe spécial a divisé ces subventions en trois groupes que nous désignerons de la manière suivante: les "subventions pour la R&D aéronautique"; les "subventions fiscales liées"; et les "subventions restantes".[1798]

893. Les subventions pour la R&D aéronautique, dont le Groupe spécial a constaté qu'elles s'élevaient au moins à 2,6 milliards de dollars, comprennent: i) les versements faits à Boeing et l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA accordé à Boeing par la NASA conformément à des contrats d'achat et à des accords au titre de la Loi sur l'espace conclus dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique en cause; et ii) les versements faits à Boeing et

---

Les Communautés européennes ont allégué que certaines de ces subventions étaient aussi des subventions prohibées (*ibid.*, paragraphe 3.1) et le Groupe spécial a constaté qu'un groupe de mesures de subventionnement, à savoir les subventions FSC/ETI, étaient des subventions prohibées (*ibid.*, paragraphe 8.2 a)).

[1794] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 194 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1598 (italique dans l'original), qui fait référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1229).

[1795] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1596 et 7.1597 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1335, 1343 et 1345).

[1796] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1596.

[1797] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1700.

[1798] À l'exception des subventions pour la R&D aéronautique, le Groupe spécial n'a pas utilisé la même nomenclature pour désigner ces trois groupes. Nous notons que nous utilisons le terme "liées" pour faire référence aux subventions qui se rapportent directement à la production ou à la vente de LCA par Boeing en ce sens que la réception de la subvention est subordonnée à la production ou à la vente d'un produit particulier. Bien qu'il n'ait pas utilisé ce terme pour faire référence aux subventions FSC/ETI ou aux réductions du taux de l'impôt B&O, il apparaît que le Groupe spécial a admis qu'il pourrait être utilisé pour les décrire. (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3783 relative au paragraphe 7.1827)

l'accès aux installations de l'USDOD accordé à Boeing conformément à des instruments d'aide établis dans le cadre des 23 programmes RDT&E de l'USDOD en cause.[1799]

894. Les trois subventions fiscales liées, dont le Groupe spécial a constaté qu'elles s'élevaient approximativement à 2,2 milliards de dollars, comprennent: i) les exonérations d'impôt et exclusions du champ de l'impôt accordées à Boeing au titre de la législation FSC/ETI[1800] ; ii) la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington[1801]; et iii) la réduction du taux de l'impôt B&O de la ville d'Everett (Washington).[1802]

895. Les huit subventions restantes, dont le Groupe spécial a constaté qu'elles s'élevaient à environ 550 millions de dollars, comprennent[1803]: i) les abattements de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes accordés à Boeing en vertu des IRB émises par la ville de Wichita, Kansas; ii) les crédits d'impôt B&O pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatiques et les impôts sur la propriété accordés par l'État de Washington; iii) les exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour le matériel, les périphériques et les logiciels informatiques accordées par l'État de Washington; iv) le programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et le centre de ressources d'emploi institués par l'État de Washington; v) le remboursement d'une partie des frais de relocalisation de Boeing accordé par l'État de l'Illinois; vi) les crédits d'impôt sur une durée de 15 ans pour la croissance de l'économie ("EDGE") accordés par l'État de l'Illinois; vii) l'abattement ou le remboursement d'une partie des impôts sur la propriété de Boeing accordé par l'État de l'Illinois; et viii) le versement en vue de la résiliation du bail du locataire précédent du bâtiment du nouveau siège social de Boeing à Chicago (Illinois).

[1799] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1110, 7.1210, 7.1431 et 7.1433. Le Groupe spécial a dit que ces subventions correspondaient à quatre types de mesures, à savoir: i) les versements faits à Boeing conformément à des contrats d'achat conclus dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique de la NASA en cause; ii) l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA accordé à Boeing conformément à des contrats d'achat et à des accords au titre de la Loi sur l'espace conclus dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique de la NASA en cause; iii) les versements faits à Boeing conformément à des instruments d'aide établis dans le cadre des 23 programmes RDT&E de l'USDOD en cause; et iv) l'accès aux installations de l'USDOD accordé à Boeing conformément à des instruments d'aide établis dans le cadre des 23 programmes RDT&E de l'USDOD en cause. Toutefois, nous rappelons que, pour les raisons expliquées dans la section VI.A, nous considérons les subventions pour la R&D aéronautique comme des transactions de coentreprise qui sont de nature composites.

[1800] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1429. Comme il est expliqué *infra*, à la note de bas de page 1882, les Communautés européennes n'ont pas allégué que les subventions FSC/ETI avaient des effets défavorables sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, et le Groupe spécial a procédé à son analyse en partant de l'idée que ces subventions n'avaient pas d'effets sur ce marché de produit.

[1801] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.302.

[1802] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.354. Comme cela est expliqué *infra* dans la note de bas de page 1879, la réduction du taux de l'impôt B&O de la ville d'Everett s'applique uniquement en ce qui concerne deux des trois marchés de produit pertinents, et non en ce qui concerne le marché des LCA de 100 à 200 sièges.

[1803] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1431 et 7.1825 à 7.1827.

896. Le Groupe spécial a analysé séparément les effets de chaque groupe de subventions, en commençant par le plus important en termes de montant total des subventions (les subventions pour la R&D aéronautique).[1804] Comme il est expliqué plus loin, le Groupe spécial a analysé les "effets sur la technologie" allégués des subventions pour la R&D aéronautique, a évalué les "effets sur les prix" allégués des subventions fiscales liées et, pour finir, a examiné les "effets sur les prix" allégués des subventions restantes.

1. Renseignements de caractère général

a) Marchés pertinents, période de référence et évaluation temporelle des phénomènes sur le marché pertinents

897. Le Groupe spécial a formulé un certain nombre de constatations concernant les "marchés", "produits subventionnés" et "produits similaires" pertinents aux fins de son analyse. Les parties sont convenues, et le Groupe spécial a constaté, que "le marché des LCA {était} un marché mondial sur le plan géographique".[1805] Les Communautés européennes ont partagé le marché mondial des LCA en cinq segments de marché, ou marchés de produit, sur la base du rayon d'action et de la capacité en sièges des LCA. Le tableau 3 présente les trois marchés de produit pertinents pour l'allégation des Communautés européennes.

[1804] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1700. Comme il est expliqué dans la section X.C ci-après, lorsqu'il a analysé les effets des subventions pour la R&D aéronautique accordées par l'USDOD et bien qu'il ait reconnu que, dans la mesure où ils étaient financés par les instruments d'aide, tous les programmes RDT&E auraient pu avoir des effets pertinents, le Groupe spécial a estimé qu'il n'y avait "pas dans le dossier d'éléments de preuve suffisants" indiquant les effets de 21 des 23 programmes RDT&E de l'USDOD. (*Ibid*., paragraphe 7.1701) En conséquence, il a évalué les effets de deux seulement de ces programmes – ManTech et DUS&T – dans son analyse du préjudice grave.

[1805] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1671. Le Groupe spécial a fondé sa constatation sur un certain nombre de facteurs, à savoir: i) Airbus et Boeing se font concurrence pour conclure des marchés avec des compagnies aériennes et des sociétés de location partout dans le monde, et elles reçoivent des commandes de clients situés dans presque toutes les régions géographiques du monde auxquels elles livrent leurs produits; ii) les deux sociétés présentent et commercialisent leurs aéronefs à des salons de l'aéronautique qui se tiennent partout dans le monde et auxquels se rend une foule venant du monde entier; iii) les installations de production et bureaux administratifs d'Airbus et de Boeing sont situés partout dans le monde; et iv) le financement des aéronefs se fait à l'échelle mondiale. (*Ibid*.)

Tableau 3 – Marchés de produit pertinents

Marché de produit	"Produit subventionné" allégué de Boeing	"Produit similaire" concurrent d'Airbus
Marché des LCA de 100 à 200 sièges: LCA monocouloir, d'une capacité de 100 à 200 passagers dans une configuration à deux classes (ou l'équivalent en marchandises) et court ou moyen-courrier	737NG	A320
Marché des LCA de 200 à 300 sièges: LCA à fuselage large, d'une capacité de 200 à 300 passagers dans une configuration à trois classes (ou l'équivalent en marchandises) et moyen, long ou très long courrier	787 767[1806]	A330, A350 original et A350XWB-800
Marché des LCA de 300 à 400 sièges: LCA à fuselage large, d'une capacité de 300 à 400 passagers dans une configuration à trois classes (ou l'équivalent en marchandises) et long ou très long courrier	777	A340 et A350XWB-900/-1000

Source: Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1669 à 7.1672.

898. Les États-Unis ont accepté le partage du marché proposé par les Communautés européennes comme base d'évaluation de l'allégation de préjudice grave formulée par celles-ci[1807], et le Groupe spécial a fait de même.[1808] Le Groupe spécial a aussi été d'avis que, si les Communautés européennes démontr{aient} l'existence de l'une des formes alléguées de préjudice grave énoncées aux alinéas a) à c) de l'article 6.3 pour un LCA subventionné particulier de Boeing et un produit similaire correspondant d'Airbus, elles établir{aient} l'existence d'un préjudice grave aux fins de l'article 5 c) de l'*Accord SMC*.[1809]

[1806] Bien que les Communautés européennes n'aient pas formulé d'allégations concernant le subventionnement du 767 ou le comportement commercial de Boeing en ce qui concerne le 767, il apparaît que les deux parties ont admis, comme le Groupe spécial, que le 767 de Boeing était en concurrence sur le même marché des LCA de 200 à 300 sièges que le 787 et les A330, A350 Original et A350XWB-800 d'Airbus. (Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1774, 7.1775 et 7.1783.)

[1807] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1670. Les États-Unis considéraient que, comme il était ménagé aux parties plaignantes une grande latitude pour élaborer les arguments qu'elles présentaient à l'appui de leurs allégations, dès lors qu'un plaignant identifiait des marchés ou des produits qui étaient raisonnables et cohérents, le groupe spécial devrait accepter cette définition. Même s'ils pensaient qu'il y avait de "graves défauts" dans la segmentation du marché des LCA en cinq groupes proposée par les Communautés européennes, ils ont admis que les produits subventionnés identifiés étaient suffisamment cohérents pour permettre une analyse du marché. (*Ibid*.)

[1808] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1672. Le Groupe spécial a estimé "raisonnable" d'examiner les arguments des Communautés européennes sur la base de leur identification de ces marchés de produit et a précisé qu'il ne donnait pas à entendre qu'il s'agissait de la seule manière, ou de la manière la plus appropriée, de partager le marché des LCA ou d'identifier les produits subventionnés et les produits similaires correspondants pertinents. (*Ibid*.)

[1809] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1667.

899. S'agissant du champ géographique pertinent pour son analyse, le Groupe spécial a fait une distinction entre: i) les allégations au titre de l'article 6.3 c) d'empêchement notable de hausses de prix et de perte de ventes notable formulées par les Communautés européennes; et ii) leurs allégations au titre de l'article 6.3 a) et b) de détournement ou d'entrave des importations ou des exportations. Pour la première catégorie d'allégations, le Groupe spécial a indiqué qu'il effectuerait son analyse sur la base de son interprétation selon laquelle chaque marché de produit avait une portée géographique mondiale.[1810] S'agissant de la deuxième catégorie, toutefois, il a noté que l'article 6.3 a) et b) "lui prescri{vait} expressément d'effectuer son examen du détournement et de l'entrave en se fondant sur les marchés nationaux".[1811] Il a donc expliqué qu'il examinerait s'il y avait eu détournement et entrave des importations ou des exportations d'après les éléments de preuve concernant les ventes réalisées sur les trois marchés de produit dans chaque pays pertinent.

900. Le Groupe spécial a accepté, comme étant une période de référence appropriée aux fins de son analyse du préjudice grave, la période de trois ans proposée par les Communautés européennes – à savoir, la période de 2004 à 2006.[1812] Il a indiqué qu'il tiendrait toutefois compte, pour évaluer l'existence d'un préjudice grave pendant cette période de référence, des "{éléments de preuve} qui concern{aient} des périodes antérieures à 2004, en donnant l'importance qui conv{enait} à ces éléments de preuve compte tenu de leur contexte, de leur pertinence et de leur valeur probante".[1813] En revanche, il a rejeté les arguments des Communautés européennes selon lesquels le montant total de certaines subventions reçues (ou qu'il était prévu de recevoir) pendant la période de 2007 à 2009 devrait être imputée, trois ans plus tôt, à la période de référence de 2004 à 2006.[1814]

901. Les arguments des parties soulevaient aussi certaines questions s'agissant du moment où l'empêchement de hausses de prix, la perte de ventes et le détournement ou l'entrave se produisaient et, partant, concernant la valeur probante des éléments de preuve relatifs aux *commandes* d'aéronefs par rapport aux éléments de preuve relatifs aux *livraisons (effectives)* d'aéronefs. Le Groupe spécial a estimé que les modalités spécifiques de la production et la vente des LCA signifiaient que l'empêchement de hausses de prix et la perte de ventes de ces produits "dev{aient} plutôt être considéré{s} comme commençant au moment où une commande de LCA {était} obtenue (ou {était}

[1810] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1674.
[1811] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1674.
[1812] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1679. Il n'a pas été fait appel de cette constatation. Pour formuler sa constatation, le Groupe spécial a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel cette période de référence était trop courte, eu égard aux longs cycles de développement des produits dans la branche de production des LCA et au fait que les Communautés européennes avaient contesté les subventions accordées sur une longue période, entre 1989 et 2006. (*Ibid*., paragraphe 7.1678)
[1813] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1679.
[1814] Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.252, 7.1812 et 7.1813.

perdue) et se poursuivant jusqu'au moment où l'aéronef {était} livré (ou non) inclus".[1815] En effet, les modalités et conditions d'achat étaient fixées au moment où la commande était passée, mais seule une fraction du paiement était acquittée à cette date. Le paiement complet n'était effectué qu'à la livraison de l'aéronef, des années plus tard.[1816] En revanche, le Groupe spécial a estimé que les termes "importations" et "exportations" figurant à l'article 6.3 a) et 6.3 b) de l'*Accord SMC* indiquaient que le détournement et l'entrave étaient des formes de préjudice grave qui apparaissaient uniquement lors de la livraison de l'aéronef au client.[1817] Autrement dit, comme le détournement ou l'entrave ne se produisaient qu'au moment des importations ou des exportations, ces phénomènes se produisaient seulement lorsque les livraisons de LCA avaient lieu.[1818] Cette interprétation de la façon dont les dispositions pertinentes devaient être appliquées dans le contexte du marché des LCA avait pour conséquence, selon le Groupe spécial, que pour examiner des allégations d'empêchement notable de hausses de prix et de pertes de ventes notables au titre de l'article 6.3 c), les données relatives aux commandes de LCA et aux livraisons de LCA étaient pertinentes. En revanche, seules les données relatives aux livraisons pouvaient définitivement établir le bien-fondé d'allégations de détournement et/ou d'entrave effectifs des importations ou des exportations au titre de l'article 6.3 a) et/ou b).[1819] Le Groupe spécial a ajouté que, s'agissant du détournement ou de l'entrave, puisqu'une commande d'aéronef pouvait être considérée comme représentant une livraison future, elle pouvait constituer un élément de preuve indiquant qu'une importation ou une exportation future serait détournée ou entravée, c'est-à-dire un élément de preuve indiquant l'existence d'une *menace* de préjudice grave.[1820]

b) Aspects clés de la branche de production des LCA

902. Plusieurs des questions relatives au préjudice grave impliquent la structure de la branche de production des LCA ainsi que la nature de la concurrence entre les constructeurs de LCA. Par conséquent, afin de faciliter la compréhension des constatations formulées par le Groupe spécial et de donner un contexte à notre évaluation des questions soulevées en appel, nous commençons par identifier les caractéristiques clés de la branche de production des LCA. Pour ce faire, nous nous

[1815] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1685. Voir aussi le paragraphe 7.1812.
[1816] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1685 (faisant référence à C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business from the Perspective of a Manufacturer" (March 2007) (pièce EC-11 présentée au Groupe spécial) (RCC), paragraphe 49).
[1817] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1685.
[1818] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1686.
[1819] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1686.
[1820] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1686.

fondons sur les constatations formulées par le Groupe spécial[1821], ainsi que sur les questions sur lesquelles les parties s'accordent.

903. Le marché des LCA est un duopole.[1822] Airbus et Boeing détiennent toutes deux une part importante du marché et possèdent une certaine puissance commerciale. Une décision de l'un des constructeurs sur la fourniture et la fixation des prix de ses produits peut influer sur la fixation des prix de l'autre constructeur et, d'une manière plus générale, sur les prix du marché.[1823] Le type et la quantité des nouveaux LCA devant être produits sont tous deux déterminés par chaque constructeur en consultation avec les principales compagnies aériennes et sociétés de location, qui sont les principaux acheteurs des LCA.[1824] Les caractéristiques recherchées par ces clients ont abouti au développement par Airbus et Boeing de modèles de LCA assez semblables. Airbus et Boeing offrent chacun une ligne complète de LCA, et les deux constructeurs se procurent les matériaux et les technologies dans le monde entier, souvent auprès des mêmes fournisseurs.[1825]

904. Les LCA sont vendus aux clients dans le cadre de contrats de longue durée qui donnent souvent lieu à des livraisons d'aéronefs échelonnées sur plusieurs années. Les modalités et conditions de chaque contrat d'achat sont fixées au moment où la commande est passée, et incluent de nombreux éléments différents tels que les spécifications des aéronefs, le prix net, les rabais, les concessions autres que de prix et les arrangements financiers. Un dépôt non remboursable est versé au moment de la signature du contrat d'achat et les constructeurs utilisent généralement les liquidités générées par ces dépôts non remboursables pour financer la production.[1826] Le paiement complet n'est effectué qu'à la livraison de l'aéronef.[1827] Les contrats d'achat de LCA prévoient à la fois le prix de la cellule de

[1821] Avant de passer à l'évaluation de l'allégation de préjudice grave formulée par les Communautés européennes, le Groupe spécial a présenté un aperçu d'aspects clés de la branche de production des LCA "afin de donner un contexte factuel pertinent à {son} évaluation des effets des subventions". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1687)

[1822] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1688 et note de bas de page 3550 y relative. Le Groupe spécial a cité des éléments de preuve indiquant qu'au 31 décembre 2006, les LCA de Boeing et d'Airbus représentaient 90,9 pour cent des LCA exploités et que les autres producteurs, tels que le constructeur russe Tupolev, ne représentaient pas un volume d'offre important et n'étaient actifs que dans certaines régions et que pour certaines catégories spécifiques de produits. (*Ibid.*, note de bas de page 3550 relative au paragraphe 7.1688 (faisant référence à R.P. Muddle, Airlines Capital Associates, Inc., "The Dynamics of the Large Civil Aircraft Industry" (2 March 2007) (pièce EC-10 présentée au Groupe spécial), paragraphe 16))

[1823] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1688.

[1824] Les sociétés de location ont représenté environ 17 pour cent des commandes de LCA et environ 25 pour cent des livraisons de LCA entre 2000 et 2006. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1688 et 7.1689)

[1825] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1688 et 7.1692.

[1826] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1685 (faisant référence à C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business from the Perspective of a Manufacturer" (March 2007) (pièce EC-11 présentée au Groupe spécial (RCC), paragraphe 49).

[1827] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1685 (faisant référence à C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business from the Perspective of a Manufacturer" (March 2007) (pièce EC-11 présentée au Groupe spécial (RCC), paragraphe 49)

base de l'aéronef et la "révision"[1828] de ce prix pour tenir compte du temps qui s'écoule entre la négociation du prix au moment de la commande et la livraison de l'aéronef.

905. La production de LCA comporte des coûts de développement initiaux substantiels pendant une période de plusieurs années, et le retour sur investissement intervient à beaucoup plus long terme – en moyenne 18 ans. La production de LCA se caractérise généralement par des courbes d'apprentissage à forte pente.[1829] Les coûts de production des premières unités d'un nouveau modèle de LCA sont beaucoup plus élevés que les coûts de production des unités suivantes une fois que le constructeur de LCA a commencé à réaliser des rendements de courbe d'apprentissage. Ces rendements étant pris en compte dans les prévisions de coûts d'un constructeur de LCA au moment du lancement du nouveau programme aéronautique, les constructeurs fixent les prix des premières unités de LCA comme s'ils étaient déjà au bas de la courbe d'apprentissage.[1830] Au moment du lancement, le constructeur prévoit des objectifs de prix pour le nouvel aéronef qui, au cours de sa durée de vie prévue, doivent dépasser ses coûts de production moyens entiers d'un montant suffisant pour justifier l'investissement.[1831] L'innovation technologique est un élément clé de la concurrence dans cette branche de production, et la période sur la laquelle un modèle particulier d'aéronef peut être vendu est largement déterminée par la durée de vie de la technologie qui définit le modèle. Lorsque cette technologie deviendra obsolète, le constructeur de LCA devra effectuer d'importantes dépenses d'investissement dans des technologies nouvelles pour maintenir une offre de produits concurrentiels et continuer de réaliser des ventes.[1832]

906. Étant donné l'importance des acquisitions d'aéronefs pour les activités commerciales des clients, chaque campagne de vente est axée sur les besoins particuliers du client visé. Les différences de prix, de capacité et de coût d'exploitation direct sont les principaux facteurs qui déterminent l'issue des campagnes de vente de LCA.[1833] Les clients sont très avertis, et ils effectuent des analyses techniques et économiques approfondies des propositions des constructeurs de LCA.[1834] Cela passe

[1828] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1685.

[1829] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1691. Le Groupe spécial a expliqué que "{l}a courbe d'apprentissage {faisait} référence à la corrélation négative entre la production cumulée et le coût unitaire: plus une entreprise produi{sait} d'aéronefs d'un type donné de LCA, moins il {était} coûteux de produire une unité supplémentaire de cet aéronef". (*Ibid.*, note de bas de page 3561 relative au paragraphe 7.1691 (faisant référence à Professor L.M.B. Cabral, "Impact of Development Subsidies Granted to Boeing" (New York University and CEPR, March 2007) (pièce EC-4 présentée au Groupe spécial), paragraphe 53))

[1830] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1691 (faisant référence à Dr. J. Jordan and Dr. G. Dorman, "Reply to the Report of Professor Cabral" (NERA Economic Consulting, 2007) (pièce US-3 présentée au Groupe spécial), page 15).

[1831] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1691.

[1832] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1691.

[1833] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1694.

[1834] Bien que les moteurs représentent entre 20 pour cent et 30 pour cent du coût total d'un LCA, les acheteurs de LCA négocient généralement avec les motoristes des concessions sur l'achat d'un moteur

par une estimation de la valeur actuelle des coûts associés à l'acquisition d'une nouvelle flotte d'aéronefs (par exemple le prix, les coûts de maintenance, les coûts d'exploitation directs et indirects, le financement, les frais de formation, les coûts associés à l'introduction de nouveaux LCA) par rapport à la valeur actuelle du flux de recettes que la flotte proposée devrait permettre de réaliser. Le calcul en résultant est la valeur actuelle nette de la proposition pour le client.[1835] Les deux parties sont convenues devant le Groupe spécial que la meilleure valeur actuelle nette globale était généralement déterminante pour l'issue d'une campagne de vente et que, comme les caractéristiques technologiques des LCA concurrents étaient fixées au moment d'une campagne de vente, les seules variables qui pouvaient être modifiées pendant cette campagne étaient le prix et les concessions liées au prix. [1836] Des concessions de prix peuvent parfois compenser des désavantages associés à des facteurs non liés au prix.[1837] Selon le Groupe spécial, les sociétés de location ont tendance à se préoccuper davantage du prix que les compagnies aériennes.[1838] Les prix qu'elles obtiennent peuvent constituer une forme de point de repère pour les prix des nouveaux LCA.[1839]

907. Les producteurs de LCA fixent les prix en fonction, entre autres choses, des coûts de développement d'un programme de LCA particulier et des prix du LCA concurrent.[1840] Au moment

---

séparément de leurs négociations d'achats de LCA avec les constructeurs des cellules. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1690)

[1835] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1694.

[1836] Réponse des Communautés européennes à la question n° 81 du Groupe spécial, paragraphe 321: "{B}ien qu'une multitude de facteurs interviennent dans une campagne de vente, en définitive, le seul élément qui peut encore être négocié est le prix final, ou quelque autre concession liée au prix"; observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 81 du Groupe spécial, paragraphe 275: "{l}es États-Unis conviennent avec les Communautés européennes que les caractéristiques technologiques des aéronefs civils gros porteurs de Boeing et d'Airbus qui sont en concurrence sont fixées au moment des campagnes de vente et que la variable dans ces campagnes est le prix et les concessions de prix/autres que de prix".

[1837] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1694.

[1838] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3567 relative au paragraphe 7.1694 (faisant référence à C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business from the Perspective of a Manufacturer" (March 2007) (pièce EC-11 présentée au Groupe spécial (RCC), paragraphe 36) et note de bas de page 3557 relative au paragraphe 7.1689 (faisant référence à R.P. Muddle, Airline Capital Associates, Inc., "The Dynamics of the Large Civil Aircraft Industry" (March 2007) (pièce EC-10 présentée au Groupe spécial), paragraphe 26).

[1839] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1689. Le Groupe spécial a fait observer aussi que, pendant la période de 2000 à 2006, les ventes aux sociétés de location avaient représenté une proportion relativement importante des ventes d'Airbus (20 pour cent) par rapport aux ventes de Boeing (14 pour cent). (*Ibid*., note de bas de page 3556 relative au paragraphe 7.1689)

[1840] Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.2 – Le modèle Cabral, page 779, paragraphe 74. Le Groupe spécial a tenu compte des éléments de preuve indiquant que, "au moment où {était} prise la décision de lancer un programme de LCA, Boeing fix{ait} ses prix sur la base: i) du prix auquel elle esp{érait} que le LCA se vendr{ait} pendant sa durée de vie et ii) du volume prévu des ventes de ce LCA, par rapport iii) aux coûts du programme de LCA (y compris les investissements non récurrents et les coûts récurrents tels que les rendements de courbe d'apprentissage anticipés)" et que, "une fois la décision de lancement prise, la fixation des prix {était} "dictée par le marché" en ce sens que Boeing cherch{ait} à obtenir la valeur marchande la plus élevée pour ses produits compte tenu des conditions du marché". (*Ibid*., note de bas de page 4262 relative au paragraphe 74 (citant la déclaration de Clay Richmond (pièce US-275 (RCES) présentée au Groupe spécial); et faisant

où une commande de LCA est passée, le prix négocié[1841] est généralement plus bas que les prix de la cellule de l'aéronef indiqués sur les listes des documents accessibles au public, en raison des concessions de prix et des crédits accordés par le constructeur.[1842] Le Groupe spécial a "accept{é} les éléments de preuve montrant que Boeing {avait} modifié sa politique de prix à la fin 2004/en 2005 pour devenir beaucoup plus "agressive" à cet égard".[1843]

908. Au cours de son évaluation de l'allégation de préjudice grave formulée par les Communautés européennes, le Groupe spécial a fait référence à certaines dynamiques additionnelles présentes dans la branche de production des LCA. Premièrement, une subvention qui augmente la capacité d'un producteur de LCA de développer des technologies innovantes en vue de l'application dans ses aéronefs est susceptible de donner lieu à un avantage concurrentiel important pour ce constructeur.[1844] Deuxièmement, dans certains cas tout au moins, la concurrence entre des constructeurs de LCA rivaux est affectée par ce qu'il est convenu d'appeler des "frais de changement de fournisseur".[1845] Les frais de changement de fournisseur s'entendent des frais que les acheteurs qui exploitent une famille particulière d'aéronefs doivent supporter pour changer de fournisseur. Ces frais sont, par exemple, liés à la nécessité d'une formation additionnelle pour les pilotes ou à la maintenance des aéronefs

---

référence à C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business from the Perspective of a Manufacturer" (March 2007) (pièce EC-11 présentée au Groupe spécial (RCC), paragraphe 105)) En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont expliqué ce qui suit:

> les décisions de Boeing en matière de fixation des prix des LCA, qui visent à fixer le prix optimal ou maximisant les bénéfices, tiennent compte d'un certain nombre de facteurs, *y compris*: 1) la politique de prix d'Airbus, son concurrent; 2) la force et l'élasticité de la demande; 3) ses prévisions concernant les futures conditions du marché; 4) ses intérêts stratégiques dans des campagnes de vente données; 5) les incidences d'une réduction des prix pour les futures ventes et pour les valeurs résiduelles des aéronefs déjà vendus; et 6) les modifications de ses coûts fixes et variables par produit, ainsi que de ses coûts généraux.

(Réponse des États-Unis à la question n° 298 du Groupe spécial, paragraphe 522) (italique dans l'original))

[1841] Le Groupe spécial a expliqué que, du point de vue du client, "le "prix usine net" d'un aéronef {était} le "prix total de l'aéronef" moins les crédits et les concessions de prix accordés par le constructeur de LCA"; ainsi que les remises accordées par les fournisseurs d'équipements livrés par l'acheteur. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1693) Le prix total de l'aéronef, quant à lui, est constitué du prix catalogue de base de la cellule de l'aéronef, majoré: i) des frais relatifs aux modifications des spécifications types d'aéronefs; ii) des équipements livrés par l'acheteur; iii) des équipements livrés par les fournisseurs; et iv) du prix catalogue de base du moteur. (*Ibid.*)

[1842] Selon le nombre d'années écoulées entre la commande et la livraison de l'aéronef et les conditions d'une révision convenues au moment où la commande est passée, les facteurs de révision du prix peuvent avoir une influence notable sur le prix d'achat qui sera finalement payé au moment de la livraison. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1685 (faisant référence à C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business from the Perspective of a Manufacturer" (March 2007) (pièce EC-11 présentée au Groupe spécial (RCC), paragraphe 49).)

[1843] Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.2 – Le modèle Cabral, page 777, paragraphe 68.

[1844] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1769.

[1845] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818.

après l'introduction d'un nouvel aéronef dans la flotte d'un client.[1846] L'existence de frais de changement de fournisseur donne au fournisseur en place, dans une campagne de vente particulière, un avantage que le fournisseur rival devra compenser dans son offre globale.[1847] Troisièmement, la sensibilité au prix et la concurrence sont plus importantes dans certaines campagnes de vente de LCA que dans d'autres.[1848] Le Groupe spécial a noté que l'importance de chacun des trois facteurs tendant à déterminer l'issue des campagnes de vente de LCA – les prix, la capacité et le coût d'exploitation direct – variait d'une campagne à l'autre, selon le plan concernant la flotte et le plan d'action des acheteurs, selon que l'acheteur était une compagnie aérienne ou une société de location et selon qu'une société de location achetait pour satisfaire une demande connue ou une demande hypothétique.[1849] Le Groupe spécial a aussi noté que les Communautés européennes distinguaient les campagnes de vente concurrentielles des campagnes de vente non concurrentielles.[1850] Quatrièmement, même si la demande de LCA a fortement baissé en 2002 après les attaques du 11 septembre sur le World Trade Center et l'épidémie de SRAS (syndrome respiratoire aigu sévère) de 2003, cette contraction n'a pas duré et la demande de LCA a connu une croissance sans précédent pendant la période de 2004 à 2006.[1851]

[1846] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3776 relative au paragraphe 7.1818.

[1847] Alors que les Communautés européennes et les États-Unis ont tous deux reconnu l'existence de frais de changement de fournisseur et le fait que ceux-ci pourraient inciter un constructeur de LCA à accorder des concessions de prix pour compenser ces frais, ils ont eu des avis divergents sur la mesure dans laquelle ces frais étaient importants et sur les circonstances dans lesquelles ils joueraient un rôle. Par exemple, les Communautés européennes ont fait valoir que les frais de changement de fournisseur impliquaient aussi que les incitations stratégiques qui poussaient un fournisseur à livrer une concurrence agressive pour gagner un nouveau client incluaient l'incitation à devenir le fournisseur en place et partant, à obtenir un avantage dans de futures campagnes de vente concernant ce même client. Les Communautés européennes ont indiqué que les considérations liées aux frais de changement de fournisseur étaient pertinentes dès lors qu'un acheteur envisageait d'acquérir un nouvel aéronef de la même famille que celui qu'il possédait déjà et que, sur cette base, 37,4 pour cent des ventes de Boeing tiendraient compte de considérations liées aux frais de changement de fournisseur. (Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.2 – Le modèle Cabral, pages 768 et 773, paragraphes 37 et 38, et 55, respectivement) Les États-Unis en revanche ont contesté l'existence d'un quelconque lien entre les réductions de prix actuelles et la probabilité de futurs frais de changement de fournisseur. Ils ont aussi fait valoir que des frais de changement de fournisseur apparaissaient uniquement dans les campagnes où un client envisageait l'achat d'aéronefs de la *même variante*, de la *même génération* que sa flotte existante, et que 4,5 pour cent seulement des livraisons de Boeing réalisées entre 2000 et 2006 ont supposé des frais de changement de fournisseur du type de ceux qui pourraient avoir conduit Boeing à faire des concessions de prix pour frais de changement de fournisseur. (*Ibid*., pages 772 et 773, paragraphes 49 à 54)

[1848] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1694 et 7.1820.

[1849] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3568 relative au paragraphe 7.1694.

[1850] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3393 relative au paragraphe 7.1615 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1222).

[1851] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 4.297 et 7.1782. Les Communautés européennes ont noté que, dans leurs réponses à la question n° 299 du Groupe spécial, les deux parties étaient d'accord sur les raisons de la forte demande pendant la période de 2004 à 2006, à savoir: i) la forte demande de services de transport aérien sur les marchés émergents comme la Chine; ii) la libéralisation du marché ainsi que l'ouverture de nouvelles routes et la croissance des transporteurs à bas coûts qui en avait résulté; et iii) les augmentations du coût des carburants qui avaient incité les compagnies aériennes à remplacer les flottes vieillissantes. (Voir la

2. Approche du lien de causalité adoptée par le Groupe spécial

909. Le Groupe spécial a commencé son analyse du préjudice grave en exposant l'approche qu'il avait l'intention d'adopter pour analyser l'allégation des Communautés européennes. Il a indiqué que ces dispositions exigeaient l'établissement d'un lien de causalité entre les subventions en cause et la forme du préjudice grave allégué.[1852] Il a néanmoins estimé qu'étant donné l'absence du type précis de termes concernant le "lien de causalité" et la "non-imputation" qui figuraient dans la partie V de l'*Accord SMC*, ces dispositions donnaient aux groupes spéciaux un certain pouvoir discrétionnaire pour choisir une méthode appropriée afin d'analyser si les subventions avaient causé sur le marché spécifique les phénomènes énumérés dans les alinéas de l'article 6.3.[1853]

910. Le Groupe spécial a relevé que les parties convenaient que "pour déterminer si les subventions en cause dans le présent différend {avaient} pour effet un préjudice grave, il {fallait} procéder à une analyse économique de la manière dont les subventions {avaient} influé sur le comportement commercial de *Boeing* en ce qui concerne la fixation des prix et le développement de tel ou tel LCA".[1854] Le Groupe spécial a décidé d'adopter une approche "unitaire" du lien de causalité, suivant laquelle il n'évaluerait pas les indicateurs du tort en matière de concurrence tels que les prix, les ventes et la part de marché séparément, mais plutôt dans le cadre d'une analyse intégrée du lien de causalité.[1855]

---

réponse des Communautés européennes à la question n° 299 du Groupe spécial, paragraphes 712 à 714; la réponse des États-Unis à la question n° 299 du Groupe spécial, paragraphe 527; et les observations des Communautés européennes sur la réponse des États-Unis à la question n° 299 du Groupe spécial, paragraphe 547.)

[1852] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1656.

[1853] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1656 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 436).

[1854] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1657. (italique dans l'original) Le Groupe spécial a aussi noté que les Communautés européennes pensaient comme les États-Unis que, "pour causer des effets défavorables au sens des articles 5 et 6.3, les subventions {devaient} provoquer une modification du comportement commercial de leurs bénéficiaires au point d'entraîner des effets défavorables". (*Ibid*., note de bas de page 3493 relative au paragraphe 7.1657 (citant la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 646)) Les Communautés européennes ont affirmé que le comportement commercial de Boeing en ce qui concerne la fixation des prix et le développement de certains LCA aurait nécessairement été différent en l'absence des subventions contestées, alors que les États-Unis ont soutenu que le comportement commercial de Boeing aurait été le même. (*Ibid*., paragraphe 7.1657)

[1855] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1658. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, les groupes spéciaux peuvent procéder à une analyse du préjudice grave selon une approche unitaire ou en deux étapes. Dans une approche en deux étapes, l'analyse vise d'abord à identifier l'existence des effets particuliers énumérés à l'article 6.3 de l'*Accord SMC* – tels que le détournement ou l'empêchement notable de hausses de prix – puis, dans une deuxième étape, à examiner s'il existe un lien de causalité entre ces effets et les subventions. Dans une approche unitaire, le groupe spécial procède à une unique analyse intégrée de l'existence des phénomènes sur le marché et de la question de savoir si ces phénomènes ont été causés par les subventions en cause. Bien que l'Organe d'appel ait dit que les deux approches étaient acceptables, il a exprimé sa préférence pour l'approche unitaire parce qu'"il … {était} difficile de comprendre les phénomènes sur le marché décrits dans les divers alinéas de l'article 6.3

911. Le Groupe spécial a dit qu'il adopterait une approche hypothétique pour examiner si les subventions en cause avaient pour effets un détournement ou une entrave, une perte de ventes notable ou un empêchement notable de hausses de prix. Il a expliqué en outre que cette analyse hypothétique se déroulerait en deux étapes.[1856] Tout d'abord, il examinerait les effets des subventions sur les prix et les offres de produits de *Boeing* sur les marchés de produit pertinents. Ensuite, il examinerait les effets que les subventions, par le biais de leurs effets sur Boeing, avaient sur les prix et les ventes d'*Airbus* sur les mêmes marchés de produit.[1857] Le Groupe spécial a ajouté qu'il procéderait à une évaluation des éventuels facteurs de non-imputation aux deux étapes de son analyse intégrée du lien de causalité.[1858] Il a estimé qu'en procédant selon l'approche qu'il avait présentée, il pourrait déterminer s'"il y {avait} un rapport réel et substantiel de cause à effet entre la subvention en question et le détournement ou l'entrave, la perte de ventes notable ou l'empêchement notable de hausses de prix".[1859]

912. Lorsqu'il a exposé l'approche ci-dessus, le Groupe spécial n'a pas donné beaucoup de détails sur son interprétation du lien de causalité requis au titre des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*. Bien qu'aucun des participants n'ait fait appel de la formulation utilisée par le Groupe spécial pour décrire l'approche qu'il envisageait d'adopter, nous estimons utile de rappeler brièvement les principaux éléments d'une analyse du lien de causalité au titre de la partie III de l'*Accord SMC* compte tenu du caractère central de la question du lien de causalité pour nombre des allégations d'erreur formulées dans le présent appel.

913. Une lecture simple du libellé de l'article 5 ("Aucun Membre ne devrait *causer*, en recourant à … une {subvention spécifique} … c) un préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre"[1860]); de

---

isolément des subventions contestées". (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1109) Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 431; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 354.

[1856] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1659. Nous soulignons que cette approche "en deux étapes" adoptée par le Groupe spécial n'était pas la même que l'approche "en deux étapes" adoptée par les Groupes spéciaux *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* et *États-Unis – Coton upland*, qui est expliquée dans la note de bas de page 1851 ci-dessus. Le présent Groupe spécial a expliqué qu'il procéderait à une analyse unitaire du lien de causalité mais que si, pour ce faire, il prendrait en considération les deux étapes par l'intermédiaire desquelles les effets allégués des subventions opéraient: d'abord les effets sur Boeing, puis les effets qui s'en sont suivis sur Airbus.

[1857] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1659.

[1858] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1660. Le Groupe spécial a expliqué ce qui suit: "lorsque nous analyserons si les subventions ont influé sur la fixation des prix et les offres de produits de Boeing, nous analyserons aussi les effets d'autres facteurs dont il est allégué qu'ils ont influé sur ce comportement" et "lorsque nous analyserons les effets des subventions sur les prix et les ventes d'Airbus, nous prendrons en considération l'effet d'autres facteurs que la fixation des prix et les offres de produits de Boeing sur les prix et les ventes d'Airbus sur chacun des trois marchés de produits". (*Ibid.*)

[1859] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1662.

[1860] Pas d'italique dans l'original.

l'article 6.2 ("l'existence d'un préjudice grave ne sera pas constatée si le Membre qui accorde la subvention démontre que celle-ci n'a *eu* aucun des *effets* énumérés {à l'article 6.3}"[1861]); et de l'article 6.3 (qui dispose qu'un préjudice grave peut apparaître dès lors que "la subvention a pour *effet*"[1862] un ou plusieurs des phénomènes sur le marché énumérés dans cette disposition) montre clairement que dans les différends qui concernent des allégations formulées au titre de la partie III de l'*Accord SMC*, un plaignant doit non seulement démontrer l'existence des subventions pertinentes et des effets défavorables à ses intérêts, mais aussi démontrer que les subventions en cause ont *causé* ces effets.[1863] L'Organe d'appel a constamment décrit le lien de causalité requis comme "un rapport réel et substantiel de cause à effet".[1864] En d'autres termes, les subventions doivent contribuer, d'une manière "réelle"[1865] et "substantielle"[1866], à produire ou à entraîner un ou plusieurs des effets, ou phénomènes sur le marché, énumérés à l'article 6.3.

914. Lorsqu'il sera chargé de déterminer si le lien de causalité en question remplit le critère requis d'un lien de causalité "réel et substantiel", un groupe spécial sera souvent en présence de multiples facteurs qui ont pu contribuer, à des degrés divers, à cet effet. En fait, dans certaines circonstances, il peut apparaître que des facteurs autres que la subvention en cause ont causé un effet particulier sur le marché. Cependant, la simple présence d'autres causes qui contribuent à un effet particulier sur le

[1861] Pas d'italique dans l'original.

[1862] Pas d'italique dans l'original.

[1863] Ce précepte fondamental a été reconnu par le premier groupe spécial chargé d'évaluer une allégation formulée au titre de la partie III de l'*Accord SMC*. (Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.154)

[1864] Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 438; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 374; et le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1232. Pour identifier le lien qui doit être établi entre les subventions en cause et les effets pertinents sur le marché, l'Organe d'appel s'est inspiré dans une certaine mesure de la jurisprudence concernant les prescriptions en matière de lien de causalité dans les affaires relatives à des mesures commerciales correctives, tout en rappelant en même temps que les prescriptions explicites en matière de lien de causalité que les accords visés prescrivaient en ce qui concerne les enquêtes antidumping, les enquêtes en matière de droits compensateurs et les enquêtes en matière de sauvegarde "s'appliqu{aient} dans des contextes différents et à des fins différentes" et "ne {devaient}donc pas être transposées automatiquement dans la Partie III de l'*Accord SMC*". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 438)

[1865] Le caractère "réel" du lien de causalité exige d'un plaignant qu'il montre que le lien entre la cause et l'effet est "concret" ou "véritable". Parmi les définitions du terme "genuine" (réel) données par les dictionnaires, on peut citer: "{h}aving the character claimed for it: – real, true, not counterfeit" (qui a le caractère allégué: concret, véritable, non contrefait) et "{n}atural or proper to a person or thing" (naturel ou propre à une personne ou à une chose). (*Shorter Oxford English Dictionary*, 6th edn, A. Stevenson (ed.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 1, page 1094)

[1866] Quant à l'élément "substantiel" du lien de causalité, il concerne l'importance relative de l'agent causal (les subventions en cause) pour ce qui est d'entraîner le (ou les) effet(s) défavorable(s) en question. Parmi les définitions du terme "substantial" (substantiel) données par les dictionnaires, on peut citer "{h}aving solid worth or value, of real significance; solid; weighty; important, worthwhile" (qui a une solide valeur, d'une importance réelle; solide; de poids; important, valable) et "{o}f ample or considerable amount or size; sizeable, fairly large" (d'une quantité ou d'une taille importante ou considérable; appréciable, assez grand). (*Shorter Oxford English Dictionary*, 6th edn, A. Stevenson (ed.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 2, page 3088)

marché n'empêche pas, en soi, qu'il soit constaté que la subvention est une cause "réelle et substantielle" de cet effet. Par conséquent, dans le cadre de son évaluation du lien de causalité entre la subvention en cause et le (ou les) effet(s) qu'elle est alléguée avoir eu(s), un groupe spécial doit chercher à comprendre les interactions entre la subvention en cause et les divers autres facteurs de causalité, et procéder à une évaluation de leur lien avec les effets pertinents, ainsi que de l'importance relative de la subvention et des autres facteurs pour ce qui est d'entraîner ces effets. Pour constater que la subvention constitue une cause réelle et substantielle, un groupe spécial n'a pas besoin de déterminer que c'est la cause *unique* de cet effet, ni même que c'est la *seule* cause substantielle de cet effet. Il doit toutefois veiller à s'assurer qu'il n'impute pas les effets de ces autres facteurs de causalité aux subventions en cause[1867], et que les autres facteurs de causalité ne diluent pas le lien de causalité entre ces subventions et les effets défavorables allégués de sorte qu'il ne soit pas possible de qualifier ce lien de rapport réel et substantiel de cause à effet.[1868] Il peut être constaté que la subvention en cause présente le lien de causalité requis malgré l'existence d'autres causes qui contribuent à produire les phénomènes pertinents sur le marché si, ayant dûment pris en considération tous les autres facteurs contributifs pertinents et leurs effets, le groupe spécial est convaincu qu'il a été démontré que la contribution de la subvention correspond à celle d'une cause réelle et substantielle.

915. Enfin, nous notons que démontrer que les subventions sont une cause réelle et substantielle du préjudice grave allégué est un exercice qui est centré sur les faits et qui fait inévitablement intervenir de nombreux éléments de preuve propres à l'affaire. Il est probable que la façon dont un plaignant pourra chercher à démontrer l'existence des effets et des liens entre les subventions en cause et ces effets, et le type d'éléments de preuve qui pourront être produits à l'appui, varieront considérablement. Bien que chaque évaluation d'un groupe spécial soit très largement axée sur les faits et les circonstances propres à l'affaire, elle ne doit pas s'écarter des prescriptions énoncées plus haut.

3. Analyse par le Groupe spécial des "effets sur la technologie" et des "effets sur les prix"

916. Le Groupe spécial a observé que, dans leurs communications, les Communautés européennes avaient, "étant donné la nature des subventions"[1869], fait une distinction entre, d'une part, les effets des subventions dont la famille 787 des LCA de Boeing tirait avantage et, d'autre part, les effets des subventions dont les familles 737NG et 777 des LCA de Boeing tiraient avantage. Les Communautés européennes ont allégué que toutes les subventions avaient des "effets sur les prix" de chacune de ces

[1867] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 437; rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1232.
[1868] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 375; rapport de l'Organe d'appel CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs, paragraphe 1376.
[1869] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1696.

trois familles de LCA de Boeing sur chacun des trois marchés de produit pertinents, parce que les subventions permettaient à Boeing de demander des prix plus faibles soit en réduisant les coûts marginaux unitaires de Boeing soit en augmentant le flux de liquidités hors exploitation de Boeing. De plus, les Communautés européennes ont soutenu que les subventions pour la R&D aéronautique avaient des "effets sur la technologie" sur l'un de ces marchés de produit parce qu'elles "{avaient} aidé Boeing à développer, lancer et produire un LCA techniquement avancé de 200 à 300 sièges {le 787} beaucoup plus rapidement qu'elle n'aurait pu le faire par ses propres moyens".[1870] Compte tenu de cette interprétation, le Groupe spécial a décidé de commencer son analyse en examinant les "effets sur la technologie" allégués – les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur le développement de technologies pour le 787 par Boeing – et de voir ensuite, pour chacun des trois LCA de Boeing dont il est allégué qu'ils sont subventionnés (le 737NG, le 787 et le 777), si toutes les subventions en cause avaient eu des effets sur la fixation par Boeing des prix de ces modèles de LCA et, de ce fait, avaient causé un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes.[1871]

a) Analyse par le Groupe spécial des "effets sur la technologie" des subventions pour la R&D aéronautique

917. Le Groupe spécial a cru comprendre que les Communautés européennes faisaient valoir que les subventions pour la R&D aéronautique: i) avaient accéléré le développement par Boeing de technologies et de procédés de conception et de fabrication nouveaux et avancés applicables aux LCA, ce qui avait permis à Boeing de mettre le 787 sur le marché beaucoup plus tôt qu'elle n'aurait pu le faire par elle-même; ii) avaient limité et retardé l'accès d'Airbus à des technologies de R&D innovantes; iii) avaient augmenté les qualités marchandes du 787; et iv) avaient permis d'accroître rapidement les livraisons de 787.[1872] Les Communautés européennes ont cherché à démontrer que les subventions pour la R&D aéronautique avaient fourni à Boeing des technologies susceptibles d'exploitation commerciale dans des domaines clés – notamment, les technologies des composites –, ainsi que les connaissances, l'expérience et la confiance pertinentes pour le développement de technologies et procédés commerciaux efficaces.[1873] Il était allégué que ces connaissances, cette expérience et cette confiance avaient permis à Boeing d'évaluer la validité de différentes solutions en matière de conception, de fabrication et d'assemblage même si les technologies appliquées au 787 n'étaient pas les mêmes que celles qui étaient étudiées dans le cadre des programmes de la NASA et

[1870] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1697 (citant la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1343).
[1871] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1699.
[1872] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1601.
[1873] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1601 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1352).

de l'USDOD, et de tirer parti, pour ses propres activités de R&D connexes, des effets sur les connaissances de sa participation à ces programmes.[1874]

918. Pour examiner les effets allégués des subventions sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial a examiné: i) les objectifs des subventions pour la R&D aéronautique; ii) leur structure et conception; iii) leur fonctionnement; et iv) les conditions de concurrence sur ce marché. Cela fait, le Groupe spécial a constaté, dans un premier temps, que "les subventions pour la R&D aéronautique {avaient} contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787" et, de ce fait, "{avaient} conféré un avantage concurrentiel à Boeing".[1875] Selon le Groupe spécial, il était "clair" qu'"en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing n'aurait pas été en mesure de lancer en 2004 un aéronef incorporant l'ensemble des technologies utilisées dans le 787, en promettant de commencer les livraisons en 2008".[1876]

919. Le Groupe spécial a ensuite examiné les éléments de preuve relatifs aux effets que les subventions pour la R&D aéronautique avaient sur les prix et les ventes d'Airbus sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges et a constaté que, pendant la période de référence de 2004 à 2006, ces subventions avaient eu pour effet un préjudice grave sous la forme d'une menace de détournement des exportations des CE de marchés de pays tiers et d'entrave à ces exportations au sens de l'article 6.3 b) de l'*Accord SMC*, ainsi que sous la forme de pertes de ventes notables et d'un empêchement notable de hausses de prix, au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*.[1877]

b) Analyse par le Groupe spécial des "effets sur les prix" des subventions

920. L'analyse par le Groupe spécial des "effets sur les prix" des subventions était divisée en deux parties. Premièrement, le Groupe spécial a examiné les effets des subventions fiscales liées, c'est-à-dire les subventions fiscales qui sont directement liées à la production et à la vente d'un aéronef particulier.[1878] Dans la mesure où elles s'appliquaient aux produits de Boeing sur chaque marché[1879],

[1874] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1604.
[1875] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1773.
[1876] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1775.
[1877] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1797. Selon le Groupe spécial, en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique: i) Airbus aurait obtenu des commandes additionnelles et les Communautés européennes n'auraient pas été menacées d'un détournement des exportations des marchés de pays tiers ou d'une entrave à ces exportations; ii) Airbus aurait réalisé des ventes additionnelles et n'aurait pas perdu de ventes dans une mesure notable; et iii) les prix des LCA d'Airbus pertinents auraient été notablement plus élevés et Airbus n'aurait pas subi un empêchement notable de hausses de prix". (*Ibid.*, paragraphe 7.1794)
[1878] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1801 et 7.1806.
[1879] L'une des subventions fiscales liées – la réduction du taux de l'impôt B&O de la ville d'Everett – ne s'appliquait pas à la construction et à la vente des 737NG et ne faisait donc pas partie de l'analyse par le Groupe spécial des effets des subventions dont il était allégué qu'elles réduisaient les coûts marginaux unitaires sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1803)

le Groupe spécial a constaté que ces subventions fiscales liées avaient pour effet d'empêcher dans une mesure notable des hausses des prix d'Airbus et de faire perdre à Airbus des ventes dans une mesure notable, ainsi que de détourner des marchés de pays tiers les exportations des CE et d'entraver ces exportations sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges.[1880] S'agissant du marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial a estimé qu'il ne serait pas approprié d'effectuer une analyse agrégée des "effets sur la technologie" des subventions pour la R&D aéronautique et des "effets sur les prix" des subventions fiscales liées parce que ces deux groupes de subventions fonctionnaient "selon des mécanismes de causalité entièrement différents".[1881] Seules deux des subventions fiscales liées (les réductions du taux de l'impôt B&O[1882]) s'appliquaient sur ce marché de produit et, s'agissant de leurs effets, le Groupe spécial a constaté ce qui suit: "les éléments de preuve … ne sont pas suffisants pour … conclure que ces subventions ont une importance qui leur permettrait, à elles seules, d'avoir sur les prix du 787 pratiqués par Boeing un effet tel que l'on pourrait constater que leurs effets sur le marché des aéronefs à fuselage large de 200 à 300 sièges consistaient en un empêchement notable de hausses de prix, en une perte de ventes notable, ou en un détournement ou une entrave visant les importations des Communautés européennes aux États-Unis ou leurs exportations vers des pays tiers".[1883]

921. Deuxièmement, le Groupe spécial a examiné les effets des subventions qui n'étaient pas liées à la production d'un LCA particulier et dont il était plutôt allégué qu'elles avaient augmenté les liquidités hors exploitation de Boeing et, partant, renforcer la capacité alléguée de Boeing de pratiquer une "politique de prix agressive".[1884] Bien que les Communautés européennes aient inclus les subventions pour la R&D aéronautique dans cette catégorie, le Groupe spécial a décidé de ne pas inclure les effets de ces subventions dans cette partie de son analyse au motif que, ayant déjà constaté que les subventions pour la R&D aéronautique, par le biais de leurs effets sur la technologie, avaient causé un préjudice grave aux Communautés européennes sur le marché des LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges, il estimait que "ce serait les surestimer que d'analyser également leurs effets sur la base d'une autre interprétation de leur fonctionnement, à savoir qu'elles lib{éraient} des liquidités

[1880] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1823.
[1881] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.
[1882] L'analyse des effets des subventions FSC/ETI effectuée par le Groupe spécial reposait sur l'hypothèse que ces subventions avaient pu avoir des effets uniquement sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges, et non sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Le Groupe spécial a expliqué que cela tenait au fait que les États-Unis avaient abrogé certains aspects de l'exemption pour antériorité des allégements fiscaux FSC et ETI pour les exercices fiscaux commençant après 2006, et qu'aucun 787 ne serait livré avant cette date, et au fait que les Communautés européennes elles-mêmes n'avaient pas allégué que les subventions FSC/ETI influaient sur les prix du 787 et qu'elles n'avaient pas imputé ces subventions FSC/ETI au 787 aux fins de leurs arguments concernant le préjudice grave. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1802)
[1883] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.
[1884] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1825.

additionnelles que Boeing {pouvait} utiliser pour réduire les prix de ses LCA".[1885] En conséquence, le Groupe spécial a analysé les effets des autres subventions dont il était allégué qu'elles avaient augmenté les liquidités hors exploitation de Boeing – les subventions restantes –, qui avaient totalisé environ 550 millions de dollars entre 1989 et 2006. Il n'était "pas convaincu{} que des subventions de cette nature et de ce montant aient influé sur les prix de Boeing d'une manière qui pourrait être décrite comme causant un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes".[1886]

4. Ordre d'analyse des questions soulevées en appel concernant les constatations de l'existence d'un préjudice grave formulées par le Groupe spécial

922. Dans la section B, nous analysons l'appel des États-Unis concernant les constatations du Groupe spécial relatives aux "effets sur la technologie" des subventions pour la R&D aéronautique. Dans la section C, nous examinons l'appel de l'Union européenne, au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle il n'y avait pas dans le dossier d'éléments de preuve suffisants pour lui permettre d'évaluer les effets des programmes RDT&E de l'USDOD (autres que les programmes ManTech et DUS&T). Dans la section D, nous traitons l'appel des États-Unis concernant les constatations du Groupe spécial relatives aux "effets sur les prix" des subventions fiscales liées en cause. Enfin, dans la section E, nous examinons l'appel de l'Union européenne concernant les décisions du Groupe spécial de ne pas procéder à une évaluation collective de certains groupes de subventions et de leurs effets aux fins de son analyse du préjudice grave.

B. *Effets sur la technologie*

1. Introduction

923. Le Groupe spécial a structuré son analyse des "effets sur la technologie" allégués des subventions pour la R&D aéronautique en deux étapes, en commençant par une analyse de l'effet des subventions sur l'offre du 787 de Boeing, et en procédant ensuite à une analyse de l'effet des subventions sur les prix et les ventes d'Airbus.[1887] Il a expliqué qu'à chaque étape de son analyse, il traiterait les éventuels facteurs de non-imputation pertinents.[1888] Il a précisé aussi que son approche globale pour analyser la question de savoir si les subventions pour la R&D aéronautique avaient pour

[1885] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1826.
[1886] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1828.
[1887] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1659 et 7.1660; voir aussi les paragraphes 7.1701 à 7.1797.
[1888] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1660.

effet l'une quelconque des formes de préjudice grave alléguées par les Communautés européennes serait de nature hypothétique.[1889]

924. À l'issue de la *première étape* de son analyse, au cours de laquelle il a examiné l'effet des subventions pour la R&D aéronautique sur l'offre du 787 de Boeing, le Groupe spécial a indiqué que:

> … les subventions pour la R&D aéronautique {avaient} contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787 et que, compte tenu des conditions de concurrence dans la branche de production des LCA, ces subventions {avaient} conféré un avantage concurrentiel à Boeing.[1890]

925. En outre, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

> … en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing n'aurait pas été en mesure de lancer en 2004 un aéronef incorporant l'ensemble des technologies utilisées dans le 787, en promettant de commencer les livraisons en 2008.[1891]

926. À l'issue de la *deuxième étape* de son analyse, en cours de laquelle il a examiné l'effet des subventions pour la R&D aéronautique sur les prix et les ventes d'Airbus, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

> … *en l'absence* des effets de{s} {subventions pour la R&D aéronautique}, i) Airbus aurait obtenu des commandes additionnelles de LCA A330 et A350 original de la part de clients sur les marchés des pays tiers que sont l'Australie, l'Éthiopie, le Kenya et l'Islande en 2005 et 2006, et les Communautés européennes n'auraient pas été menacées d'un détournement des exportations des marchés de pays tiers ou d'une entrave à ces exportations au sens de l'article 6.3 b) de l'Accord SMC; ii) Airbus aurait réalisé des ventes additionnelles d'A330 et d'A350 original pendant la même période et, de ce fait, n'aurait pas perdu de ventes dans une mesure notable sur le marché des LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC; et iii) les prix de l'A330 et de l'A350 original pendant la période de 2004 à 2006 auraient été notablement plus élevés et, de ce fait, Airbus n'aurait pas subi un empêchement notable de hausses de prix sur le marché des LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC.[1892] (italique dans l'original)

[1889] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1661 et 7.1662. Voir aussi les paragraphes 7.1774 et 7.1775.

[1890] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1773.

[1891] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1775.

[1892] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1794.

927. Sur la base de ces deux conclusions intermédiaires, le Groupe spécial a constaté globalement ce qui suit:

> … les subventions pour la R&D aéronautique ont pour effet de menacer de détourner les exportations des Communautés européennes des marchés de pays tiers et de menacer d'entraver ces exportations au sens de l'article 6.3 b) de l'Accord SMC s'agissant du marché des LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges, ainsi que de faire perdre des ventes et d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC s'agissant de ce marché de produit, chacun de ces effets constituant un préjudice grave causé aux intérêts des Communautés européennes au sens de l'article 5 c) de l'Accord SMC.[1893]

928. Les États-Unis demandent l'infirmation de cette constatation globale du Groupe spécial, ainsi que d'un certain nombre de conclusions intermédiaires ayant conduit à cette constatation que le Groupe spécial a formulées au cours des première et deuxième étapes de son analyse du lien de causalité. Dans la sous-section 2, nous donnons des renseignements généraux pertinents en ce qui concerne le Boeing 787. Dans les sous-sections 3 et 4, nous évaluons l'appel des États-Unis concernant la conclusion formulée par le Groupe spécial, au cours de la *première étape* de son analyse, selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont contribué d'une manière réelle et substantielle au développement du 787 et à son lancement en 2004. Dans la sous-section 5, nous examinons l'appel des États-Unis concernant l'utilisation de l'analyse hypothétique par le Groupe spécial dans la mesure où elle concerne les deux étapes. Enfin, dans la sous-section 6, nous examinons la contestation par les États-Unis de la conclusion formulée par le Groupe spécial, au cours de la *deuxième étape* de son analyse, en ce qui concerne les effets que les subventions pour la R&D aéronautique avaient sur Airbus par le biais de l'offre de produits de Boeing.

2. Renseignements généraux concernant le Boeing 787

929. Afin de fournir un contexte pour l'examen des allégations formulées par les États-Unis en appel, nous jugeons utile de présenter un bref historique du Boeing 787, y compris ses caractéristiques technologiques, les raisons de son introduction sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges et la concurrence à laquelle il était confronté sur ce marché, ainsi que des données pertinentes concernant la part de marché et les prix pour les modèles sur ce marché. Nous le faisons sur la base des constatations factuelles du Groupe spécial et des faits de la cause qui n'ont pas fait l'objet d'une controverse entre les parties.

[1893] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1797. Voir aussi les paragraphes 7.1854 a) et 8.3 a) i).

930. Au cours de la période pertinente – de 2004 à 2006 –, les LCA sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges comprenaient le 767[1894] et le 787 de Boeing et l'A330, l'A350 original et l'A350XWB-800 d'Airbus.[1895]

931. À la fin des années 1990, l'évaluation qu'elle faisait du marché a amené Boeing à penser que "la fragmentation des routes entraînerait un nombre plus important de routes à moindre volume, mieux desservies par des aéronefs de moyenne capacité et à plus long rayon d'action"[1896] et la société a décidé de développer un nouveau LCA incorporant des technologies avancées pour répondre aux besoins du marché.[1897] Cela a abouti au développement du 787, qui a été lancé en 2004, les livraisons étant promises aux clients à compter de 2008.[1898] Le Groupe spécial a identifié et décrit six technologies dont les Communautés européennes alléguaient qu'elles avaient été incorporées dans le 787.[1899] La plus remarquable d'entre elles est l'utilisation de tous les fuselages et ailes en composite[1900] et des procédés de fabrication connexes.[1901] Les cinq autres technologies[1902] concernent l'architecture "plus électrique"; l'architecture de systèmes ouverts; l'amélioration de l'aérodynamique et de la conception structurelle; la réduction du bruit; et les systèmes de gestion de l'état de l'appareil.[1903]

932. Au cours des années qui ont précédé le lancement du 787 en 2004, le 767 et l'A330 étaient les principaux aéronefs disponibles sur le marché des LCA des 200 à 300 sièges.[1904] Entre 2000 et 2003, la part de marché de l'A330 a été constamment plus importante que celle du 767 et, en 2003, s'est établie à 82 pour cent. La demande d'aéronefs a reculé en 2002 après les attaques du

[1894] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1774 et 7.1783.
[1895] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1670 et 7.1672.
[1896] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1774.
[1897] Voir "The new-technology Boeing 787 Dreamliner, which makes extensive use of composite materials, promises to revolutionize commercial air travel", *Aviation Week & Space Technology Market Supplement*, 14 mars 2005 (pièce EC-701 présentée au Groupe spécial).
[1898] Le Groupe spécial a noté que, même s'il s'était finalement avéré que Boeing n'était pas en mesure de livrer le 787 en 2008, le fait pertinent était qu'"en 2004 Boeing pensait qu'elle serait en mesure d'effectuer ses premières livraisons en 2008 (et avait fait des promesses contractuelles en ce sens à ses clients)". (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3712 relative au paragraphe 7.1777)
[1899] Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.1.A, page 830, paragraphe 1 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1350). Dans l'Appendice VII.F.1.B, page 830, le Groupe spécial a décrit ces technologies ainsi que la manière dont elles se rapportaient aux technologies appliquées au 787.
[1900] Rapport du Groupe spécial, Appendices VII.F.1.B, pages 830 à 835, paragraphes 3 à 10, et VII.F.1.C, pages 840 à 842, paragraphes 20 à 25. Le Groupe spécial a défini un "composite" comme étant un assemblage de deux matériaux, ou plus à l'échelle macroscopique dont l'association permet d'obtenir des propriétés physiques différentes des propriétés de ces éléments pris séparément. (*Ibid.*, page 830, paragraphe 3)
[1901] Le rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.1.C, pages 840 à 842, fournit certains renseignements généraux concernant la conception et la fabrication du fuselage en composite.
[1902] Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.1.A, page 830, paragraphe 1.
[1903] Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.1.B, pages 835 à 840, paragraphes 12 à 19.
[1904] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1774, 7.1775, 7.1777 et 7.1783.

11 septembre 2001 sur le World Trade Center et l'épidémie de SRAS[1905], mais a repris pour l'ensemble des LCA au cours des années suivantes en raison de la demande de transport aérien sur les marchés émergents[1906], de la libéralisation du marché[1907], et parce que les augmentations du prix des carburants avaient amené les compagnies aériennes à remplacer les vieux aéronefs inefficaces.[1908] Il y a eu, en particulier, une croissance notable de la taille du marché des LCA de 200 à 300 sièges pendant la période de référence, c'est-à-dire de 2004 à 2006.[1909] Airbus et Boeing ont augmenté l'une et l'autre le volume de leurs ventes à l'intérieur de ce marché de produit pendant la période de référence par rapport à la période qui précède immédiatement, c'est-à-dire 2002 et 2003.[1910] S'agissant de la part de marché, la part détenue par Airbus (A330 et A350 inclus) a reculé de 36 pour cent entre 2003 et 2004[1911], alors que de 2004 à 2006, la part détenue par Boeing (767 et 787 inclus) était supérieure à celle d'Airbus, se situant pendant ces années entre 54 pour cent et 66 pour cent du marché des LCA de 200 à 300 sièges.[1912]

933. Bien que les prix de catalogue soient plus élevés que les prix effectifs payés pour les LCA, nous notons que les prix de catalogue de Boeing pour le 767 se situaient entre 118 millions de dollars et 160,5 millions de dollars, et entre 138 millions de dollars et 188 millions de dollars pour le 787.[1913] Pour Airbus, les prix de catalogue étaient de 160 millions et 178 millions de dollars pour l'A330 et de 162 millions et 179 millions de dollars pour l'A350 original.[1914]

3. Analyse par le Groupe spécial des effets des subventions pour la R&D aéronautique sur Boeing

934. La première série d'arguments avancés par les États-Unis se rapporte à la conclusion formulée par le Groupe spécial, à la fin de la première étape de son analyse, selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique "{avaient} contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787 et {selon laquelle}, compte tenu des conditions de concurrence dans la branche de production des LCA, ces subventions {avaient} conféré un avantage concurrentiel

[1905] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1782.
[1906] Réponse des États-Unis à la question n° 299 du Groupe spécial, paragraphe 527; réponse des Communautés européennes à la question n° 299 du Groupe spécial, paragraphe 712.
[1907] Réponse des États-Unis à la question n° 299 du Groupe spécial, paragraphe 527; réponse des Communautés européennes à la question n° 299 du Groupe spécial, paragraphe 712.
[1908] Réponse des États-Unis à la question n° 299 du Groupe spécial, paragraphe 527; réponse des Communautés européennes à la question n° 299 du Groupe spécial, paragraphe 712.
[1909] Rapport du Groupe spécial, tableaux figurant aux paragraphes 7.1782 et 7.1783.
[1910] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1783.
[1911] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1785.
[1912] Rapport du Groupe spécial, tableau figurant au paragraphe 7.1783.
[1913] Ces fourchettes de prix de catalogue sont tirées de la pièce EC-664 présentée au Groupe spécial ("2006 Boeing Jet Prices, as of 2 October 2006").
[1914] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, figure 11 au paragraphe 1176.

à Boeing".[1915] Le Groupe spécial est arrivé à cette conclusion après avoir examiné quatre principaux éléments analytiques: i) les *objectifs* des subventions pour la R&D aéronautique; ii) la *structure et la conception* des subventions pour la R&D aéronautique; iii) le *fonctionnement* des subventions pour la R&D aéronautique; et iv) les *conditions de concurrence* dans la branche de production des LCA. Il a complété son analyse de ces quatre piliers par un appendice de 27 pages annexé à son rapport – Appendice VII.F.1 – dans lequel il: i) indiquait les six domaines technologiques dont les Communautés européennes alléguaient qu'il s'agissait de caractéristiques "clés" du 787[1916]; ii) expliquait le processus de "conception, {de} fabrication et {d'}assemblage du 787"[1917]; et iii) résumait les arguments avancés par les parties en ce qui concerne le rapport entre les subventions pour la R&D aéronautique et le développement par Boeing des six technologies pour le 787.[1918]

935. Au début de son analyse, le Groupe spécial a expliqué qu'il "mettr{ait} principalement l'accent sur les documents relatifs à la recherche effectuée par Boeing et McDonnell Douglas dans le cadre des programmes de R&D aéronautique dans le domaine des composites, et sur les technologies des composites appliquées au 787, en particulier dans le cadre des programmes ACT, AST et Base R&T, qui, d'après ce qui ressort{ait} des éléments de preuve, {étaient} les programmes les plus importants sur les plans commercial et technologique à cet égard".[1919]

936. Le Groupe spécial est ensuite passé à l'examen du premier pilier de son analyse, à savoir les *objectifs* des subventions pour la R&D aéronautique. Le Groupe spécial a fait référence à des déclarations faites par des responsables de la NASA, ainsi qu'à un rapport de la NASA et à des documents du Bureau des études budgétaires du Congrès des États-Unis[1920] confirmant que l'objectif clé des subventions pour la R&D aéronautique en cause était "l'amélioration de la compétitivité et l'accroissement de la part de marché de la branche de production des États-Unis, et de Boeing en particulier, face à la concurrence internationale".[1921]

[1915] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1773.
[1916] Comme nous l'avons noté plus haut, ces six domaines technologiques étaient les suivants: i) technologies relatives aux composites, principalement la conception, le développement, et la fabrication des fuselages et des ailes en composite du 787; ii) architecture plus électrique; iii) architecture de systèmes ouverts; iv) amélioration de l'aérodynamique et de la conception structurelle; v) technologies de réduction du bruit; et vi) systèmes de gestion de l'état de l'appareil. (Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.1.A, page 830, paragraphe 1 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1350))
[1917] Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.1.C, pages 840 et 842, paragraphes 20 à 25.
[1918] Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.1.D, pages 842 à 861, paragraphes 26 à 78.
[1919] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1702.
[1920] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1705 à 7.1708.
[1921] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1704.

937. Deuxièmement, dans son examen concernant la *structure et la conception* des huit programmes de recherche de la NASA[1922] et des deux programmes de recherche de l'USDOD[1923] en cause, le Groupe spécial a défini les objectifs et les priorités en matière de recherche dans le cadre de chacun de ces programmes. S'agissant des programmes de la NASA, il a fait le résumé global ci-après:

> … la NASA exprime de manière cohérente et systématique les objectifs de ses programmes de R&D aéronautique, de même que les motivations qui les sous-tendent, sous l'angle de la promotion de la compétitivité de l'industrie aéronautique des États-Unis au moyen d'un développement technologique débouchant sur des produits supérieurs et moins chers. Il apparaît que les secteurs particuliers visés par ces programmes de R&D ont été choisis en fonction de leur contribution probable au développement commercial de technologies qui étaient perçues comme ayant une importance stratégique particulière pour l'amélioration de la compétitivité de l'industrie des États-Unis. Dans le même ordre d'idée, ces éléments de preuve montrent que les activités de R&D étaient souvent menées sur instruction de l'industrie des États-Unis et en étroite collaboration avec elle. Si la recherche effectuée par Boeing dans le cadre des programmes de R&D de la NASA n'était pas entreprise directement dans le contexte du développement et de la production d'aéronefs civils bien précis, les programmes de R&D de la NASA visaient à renforcer la capacité de Boeing de développer des technologies à des fins commerciales.[1924]

938. Quant aux deux programmes RDT&E de l'USDOD, le Groupe spécial a conclu ce qui suit:

> Il n'est pas spécifiquement dit que les programmes ManTech et DUS&T d{e} {l'US}DOD ont pour objectif d'accorder un avantage concurrentiel à l'industrie aéronautique des États-Unis. En fait, ces programmes ont pour objectif explicite de développer la R&D "à double usage". À cette fin, ils prévoient une collaboration avec la branche de production pour le développement de technologies, incluant des processus et pratiques de réduction des coûts qui ont une application dans le secteur civil. À notre avis, les objectifs de ces programmes RDT&E d{e} {l'US}DOD donnent à entendre que les subventions financées au titre de ces programmes contribuent à accorder à Boeing des avantages concurrentiels.[1925]

939. Le Groupe spécial est passé ensuite au troisième pilier et a procédé à un long examen du *fonctionnement* des subventions pour la R&D aéronautique. Il a commencé par rappeler l'orientation

[1922] Programmes ACT, AST, Base R&T et HSR, projet Computational aerosciences (sciences aéronautiques assistées par ordinateur) du HPCC, programmes QAT, VS et AS. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1709 à 7.1737)
[1923] Programmes ManTech et DUS&T. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1738 et 7.1739)
[1924] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1709.
[1925] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1740.

stratégique des subventions pour la R&D aéronautique, notant que les subventions de la NASA "vis{aient} précisément les domaines qui, d'un point de vue commercial, {étaient} considérés comme les plus importants pour la branche de production des LCA, en ce sens qu'ils offr{aient} les meilleures perspectives de création d'un avantage concurrentiel notable".[1926] Il a noté ensuite que les subventions pour la R&D aéronautique fonctionnaient comme des projets de recherche collaborative avec et pour Boeing et "complétaient les efforts internes de développement de produits déployés par Boeing".[1927] Selon le Groupe spécial, cette complémentarité entre les efforts de recherche de la NASA et les propres efforts de recherche déployés par Boeing était visible "dans la durée du cycle de recherche et développement dans la branche de production des LCA et le rythme de développement des produits de Boeing"; la "très grande diversité et le caractère très pointu des technologies" qui étaient nécessaires pour produire un aéronef supérieur; et dans la collaboration entre Boeing et la NASA pour la spécification et la planification des tâches de recherche pour la NASA et des objectifs de performance technique des différentes subventions pour la R&D aéronautique.[1928]

940. Pour le Groupe spécial, "{u}n autre aspect important du fonctionnement des subventions pour la R&D aéronautique {était} leur rôle dans la réduction du risque de R&D assumé par Boeing".[1929] Sur la base d'éléments de preuve provenant des prévisions budgétaires pour le programme Base R&T de la NASA, ainsi que d'une publication de la NASA, le Groupe spécial a constaté qu'"il y {avait} d'importants facteurs qui dissuad{aient} le secteur privé d'investir dans la {R&D} aéronautique à long terme et à haut risque".[1930] Selon le Groupe spécial, ces "importants facteurs dissuasifs" découlaient de l'"incapacité des sociétés individuelles de profiter pleinement des avantages de ces efforts de recherche, ainsi que de la durée du cycle de recherche et développement aéronautiques, du délai de recouvrement des investissements, et de la très grande diversité et du caractère très pointu des technologies requises pour produire un aéronef supérieur".[1931] Le Groupe spécial a noté ce qui suit:

[1926] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1742.

[1927] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1746.

[1928] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1746. À l'appui de cette constatation, le Groupe spécial a cité un document de conférence présenté par Boeing sur le chemin critique à suivre pour développer un fuselage en composites. L'auteur de ce document expliquait que les trois phases du programme ACT, qui devaient initialement se dérouler de 1989 à 2002, "s{i} {elles} étaient combiné{e}s aux efforts internes financés par Boeing … permettraient à Boeing de se fixer comme objectif l'utilisation d'un fuselage en composites" d'ici à 2002-2003. (*Ibid*. (faisant référence à L.B. Ilcewicz, "Advanced Composite Fuselage Technology", *Third NASA Advanced Composites Technology Conferences*, NASA Conference Publication 3178, Part 1, Vol. 1 (1992) (pièce EC-1338 présentée au Groupe spécial), page 110))

[1929] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1747.

[1930] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1747. À l'appui, le Groupe spécial a fait référence à NASA R&T Base Budget Estimates, FY 1997, SAT 4.5; et FY 1999, SAT 4.1.3 (pièce EC-398 présentée au Groupe spécial). Voir aussi la publication de la NASA "Airborne Trailblazer", chapitre 1 (pièce EC-288 présentée au Groupe spécial), page 2.

[1931] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1747 (faisant référence à NASA R&T Base Budget Estimates, FY 1997, SAT 4.5; et FY 1999, SAT 4.1.3 (pièce EC-398 présentée au Groupe spécial)).

> … {l}es activités de recherche menées grâce aux subventions pour la R&D de la NASA s'inscrivent dans un processus graduel et itératif dans lequel les échecs et l'abandon du développement de certaines technologies servent de point de départ à de nouvelles technologies. En d'autres termes, même la recherche qui n'aboutit pas génère des connaissances et une expérience importantes qui servent pour des développements technologiques ultérieurs.[1932]

941. Le Groupe spécial a donc pensé que la recherche réduisait le risque parce que, "par tâtonnements, les efforts de développement {étaient} peu à peu orientés vers les technologies les plus prometteuses".[1933]

942. Enfin, s'appuyant sur une étude indépendante de 1999 communiquée par les Communautés européennes – l'"étude Peisen"[1934] – qui expose le système de classement de la recherche mis en place par la NASA selon le "niveau de maturité technologique" ou "TRL" des activités, le Groupe spécial a fait observer que le rôle joué par la NASA dans le développement de technologies à plus haut risque entraînait "l'accélération du processus de développement technologique global pour un fabricant de cellules comme Boeing, et faciliterait donc un lancement du produit plus tôt que cela n'aurait normalement été possible".[1935]

943. Le Groupe spécial a enregistré le désaccord entre les parties au sujet du rapport entre les concepts technologiques que Boeing et McDonnell Douglas étudiaient grâce aux subventions pour la R&D aéronautique de la NASA et de l'USDOD, d'une part, et des technologies effectivement appliquées pour le 787, d'autre part. Il a noté que, alors que les États-Unis avaient cherché à souligner les différences entre les deux, les Communautés européennes soulignaient les continuités.[1936] Il a, pour sa part, estimé que le fait de se concentrer sur les différences entre les diverses technologies pouvant exister à des moments donnés "occulterait de manière artificielle et inexacte les liens importants existant entre ces technologies".[1937] Il a expliqué que ces liens résidaient par exemple dans le fait que les éléments de preuve dont il disposait étaient "compatibles avec le fait que les technologies {étaient} à juste titre considérées pour l'essentiel comme des efforts visant à régler des problèmes techniques persistants", ainsi qu'avec le "schéma selon lequel les concepts technologiques étudiés grâce aux subventions pour la R&D de la NASA et les technologies appliquées au 787

[1932] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.7148.
[1933] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1748.
[1934] D.J. Peisen *et al.*, *Case Studies: Time Required to Mature Aeronautic Technologies to Operational Readiness*, Draft Report (SAIC and GRA, Inc., novembre 1999) (pièce EC-795 présentée au Groupe spécial). Nous donnons d'autres détails concernant l'étude Peisen *infra*, paragraphe 973.
[1935] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1748.
[1936] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1749 (faisant référence à la déclaration sous serment d'Alan Miller (pièce US-1258 présentée au Groupe spécial)).
[1937] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1750.

{faisaient} pour l'essentiel partie du même processus d'élaboration de solutions à des problèmes techniques (au moyen d'un exercice collectif d'acquisition progressive des connaissances par tâtonnements impliquant dans une large mesure les mêmes équipes de personnes sur une longue période)".[1938] Le Groupe spécial a conclu que "des technologies qui pouvaient, à un moment donné, être présentées comme distinctes et sans rapport entre elles, étaient en fait des technologies qu'il était plus approprié de considérer comme faisant partie d'un processus unique d'acquisition des connaissances et de progression itératives dans le but d'atteindre un objectif technologique commun".[1939]

944. Le Groupe spécial a rejeté les arguments des États-Unis attribuant le succès des technologies développées pour le 787 à des facteurs autres que les subventions pour la R&D aéronautique, y compris les efforts de Boeing et de ses fournisseurs. En réponse à un argument selon lequel le 787 était le résultat de la propre expérience commerciale antérieure de Boeing et de ses propres efforts de R&D internes substantiels dans le secteur, il a souligné les contributions importantes apportées par les subventions pour la R&D aéronautique aux efforts de recherche antérieurs, ainsi que "la complémentarité et l'interdépendance"[1940] des travaux effectués par Boeing et McDonnell Douglas pour la NASA et des propres efforts de R&D aéronautique de Boeing. Par conséquent, bien que le Groupe spécial ait reconnu que Boeing et ses fournisseurs avaient "investi des sommes importantes"[1941] pour le développement du 787, il a constaté qu'en 2004 ces contributions ne l'avaient pas emporté sur la contribution apportée par les subventions pour la R&D au développement des technologies utilisées sur le 787.[1942]

945. Le Groupe spécial a également été d'avis que les effets des subventions pour la R&D aéronautique ne pouvaient pas être évalués simplement sur la base de la valeur nominale des contributions financières en jeu, qui s'élevaient à "au moins 2,6 milliards de dollars".[1943] De fait, il a constaté que, de par leur nature, les subventions pour la R&D aéronautique "multipli{aient} l'avantage apporté par une dépense donnée".[1944] À cet égard, il a rejeté la thèse selon laquelle "les effets des

[1938] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1750.
[1939] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1750.
[1940] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1756.
[1941] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1757.
[1942] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1758.
[1943] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760. Cette estimation était fondée sur le calcul antérieur fait par le Groupe spécial de la valeur des subventions pour la R&D aéronautique de la NASA. Le Groupe spécial n'a pas quantifié la valeur des subventions pour la R&D aéronautique de l'USDOD. (Voir *ibid*., le paragraphe 7.1433.)
[1944] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.

subventions pour la R&D aéronautique {pouvaient} essentiellement être ramenés à leur valeur monétaire".[1945]

946. Sur la base des observations qui précèdent, le Groupe spécial a conclu, en ce qui concerne le fonctionnement des subventions pour la R&D aéronautique, que ces subventions "vis{aient} à développer et valider de nouvelles technologies que Boeing commercialisera{it}" et qu'"il serait artificiel de traiter leur contribution comme ayant été épuisée ou réduite au point de ne plus constituer une contribution réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787".[1946]

947. Quatrièmement, le Groupe spécial est passé aux *conditions de concurrence* entre Airbus et Boeing. Il a pris note de la "concurrence intense"[1947] qui caractérisait la branche de production des LCA et a exprimé l'avis qu'"une subvention qui augment{ait} la capacité d'un constructeur de LCA de développer des technologies innovantes en vue d'une application dans ses aéronefs {était} susceptible de donner lieu à un avantage concurrentiel important pour ce constructeur".[1948]

948. Dans cette section, le Groupe spécial a aussi répondu aux arguments des États-Unis selon lesquels les subventions pour la R&D aéronautique de la NASA ne conféraient pas d'avantage concurrentiel à Boeing par rapport à Airbus parce que la recherche financée par la NASA était une recherche conceptuelle d'applicabilité générale, dont les résultats étaient diffusés au public et également accessibles à Airbus, et les a rejetés.[1949] Il a rejeté de même un argument selon lequel bon nombre des technologies que les Communautés européennes tentaient de rattacher aux travaux de recherche que Boeing et McDonnell Douglas avaient effectués pour la NASA et l'USDOD dans le cadre des subventions pour la R&D aéronautique étaient fournies par des tiers et Airbus pouvait les obtenir sur le marché.[1950]

949. Sur la base de son évaluation de ces quatre piliers, le Groupe spécial a conclu que "les subventions pour la R&D aéronautique {avaient} contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787 et que, compte tenu des conditions de concurrence dans la branche de production des LCA, ces subventions {avaient} conféré un avantage concurrentiel à Boeing".[1951]

[1945] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.
[1946] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1764.
[1947] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1765 (citant Dr. J. Jordan and Dr. G. Dorman, "Reply to the Report of Professor Cabral" (NERA Economic Consulting, 2007) (pièce US-3 présentée au Groupe spécial), page 18).
[1948] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1769.
[1949] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1770 et 7.1771.
[1950] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1771 et 7.1772.
[1951] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1773.

4. Appel des États-Unis

950. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les subventions pour la R&D aéronautique avaient causé des effets défavorables pour les intérêts des Communautés européennes, au sens des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*, parce qu'elles "{avaient} contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787".[1952] Ils soutiennent que la conclusion du Groupe spécial selon laquelle il existe un lien "réel et substantiel" est erronée, parce que le Groupe spécial n'a pas dûment tenu compte de ses propres constatations selon lesquelles:

a) une grande partie des travaux financés par la NASA avait un faible rapport avec le 787 car elle ne portait pas sur les six technologies fondamentales du 787 identifiées par le Groupe spécial;

b) même la recherche de la NASA concernant le plus directement le volet développement du 787 est très éloignée des dernières technologies utilisées sur cet aéronef;

c) le financement accordé par la NASA n'était que l'une des nombreuses sources dont disposait Boeing pour le développement de technologies et n'était pas disponible pour des étapes ultérieures de la recherche;

d) des sources autres que les subventions étaient à l'origine de la majeure partie de la technologie finalement utilisée pour construire le 787 et de la capacité de Boeing d'appliquer cette technologie au 787; et

e) l'importance des subventions était faible par rapport au coût de développement du 787.[1953]

951. Selon les États-Unis, "lorsqu'on les considère dans leur totalité", les constatations qui précèdent démontrent que le Groupe spécial n'avait pas pu déterminer à juste titre qu'il existait un rapport réel et substantiel de cause à effet entre les subventions pour la R&D aéronautique et les effets défavorables pour les intérêts des Communautés européennes.[1954] Les États-Unis n'indiquent pas,

[1952] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 214 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1773).
[1953] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 257. Bien qu'en appel, les États-Unis présentent leurs arguments en six points, il apparaît qu'ils les ont aussi classés par thème dans les cinq catégories énumérées aux alinéas a) à e) ci-dessus.
[1954] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 257.

toutefois, s'il nous faudrait infirmer la conclusion du Groupe spécial concernant les effets causés par les subventions pour la R&D aéronautique si nous devions admettre que le Groupe spécial a effectivement formulé une ou plusieurs des constatations ci-dessus, mais non qu'il les a toutes formulées. Ils n'expliquent pas non plus s'ils considèrent qu'il nous faudrait infirmer la conclusion finale du Groupe spécial si nous estimions que seul un certain sous-ensemble de ces constatations est incompatible avec cette conclusion.

952. Nous notons qu'il apparaît que les arguments des États-Unis énumérés ci-dessus aux alinéas a) à e) concernent principalement l'analyse par le Groupe spécial du *fonctionnement* des subventions pour la R&D aéronautique, qui constituait le troisième des quatre piliers examinés par le Groupe spécial dans son évaluation globale de la nature des subventions. Ces arguments exigent que nous fassions une détermination sur le point de savoir si, pris individuellement ou cumulativement, les motifs d'appel invoqués par les États-Unis infirment la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique"ont contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787" et selon laquelle il existe un lien de causalité réel et substantiel.[1955]

953. L'un des principaux points de désaccord entre les participants est la qualification appropriée des allégations de États-Unis et, en particulier, la question de savoir si leurs arguments se rapportent à l'application du critère juridique aux faits de l'espèce par le Groupe spécial ou, plutôt, exclusivement à l'appréciation des faits par le Groupe spécial. En l'espèce, le critère juridique pertinent est celui qui est prévu aux articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*, lesquels prescrivent qu'il soit montré que les effets défavorables sont les effets des subventions en cause ou sont causés par les subventions en cause. Comme nous l'avons expliqué plus haut, l'Organe d'appel a constamment défini le lien de causalité requis au titre de l'article 6.3 comme supposant un "rapport réel et substantiel de cause à effet".[1956] Les États-Unis ont précisé que, dans leurs arguments en appel, ils ne cherchaient pas à contester le cadre juridique analytique global adopté par le Groupe spécial[1957]; ils n'alléguaient pas non plus que les erreurs du Groupe spécial "attei{gnaient} le niveau" d'un manquement à l'obligation de procéder à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord[1958] (à l'exception d'une allégation qu'ils formulaient spécifiquement au titre de cette disposition). De fait, ils ont conçu leurs allégations comme se rapportant au fait que le Groupe spécial n'avait pas dûment établi l'existence d'un lien de causalité "réel et substantiel" au sens des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*. Ils

[1955] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1773.
[1956] Voir *supra*, aux paragraphes 912 et 913.
[1957] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 196. Les États-Unis indiquent ici que le Groupe spécial "a présenté correctement le cadre analytique, s'est appuyé sur les autorités appropriées pour orienter son analyse et a énoncé les critères juridiques appropriés". (*Ibid*.)
[1958] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 221.

affirment que, ayant identifié de manière appropriée les prescriptions juridiques des articles 5 c) et 6.3, le Groupe spécial a pris un certain nombre de "raccourcis inadmissibles en appliquant le droit".[1959] Selon les États-Unis, les propres constatations du Groupe spécial concernant la nature et l'importance des subventions pour la R&D aéronautique montrent que tout lien entre les subventions pour la R&D aéronautique de la NASA et de l'USDOD et la capacité de Boeing de lancer un 787 technologiquement novateur "est si atténué" qu'il n'atteint pas le niveau d'un rapport réel et substantiel de cause à effet.[1960]

954. L'Union européenne affirme que tous les arguments avancés par les États-Unis dans cette partie de leur appel se rapportent uniquement au soupesage des éléments de preuve et auraient donc dû être présentés au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord en tant que contestations de l'objectivité du Groupe spécial dans l'examen et l'appréciation des éléments de preuve. Selon l'Union européenne, beaucoup d'arguments avancés par les États-Unis en appel ont été repris du stade du Groupe spécial et ne reflètent rien de plus qu'un simple désaccord avec les constatations factuelles du Groupe spécial.[1961] L'Union européenne souligne que des types d'arguments semblables ont été avancés dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* et que, dans ce différend, l'Organe d'appel les a traités comme des arguments se rapportant exclusivement aux constatations factuelles.[1962]

955. Nous rappelons que l'Organe d'appel a reconnu qu'il était difficile de faire "clairement la distinction entre les questions qui {étaient} purement juridiques ou purement factuelles, ou celles qui {étaient} des questions mixtes de droit et de fait" et a dit que "{d}ans la plupart des cas ... une question {serait} *soit* une question d'application du droit aux faits, *soit* une question concernant l'évaluation objective des faits, et non les deux".[1963] L'Organe d'appel a constaté que des allégations impliquant l'évaluation des faits et des éléments de preuve par un groupe spécial relevaient de l'article 11 du Mémorandum d'accord.[1964] Par contre, "{l}a compatibilité ou l'incompatibilité d'un fait

[1959] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 196; voir aussi le paragraphe 201.
[1960] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 217.
[1961] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphes 326 et 327.
[1962] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 329 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1316).
[1963] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 872. (italique dans l'original)
[1964] Cela inclut les allégations selon lesquelles un groupe spécial: a outrepassé le pouvoir dont il disposait en tant que juge des faits (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151); n'a pas tenu compte des éléments de preuve versés au dossier ou ne disposait pas d'une base d'éléments de preuve versés au dossier suffisante pour sa constatation (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 338); a manqué d'équité dans le traitement des éléments de preuve (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 292); n'a pas fourni d'explications motivées et adéquates de ses constatations (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de*

ou d'un ensemble de faits donné avec les prescriptions d'une disposition conventionnelle donnée est … une question de qualification juridique" et, donc, une question de droit.[1965] L'Organe d'appel a dit en outre que la question de savoir si un groupe spécial avait correctement interprété une disposition des Accords de l'OMC et avait correctement appliqué cette interprétation aux faits de la cause était une question de droit.[1966]

956. Une partie est libre de formuler son allégation en appel comme elle l'entend.[1967] Toutefois, des conséquences importantes découlent de ce choix, y compris le critère d'examen qui sera appliqué pour se prononcer sur cette allégation. Lorsqu'il estimait qu'une allégation consistait uniquement à contester l'objectivité de l'évaluation des éléments de preuve faite par le Groupe spécial, l'Organe d'appel s'est abstenu d'examiner de telles allégations dans les cas où le participant qui les présentait n'avait pas formulé une allégation au titre de l'article 11 dans sa déclaration d'appel ou n'avait pas étayé une telle allégation dans ses communications.[1968]

957. En l'espèce, le Groupe spécial a constaté que les "subventions pour la R&D aéronautique {avaient} contribué d'une manière *réelle et substantielle* au développement par Boeing de technologies pour le 787".[1969] Il a utilisé un libellé semblable pour résumer les conclusions intermédiaires qu'il a tirées de son examen des quatre piliers qu'il avait pris en considération.[1970] Le libellé qu'il a utilisé pour décrire la façon dont les subventions pour la R&D avaient contribué au

---

construction résineux VI (article 21:5 – Canada), paragraphe 97); ou n'a pas présenté un raisonnement cohérent (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 293 et note de bas de pas 618 y relative, et paragraphe 294).

[1965] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 132.

[1966] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 399.

[1967] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 872; rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 177; rapport de l'Organe d'appel *Japon – Pommes*, paragraphe 136.

[1968] Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 274.

[1969] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1773. (pas d'italique dans l'original)

[1970] Par exemple, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

- il n'était pas très réaliste de penser que le gouvernement des États-Unis "aurait accordé des subventions pour la R&D aéronautique de l'importance de celles que Boeing (et McDonnell Douglas) a reçues entre 1989 et 2006 sans que ces subventions ne contribuent d'une *manière réelle et substantielle* à améliorer la compétitivité de Boeing";
- les subventions pour la R&D aéronautique "visent à développer et valider de nouvelles technologies que Boeing commercialisera, et nous estimons qu'il serait artificiel de traiter leur contribution comme ayant été épuisée ou réduite au point de ne plus constituer une *contribution réelle et substantielle* au développement par Boeing de technologies pour le 787"; et
- les subventions pour la R&D aéronautique "ont contribué d'une *manière réelle et substantielle* au développement par Boeing de technologies pour le 787 et … compte tenu des conditions de concurrence dans la branche de production des LCA, ces subventions ont conféré un avantage concurrentiel à Boeing".

(Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1740, 7.1764 et 7.1773, respectivement (pas d'italique dans l'original); voir aussi les paragraphes 7.1752, 7.1754 et 7.1758)

développement du 787 – c'est-à-dire d'une manière "réelle et substantielle" – rappelle le critère *juridique* énoncé par l'Organe d'appel pour déterminer l'existence du lien de causalité requis entre les subventions et les effets défavorables indiqués à l'article 6.3 a) à c) de l'*Accord SMC*. Néanmoins, l'utilisation répétée par le Groupe spécial de l'expression "réel{le} et substantiel{le}" n'établit pas, à elle seule, que le Groupe spécial parvenait dans chaque cas à une conclusion juridique, plutôt que factuelle.

958. Les constatations intermédiaires d'un groupe spécial peuvent être soit juridiques soit factuelles, ou comporter à la fois des éléments factuels et des éléments juridiques. Lorsque l'on examine les constatations d'un groupe spécial, il est souvent difficile de démêler les conclusions juridiques ou le raisonnement juridique des constatations factuelles. Dans les cas où il y a ambiguïté, il appartiendra à l'Organe d'appel de déterminer si une constatation – et une contestation y relative formulée en appel – est dûment qualifiée de juridique ou de factuelle, dans les circonstances propres à l'affaire. Les États-Unis forment un appel au motif que le Groupe spécial a fait erreur en appliquant le critère juridique aux faits, et nous allons évaluer leurs allégations sur cette base, sauf dans les cas où nous déterminerons que la constatation du Groupe spécial et la contestation de cette constatation par les États-Unis se rapportent exclusivement à l'évaluation factuelle faite par le Groupe spécial. Dans de telles circonstances, nous ne serons pas en mesure de procéder à notre examen en l'absence d'une allégation des États-Unis au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.

959. Ayant ces considérations à l'esprit, nous passons aux arguments spécifiques formulés par les États-Unis en appel.

5. Motifs d'appel spécifiques invoqués par les États-Unis

a) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en "extrapolant les constatations" concernant trois programmes de la NASA relatifs aux composites à tous les programmes de R&D

960. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur parce qu'il n'a examiné de façon détaillée que trois programmes de la NASA – les programmes ACT, AST et Base R&T – puis "{a} extrapol{é} leurs effets" aux autres programmes de R&D de la NASA et de l'USDOD en cause.[1971] Les États-Unis reconnaissent que les programmes ACT, AST et Base R&T, dans le cadre desquels les composites font l'objet de recherches, sont les programmes "les plus importants sur les plans commercial et technologique"[1972], mais ils soutiennent que, en extrapolant leurs effets aux autres

[1971] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 222.
[1972] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 222 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1702).

programmes de la NASA et de l'USDOD, le Groupe spécial "a exagéré l'effet" de ces autres programmes qui, selon sa propre estimation, étaient moins pertinents pour les technologies utilisées pour le 787 et avaient peu de rapport avec elles.[1973]

961. Les États-Unis soulignent en particulier le traitement par le Groupe spécial de deux programmes de la NASA – les programmes HSR et AS – qui, selon eux, ne s'inscrivaient pas dans l'"enchaînement de causalité"[1974] ayant mené au développement des technologies utilisées pour le 787. S'agissant du programme HSR, les États-Unis font référence à l'explication du Groupe spécial selon laquelle ledit programme visait à développer un appareil de transport civil supersonique à grande vitesse et à remédier aux problèmes environnementaux causés par les effets atmosphériques et le bruit ambiant.[1975] Selon les États-Unis, ces objectifs technologiques étaient manifestement différents de ceux indiqués par le Groupe spécial (ou par les Communautés européennes) comme étant essentiels pour le 787.[1976] En outre, les États-Unis mentionnent le fait que le Groupe spécial a reconnu que la recherche supersonique dans le cadre du programme HSR s'était soldée par un échec puisque Boeing avait finalement abandonné l'idée de lancer un aéronef civil supersonique.[1977] S'agissant du programme AS, les États-Unis notent la constatation du Groupe spécial selon laquelle les objectifs de ce programme incluaient: "i) la recherche scientifique fondamentale et la recherche centrée sur des disciplines données; ii) la recherche multidisciplinaire, la recherche sur les effets couplés et la recherche fondée sur les composants; iii) l'intégration de sous-systèmes ou l'intégration multidisciplinaire; et iv) la conception au niveau système".[1978] Ils font valoir qu'en outre, le programme AS était destiné à "sauver des vies" et non à développer des technologies compétitives pour l'usage exclusif ou dominant de Boeing.[1979] Pour les États-Unis, la présence d'activités de recherche subventionnées qui n'avaient pas de rapport avec les technologies du 787, dans la catégorie plus large des subventions pour la R&D aéronautique analysées par le Groupe spécial, soulève la question de savoir si les activités de recherche menées dans le cadre des programmes qui se

[1973] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 222.
[1974] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 226.
[1975] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 226 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1728). De plus, les États-Unis relèvent que le programme HSR représentait 40 pour cent des 1,05 milliard de dollars de contrats de la NASA dont il avait été constaté qu'ils étaient des subventions. (*Ibid.*)
[1976] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 226.
[1977] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 226 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1730).
[1978] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 225 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1737).
[1979] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 225.

rapportaient effectivement aux technologies utilisées pour le 787 étaient suffisantes pour causer le préjudice grave constaté par le Groupe spécial.[1980]

962. L'Union européenne ne souscrit pas aux arguments des États-Unis concernant l'"extrapolation". À son avis, le Groupe spécial a évalué les éléments de preuve dont il disposait et a conclu à juste titre que tous les programmes de recherche avaient contribué, à des degrés différents, au développement des technologies utilisées pour le 787.[1981] L'Union européenne note que, outre les éléments de preuve concernant les trois programmes de la NASA relatifs aux composites, le Groupe spécial disposait d'éléments de preuve concrets de "retombées technologiques" des cinq autres programmes de la NASA (ne concernant pas les composites) que Boeing appliquait au 787, et que ces éléments de preuve sont mentionnés dans l'Appendice VII.F.1 du rapport du Groupe spécial.[1982] En tout état de cause, l'Union européenne fait valoir que l'accent mis par les États-Unis sur une application exacte au 787 des technologies étudiées dans le cadre des programmes de R&D ne tient pas compte de l'effet cumulatif des subventions pour ce qui est de permettre à Boeing d'identifier une solution optimisée pour la conception du 787 au meilleur moment.[1983]

963. Nous prenons comme point de départ la propre description faite par le Groupe spécial de la manière dont la recherche menée par Boeing dans le cadre des programmes de la NASA et de l'USDOD a contribué au développement des technologies utilisées pour le 787. Le Groupe spécial a commencé son analyse en attirant l'attention sur l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle "les caractéristiques techniques les plus importantes du 787" qui découl{aient} des subventions pour la R&D aéronautique "{étaient} le fuselage en composites, l'aile en composites et les outils et procédés de fabrication des composites".[1984] Le Groupe spécial a précisé que les programmes AST, ACT et Base R&T de la NASA, en vertu desquels Boeing et McDonnell Douglas ont mené des recherches dans le domaine des composites et des technologies relatives aux composites, étaient les "programmes les plus importants sur les plans commercial et technologique", et il a expliqué que, pour cette raison, il "mettr{ait} principalement l'accent" sur la recherche menée dans le cadre de ces programmes.[1985] Les participants sont convenus à l'audience que le Groupe spécial n'avait pas fait erreur en choisissant ces trois programmes comme étant les plus importants "sur les plans commercial et technologique", du fait de la recherche sur les composites menée dans le cadre de ces programmes.

[1980] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 228.
[1981] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 366 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1702).
[1982] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 363.
[1983] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphes 372 et 373.
[1984] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1702.
[1985] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1702.

964. L'importance accordée par le Groupe spécial aux technologies des composites – et aux programmes ACT, AST et Base R&T dans le cadre desquels ces technologies ont été étudiées – est mise en évidence dans son analyse. Le Groupe spécial a pris note de la prépondérance des structures en composites utilisées pour le 787[1986], et il a expliqué comment les objectifs de recherche de la NASA concernant les composites avaient évolué de 1989 jusqu'aux années 2000 dans le cadre des programmes successifs ACT, AST et Base R&T.[1987] Le Groupe spécial a mis en évidence un exemple spécifique d'activité de recherche menée par les ingénieurs de Boeing en vertu d'un contrat financé par le programme ACT – le programme Advanced Composite Technology Fuselage (technologie des composites à haute performance pour le fuselage) ("ATCAS") – qui avait conduit au développement

[1986] Le Groupe spécial a noté, par exemple: que le fuselage du 787 – composé de cadres, de lisses et de peau – était fabriqué à partir de matériaux composites utilisant différentes technologies innovantes (rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.1.C, page 841, paragraphes 22 et 23); que l'utilisation des composites était innovante parce que, auparavant, les aéronefs étaient construits au moyen de l'assemblage de panneaux par boulonnage, ce qui augmentait le poids et nécessitait des raccords et des joints dont la maintenance était coûteuse (page 840, paragraphes 21 et 22); et que des fournisseurs avaient contribué à la fabrication de la voilure en composite du 787 (page 842, paragraphe 25). Dans l'Appendice VII.F.1.B, pages 830 à 835, paragraphes 3 à 10, et l'Appendice VII.F.1.C, pages 840 à 842, de son rapport, le Groupe spécial a décrit l'accroissement de l'utilisation des composites pour plusieurs modèles antérieurs d'Airbus et de Boeing, jusqu'à l'aéronef 787.

[1987] Par exemple, le Groupe spécial a noté que la NASA avait lancé le programme ACT en tant que "nouveau programme d'envergure" pour les structures primaires d'aile et de fuselage en composites en 1988. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1710) Il a indiqué comment, entre 1988 et 1995, la recherche sur les composites avait été structurée en phases dans le cadre du programme ACT auquel avaient succédé les programmes AST et Base R&T, qui avaient eux-mêmes été appliqués de la fin des années 1990 jusqu'aux années 2000. (*Ibid.*, paragraphes 7.1710 à 7.1727) Le Groupe spécial a expliqué comment la recherche sur les composites menée dans le cadre de ces programmes successifs de la NASA était destinée à réduire le poids des appareils de transport et les coûts de production des composites pour aéronefs, ce qui permettrait finalement un accroissement des performances des aéronefs et une diminution des coûts d'exploitation. Par exemple, en décrivant les objectifs du programme AST, le Groupe spécial a mis en avant la déclaration suivante contenue dans un document concernant les prévisions budgétaires du programme AST de la NASA:

> Si le niveau actuel avéré de la technologie des composites laisse augurer d'une amélioration des performances des aéronefs et d'une diminution des coûts d'exploitation grâce à la réduction du poids structurel, il entraîne une augmentation des coûts de construction, qui représentent à l'heure actuelle deux fois le coût de l'aluminium. Les objectifs de l'élément composites sont de réduire le poids des aéronefs de transport civil de 30 à 50 pour cent et leur coût de 20 à 25 pour cent par rapport aux aéronefs métalliques d'aujourd'hui. Cela représente une économie potentielle directe de 16 pour cent sur les coûts d'exploitation pour les compagnies aériennes et accroît la compétitivité des aéronefs de transport construits aux États-Unis. En collaboration avec l'industrie et {l'Administration fédérale de l'aviation}, des activités de recherche sont menées pour valider la technologie en vue de l'application de nouvelles techniques de fabrication de composites, comme le piquage dans l'épaisseur et le moulage par injection de résine, les préformes textiles et le placement avancé de fibres, pour les ailes des aéronefs.

(Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1716 (citant NASA AST Budget Estimates, FY 1992-FY 2001 (pièce EC-357 présentée au Groupe spécial), FY 1996, SAT 4-38))

du fuselage en composites en tronçons d'un seul tenant, un élément caractéristique du 787.[1988] Le Groupe spécial a fait aussi référence aux *connaissances et à l'expérience* considérables acquises par les ingénieurs de Boeing qui travaillaient dans le cadre des programmes de la NASA relatifs aux composites, et il a précisé comment le fait de s'être plongés pendant plusieurs années dans la fabrication et la conception des composites leur avait permis de "tirer parti des connaissances et de l'expérience considérables ainsi accumulées dans le cadre d'activités ultérieures de R&D sur les composites".[1989] Cette expérience avait entraîné des avantages tangibles – par exemple, le Groupe spécial a noté que "l'avantage le plus important que le programme ACT {avait} apporté à Boeing était le fait que ses ingénieurs avaient pu acquérir de l'expérience et travailler en se pliant à des restrictions réelles s'agissant du programme de développement et à des objectifs clairs en matière de coûts".[1990]

965. Nous rappelons que l'argument présenté en appel par les États-Unis est que le Groupe spécial "a extrapolé" les constatations formulées concernant les trois programmes relatifs aux composites aux cinq autres programmes de la NASA et aux deux autres programmes de l'USDOD qu'il a examinés. Les États-Unis attirent notre attention sur deux programmes de la NASA en particulier – les programmes HSR et AS – et affirment que les constatations du Groupe spécial concernant ces programmes montrent peu ou pas de rapport avec les technologies dont le Groupe spécial a constaté (et au sujet desquelles les Communautés européennes avaient fait valoir) qu'elles étaient responsables du succès du 787 en 2004.

966. Nous rappelons que le Groupe spécial a étudié les objectifs techniques des programmes HSR et AS lors de son examen de la *structure et de la conception* des subventions, dans le cadre du deuxième pilier de son analyse. S'agissant du programme HSR, le Groupe spécial a noté que la recherche visait le développement d'un appareil de transport civil supersonique à grande vitesse. Dans la phase I, l'objectif était de définir les "exigences relatives à la compatibilité environnementale dans les domaines des effets atmosphériques, du bruit ambiant et du bang sonique" et de mettre en place "un fondement technologique permettant de répondre à ces exigences".[1991] Dans la phase II, le

[1988] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1751. Le Groupe spécial a souscrit à l'avis des Communautés européennes selon lequel les travaux menés par Boeing dans le cadre de l'ATCAS, comprenant la préparation d'un fuselage constitué de quatre panneaux en quart de cercle, avaient servi de "feuille de route" permettant à Boeing de parvenir à la solution relative au tronçon de fuselage en composite d'un seul tenant qu'elle avait utilisée ultérieurement pour le 787. (*Ibid.*)

[1989] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3684 relative au paragraphe 7.1756 (faisant référence à la déclaration de Patrick Gavin *et al.* (8 novembre 2007) (pièce EC-1175 présentée au Groupe spécial (version RCES/RCC)), paragraphe 27).

[1990] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3684 relative au paragraphe 7.1756 (citant D. Wacht, "An Analysis of Selected NASA Research Programs and Their Impact on Boeing's Civil Aircraft Programs" (November 2006) (pièce EC-15 présentée au Groupe spécial (RCC)), page 67).

[1991] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1728 (citant NASA HSR Budget Estimates, FY 1991-FY 2001 (pièce EC-343 présentée au Groupe spécial), FY 1994, RD 9-31).

programme examinerait "les technologies fondamentales requises par l'industrie aéronautique des États-Unis pour prendre des décisions éclairées sur le développement et la production de futurs {appareils de transport civil supersoniques à grande vitesse}".[1992] S'agissant du programme AS, le Groupe spécial a noté que la recherche dans le cadre de ce programme contribuerait à réduire les taux d'accident d'aéronef mortels et non mortels et comprendrait "la recherche scientifique fondamentale et la recherche centrée sur des disciplines données; la recherche multidisciplinaire, la recherche sur les effets couplés et la recherche fondée sur les composants; l'intégration de sous-systèmes ou l'intégration multidisciplinaire; et la conception au niveau système".[1993]

967. Il ressort clairement des descriptions ci-dessus des objectifs techniques du programme HSR et du programme AS que le Groupe spécial n'a pas lié explicitement l'une quelconque des six technologies utilisées pour le 787 à la recherche menée en vertu des deux programmes.[1994] Toutefois, cela ne suffit pas pour valider l'argument des États-Unis selon lequel, en ne faisant pas ce lien, le Groupe spécial "a extrapolé" par conséquent indûment les constatations relatives aux programmes ACT, AST et Base R&T. Cela tient à ce que la constatation d'un enchaînement de causalité formulée par le Groupe spécial ne reposait pas sur l'existence d'un rapport direct entre les technologies existant sur le 787 et la recherche menée en vertu des programmes de la NASA et de l'USDOD. En fait, comme le Groupe spécial l'a expliqué, les technologies utilisées pour le 787 doivent être considérées comme le produit d'un processus de recherche progressif qui a évolué graduellement par étapes. Le Groupe spécial a par ailleurs expliqué que les "concepts technologiques étudiés grâce aux subventions pour la R&D de la NASA et les technologies appliquées au 787 {faisaient} pour l'essentiel partie du même processus d'élaboration de solutions à des problèmes techniques (au moyen d'un exercice collectif d'acquisition progressive des connaissances par tâtonnements impliquant dans une large mesure les mêmes équipes de personnes sur une longue période)".[1995] En outre, le Groupe spécial a souligné que "des technologies qui pouvaient, à un moment donné, être présentées comme *distinctes et sans rapport entre elles*, étaient en fait des technologies qu'il était plus approprié de considérer comme faisant partie d'un processus unique d'acquisition des connaissances et de progression itératives dans le but d'atteindre un objectif technologique commun".[1996] Par conséquent, pour le

[1992] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1729 (faisant référence à NASA HSR Budget Estimates, FY 1991-FY 2001 (pièce EC-343 présentée au Groupe spécial), FY 1994, RD 9-33).
[1993] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1737 (faisant référence à NASA Aviation Safety Budget Estimates, FY 2000-FY 2007 (pièce EC-382 présentée au Groupe spécial), FY 2007, SAE ARMD 2-7).
[1994] Nous rappelons que les Communautés européennes avaient indiqué au total six technologies qui étaient utilisées pour le 787. Mis à part les technologies des composites, il s'agissait des technologies liées à une architecture "plus électrique"; à une architecture de systèmes ouverts; à l'amélioration de l'aérodynamique et de la conception structurelle; à la réduction du bruit; et aux systèmes de gestion de l'état de l'appareil.
[1995] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1750.
[1996] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1750. (pas d'italique dans l'original)

Groupe spécial, "même la recherche qui n'aboutit pas génère des connaissances et une expérience importantes qui servent pour des développements technologiques ultérieurs".[1997]

968. Le Groupe spécial a donc considéré que le lien de causalité englobait non seulement la recherche menée en vertu des programmes de la NASA et de l'USDOD que l'on pouvait retrouver directement dans les technologies du 787, mais aussi la recherche qui avait un rapport moins direct et s'était même soldée par un échec. Formulé à un tel niveau de généralité, ce lien de causalité pourrait donner à penser que tout programme, indépendamment de la mesure dans laquelle la recherche menée dans son cadre pourrait être liée aux technologies finales du 787, serait inclus. Toutefois, le Groupe spécial a montré, au moyen de plusieurs exemples spécifiques, comment la recherche menée en vertu des programmes en cause avait contribué au développement des technologies finales du 787. Comme nous l'avons noté plus haut, le Groupe spécial a mis en évidence la manière dont les travaux effectués par Boeing dans le cadre du contrat ATCAS avaient conduit au développement du fuselage en composites en tronçons d'un seul tenant.[1998] S'agissant des technologies relatives aux "systèmes plus électriques", le Groupe spécial a expliqué que, bien que les technologies développées dans le cadre du contrat "Power-By-Wire" financé par l'AST et passé entre la NASA et McDonnell Douglas[1999] aient été élaborées pour des aéronefs différents et sur la base de critères différents, l'objectif du contrat était de développer et démontrer un "système d'énergie secondaire plus électrique" qui susciterait suffisamment de confiance dans le cadre d'essais pour que la branche de production puisse incorporer la technologie dans sa flotte d'aéronefs civils.[2000]

969. S'agissant des exemples spécifiques des programmes HSR et AS, nous notons d'abord que les Communautés européennes ont expliqué devant le Groupe spécial comment chacun d'eux avait contribué au développement en fin de compte de technologies fondamentales utilisées pour le 787.[2001]

[1997] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1748.

[1998] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1751. Voir, *supra*, la note de bas de page 1984.

[1999] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1752 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes, annexe C, paragraphe 71, qui fait référence à NASA Contract NAS3-27018 with McDonnell Douglas Aerospace regarding Power-By-Wire Development and Demonstration for Subsonic Civil Transport, 29 September 1993 (pièce EC-826 présentée au Groupe spécial), C-5).

[2000] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1752. Pour cette raison, le Groupe spécial a estimé qu'il était "artificiel de laisser entendre que les travaux de recherche sur une architecture de systèmes plus électriques que Boeing et McDonnell Douglas {avaient} effectués dans le cadre des programmes de R&D aéronautique n'{avaient} pas contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de systèmes plus électriques pour le 787 parce que, par exemple, les commandes de vol du 787 ne correspond{aient} pas à la technologie des actionneurs électroniques qui avait été étudiée par McDonnell Douglas dans le cadre du contrat {Power-By-Wire}". (*Ibid.*)

[2001] Par exemple, s'agissant du programme HSR, les Communautés européennes ont fait valoir que ce programme avait aidé Boeing à développer et à améliorer les codes CFD (logiciels de conception par ordinateur), qui avaient permis à la société d'améliorer l'*aérodynamique et la conception structurelle* de ses LCA en moins de temps et à un coût moins élevé que cela n'aurait normalement été possible, en particulier du fait qu'ils avaient réduit la nécessité de faire de nombreux essais coûteux en soufflerie. (Voir le rapport du Groupe

Deuxièmement, en ce qui concerne le programme HSR, les États-Unis soulignent en appel que ce programme s'est soldé par un échec et a dû être abandonné. Toutefois, comme le Groupe spécial l'a expliqué lui-même, les programmes qui n'aboutissent pas à des technologies exploitables ne sont pas nécessairement hors de l'enchaînement de causalité parce que "même la recherche qui n'aboutit pas génère des connaissances et une expérience importantes qui servent pour des développements technologiques ultérieurs".[2002] En tout état de cause, nous pouvons identifier une manière dont le programme HSR infructueux, qui était axé sur les technologies supersoniques, a contribué à faire avancer la recherche sur les technologies du 787. Le Groupe spécial a noté que, avant 2000, Boeing travaillait sur un aéronef à grande vitesse – le Sonic Cruiser.[2003] Toutefois, ce projet n'avait guère obtenu de soutien auprès des compagnies aériennes parce que les clients étaient davantage intéressés par des aéronefs aux coûts d'exploitation moins élevés que par des aéronefs volant à une vitesse supersonique. Eu égard à ces réactions, Boeing a décidé de construire un aéronef plus efficace qui pouvait voler à la même vitesse que les aéronefs existants, mais à moindre coût.[2004] Il apparaît donc que la recherche sur le Sonic Cruiser à grande vitesse, même si elle n'a finalement pas abouti, a aidé Boeing à éliminer les technologies qui n'étaient pas intéressantes du point de vue commercial et à concentrer par contre les efforts de ses ingénieurs sur la recherche concernant les technologies – en particulier les composites – qui présentaient davantage d'intérêt pour les clients et étaient effectivement utilisées pour le 787.

970. Compte tenu de ce qui précède, nous ne souscrivons pas à l'avis des États-Unis selon lequel le Groupe spécial "a extrapolé" indûment les effets des trois programmes relatifs aux composites aux autres programmes de la NASA et de l'USDOD. Le lien de causalité dont l'existence a été constatée entre tous les programmes de R&D en cause et les technologies du 787 ne reposait pas sur une extrapolation. Raisonner à partir d'une "extrapolation" impliquerait de supposer que, étant donné que certains programmes ont donné lieu à des technologies qui sont utilisées pour l'aéronef, les autres programmes font automatiquement de même. Ce n'est pas le raisonnement qu'a fait le Groupe spécial. Au contraire, le Groupe spécial a été d'avis que tous les programmes, à des degrés différents, avaient contribué au processus de développement technologique qui avait finalement abouti à la

---

spécial, Appendice VII.F.1.D, page 854, paragraphes 55 à 60.) Les Communautés européennes ont fait valoir que Boeing avait mené des travaux de recherche sur les technologies de *gestion de l'état de l'appareil* dans le cadre du programme AS. (Voir *ibid.*, page 860, paragraphe 75.)

[2002] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1748.

[2003] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1746. Dans les arguments qu'ils ont présentés au Groupe spécial, les États-Unis eux-mêmes ont noté que Boeing avait initialement cherché à répondre à la demande relative au nouveau marché fragmenté qu'elle avait prévu avec un aéronef rapide, à plus long rayon d'action, non seulement parce qu'il serait plus rapide et plus léger, du fait de l'utilisation de composites, mais aussi parce qu'il volerait juste au-dessous de la vitesse du son. (Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 921 et 922)

[2004] Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 921 et 922.

commercialisation des technologies du 787. Il a clairement estimé que les trois programmes relatifs aux composites qui avaient contribué au développement des technologies des composites s'inscrivaient dans "l'enchaînement de causalité" ayant abouti à l'offre par Boeing du 787. Toutefois, cela ne correspondait pas complètement à la compréhension que le Groupe spécial avait du lien de causalité pertinent. Ce lien de causalité englobait même la recherche menée en vertu des programmes qui s'étaient soldés par un échec ou qui n'avaient pas de rapport direct avec les technologies du 787. Loin d'atténuer ou de diluer tout lien susceptible d'exister entre les trois programmes relatifs aux composites et le 787, l'évaluation faite par le Groupe spécial du rôle des autres programmes de R&D renforce sa constatation générale selon laquelle toutes les subventions pour la R&D aéronautique ont contribué, bien qu'à des degrés différents, au développement des technologies utilisées pour le 787.

971. En conséquence, nous rejetons l'argument présenté par les États-Unis en appel selon lequel, dans son analyse des trois programmes relatifs aux composites, le Groupe spécial "a extrapolé" les constatations aux autres programmes de la NASA et de l'USDOD en cause, et selon lequel l'évaluation effectuée par le Groupe spécial atténue par conséquent le lien réel et substantiel dont il a constaté l'existence entre les subventions pour la R&D aéronautique et le développement par Boeing des technologies utilisées pour le 787.

b) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en ne constatant pas que la recherche de la NASA était trop éloignée des technologies commerciales utilisées pour le 787

972. Dans leur deuxième argument en appel, les États-Unis allèguent que, en interprétant de façon erronée un tableau figurant dans l'étude Peisen[2005], le Groupe spécial a mal calculé de quel laps de temps la recherche de la NASA avait accéléré le développement des technologies utilisées pour le 787, et qu'il a donc sous-estimé le temps et les ressources que Boeing elle-même était tenue d'investir pour assurer la viabilité commerciale de la recherche de la NASA. Les États-Unis affirment que, par conséquent, même si la recherche menée par la NASA s'inscrivait dans l'"enchaînement de causalité" menant à une technologie prête à être utilisée de manière opérationnelle pour le 787, le Groupe spécial a sous-estimé à quel point cette recherche était éloignée des technologies effectivement utilisées pour le 787, et il a donc mal évalué le laps de temps additionnel requis du secteur privé pour les développer.[2006] Selon les États-Unis, cela atténue encore le lien de causalité réel et substantiel constaté par le Groupe spécial.

[2005] Nous donnons d'autres détails concernant l'étude Peisen *infra*, paragraphe 973.
[2006] Voir la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 229 à 235.

973. L'Union européenne réplique que les arguments des États-Unis concernent une erreur factuelle du Groupe spécial et que, en l'absence d'une allégation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, ils n'entrent pas dans le champ de l'examen en appel. Elle soutient qu'en tout état de cause, même si les arguments des États-Unis étaient acceptés en appel, ils n'invalident pas la constatation de l'existence d'un lien de causalité[2007] formulée par le Groupe spécial parce que, même si l'interprétation faite par le Groupe spécial du tableau figurant dans l'étude Peisen était erronée et était révisée, cette correction n'affecterait pas les conclusions juridiques finales du Groupe spécial.[2008] L'Union européenne fait valoir que même les chiffres révisés montrent: que la recherche financée par la NASA a donné à Boeing un avantage temporel important de plusieurs années dans le développement des technologies du 787; que la recherche de la NASA a réduit le risque auquel Boeing était confronté; et que l'étude Peisen indique des délais *moyens* pour un large éventail de technologies relatives à la "cellule" qui ne sont pas les technologies spécifiques utilisées pour le 787, dont le développement pourrait en tout état de cause nécessiter un délai plus long.[2009]

974. Nous notons tout d'abord que le Groupe spécial a fait référence à l'étude Peisen pour étayer sa constatation selon laquelle la recherche de la NASA réduisait le risque que le secteur privé devrait normalement supporter pour financer une recherche précoce et susceptible de ne pas aboutir.[2010] Cette étude explique le système établi par la NASA pour classer la recherche selon son niveau de maturité ou TRL (niveau de maturité technologique), depuis la technologie qui présente le risque le plus élevé et dont la maturité est la plus faible, correspondant au TRL 1 ("principes de base scientifiques/techniques observés et décrits"), jusqu'à la technologie qui présente le risque le plus faible et dont la maturité est la plus grande, correspondant au TRL 9 ("utilisation opérationnelle éprouvée du système réel, et avantages prouvés").[2011] Selon l'étude Peisen, "la NASA travaille généralement sur les technologies dont le TRL va de 1 à 6" et, au TRL 6, "la branche de production prend souvent la technologie et la développe jusqu'au stade de sa maturité opérationnelle, au TRL 9".[2012] L'étude Peisen, qui a examiné 18 produits de l'aéronautique civile, note que le temps requis pour que des technologies arrivent à maturité varie considérablement, les délais de maturation moyens variant selon le type de technologie, selon l'avantage ou l'objectif principal de la technologie

[2007] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 379.
[2008] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 383 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1335).
[2009] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphes 385 à 387.
[2010] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1747 et 7.1748.
[2011] Étude Peisen, tableau 1.2-1, page 2.
[2012] Étude Peisen, page 1. Un TRL de 6 signifie généralement que le prototype du concept du système fait l'objet d'une démonstration dans un environnement pertinent. (*Ibid.*, tableau 1.2-1, page 2)

et, dans une moindre mesure, selon la nécessité de technologies additionnelles ou d'essais par la NASA pour qu'il y ait une maturation réussie.[2013]

975. Sur la base des éléments de preuve contenus dans l'étude Peisen qui indiquaient le délai moyen requis par la NASA pour passer du TRL 1 au TRL 6, le Groupe spécial a conclu que le développement par la NASA de "technologies à plus haut risque jusqu'au TRL 6 entraîn{ait} l'accélération du processus de développement technologique global pour un fabricant de cellules comme Boeing, et faciliterait donc un lancement du produit plus tôt que cela n'aurait normalement été possible".[2014] Le Groupe spécial a fondé cette considération sur son évaluation selon laquelle le délai moyen pour passer du TRL 1 au TRL 6 était de 11,3 ans. Il a établi cette estimation sur la base de son interprétation d'un tableau figurant dans l'étude Peisen concernant le délai moyen requis pour que les technologies relatives à la cellule atteignent le TRL 9 à partir du TRL 1, qui incluait les données suivantes:

Tableau 4. Statistiques sur 12 technologies de la NASA du TRL 1 au TRL 9, par type de technologie aéronautique-cellule

Années jusqu'au TRL 9 à partir du TRL:	Technologies relatives à la cellule (2)	
	Moyenne	Écart type
1	16,5	4,2
2	15,5	3,5
3	14,8	3,2
4	14,0	2,8
5	12,0	4,2
6	11,3	3,9
7	10,0	4,2
8	2,5	2,1
9	0	0

Source: Étude Peisen, page 11 tableau 3.3-1.

976. Comme il est mentionné dans l'intitulé de la colonne la plus à gauche, chaque ligne donne le nombre moyen d'années (et l'écart type relatif) qui est requis pour la maturation d'une technologie *du* TRL indiqué dans la colonne de gauche *au* TRL 9. Par conséquent, la ligne 6 indique le nombre d'années du TRL 6 au TRL 9, et donne *11,3 ans* comme moyenne. Toutefois, après avoir examiné le tableau, le Groupe spécial a indiqué que "le délai moyen *entre le TRL 1 et le TRL 6* était de 11,3 ans …, tandis que le délai moyen entre le TRL 1 et le TRL 9 était de 16,5 ans".[2015] Ainsi, selon le calcul effectué par le Groupe spécial, le délai nécessaire à la maturation d'une technologie relative à la cellule entre le TRL 6 et le TRL 9 est seulement de 5,2 ans.

[2013] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3668 relative au paragraphe 7.1748.
[2014] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1748.
[2015] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1748. (pas d'italique dans l'original)

977. Les États-Unis affirment que le Groupe spécial a mal compris la première colonne du tableau et, de ce fait, l'a interprétée à tort comme indiquant qu'il faut 11,3 ans pour passer du TRL 1 au TRL 6. S'il est interprété correctement, le tableau montre qu'il faut 5,2 ans pour passer du TRL 1 au TRL 6, et 11,3 ans du TRL 6 au TRL 9.[2016] L'Union européenne ne défend pas le délai de 11,3 ans mentionné par le Groupe spécial. Il apparaît donc que les deux participants admettent, et cela nous semble irréfutable, que le Groupe spécial a mal interprété le tableau contenu dans l'étude Peisen.

978. Les États-Unis soutiennent que la conséquence de l'erreur faite par le Groupe spécial en surestimant la durée de la recherche à risque élevé/faible maturité qui était financée par la NASA – et donc en sous-estimant le temps et les ressources investies par Boeing et ses fournisseurs aux derniers stades du processus de recherche – est que la constatation finale du Groupe spécial selon laquelle il existe un lien de causalité est affaiblie.

979. Pour examiner l'allégation des États-Unis, nous pouvons distinguer deux étapes dans l'examen effectué par le Groupe spécial du tableau figurant dans l'étude Peisen. Premièrement, l'estimation par le Groupe spécial du contenu de ce tableau; et deuxièmement, son application du critère juridique de causalité aux éléments de preuve. La première étape est factuelle, car elle concerne le traitement par le Groupe spécial d'éléments de preuve factuels; la deuxième étape, toutefois, est juridique, car elle concerne la qualification des faits conformément au critère juridique. Quand bien même une interprétation erronée des éléments de preuve lors de la première étape aurait pu avoir des conséquences pour la conclusion juridique finale du Groupe spécial lors de la deuxième étape, il s'agit d'une erreur dans l'estimation des faits et non d'une erreur dans l'application du critère juridique. Par conséquent, en l'absence d'une allégation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, nous ne pouvons pas examiner plus avant ce motif d'appel des États-Unis.

980. Même si nous pouvions corriger l'interprétation erronée du Groupe spécial concernant le tableau contenu dans l'étude Peisen, les États-Unis n'ont pas expliqué pourquoi ou comment l'erreur numérique faite par le Groupe spécial nuit nécessairement à sa constatation selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont facilité un lancement du 787 plus tôt que cela n'aurait normalement été possible. À cet égard, nous notons d'abord que, ayant indiqué (à tort) que le laps de temps moyen pour passer du TRL 1 au TRL 6 était de 11,3 ans, le Groupe spécial a tempéré la portée de cette constatation en indiquant qu'il ne "voul{ait} pas {par-là} donner à entendre qu'il aurait fallu à Boeing jusqu'à onze ans de plus pour développer le 787 en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique".[2017] Une telle restriction était, à notre avis, raisonnable étant donné que les estimations

[2016] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 233.
[2017] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1748.

indiquées dans l'étude Peisen étaient fondées uniquement sur des délais *moyens* et ne tenaient pas nécessairement compte du laps de temps précis qui était requis pour le développement et le lancement des technologies utilisées pour le 787. La constatation du Groupe spécial doit être interprétée comme signifiant que les subventions pour la R&D aéronautique de la NASA ont accéléré le processus de développement technologique d'un *certain* laps de temps et ont donc donné à Boeing un avantage pour la commercialisation de ses technologies. Le laps de temps exact n'était pas essentiel: ce qui l'était, c'était que la recherche de la NASA permettait à Boeing d'accélérer le processus de recherche. Deuxièmement, le Groupe spécial a constaté par ailleurs que les subventions pour la R&D aéronautique réduisaient les importants facteurs qui dissuadaient le secteur privé d'investir dans la R&D aéronautique précoce.[2018] Pour le Groupe spécial, étant donné l'importance des subventions pour la R&D aéronautique s'agissant de surmonter ces importants facteurs dissuasifs, il n'était "pas raisonnable" de penser que, en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing aurait pu obtenir les gains qu'elle a obtenus "dans le délai" dans lequel elle les a obtenus.[2019] De l'avis du Groupe spécial, par conséquent, sans les subventions pour la R&D aéronautique, Boeing n'aurait pas été disposée à investir autant, et aussi tôt, dans la R&D précoce, et il aurait fallu davantage de temps à Boeing pour amener les technologies du 787 à leur maturité commerciale sans ces subventions.

981. Pour les raisons susmentionnées, nous rejetons l'argument des États-Unis selon lequel l'interprétation erronée du tableau de l'étude Peisen faite par le Groupe spécial affaiblit sa constatation selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont contribué d'une manière réelle et substantielle au développement du 787.

c) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son estimation du rôle de Boeing et de ses fournisseurs dans le développement des technologies utilisées pour le 787

982. Les États-Unis contestent aussi l'évaluation faite par le Groupe spécial du rôle joué par Boeing et ses fournisseurs dans le succès commercial et technologique du 787. Les États-Unis soulignent que le Groupe spécial a lui-même reconnu que Boeing avait mené *de façon autonome* de nombreuses activités de recherche pour développer et lancer le 787, y compris aux premiers stades des efforts de recherche.[2020] Selon les États-Unis, la recherche financée par la NASA a été, "de toute

[2018] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1747. Le Groupe spécial a constaté qu'il y avait d'importants facteurs qui dissuadaient le secteur privé d'investir dans la R&D à long terme et à haut risque du fait de l'incapacité des sociétés individuelles de profiter pleinement des avantages des efforts de recherche, de la durée du cycle de recherche et développement aéronautiques et du cycle de recouvrement des investissements, et de la très grande diversité et du caractère très pointu des technologies permettant de produire un aéronef supérieur. (*Ibid*., paragraphe 7.1747) Les États-Unis n'ont pas fait appel de cette constatation.

[2019] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1759.

[2020] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 236 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1746).

évidence"[2021], limitée en comparaison, et les activités de recherche additionnelles ainsi que les progrès technologiques indépendants accomplis par Boeing atténuent tout lien entre les subventions pour la R&D aéronautique et les technologies utilisées pour le 787.[2022] En outre, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial n'a pas tenu dûment compte des connaissances et de l'expérience acquises par Boeing auprès de sources autres que la NASA, y compris dans le cadre de ses travaux avec ses fournisseurs. C'est grâce à cette collaboration que Boeing a acquis les compétences nécessaires pour intégrer des technologies dans les LCA, et non, comme le Groupe spécial l'a constaté, en raison des subventions pour la R&D aéronautique.[2023] Les États-Unis font valoir, parallèlement, que, en constatant que Boeing avait acquis des "compétences en matière d'intégration" grâce à la recherche de la NASA, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.[2024] Ils affirment que, même si le Groupe spécial a admis que bon nombre des technologies utilisées pour le 787 étaient commercialement disponibles ou pouvaient sinon être obtenues auprès des fournisseurs de Boeing[2025], il a sous-estimé leur contribution à la base de connaissances de Boeing et aux technologies utilisées pour le 787.[2026]

983. L'Union européenne réitère son argument selon lequel *toutes* ces allégations des États-Unis auraient dû être formulées au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. S'agissant de l'allégation spécifique présentée par les États-Unis au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, l'Union européenne rappelle la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont permis à Boeing de relever les défis que représentait l'intégration de technologies venant de fournisseurs très divers.[2027] L'Union européenne estime que l'argument des États-Unis "ne reconnaît pas que plusieurs … contrats visaient précisément à permettre à Boeing d'améliorer l'intégration"[2028], et elle fait référence à la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'argument des États-Unis "fait abstraction de l'importance des connaissances et de l'expérience que Boeing a acquises dans le cadre des subventions pour la R&D aéronautique".[2029] L'Union européenne

[2021] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 237.
[2022] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 236.
[2023] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 238 et 240 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1757).
[2024] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 238 et 239.
[2025] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 238 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1757).
[2026] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 238.
[2027] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 396 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 214 et 238 à 249).
[2028] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 397.
[2029] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 398 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1772). L'Union européenne souligne, à cet égard, la constatation du Groupe spécial selon laquelle "{l}a question capitale pour développer et construire des LCA n'est *pas* de savoir comment *obtenir* les différentes technologies et les différents outils de conception et de fabrication. La question

affirme que le simple fait que le Groupe spécial a accordé aux éléments de preuve un poids différent de celui qui est accordé par les États-Unis ne veut pas dire qu'il n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.[2030]

984. Nous commençons par l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur dans son application des articles 5 c) et 6.3 en ne tenant pas dûment compte de la contribution de Boeing et de ses fournisseurs par rapport au rôle des subventions pour la R&D aéronautique dans le développement rapide des technologies du 787, et selon lequel ce manquement allégué entache la détermination du Groupe spécial selon laquelle un lien de causalité réel et substantiel existait entre les subventions pour la R&D aéronautique et le lancement en 2004 du 787 technologiquement avancé. Comme nous l'avons indiqué plus haut[2031], un groupe spécial qui est chargé de déterminer si le lien de causalité en question remplit le critère requis d'un lien de causalité "réel et substantiel" sera souvent en présence de multiples facteurs qui ont pu contribuer, à des degrés divers, à cet effet. Dans le cadre de son évaluation du lien de causalité entre la subvention en cause et le (ou les) effet(s) qu'elle est alléguée avoir eu(s), un groupe spécial doit chercher à comprendre les interactions entre la subvention en cause et les divers autres facteurs de causalité, et procéder à une évaluation de leurs liens avec les effets pertinents, ainsi que de l'importance relative de la subvention et des autres facteurs pour ce qui est d'entraîner cet (ces) effet(s). Pour constater que la subvention constitue une cause réelle et substantielle, un groupe spécial n'a pas besoin de déterminer que c'est la cause *unique* de cet effet, ni même que c'est la *seule* cause substantielle de cet effet. Il doit toutefois veiller à s'assurer qu'il n'impute pas les effets de ces autres facteurs de causalité à la subvention en cause, et que les autres facteurs de causalité ne diluent pas le lien de causalité entre cette subvention et les effets défavorables allégués de sorte qu'il ne soit pas possible de qualifier ce lien de rapport réel et substantiel de cause à effet. Nous avons aussi noté que démontrer que les subventions sont une cause réelle et substantielle du préjudice grave allégué est un exercice centré sur les faits et propre à chaque cas.

985. Nous considérons d'abord l'examen fait par le Groupe spécial de la contribution de *Boeing* au développement global des technologies utilisées pour le 787. Le Groupe spécial a noté que les activités de recherche de la NASA complétaient les *propres* efforts internes de recherche financés par Boeing et qu'elles étaient menées conjointement à ceux-ci[2032], en indiquant, à titre d'exemple, que même si Boeing menait des activités de recherche sur un tronçon du fuselage dans le cadre de l'ATCAS financé par la NASA, elle utilisait des fonds internes afin de mener des activités de

---

capitale est de savoir comment les *utiliser*". (*Ibid.*, paragraphe 399 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1772 (italique dans l'original)))

[2030] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 400.

[2031] *Supra*, paragraphes 912 et 913.

[2032] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1746.

recherche sur d'autres tronçons de fuselage, sur des normes de matériaux et procédés et sur les valeurs admissibles des propriétés structurales.[2033] Le Groupe spécial a en outre indiqué que, dès 2000, Boeing – ainsi que ses fournisseurs – avaient "investi des sommes importantes dans la R&D" dans leurs "domaines technologiques respectifs", d'abord pour le Sonic Cruiser puis pour le 787, et qu'ils avaient développé une expertise dans l'application des composites dans des structures secondaires, ainsi que dans des structures primaires comme l'empennage du 777.[2034] Le Groupe spécial a aussi tenu compte des ressources financières *propres* de Boeing et a noté que, entre 1986 et 2006, Boeing avait racheté pour 16 milliards de dollars de ses propres actions.[2035]

986. Les déclarations susmentionnées du Groupe spécial montrent qu'il a estimé l'importance de la contribution de Boeing à la recherche sur les technologies destinées au 787, et connaissait sa capacité à financer cette recherche. Toutefois, le Groupe spécial a démontré dans son raisonnement pourquoi ces contributions substantielles de la part de Boeing n'étaient pas incompatibles avec le lien réel et substantiel dont il avait constaté l'existence entre les subventions pour la R&D aéronautique et le développement rapide des technologies du 787. Ce qui était essentiel pour ce lien, ce n'était pas simplement le fait que Boeing menait aussi des activités de recherche et qu'elle utilisait ses propres ressources pour ce faire, mais c'était plutôt "la période pendant laquelle {les subventions pour la R&D aéronautique} {avaient} été accordées, … la collaboration avec Boeing et … la complémentarité avec les propres efforts internes de R&D de Boeing, de même que … la nature des problèmes technologiques sur lesquels portaient plus particulièrement les travaux de recherche".[2036] Au cours de son analyse, le Groupe spécial a mis en évidence les efforts conjoints de Boeing et de la NASA dans la conduite de la recherche. Il a noté que "Boeing ob{tenait} un avantage important en effectuant les travaux de R&D elle-même, *en collaboration avec la NASA*, ainsi qu'en effectuant des travaux de recherche dans le cadre des subventions pour la R&D *parallèlement à ses propres efforts de R&D connexes*".[2037] En outre, le Groupe spécial a noté que les effets des subventions étaient mesurés par l'"*effet cumulatif* de la participation de Boeing … pendant plusieurs décennies" aux programmes de la NASA et de l'USDOD, compte tenu de "la *complémentarité et l'interdépendance* des travaux effectués par Boeing et McDonnell Douglas pour la NASA et des propres efforts internes de R&D de Boeing".[2038] Le Groupe spécial a aussi souligné l'élan que les subventions de la NASA avaient donné au développement des technologies aux tout premiers stades les plus fondamentaux de la recherche. Pour le Groupe spécial, le fait de se concentrer de façon trop étroite uniquement sur l'expérience de

[2033] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1746.
[2034] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1757.
[2035] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.
[2036] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1754.
[2037] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1771. (pas d'italique dans l'original)
[2038] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1756. (pas d'italique dans l'original)

Boeing et sur ses importants efforts internes de R&D "retrancher{ait} artificiellement la contribution apportée par des *efforts de recherche antérieurs significatifs* qui {faisaient} … partie intégrante du processus de développement technologique".[2039] Comme nous l'avons expliqué plus haut, le rôle de la NASA, en particulier lors de ces premiers stades, était précisément de supporter le fardeau initial pesant sur le secteur privé lorsque la technologie était à son stade de maturité le plus faible et que le risque était le plus élevé. C'étaient les subventions pour la R&D aéronautique qui avaient permis à Boeing de surmonter les facteurs qui la dissuadaient d'investir dans la R&D aéronautique, et qui avaient donc accéléré le lancement par Boeing du 787 avec toutes ses avancées technologiques en 2004.

987. Tout en reconnaissant la contribution de la NASA, en particulier aux premiers stades, le Groupe spécial a aussi estimé que, à "un moment donné", on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la contribution de cette recherche diminue par rapport à d'autres "développements technologiques plus récents ou révolutionnaires"[2040] imputables à d'autres facteurs. À ce stade, il ne serait pas possible de dire que la recherche effectuée par la NASA dans les années 1990 avait contribué de manière "réelle et substantielle" aux nouvelles technologies appliquées aux futurs LCA de Boeing.[2041] Toutefois, le Groupe spécial a constaté que ce point n'avait pas été atteint en 2004, lorsque le 787 était arrivé sur le marché.[2042] Bien que nous puissions concevoir différentes manières dont un avantage découlant de subventions pourrait se dissiper avec le temps ou être réduit à néant en raison, par exemple, de l'intervention d'autres facteurs de causalité plus importants, les États-Unis n'indiquent pas ni n'expliquent pourquoi le simple fait que Boeing a contribué aux efforts de recherche à divers stades, y compris aux premiers, signifie que le rôle important joué par les subventions pour la R&D est atténué. En réalité, conformément aux vues que nous avons précédemment exposées au sujet du lien réel et substantiel[2043], le fait que la contribution de Boeing en matière de ressources, de temps et de financement pourrait être substantielle ne veut pas dire que l'avantage temporel conféré par les subventions, ainsi que le rôle de ces subventions pour ce qui est de permettre à Boeing de surmonter les risques et les facteurs dissuasifs, sont amoindris.

988. Les États-Unis font aussi valoir que le Groupe spécial a sous-estimé le rôle joué par les *fournisseurs* de Boeing dans le développement des technologies du 787. Comme c'était le cas pour Boeing, le Groupe spécial a reconnu que ces fournisseurs, ainsi que Boeing, avaient "investi des

[2039] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1756. (pas d'italique dans l'original)
[2040] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1758.
[2041] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1758.
[2042] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1758.
[2043] *Supra*, paragraphe 983.

sommes importantes" dans la R&D[2044] et a également noté que, pendant les années 1990, des fournisseurs comme Kawasaki Heavy Industries et Fuji Heavy Industries avaient développé une expertise concernant l'utilisation des composites dans des structures d'aéronef primaires de manière concomitante aux efforts de développement faits par Boeing.[2045] Les déclarations ci-dessus montrent que le Groupe spécial a effectivement tenu compte de la contribution apportée par les fournisseurs, mais qu'il a néanmoins conclu que cette contribution n'atténuait pas le lien réel et substantiel dont il avait constaté l'existence entre les subventions pour la R&D aéronautique et le lancement du 787 par Boeing en 2004.

989. Les États-Unis ne contestent pas que les subventions pour la R&D aéronautique étaient importantes aux premiers stades des efforts de recherche. Nous notons aussi que, dans leurs arguments, les États-Unis n'expliquent pas comment la contribution de Boeing et de ses fournisseurs atténue ce rôle. Eu égard à l'avis du Groupe spécial sur le rôle important joué par les subventions pour la R&D aéronautique, en particulier aux premiers stades des efforts de recherche, nous rejetons l'argument présenté par les États-Unis en appel selon lequel le Groupe spécial n'a pas estimé les efforts de Boeing et de ses fournisseurs, et a donc fait erreur en appliquant le critère juridique de causalité aux faits de la cause en l'espèce.

990. En plus d'alléguer que le Groupe spécial a fait erreur dans son application des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC*, les États-Unis affirment aussi que le Groupe spécial a violé l'article 11 du Mémorandum d'accord. En particulier, ils soutiennent qu'il n'y avait pas de base d'éléments de preuve pour la déclaration faite par le Groupe spécial au paragraphe 7.1772 de son rapport, selon laquelle "la capacité de Boeing d'utiliser pour le 787 des technologies d'autres compagnies commercialement disponibles résultait des "connaissances et {de} l'expérience que Boeing {avait} acquises dans le cadre des subventions pour la R&D aéronautique en matière d'intégration des différentes technologies"".[2046] Les États-Unis font valoir qu'en fait, il existe des éléments de preuve versés au dossier du Groupe spécial qui suggèrent le contraire, à savoir que Boeing avait acquis une expérience dans l'application des composites dans des structures primaires et secondaires depuis les années 1960.[2047] Ces travaux impliquaient l'intégration de technologies de multiples fournisseurs en dehors des programmes de recherche de la NASA et de l'USDOD.[2048] Les États-Unis allèguent aussi que l'intégration de technologies de divers fournisseurs dans le cadre d'un programme commercial

[2044] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1757.
[2045] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1757.
[2046] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 240 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1772).
[2047] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 241 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, appendice VII.F.1, pages 832 et 833, paragraphe 7).
[2048] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 241.

diffère grandement, tant sur le plan de l'échelle[2049] que de la qualité[2050], des travaux exécutés conformément aux programmes de R&D aéronautique en cause. Les États-Unis demandent donc à l'Organe d'appel d'infirmer la partie pertinente du paragraphe 7.1772 du rapport du Groupe spécial, qu'ils qualifient de constatation selon laquelle les programmes de R&D aéronautique étaient "en partie responsables des capacités d'intégration de Boeing".[2051]

991. L'Union européenne répond que bon nombre des contrats de R&D aéronautique visaient précisément à permettre à Boeing d'améliorer l'intégration et que, étant donné les éléments de preuve substantiels dont il disposait, le Groupe spécial a agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire en rejetant l'argument des États-Unis selon lequel "Airbus {pouvait} obtenir sur le marché, auprès de fournisseurs tiers, bon nombre des technologies appliquées au 787".[2052] L'Union européenne souligne que les groupes spéciaux ne sont pas tenus de donner aux éléments de preuve le même poids que celui que les parties leur donnent, et elle est d'avis que l'appel des États-Unis n'est rien de plus qu'un simple désaccord au sujet du poids donné par le Groupe spécial aux éléments de preuve.[2053]

992. Nous commençons par rappeler que l'article 11 du Mémorandum d'accord dispose qu'un groupe spécial doit "examiner tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés, évaluer leur crédibilité, déterminer leur poids et s'assurer que ses constatations factuelles soient dûment fondées sur ces éléments de preuve"[2054], et que les "groupes spéciaux ne peuvent pas … établir de

[2049] Pour illustrer les différences d'échelle, les États-Unis font valoir que même le plus important programme de la NASA, le programme HSR, n'a représenté que 440 millions de dollars (qui, en fait, ont été ramenés à 307 millions de dollars seulement du fait que la NASA a abrégé ce programme), dont 26 millions de dollars pour le programme principal ATCAS et 74,4 millions de dollars pour le contrat relatif aux structures d'aile composites dans le cadre du programme AST. Ces chiffres représentent une faible part des coûts encourus par un producteur de LCA pour développer un nouvel aéronef. (Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 242)

[2050] En ce qui concerne la qualité des travaux, les États-Unis affirment que la nature de l'"intégration" d'un projet de la NASA diffère de l'"intégration" effectuée par Boeing en vue de produire des LCA pour trois raisons. Premièrement, s'agissant de la maturité de la technologie, les projets de R&D aéronautique financés par la NASA ne vont pas au-delà du stade du laboratoire et ne concernent pas les problèmes concrets qui se posent pour l'application de ces technologies. Deuxièmement, s'agissant de la complexité du système, la plupart des travaux de recherche de la NASA n'impliquent pas la fabrication de parties et composants physiques exploitables et, le cas échéant, il s'agissait tout au plus d'un composant d'un caisson de voilure, d'un tronçon de fuselage ou d'une aile. Troisièmement, s'agissant de l'échelle de production, même dans les rares cas où les projets de la NASA ont nécessité la fabrication d'un composant physique, c'était au plus un ou deux sur des mois ou des années à des fins d'essais en laboratoire. (Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 243 et 244)

[2051] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 249.

[2052] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphes 397 à 399.

[2053] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 400 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 267).

[2054] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 185 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphes 132 et 133). Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 266; *CE – Amiante*, paragraphe 161; *CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)*, paragraphes 170, 177 et 181; *CE – Sardines*, paragraphe 299; *CE – Accessoires de tuyauterie*, paragraphe 125; *Japon – Pommes*, paragraphe 221; *Japon – Produits agricoles II*, paragraphes 141 et 142;

constatations positives qui ne soient pas fondées sur les éléments de preuve contenus dans leur dossier".[2055] Conformément à ces paramètres, "c'est en général {au Groupe spécial} qu'il incombe de décider quelles preuves il choisit d'utiliser pour faire ses constatations".[2056] À cet égard, l'Organe d'appel a indiqué qu'il n'allait pas "empiéter à la légère" sur le pouvoir qu'avait un groupe spécial d'établir les faits[2057] et que, en fait, pour qu'une allégation au titre de l'article 11 aboutisse, "{l'Organe d'appel devait} avoir la conviction que le groupe spécial {avait} outrepassé {le} pouvoir … dont il dispos{ait} pour juger les faits".[2058] En d'autres termes, "les erreurs commises, selon les allégations, par un groupe spécial ne constituent pas toutes une violation de l'article 11 du Mémorandum d'accord"[2059]; il n'y a que celles qui sont si importantes que, "prises conjointement ou isolément", elles compromettent l'objectivité de l'évaluation par le Groupe spécial de la question dont il est saisi.[2060] Par conséquent, il ne suffit pas qu'un appelant se borne à contester une déclaration ou à affirmer qu'elle n'est pas étayée par des éléments de preuve.

993. Comme nous le voyons, au paragraphe 7.1772 de son rapport, le Groupe spécial a accepté l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique avaient apporté à Boeing des connaissances et une expérience en matière d'*intégration* des différentes technologies. Cette affirmation a été formulée dans la déclaration orale confidentielle faite par les Communautés européennes à la première réunion de fond du Groupe spécial, et le Groupe spécial a tiré sa citation de cette déclaration. Le paragraphe pertinent de cette déclaration orale, que le Groupe spécial a cité en totalité, ne mentionne aucun élément de preuve à l'appui.[2061]

Corée – Boissons alcooliques, paragraphes 161 et 162; *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 138; *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142; *États-Unis – Jeux*, paragraphe 363; *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, paragraphe 313; et *CE – Certaines questions douanières*, paragraphe 258.

[2055] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142.

[2056] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 135. L'Organe d'appel a aussi indiqué qu'un groupe spécial devait fonder ses constatations sur une base suffisante d'éléments de preuve versés au dossier (rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 441); qu'il ne pouvait pas appliquer un double critère de la preuve (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 293); et que son traitement des éléments de preuve ne devait pas "manqu{er} d'équité" (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 292).

[2057] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 299; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151.

[2058] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151.

[2059] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.

[2060] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 499; rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1318.

[2061] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1772 (citant la déclaration orale des Communautés européennes à la première réunion du Groupe spécial (RCC), paragraphe 14). Même si le Groupe spécial n'a fait référence à aucun élément de preuve pour étayer la déclaration qu'il a faite au paragraphe 7.1772, nous doutons que la question de l'acquisition par Boeing de connaissances et d'une expérience en matière d'intégration des différentes technologies grâce aux subventions pour la R&D aéronautique ne soit pas étayée

994. La déclaration figurant au paragraphe 7.1772 qui est contestée par les États-Unis fait partie de l'analyse par le Groupe spécial des *conditions de concurrence* dans la branche de production des LCA, qui constituait le quatrième pilier de son évaluation des effets des subventions pour la R&D aéronautique sur Boeing. Dans cette partie de son rapport, le Groupe spécial a soupesé différents éléments de preuve avant de constater que "les conditions de concurrence dans la branche de production des LCA {étaient} telles qu'une subvention qui augment{ait} la capacité d'un constructeur de LCA de développer des technologies innovantes en vue d'une application dans ses aéronefs {était} susceptible de donner lieu à un avantage concurrentiel important pour ce constructeur".[2062] Le Groupe spécial a examiné, aux paragraphes 7.1770 et 7.1771 de son rapport, deux arguments des États-Unis qui visaient à réfuter l'affirmation selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique avaient conféré un avantage concurrentiel à Boeing par rapport à Airbus. Premièrement, le Groupe spécial a rejeté l'argument selon lequel les résultats de la recherche financée par la NASA étaient également à la disposition d'Airbus parce qu'ils étaient "diffusés au public". Il a rappelé sa constatation antérieure qui établissait qu'il y avait "des restrictions en ce qui concerne la diffusion de certains aspects des résultats des travaux de recherche financés par la NASA, et {que} la diffusion au public n'{avait} pas lieu immédiatement".[2063] Deuxièmement, le Groupe spécial a examiné, dans les deux dernières phrases du paragraphe 7.1771, l'argument des États-Unis selon lequel les technologies fondamentales utilisées pour le 787 et provenant de fournisseurs tiers étaient également à la disposition d'Airbus. Le Groupe spécial a constaté que les États-Unis n'avaient pas réfuté une "affirmation fondamentale" faite par les Communautés européennes dans leurs communications RCES, et étayée par des éléments de

---

par les éléments de preuve versés au dossier du Groupe spécial, comme le suggèrent les États-Unis. En particulier, nous notons que les paragraphes 15 à 18 de la pièce EC-1175 présentée au Groupe spécial (RCES/RCC) (déclaration de Patrick Gavin *et al.* (8 novembre 2007)) contiennent une explication détaillée de la manière dont les constructeurs de LCA restent responsables de l'intégration des technologies et composants divers provenant de sources internes et externes, et de la manière dont Boeing a acquis de l'expérience et des connaissances en matière d'"intégration" dans le cadre des subventions pour la R&D aéronautique. Cette pièce a été mentionnée par le Groupe spécial au paragraphe 7.1771 de son rapport, c'est-à-dire au paragraphe qui précède celui dans lequel il a indiqué que Boeing avait acquis des connaissances et de l'expérience en matière d'intégration des différentes technologies et sur lequel les États-Unis fondent leur allégation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.

[2062] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1769.

[2063] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1771 et note de bas de page 3699 y relative. Nous rappelons aussi que, dans son analyse de la contribution financière s'agissant des programmes de R&D de la NASA, le Groupe spécial a constaté que certains contrats passés entre la NASA et Boeing dans le cadre du programme ACT contenaient une clause de diffusion interne rapide ("For Early Domestic Dissemination"), selon laquelle un contractant ne pouvait pas accorder l'autorisation de publier des données résultant de la R&D ni communiquer ces données à des parties étrangères sans l'accord préalable du responsable des contrats. Ces clauses étaient destinées à permettre la diffusion rapide de données commerciales importantes auprès du gouvernement des États-Unis et de la branche de production nationale avant leur publication générale. (*Ibid*., paragraphe 7.1001) Dans le même ordre d'idées, le Groupe spécial a constaté que le Manuel sur le "transfert de technologie" du programme HSR indiquait que les clauses LERD avaient pour but de restreindre l'accès aux renseignements sensibles obtenus dans le cadre du programme HSR, et que ces clauses servaient à contrôler le transfert de ces renseignements sensibles à des concurrents étrangers. (*Ibid*., paragraphe 7.1007)

preuve[2064], selon laquelle les technologies de fournisseurs tiers utilisées pour le 787 n'étaient *pas* commercialement disponibles.[2065] Ce n'est qu'alors que le Groupe spécial a indiqué, au paragraphe 7.1772, que l'argument des États-Unis selon lequel les technologies fondamentales provenant de fournisseurs tiers étaient également à la disposition d'Airbus faisait abstraction de l'importance de l'acquisition par Boeing des connaissances et de l'expérience en matière d'intégration des différentes technologies dans le cadre des subventions pour la R&D aéronautique.

995. À notre avis, le paragraphe 7.1772 contient une simple observation incidente du Groupe spécial selon laquelle, même si Airbus avait eu accès aux technologies fournies par des fournisseurs tiers sur une base commerciale, elle n'aurait pas eu la capacité d'utiliser ces technologies comme Boeing l'a fait grâce à l'expérience qu'elle avait acquise, dans le cadre des subventions pour la R&D aéronautique, en matière d'intégration des différentes technologies.[2066] Par conséquent, nous n'estimons pas que la déclaration figurant au paragraphe 7.1772 était importante pour le traitement par le Groupe spécial de l'argument selon lequel des technologies fondamentales provenant de fournisseurs tiers étaient commercialement à la disposition d'Airbus, car le Groupe spécial avait déjà rejeté cet argument dans les deux dernières phrases du paragraphe précédent. Ainsi, même en l'absence de la déclaration au paragraphe 7.1772, le rejet par le Groupe spécial de l'argument des États-Unis selon lequel des technologies fondamentales utilisées pour le 787 et provenant de fournisseurs tiers étaient aussi commercialement à la disposition d'Airbus serait néanmoins valable.

[2064] Le Groupe spécial a fait référence à la pièce EC-1175 (RCES/RCC) (déclaration de Patrick Gavin *et al.* (8 novembre 2007)) qui lui avait été présentée, mais n'a pas examiné son contenu ni indiqué les raisons pour lesquelles elle l'avait convaincu. Toutefois, nous notons que les États-Unis ne contestent pas, au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, le fait que le Groupe spécial se soit appuyé sur la pièce EC-1175 qui lui avait été présentée dans les deux dernières phrases du paragraphe 7.1771. En tout état de cause, ayant vérifié son contenu, nous estimons que cet élément de preuve était pertinent pour l'analyse faite par le Groupe spécial.

[2065] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1771. Nous observons aussi que, après le dépôt de la deuxième communication écrite des Communautés européennes et de la pièce EC-1175 présentée au Groupe spécial (RCES/RCC) (déclaration de Patrick Gavin *et al.* (8 novembre 2007)), les États-Unis ont fait certaines déclarations indiquant que différentes technologies utilisées pour le 787 avaient été développées par des fournisseurs tiers et que ces technologies étaient aussi à la disposition d'Airbus. (Voir, par exemple, la réponse des États-Unis à la question n° 208 a) du Groupe spécial, paragraphe 287; et les observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 150 b) du Groupe spécial, paragraphe 187.) Toutefois, bien qu'ils aient formulé certaines affirmations, les États-Unis n'ont présenté aucun élément de preuve à eux à l'appui.

[2066] Nous faisons observer, à cet égard, que le Groupe spécial avait constaté précédemment que:

> … la valeur réelle des subventions pour la R&D aéronautique résidait dans le fait que des dizaines d'ingénieurs de Boeing s'étaient plongés pendant plusieurs années dans la conception et la fabrication de composites, ce qui avait permis à Boeing de tirer parti des connaissances et de l'expérience considérables ainsi accumulées dans le cadre d'activités ultérieures de R&D sur les composites.

(Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3684 relative au paragraphe 7.1756 (faisant référence à la déclaration de Patrick Gavin *et al.* (8 novembre 2007) (pièce EC-1175 présentée au Groupe spécial (RCES/RCC)), paragraphe 27; et à D. Wacht, "An Analysis of Selected NASA Research Programs and Their Impact on Boeing's Civil Aircraft Programs" (November 2006) (pièce EC-15 présentée au Groupe spécial (RCC)), page 67))

996. Par conséquent, nous constatons que le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord, ni ne manquait de base factuelle, lorsqu'il a dit, au paragraphe 7.1772 de son rapport, que "{l'}aptitude à définir et à gérer l'interaction complexe des processus, de l'organisation et des outils relatifs à la conception pour permettre le développement et la construction efficaces d'un aéronef en un minimum de temps et pour un coût minimal … {était} un défi que Boeing {pouvait} relever grâce en grande partie au financement … de la NASA et {de l'US}DOD". Il s'ensuit que nous ne pouvons pas accepter la demande des États-Unis visant à ce que nous infirmions la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.1772 de son rapport, selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique en cause ont apporté à Boeing des connaissances et de l'expérience en matière d'"intégration des différentes technologies".

d) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son estimation de la pertinence de la diffusion au public par la NASA des résultats de ses travaux de R&D

997. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial n'a pas tenu dûment compte du fait que l'"obligation de diffusion au public de la NASA"[2067] amoindrit la valeur des subventions pour la R&D aéronautique accordées à Boeing. Ils mettent en avant la constatation du Groupe spécial selon laquelle la NASA restreint la diffusion au public de "certains aspects" de ses travaux de recherche.[2068] Selon les États-Unis, l'"implication essentielle" de cette constatation est que les clauses de restriction des données, y compris les clauses LERD, contenues dans les contrats de la NASA avec Boeing restreignent la diffusion de "certains aspects" des résultats des travaux de recherche, uniquement pendant un temps limité.[2069] S'agissant de tous les autres aspects – c'est-à-dire ceux qui *sont* diffusés –, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial aurait dû tenir compte du fait qu'une partie des subventions pour la R&D aéronautique de la NASA, évaluées à 2,6 milliards de dollars, avaient moins de valeur à la fois sur le plan de la concurrence et sur le plan monétaire.[2070] Le Groupe spécial s'est néanmoins abstenu de minimiser la valeur des subventions pour la R&D aéronautique de cette manière.

[2067] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, page 101, sous-section VI.B.1.e. Il apparaît que, par "obligation de diffusion au public de la NASA", les États-Unis font référence à leur argument selon lequel les résultats des travaux de recherche menés par la NASA sont "diffusés au public et, partant, largement connus et bien compris dans les milieux internationaux des ingénieurs et des scientifiques qui travaillent dans un domaine particulier". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1770 (faisant référence à la déclaration de Michael Bair (pièce US-7 présentée au Groupe spécial), paragraphes 33 et 34; et à la déclaration sous serment de Branko Sarh (pièce US-1254 présentée au Groupe spécial), paragraphe 5))

[2068] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1771.

[2069] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 250.

[2070] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 250.

998. En réponse, l'Union européenne fait valoir que le Groupe spécial a constaté à juste titre, dans les limites de son pouvoir discrétionnaire, que la diffusion par la NASA des résultats de ses travaux de recherche était limitée du fait des restrictions contractuelles conçues pour favoriser les constructeurs de LCA des États-Unis.[2071] En outre, l'Union européenne souligne que la constatation du Groupe spécial était fondée sur son acceptation de l'argument des Communautés européennes selon lequel la NASA en général ne divulgue ni ne diffuse au public rien qui soit utile ou important du point de vue commercial.[2072]

999. Nous rappelons que le Groupe spécial a estimé la valeur des subventions de la NASA à 2,6 milliards de dollars, mais qu'il n'a pas pu quantifier la valeur des subventions de l'USDOD.[2073] Comme nous l'avons noté plus haut, le Groupe spécial a tenu compte de l'effet des politiques de diffusion de la NASA dans le quatrième pilier de son analyse concernant les *conditions de concurrence* dans la branche de production des LCA des États-Unis. Dans ce contexte, il a examiné un argument des États-Unis selon lequel les subventions pour la R&D aéronautique de la NASA ne conféraient pas d'"avantage concurrentiel" à Boeing par rapport à Airbus parce que les résultats de la recherche financée par la NASA étaient largement diffusés et, partant, largement connus et bien compris dans les milieux internationaux des ingénieurs et des scientifiques qui travaillaient dans un domaine particulier.[2074] Comme nous l'avons aussi noté plus haut, le Groupe spécial a finalement rejeté cet argument parce qu'il a estimé qu'il existait des restrictions concernant la diffusion des résultats de la NASA et que la diffusion n'avait pas eu lieu immédiatement. À l'appui, le Groupe spécial a fait référence aux clauses de restriction des données figurant dans les contrats de la NASA et de l'USDOD – à savoir les "i) droits exclusifs limités sur les données {*sic*} {LERD}, ii) en vue de leur diffusion interne rapide et iii) {l}es prescriptions relatives à l'obtention d'une autorisation écrite préalablement à la communication de certains renseignements techniques".[2075] Le Groupe spécial a noté que "{m}algré leur nature et leur portée différentes, chacun de ces droits d'accès limité vis{ait} à différer le transfert à l'étranger de renseignements sensibles du point de vue commercial ou à

[2071] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 402 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3699 relative au paragraphe 7.1771).

[2072] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 403 (faisant référence à la déclaration orale des Communautés européennes à la première réunion du Groupe spécial (RCC), paragraphe 22; à la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 793 et 829 à 833; à la déclaration orale des Communautés européennes à la deuxième réunion du Groupe spécial (RCC), paragraphes 15 à 21; à la déclaration de Patrick Gavin *et al.* (8 novembre 2007) (pièce EC-1175 présentée au Groupe spécial (RCES/RCC), paragraphes 34 à 40; et à la déclaration de Ray Kingcombe (9 novembre 2007) (pièce EC-1177 présentée au Groupe spécial)).

[2073] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1433 et 7.1760.

[2074] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1770 (faisant référence à la déclaration de Michael Bair (pièce US-7 présentée au Groupe spécial), paragraphes 33 et 34; et à la déclaration sous serment de Branko Sarh (pièce US-1254 présentée au Groupe spécial), paragraphe 5).

[2075] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3699 relative au paragraphe 7.1771.

empêcher la diffusion publique de ces renseignements sans une autorisation écrite préalable de la NASA ou {de l'US}DOD".[2076]

1000. Les constatations du Groupe spécial indiquent que les résultats des travaux de recherche soumis à des clauses de restriction des données étaient les renseignements les plus sensibles du point de vue commercial et qui, par conséquent, avaient le plus de valeur pour Boeing et ses concurrents. Les États-Unis ne présentent pas d'arguments indiquant en quoi la position concurrentielle d'Airbus s'est améliorée – ou en quoi Airbus a subi des effets défavorables moindres – parce que "certains aspects" des résultats des programmes de recherche de la NASA avaient été diffusés. Les États-Unis n'expliquent pas non plus quelle incidence toute réduction du montant de 2,6 milliards de dollars correspondant aux subventions de la NASA aurait sur les constatations du Groupe spécial concernant les effets de ces subventions, en particulier compte tenu du fait que le Groupe spécial n'a pas établi que les effets des subventions pour la R&D aéronautique étaient égaux à leur valeur monétaire.[2077] Enfin, si les États-Unis cherchent à nous faire prendre la place du Groupe spécial et constater, nous-mêmes, que la valeur des subventions pour la R&D aéronautique de la NASA s'élevait à un peu moins de 2,6 milliards de dollars, nous ne voyons pas comment nous pourrions le faire étant donné les limites du champ de l'examen en appel.

1001. En tout état de cause, les États-Unis ne demandent pas que nous modifiions les autres bases sur lesquelles le Groupe spécial s'est fondé pour rejeter leurs arguments selon lesquels Boeing était moins compétitive en raison de la diffusion des résultats de la NASA ou de la mise à la disposition d'Airbus de ces mêmes résultats de recherche. Comme nous l'avons déjà noté, le Groupe spécial a formulé les constatations additionnelles suivantes:

> … il {n'est pas} très réaliste de penser que la NASA affirmerait de manière aussi systématique et véhémente que les objectifs des programmes de R&D aéronautique étaient d'apporter un avantage concurrentiel aux aéronefs de transport subsonique des États-Unis en accélérant le développement de technologies clés à forte rentabilité si tous les travaux de R&D financés par la NASA étaient en réalité des travaux de recherche diffusés au public et également accessibles à

[2076] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3699 relative au paragraphe 7.1771. Ces déclarations du Groupe spécial sont compatibles avec les constatations antérieures qu'il a formulées au cours de son analyse des subventions. Par exemple, le Groupe spécial a fait référence aux clauses de diffusion interne rapide ("For Early Domestic Dissemination") (paragraphe 7.1001) et aux clauses LERD (paragraphe 7.1024). Comme nous l'avons noté précédemment, la diminution des avantages, résultant de la diffusion, était limitée par le fait que Boeing détenait des droits de brevet ou des droits exclusifs sur les données et que, par conséquent, les renseignements diffusés n'étaient souvent pas utilisés commercialement par des tiers. Ainsi, l'avantage découlant pour Boeing des subventions pour la R&D aéronautique n'était pas nécessairement réduit par la diffusion des résultats de la R&D.

[2077] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3699 relative au paragraphe 7.1760. Nous examinons cette question dans la sous-section e) ci-après.

> Airbus. Le Groupe spécial n'est pas convaincu non plus que les technologies fondamentales que Boeing a développées en collaboration avec ses fournisseurs soient également accessibles à Airbus. Il note que les États-Unis n'ont pas réfuté une affirmation fondamentale faite par les Communautés européennes dans leurs communications et éléments de preuve RCES à cet égard.[2078] (note de bas de page omise)

1002. Pour ces raisons, nous rejetons l'argument des États-Unis selon lequel les constatations du Groupe spécial concernant la diffusion de certains travaux de recherche de la NASA réduisent la valeur des subventions pour la R&D aéronautique et, de ce fait, remettent en cause la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique contribuent d'une manière réelle et substantielle aux technologies du 787.

e) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation de l'importance des subventions pour la R&D aéronautique de la NASA

1003. Enfin, les États-Unis affirment que le chiffre de 2,6 milliards de dollars de subventions pour la R&D aéronautique dont il a été constaté qu'ils ont été accordés à Boeing de 1989 à 2006 "est faible par rapport aux propres dépenses de recherche-développement de Boeing"[2079] et que, par conséquent, tout lien entre la recherche et la capacité de Boeing de développer et de lancer le 787 technologiquement novateur en 2004 "est d'autant plus atténué".[2080]

1004. En réponse, l'Union européenne souligne que le Groupe spécial a reconnu à juste titre que les subventions pour la R&D aéronautique étaient "censé{es} multiplier l'avantage apporté par une dépense donnée"[2081], et elle fait valoir que le Groupe spécial "n'était pas tenu d'accorder une importance particulière au montant de la contribution financière par rapport à d'autres dépenses".[2082]

1005. Nous rappelons que le Groupe spécial a examiné l'importance des subventions, par rapport aux recettes et aux dépenses de R&D propres de Boeing, en réponse à un argument des États-Unis selon lequel la capacité et la faculté de Boeing de mener des travaux de R&D lui auraient permis d'effectuer les mêmes travaux de R&D avec les mêmes résultats, même en l'absence du financement de la NASA et de l'USDOD.[2083] Pour rejeter la pertinence de la faible importance, en comparaison, de

---

[2078] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1771.
[2079] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 251.
[2080] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 252.
[2081] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 391 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760).
[2082] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 394.
[2083] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1759. Le Groupe spécial n'a jamais attribué une valeur au montant dépensé par Boeing pour la R&D. Dans leur communication en tant qu'autre appelant, les États-Unis

la valeur connue des subventions pour la R&D aéronautique, le Groupe spécial a formulé la constatation suivante:

> Le Groupe spécial est toutefois conscient du fait que cette somme {d'au moins 2,6 milliards de dollars} peut ne pas paraître importante par rapport au montant global des recettes ou des dépenses de R&D de Boeing sur la période de 1989 à 2006. De fait, comme les États-Unis le signalent, Boeing a racheté plus de 16 milliards de dollars d'actions entre 1986 et 2006. Toutefois, ce genre de comparaison chiffrée présuppose que les effets des subventions pour la R&D aéronautique peuvent essentiellement être ramenés à leur valeur monétaire, affirmation à laquelle nous ne souscrivons pas. … {L}a valeur pour Boeing des programmes de R&D aéronautique en question dépend essentiellement des avancées technologiques que ces programmes permettent de réaliser. C'est précisément parce que, de par sa nature, ce type de subvention est censé multiplier l'avantage apporté par une dépense donnée que le Groupe spécial estime peu probable que les effets d'une telle dépense (dans la mesure où son utilisation a porté ses fruits) puissent être ramenés à leur valeur nominale. … Comme nous l'avons mentionné plus haut …, … d'importants facteurs dissuadaient le secteur privé d'investir dans des travaux de recherche du type de celles qui étaient menées dans le cadre des subventions pour la R&D aéronautique, et la même objection fondamentale peut être formulée en l'espèce à l'encontre de toute affirmation selon laquelle une entreprise comme Boeing aurait mené de tels travaux de recherche.[2084] (note de bas de page omise)

1006. L'Organe d'appel a indiqué précédemment que, même si l'importance des subventions importait, une quantification précise n'était pas un élément indispensable d'une analyse du préjudice grave.[2085] En outre, il se peut que la valeur absolue ou l'ampleur d'une subvention ne corresponde pas directement à l'incidence que la subvention peut avoir pour ce qui est de causer des effets

---

font valoir que les coûts pour un programme complet de développement d'un aéronef comme le 787 s'élèvent à environ 2 milliards de dollars par an. (Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 251 (faisant référence à *The Boeing Company Annual Report* (2006) (pièce US-126 présentée au Groupe spécial), page 26 (2 390 millions de dollars pour la R&D de Boeing Commercial Aircraft en 2006))) Les États-Unis font valoir que, même en 2000, l'année la moins active visée par les renseignements communiqués au Groupe spécial, les dépenses de R&D de Boeing se sont élevées à 574 millions de dollars. (*Ibid.*, note de bas de page 399 y relative (faisant référence à La déclaration de Michael Bair (pièce US-7 présentée au Groupe spécial), paragraphe 42))

[2084] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.

[2085] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 467. Nous rappelons que le Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* a indiqué que "la question pertinente n'{était} pas le montant de subvention précis lié à chaque unité du produit subventionné, mais plutôt le point de savoir si les subventions en question {étaient} d'une importance suffisante, compte tenu de leur nature et de leur effet, pour avoir causé le préjudice grave allégué". (Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1968) Il n'a pas été fait appel de cette question dans ce différend. Nous notons aussi que, dans ce même différend, l'Organe d'appel a traité la "viabilité financière" d'Airbus, et donc sa capacité d'autofinancer la R&D, comme une question factuelle qui ne pouvait pas faire l'objet d'un examen en l'absence d'une allégation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1316)

défavorables. Des subventions d'une importance relativement faible peuvent néanmoins avoir des effets substantiels dans un cas particulier ou sur un marché particulier. Nous croyons comprendre que le Groupe spécial a constaté que c'était le cas en ce qui concerne les effets des subventions pour la R&D aéronautique.

1007. Comme la constatation ci-dessus du Groupe spécial le démontre, le Groupe spécial a lui-même reconnu que le montant dépensé par la NASA au titre des subventions pour la R&D aéronautique n'était pas important par rapport aux recettes de Boeing et à ses propres dépenses de R&D. Toutefois, il a souligné que les subventions pour la R&D aéronautique avaient permis à Boeing de surmonter les facteurs dissuadant d'investir dans la R&D aéronautique à risque. Pour le Groupe spécial, l'importance relative des montants dépensés par la NASA et Boeing ne réduisait ou ne diminuait en rien cette importante contribution. Nous ne voyons aucune raison de ne pas être d'accord.

1008. Les États-Unis avancent deux arguments supplémentaires concernant l'examen par le Groupe spécial de l'importance des subventions. Premièrement, ils soulignent la déclaration du Groupe spécial selon laquelle "parce que, de par sa nature, ce type de subvention est censé *multiplier l'avantage* apporté par une dépense donnée{, il était} peu probable que les effets d'une telle dépense (dans la mesure où son utilisation {avait} *porté ses fruits*) puissent être ramenés à leur valeur nominale".[2086] Pour les États-Unis, toute "multiplication" de l'avantage découlant d'une dépense donnée s'appliquerait également aux dépenses de R&D internes de Boeing.[2087] Deuxièmement, les États-Unis affirment que le Groupe spécial n'a pas tenu compte du fait que bon nombre des versements de la NASA dont le Groupe spécial avait constaté qu'ils constituaient des subventions n'ont pas "porté {leurs} fruits".[2088]

1009. S'agissant du premier argument des États-Unis, il ne nous apparaît pas clairement que le Groupe spécial a exclu la possibilité d'un effet "multiplicateur" pour les dépenses de R&D propres de Boeing. Nous ne voyons pas non plus très bien si la mention par le Groupe spécial d'un effet "multiplicateur" était fondée sur une évaluation qualitative ou quantitative de la valeur des dépenses de R&D. En outre, même si la valeur des dépenses de Boeing était multipliée, nous ne voyons pas en quoi cela réduit l'importante contribution des subventions de la NASA, qui, comme il est expliqué plus haut, ont été indispensables pour permettre à Boeing de surmonter les facteurs qui la dissuadaient d'investir dans la R&D aéronautique à risque.

[2086] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760. (pas d'italique dans l'original)
[2087] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 254.
[2088] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 255.

1010. S'agissant du deuxième argument, les États-Unis interprètent la référence faite entre parenthèses par le Groupe spécial aux dépenses dont l'utilisation a "porté ses fruits"[2089] comme impliquant que les subventions pour la R&D aéronautique qui ont financé des travaux de recherche n'ayant finalement pas abouti n'ont apporté *aucune* contribution au développement des technologies du 787. Toutefois, comme nous l'avons déjà expliqué[2090], le champ du lien de causalité constaté par le Groupe spécial incorporait même les programmes de recherche qui n'avaient pas de rapport direct avec les technologies utilisées pour le 787, y compris la recherche menée en vertu de programmes de recherche qui n'avaient pas permis de développer des technologies. Nous n'interprétons donc pas la déclaration du Groupe spécial selon laquelle les avantages ont été multipliés dans la mesure où ils ont "porté {leurs} fruits"[2091] comme excluant totalement les programmes qui se sont soldés par des échecs parce que, selon le propre avis du Groupe spécial, ces efforts de recherche infructueux ont aussi contribué, quoique dans une moindre mesure, au succès du 787.

1011. Par conséquent, nous n'admettons pas que la différence entre l'importance des subventions pour la R&D aéronautique et celle des dépenses de R&D propres de Boeing affaiblisse la constatation intermédiaire du Groupe spécial selon laquelle les subventions ont contribué d'une manière réelle et substantielle au développement des technologies utilisées pour le 787 en 2004.

f) Conclusion

1012. Nous rappelons que, dans cette partie de leur appel, les États-Unis demandent l'infirmation de la constatation juridique du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont causé des effets défavorables pour les intérêts des Communautés européennes, au motif qu'un certain nombre des constatations du Groupe spécial, "lorsqu'elles sont considérées dans leur totalité", n'établissent pas un rapport réel et substantiel de cause à effet, comme l'exigent les articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC*.[2092] Les États-Unis ont formulé cinq arguments principaux à l'appui de leurs allégations selon lesquelles le Groupe spécial n'avait pas appliqué dûment le critère juridique aux faits, et un argument selon lequel le Groupe spécial n'avait pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. Nous avons rejeté les cinq arguments des

[2089] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.
[2090] Voir, *supra*, la sous-section X.B.4.a.
[2091] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.
[2092] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 257. Comme nous l'avons noté, on ne voit pas bien si les États-Unis soutiennent que notre acceptation de l'un quelconque de leurs arguments remettrait en question la conclusion générale du Groupe spécial, ou si leur argument consiste plutôt à dire que, prises conjointement, les différentes allégations d'insuffisance exigent l'infirmation de la constatation finale du Groupe spécial concernant le lien de causalité. Nous avons aussi expliqué que, si un appelant est libre de formuler son appel comme il l'entend, il doit supporter les conséquences de cette décision. Dans les cas où il existe un désaccord ou une ambiguïté quant à la nature de l'appel, l'Organe d'appel agira en tant qu'arbitre ultime pour déterminer si l'allégation peut faire dûment l'objet d'un examen en appel.

États-Unis, soit parce que leurs arguments concernent uniquement des questions factuelles qui ne peuvent être contestées au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, soit parce que, sur le fond, ils n'ont pas réussi à démontrer que le Groupe spécial n'avait pas constaté à juste titre l'existence d'un lien de causalité réel et substantiel. Nous avons aussi rejeté l'allégation des États-Unis au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. En conséquence, nous *rejetons* la demande des États-Unis visant à ce que nous infirmions la constatation formulée par le Groupe spécial lors de la première étape de son analyse, au paragraphe 7.1773 de son rapport, ainsi que leur demande d'infirmation corollaire de la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont causé des effets défavorables pour les intérêts des Communautés européennes. Par contre, nous *constatons* que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant, au paragraphe 7.1773 de son rapport, que "les subventions pour la R&D aéronautique {avaient} contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787" en 2004.

6. Analyse hypothétique du Groupe spécial

a) Introduction

1013. Dans la deuxième série d'arguments qu'ils ont présentés en appel, les États-Unis demandent l'infirmation de la constatation du Groupe spécial selon laquelle "en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing n'aurait pas été en mesure de lancer en 2004 un aéronef incorporant l'ensemble des technologies utilisées dans le 787, en promettant de commencer les livraisons en 2008"[2093], ainsi que de sa constatation "subordonnée" selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont causé des effets défavorables pour les Communautés européennes.[2094] Ils allèguent que ces constatations sont erronées parce que, à la fois au cours de la première et de la deuxième étape de son évaluation des effets sur la technologie, l'analyse hypothétique effectuée par le Groupe spécial était insuffisante. Nous rappelons, à cet égard, que la première étape impliquait une analyse de l'effet des subventions pour la R&D aéronautique sur Boeing, alors que la deuxième étape concernait l'effet des subventions pour la R&D aéronautique sur Airbus.

1014. S'agissant de la première étape, les États-Unis affirment que, bien que le Groupe spécial ait posé la bonne question hypothétique – à savoir, si Boeing aurait lancé le 787 au moment où elle l'a fait et comme elle l'a fait, en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique – il a fait erreur en appliquant les articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* au moyen de son analyse hypothétique "sommaire" et "insuffisante".[2095] Selon les États-Unis, le Groupe spécial n'a pas tenu compte de toutes les

[2093] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1775.
[2094] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 278.
[2095] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 258.

constatations qu'il avait formulées au cours de la première étape de son analyse, y compris celles qu'il avait formulées au sujet de la nature des subventions pour la R&D aéronautique; des priorités et des activités de Boeing en matière de recherche ainsi que des ressources dont elle disposait; et des conditions de concurrence dans la branche de production des LCA. Les États-Unis font valoir que, dûment prises en considération, ces constatations auraient dû amener le Groupe spécial à conclure que, même en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing aurait lancé le 787 au moment où elle l'a fait et avec le même niveau d'innovation technologique.[2096]

1015. Les États-Unis contestent aussi le caractère adéquat de l'analyse hypothétique du Groupe spécial en ce qui concerne la deuxième étape de son analyse. Ces arguments sont exposés dans la communication en tant qu'intimé que les États-Unis ont présentée après la distribution du rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. En s'appuyant largement sur les constatations de l'Organe d'appel dans ce différend, les États-Unis affirment que, pour évaluer les allégations des Communautés européennes concernant les pertes de ventes notables, l'empêchement notable de hausses de prix, et la menace de détournement et d'entrave, le Groupe spécial aurait dû étudier d'une manière plus approfondie un scénario hypothétique concernant l'aéronef de Boeing que le Groupe spécial avait jugé "fort probable"[2097] en l'absence de subventions.

1016. La constatation que les États-Unis aimeraient voir infirmée – à savoir que, en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing n'aurait pas été en mesure de lancer en 2004 un aéronef incorporant l'ensemble des technologies utilisées dans le 787, en promettant de commencer les livraisons en 2008 – a été formulée au début de la deuxième étape de l'analyse faite par le Groupe spécial, immédiatement après l'analyse approfondie qu'il avait effectuée au cours de la première étape. À mi-chemin de son analyse globale des effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique, le Groupe spécial a rappelé le principal argument hypothétique des Communautés européennes, à savoir que:

> … *en l'absence* des subventions pour la R&D aéronautique, i) Boeing n'aurait pas pu lancer, en avril 2004, une famille de LCA 787 offrant les nombreuses économies de coûts d'exploitation et améliorations du confort des passagers qui en ont fait un tel succès commercial par rapport à l'A330 et à l'A350 original; et ii) Boeing n'aurait pas pu s'engager par contrat à effectuer d'importantes livraisons du 787 à partir de 2008.[2098] (notes de bas de page omises)

[2096] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 258 et 261.
[2097] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1775.
[2098] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1774. Le Groupe spécial a noté que, en fait, selon les Communautés européennes, il aurait fallu à Boeing "des années de plus" ainsi que beaucoup plus de ses propres

1017. Le Groupe spécial a noté que les éléments de preuve dont il disposait démontraient que Boeing avait besoin de développer un LCA pour remplacer le 767 sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges et qu'elle l'aurait fait pendant la première moitié des années 2000.[2099] Il a considéré que la seule question dont il était saisi était de savoir "quelle sorte d'aéronef Boeing aurait pu développer, et à quel moment cet aéronef aurait pu être lancé et mis en service pour la première fois en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique."[2100] Le Groupe spécial a constaté que, si Boeing n'avait pas reçu les subventions pour la R&D aéronautique:

> … deux scénarios {étaient} fort probables: Boeing aurait développé un aéronef remplaçant le 767 qui aurait incorporé l'ensemble des technologies utilisées dans le 787, mais son lancement aurait eu lieu bien après 2004 et Boeing n'aurait pas été en mesure de promettre les premières livraisons pour 2008, ou elle aurait lancé en 2004 un aéronef remplaçant le 767 qui aurait été technologiquement supérieur au 767 mais n'aurait pas offert le même degré d'innovation technologique que le 787. Nous n'avons pas à émettre d'avis définitif sur le scénario qui se serait matérialisé. Ce qui est clair pour nous, c'est qu'en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing n'aurait pas été en mesure de lancer en 2004 un aéronef incorporant l'ensemble des technologies utilisées dans le 787, en promettant de commencer les livraisons en 2008.[2101]

1018. Le raisonnement du Groupe spécial démontre qu'il a procédé à une analyse hypothétique du lien de causalité, comme les Communautés européennes l'avaient proposé. Les États-Unis n'ont pas fait objection à l'utilisation de l'analyse hypothétique dans la procédure du Groupe spécial[2102] et ils ne soulèvent pas non plus d'objection concernant cette analyse en appel.

1019. Les dispositions de la Partie III de l'*Accord SMC* qui traitent du lien de causalité – c'est-à-dire les articles 5 et 6.3 – exigent qu'il soit démontré que les phénomènes sur le marché spécifiés à l'article 6.3 a) à d) étaient "causés" par, ou étaient l'"effet de", la subvention. Mis à part cela, ces dispositions ne prescrivent pas la manière dont un groupe spécial doit procéder à son analyse du lien de causalité. Une analyse hypothétique est une forme d'analyse qu'un groupe spécial peut juger utile pour résoudre des questions concernant le lien de causalité.[2103] La manière précise dont un

---

fonds pour le faire. (*Ibid.*, note de bas de page 3702 y relative (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, annexe C, paragraphe 199))

[2099] Cette constatation était fondée sur les éléments de preuve présentés au Groupe spécial selon lesquels Boeing avait conclu à la fin des années 1990 que la fragmentation des routes entraînerait un nombre plus important de routes à moindre volume, mieux desservies par des aéronefs de moyenne capacité et à plus long rayon d'action (évaluation commerciale n'ayant rien à voir avec les subventions) et qu'un aéronef de ce type était nécessaire en raison de l'âge du 767. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1774)

[2100] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1774. (notes de bas de page omises)

[2101] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1775.

[2102] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1657.

[2103] L'Organe d'appel a constaté qu'une analyse hypothétique:

raisonnement hypothétique se déroule variera en fonction de la façon dont le problème de causalité se présente dans un différend particulier. Une analyse hypothétique peut être hautement quantitative ou de nature essentiellement qualitative, ou elle peut comporter des éléments tant quantitatifs que qualitatifs.

1020. Lorsqu'elle cherche à s'acquitter de la charge qui lui incombe de démontrer les effets des subventions pertinentes, une partie plaignante peut choisir d'avoir recours à une analyse hypothétique. En effet, elle peut très bien juger difficile d'établir un lien de causalité pour certains phénomènes décrits à l'article 6.3 (par exemple, l'entrave et l'empêchement de hausses de prix) sans argumentation hypothétique. Un groupe spécial qui évalue les allégations et les moyens de défense respectifs des parties devra aussi prendre dûment en considération l'utilisation d'une analyse hypothétique, en particulier lorsque cette analyse fait partie des arguments présentés par les parties. Le Groupe spécial pourrait décider d'accepter le(s) scénario(s) hypothétique(s) proposé(s) par une partie quant à la situation sur le marché qui aurait existé en l'absence des subventions, mais il n'est pas tenu de le faire.[2104] Au contraire, dans le cadre de son évaluation objective de la question, un groupe spécial devra se faire sa propre opinion de ce à quoi un marché non affecté par des subventions aurait ressemblé et pourra juger approprié d'élaborer son (ses) propre(s) scénario(s) hypothétique(s). Un groupe spécial n'est pas tenu d'identifier et d'étudier tous les scénarios hypothétiques possibles concernant le marché, en particulier dans les cas où les parties elles-mêmes n'ont pas développé de tels scénarios possibles ni étayé leur probabilité. La mesure dans laquelle un groupe spécial pourra ou devra préciser les détails spécifiques de la variante qu'il aura élaborée variera en fonction de l'affaire, mais, ayant choisi un scénario raisonnable, un groupe spécial devrait développer son analyse hypothétique d'une manière cohérente et constante.

> … offr{ait} à une entité juridictionnelle un cadre analytique utile permettant d'isoler et d'identifier correctement les effets des subventions contestées. ... Comme pour d'autres évaluations factuelles, il {était} clair que les groupes spéciaux {avaient} une marge discrétionnaire dans la conduite de l'analyse hypothétique.

(Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1110. (note de bas de page omise)) Dans certains contextes, y compris lorsqu'il s'agit d'évaluer des allégations d'empêchement de hausses de prix, l'Organe d'appel a expliqué qu'une analyse hypothétique faisait "inévitablement" partie d'une analyse du lien de causalité. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 351) Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, note de bas de page 2459 relative au paragraphe 1162.

[2104] À cet égard, l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, lorsqu'il a examiné l'approche du lien de causalité et de la non-imputation adoptée par le Groupe spécial de la mise en conformité dans ce différend (dans le contexte d'une allégation d'empêchement notable de hausses de prix), a noté qu'"un groupe spécial dispos{ait} d'un certain pouvoir discrétionnaire pour choisir une méthode appropriée afin de déterminer si une subvention {avait} pour "effet" un empêchement notable de hausses de prix". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 370 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 436))

1021. S'agissant de la critique par les États-Unis de l'analyse hypothétique du Groupe spécial en l'espèce, nous notons premièrement que les États-Unis identifient la "partie hypothétique" de l'analyse du Groupe spécial comme comprenant les "deux constatations" suivantes:

i) "Boeing avait besoin de développer un LCA pour remplacer le 767 sur le marché des LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges et … elle l'aurait fait pendant la première moitié des années 2000"; et

ii) "{E}n l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing n'aurait pas été en mesure de lancer en 2004 un aéronef incorporant l'ensemble des technologies utilisées dans le 787, en promettant de commencer les livraisons en 2008."[2105]

1022. Contrairement à ce que les États-Unis font valoir, nous ne croyons pas comprendre que l'examen hypothétique entrepris par le Groupe spécial se limite simplement aux deux paragraphes où sont énoncées ces constatations. Le Groupe spécial a expliqué qu'il adopterait une approche hypothétique du lien de causalité pour les deux étapes de son analyse du lien de causalité.[2106] Il nous apparaît que cette analyse hypothétique reposait sur son examen: i) du scénario hypothétique présenté par les Communautés européennes selon lequel, en l'absence des subventions, Boeing n'aurait pas lancé le 787 en 2004, mais, au lieu de cela, l'aurait fait plus tard[2107]; et ii) du scénario hypothétique présenté par les États-Unis, à savoir que, en l'absence des subventions, Boeing aurait lancé le même aéronef 787 avec les mêmes technologies au moment même où elle l'a fait parce qu'elle avait la capacité financière de le faire et parce qu'elle menait les mêmes activités de R&D que la NASA.[2108]

1023. Le Groupe spécial a fondé son analyse au cours de la première étape, sur ces scénarios hypothétiques respectifs présentés par les parties. Par exemple, en constatant que les subventions pour la R&D aéronautique accéléraient le rythme auquel Boeing était en mesure d'amener les technologies du 787 au stade de l'application commerciale, le Groupe spécial a accepté l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle c'était les subventions pour la R&D aéronautique qui avaient permis à Boeing de livrer le 787 plus tôt que cela n'aurait été normalement possible.[2109] De

[2105] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 260 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1774 et 7.1775).
[2106] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1659.
[2107] Nous avons déjà pris note de l'argument présenté au Groupe spécial par les Communautés européennes selon lequel il aurait fallu à Boeing "des années de plus" ainsi que beaucoup plus de ses propres fonds pour le faire. (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3702 relative au paragraphe 7.1774 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, annexe C, paragraphe 199))
[2108] Voir, par exemple, la déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 144 et 145.
[2109] Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1748.

même, en constatant que, nonobstant la capacité financière de Boeing ainsi que ses propres investissements et sa propre participation dans la R&D, les subventions pour la R&D aéronautique avaient contribué d'une manière réelle et substantielle au 787, le Groupe spécial a rejeté le scénario hypothétique qui avait été avancé par les États-Unis.[2110]

1024. Il apparaît que, ayant rejeté le scénario hypothétique des États-Unis au cours de la première étape, le Groupe spécial a effectué son analyse au cours de la deuxième étape sur la base du scénario hypothétique des Communautés européennes selon lequel le 787 n'aurait été présent sur le marché que "des années plus tard" (c'est-à-dire qu'il n'aurait été disponible pour les clients que bien après 2004). Selon le scénario des Communautés européennes, il était fort probable que, pendant la période de référence, le marché aurait été constitué d'A330 et de 767, qui étaient les deux modèles disponibles avant 2004. Le Groupe spécial a constaté que l'A330 était le "numéro un incontesté" sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges[2111], avec une part de marché de 82 pour cent en 2003.[2112] Par conséquent, en l'absence des subventions, il est probable que cet aéronef aurait continué à représenter l'essentiel des ventes et que l'augmentation de la demande[2113] aurait permis au numéro un sur le marché de maintenir voire d'augmenter les prix.

1025. Nous croyons comprendre que c'est la base sur laquelle le Groupe spécial a procédé à son analyse hypothétique du lien de causalité et a déterminé que, en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Airbus n'aurait pas subi de pertes de ventes et d'empêchement de hausses de prix dans une mesure notable ni de menace de détournement et d'entrave visant ses exportations de LCA. Pourtant, il apparaît que, lorsqu'il a élaboré les scénarios hypothétiques, le Groupe spécial s'est, en partie du moins, écarté des arguments des parties ainsi que de la base sur laquelle il avait procédé à sa propre analyse. Comme nous l'avons indiqué plus haut, le Groupe spécial a considéré que, en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, deux scénarios étaient "fort probables". Le premier concernait le lancement d'un aéronef remplaçant le 767 qui aurait incorporé l'ensemble des technologies utilisées dans le 787, mais ce lancement aurait eu lieu bien après 2004 et Boeing n'aurait pas été en mesure de promettre les premières livraisons pour 2008 (ce que nous appelons le scénario "787 tardif"). Ce scénario est en substance celui qu'ont présenté les Communautés européennes. Le Groupe spécial a aussi constaté qu'il était probable que Boeing aurait lancé en 2004 un aéronef remplaçant le 767 qui aurait été technologiquement supérieur au 767 mais n'aurait pas offert le même degré d'innovation technologique que le 787 (ce que nous appelons le scénario "767 plus"). Ce

[2110] Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1758.
[2111] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1777.
[2112] Voir le tableau figurant dans le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1783.
[2113] Nous avons fait état plus haut de la constatation du Groupe spécial selon laquelle il y avait eu une augmentation de la demande sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges pendant la période de référence. (*supra*, paragraphe 931)

dernier scénario d'un 767 plus n'avait toutefois pas été spécifiquement avancé par l'une ou l'autre des parties, n'est pas mentionné dans les éléments de preuve versés au dossier et ne figure pas dans le corps du raisonnement hypothétique du Groupe spécial. Pour cette raison, nous jugeons difficile de soutenir les arguments des États-Unis qui reposent sur le scénario hypothétique concernant un aéronef 767 plus.

b) Analyse hypothétique du Groupe spécial: première étape

1026. Dans leur autre appel, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial a fait erreur dans son application des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* en raison de son analyse hypothétique "sommaire" et "insuffisante".[2114] Selon les États-Unis, une analyse hypothétique appropriée exigeait que le Groupe spécial examine la nature des subventions; les priorités et activités de Boeing en matière de recherche et les ressources disponibles; et les conditions de concurrence dans la branche de production des LCA.[2115] Les États-Unis font valoir que ces facteurs indiquent que, en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing aurait procédé de la même manière qu'elle l'a fait avec les subventions: en menant des études dans les mêmes domaines, au même rythme et visant le même objectif, à savoir un aéronef avancé sur le plan technologique qui concurrence l'A330 au niveau commercial.[2116] L'analyse du Groupe spécial n'établit donc pas le lien de causalité requis. En conséquence, les États-Unis nous demandent d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle, "en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing n'aurait pas été en mesure de lancer en 2004 un aéronef incorporant l'ensemble des technologies utilisées dans le 787, en promettant de commencer les livraisons en 2008"[2117], et sa constatation "subordonnée" selon laquelle ces subventions ont causé des effets défavorables pour les intérêts des Communautés européennes.[2118]

1027. L'Union européenne répond que les arguments des États-Unis se rapportent exclusivement à des faits et qu'ils auraient dû être soumis au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. En tout état de cause, elle fait valoir que l'analyse hypothétique du Groupe spécial était suffisante et démontre qu'il a correctement effectué la première étape de son analyse hypothétique concernant la façon dont le comportement commercial de Boeing sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges aurait été différent en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique.[2119]

[2114] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 258.
[2115] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 258 et 261.
[2116] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 278.
[2117] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 278 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1775).
[2118] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 278.
[2119] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 414.

1028. À titre préliminaire, nous notons que l'analyse hypothétique d'un groupe spécial comportera habituellement à la fois des éléments tant factuels que juridiques, qui peuvent ne pas être faciles à distinguer. En l'espèce, il apparaît que les États-Unis acceptent les constatations factuelles du Groupe spécial. En conséquence, nous ne prendrons en compte les arguments présentés en appel par les États-Unis que dans la mesure où ils concernent la constatation juridique finale du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique étaient une cause réelle et substantielle du préjudice grave.

1029. S'agissant des allégations spécifiques, les États-Unis font référence à six constatations du Groupe spécial qui, à leur avis, auraient dû l'amener à conclure que, même sans les subventions, Boeing aurait lancé en 2004 un LCA doté de toutes les innovations technologiques du 787, capable de concurrencer l'A330.[2120] Ces constatations sont les suivantes: i) Boeing et Airbus "sont fortement incitées au niveau commercial à dépenser les ressources nécessaires pour obtenir un avantage technique sur les concurrents"[2121]; ii) Boeing savait quelle recherche devait être effectuée étant donné que le champ et le programme de recherche avaient été établis en collaboration avec la branche de production[2122]; iii) la NASA a financé et mené sa recherche de la même manière que Boeing, c'est-à-dire en payant des scientifiques pour effectuer la recherche et en obtenant le droit d'utiliser les installations et les équipements nécessaires pour réaliser les travaux[2123]; iv) toute partie privée pouvait utiliser les installations, équipements et employés de la NASA dans le cadre d'accords remboursables au titre de la Loi sur l'espace et Boeing payait en espèces ces biens et ces services[2124]; v) Boeing finançait elle-même la recherche sur les mêmes sujets et au même moment que la NASA[2125]; et vi) Boeing disposait de fonds suffisants pour acquérir les mêmes connaissances et la même expérience que celles qui étaient obtenues grâce aux dépenses publiques de R&D aéronautique en cause.[2126]

1030. Bon nombre de ces constatations ont été contestées par les États-Unis dans la première partie de leur appel et sont déjà traitées dans la partie précédente du présent rapport. Il apparaît qu'en désignant ces arguments comme étant des arguments concernant l'"analyse hypothétique" du Groupe

[2120] Voir la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 278.
[2121] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 263 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1765 et 7.1768).
[2122] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 264 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1740 à 7.1745).
[2123] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 265.
[2124] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 266 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, note de bas de page 2624 relative au paragraphe 7.1082).
[2125] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 267 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1746).
[2126] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 268 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1759, 7.1830 et 7.1831).

spécial, les États-Unis reformulent plusieurs arguments que nous avons déjà examinés et rejetés. L'analyse du lien de causalité par le Groupe spécial doit être comprise de manière holistique comme incorporant une approche hypothétique du lien de causalité. Dans cette analyse, le Groupe spécial a évalué si, en l'absence des subventions, Boeing aurait pu développer le 787 pour 2004. Ce faisant, il a expressément pris en considération et examiné des arguments relatifs à la propre participation de Boeing aux activités de recherche aux côtés de la NASA, à son accès aux installations de recherche ainsi qu'à ses capacités financières substantielles. Comme nous l'avons noté plus haut, bien qu'il ait tenu compte de ces facteurs et reconnu leur importance, le Groupe spécial a néanmoins considéré que les subventions pour la R&D aéronautique avaient joué un rôle important pour ce qui était d'accélérer le développement des technologies du 787 et de permettre à Boeing de surmonter les importants facteurs qui la dissuadaient d'investir dans la R&D à long terme et à haut risque. La tentative des États-Unis de formuler leurs arguments en tant qu'arguments se rapportant à l'analyse hypothétique du Groupe spécial ne remet pas en cause ces constatations essentielles du Groupe spécial, qui étaient indispensables à sa constatation selon laquelle, en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing n'aurait pas développé le 787 pour 2004, avec toutes les technologies dont il est doté, et en promettant des livraisons pour 2008.

1031. Les États-Unis évoquent une observation du Groupe spécial – formulée dans le contexte de son examen des *conditions de concurrence* – que nous n'avons pas traitée dans la section précédente, à savoir que "{l}a concurrence intense que se livrent Boeing et Airbus porte en substance sur la conception et la construction de meilleurs avions".[2127] Selon les États-Unis, cette déclaration laisse entendre que les constructeurs de LCA sont "fortement incités" à investir dans la R&D et, de cette façon, "obtenir un avantage technique sur les concurrents".[2128] Nous croyons comprendre que les États-Unis font valoir que la référence faite par le Groupe spécial à la concurrence intense que se livrent Boeing et Airbus s'agissant de la conception et du développement d'aéronefs ne peut pas être conciliée avec sa constatation selon laquelle Boeing était confrontée à d'importants facteurs qui la dissuadaient d'investir dans la R&D précoce/à haut risque.

1032. Nous ne voyons aucune contradiction inhérente entre ces deux déclarations ni entre la déclaration du Groupe spécial concernant la "{substance de} la concurrence intense que se livrent Boeing et Airbus" et sa conclusion selon laquelle, en l'absence des subventions, Boeing n'aurait pas été en mesure de lancer le 787 en 2004. Cela tient au fait que les facteurs dissuasifs créés par la rude concurrence que se livrent Airbus et Boeing n'excluent pas une constatation selon laquelle les

[2127] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1765 (citant Dr. J. Jordan and Dr. G. Dorman, "Reply to the report of Professor Cabral" (NERA Economic Consulting, 2007) (pièce US-3 présentée au Groupe spécial, page 11).

[2128] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 263.

investissements requis pour la R&D aéronautique n'étaient pas garantis en raison du risque inhérent. Alors que l'intensité de la concurrence incite ces entreprises à investir dans la R&D, cette incitation ne signifie pas que les investissements auraient nécessairement été réalisés par Boeing en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique. En tout état de cause, le Groupe spécial a fait une constatation différente.

1033. Enfin, les États-Unis avancent un argument distinct en ce qui concerne une réponse apportée par le Groupe spécial à leur argument selon lequel, par rapport aux 16 milliards de dollars que Boeing a dépensés pour le rachat d'actions entre 1986 et 2006[2129], l'importance des subventions pour la R&D aéronautique au cours d'une période analogue était sans conséquence. En particulier, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

> {L'}invitation des États-Unis à comparer les montants des subventions pour la R&D aéronautique et la rémunération que Boeing a versée aux actionnaires signifie que l'effet ultime des subventions pour la R&D aéronautique était simplement d'augmenter la rémunération des actionnaires de Boeing. Le Groupe spécial ne souscrit pas à l'affirmation selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique avaient essentiellement pour effet d'apporter des avantages aux actionnaires de Boeing en remplaçant des fonds que Boeing consacrait par ailleurs à la R&D.[2130]

1034. Les États-Unis font valoir que l'affirmation rejetée par le Groupe spécial – à savoir que les subventions avaient essentiellement pour effet d'apporter des avantages aux actionnaires de Boeing – est une implication nécessaire de l'analyse hypothétique. De l'avis des États-Unis, si la qualification selon laquelle les subventions ont pour effet "d'augmenter la rémunération" des actionnaires empêche de conclure que, en l'absence des subventions, la situation concurrentielle pertinente serait restée la même, une analyse hypothétique devient "dénuée de sens" puisqu'il est toujours possible de dire que quelqu'un est mieux loti parce qu'il a reçu des subventions.[2131]

1035. À la différence des États-Unis, nous croyons comprendre que, dans le passage susmentionné, le Groupe spécial réaffirme que la valeur des subventions pour la R&D aéronautique accordées à Boeing n'était pas directement comparable aux montants de liquidités versés aux actionnaires et que les effets des subventions ne pouvaient pas être ramenés à leur valeur monétaire. En fait, comme le Groupe spécial l'a constaté, les subventions pour la R&D étaient censées avoir des effets

[2129] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760 (faisant référence aux observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 78 du Groupe spécial, paragraphe 270).
[2130] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.
[2131] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 276.

"multiplicateurs".[2132] Elles ont également permis à Boeing de surmonter les importants facteurs dissuasifs auxquels elle était confrontée par ailleurs.[2133] Par conséquent, le Groupe spécial a considéré qu'une comparaison des montants en dollars des subventions pour la R&D aéronautique avec les ressources financières disponibles de Boeing au cours de la même période ne serait pas un indicateur approprié permettant de prévoir le comportement commercial probable de Boeing en l'absence des subventions.

1036. Compte tenu de ce qui précède, nous ne souscrivons pas au point de vue des États-Unis selon lequel l'analyse hypothétique du Groupe spécial, telle qu'appliquée lors de la première étape de son analyse, était insuffisante ou affaiblissait le lien de causalité réel et substantiel dont le Groupe spécial avait constaté l'existence. En conséquence, nous ne sommes pas en mesure de souscrire à l'avis des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en concluant, au paragraphe 7.1775 de son rapport, que, "en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, Boeing n'aurait pas été en mesure de lancer en 2004 un aéronef incorporant l'ensemble des technologies utilisées dans le 787, en promettant de commencer les livraisons en 2008".[2134] Par conséquent, nous rejetons la demande des États-Unis visant l'infirmation de la constatation susmentionnée et l'infirmation corollaire de la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont causé des effets défavorables pour les intérêts des Communautés européennes.[2135]

c) Analyse hypothétique du Groupe spécial: deuxième étape

1037. Les États-Unis affirment que l'analyse hypothétique du Groupe spécial est déficiente parce que, en évaluant l'effet des subventions pour la R&D aéronautique sur les ventes et les prix d'Airbus au cours de la deuxième étape, le Groupe spécial n'a pas étudié "ce à quoi le marché ressemblerait"

[2132] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760.

[2133] Immédiatement après la section susmentionnée, le Groupe spécial a indiqué ce qui suit:

> Comme nous l'avons mentionné plus haut … nous n'avons pas de raison de mettre en doute les éléments de preuve indiquant que d'importants facteurs dissuadaient le secteur privé d'investir dans des activités de recherche du type de celles qui étaient menées en vertu des subventions pour la R&D aéronautique, et la même objection fondamentale peut être formulée en l'espèce à l'encontre de toute affirmation selon laquelle une entreprise comme Boeing aurait mené de telles activités de recherche. De plus, nous jugeons qu'il est peu probable que des fonds pour la R&D affectés à une fin si particulière, examinés si attentivement et déboursés pendant une telle période n'aient effectivement été rien de plus qu'un transfert à des actionnaires.

(Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1760)

[2134] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1775.

[2135] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 278.

dans le scénario hypothétique d'un 767 plus.[2136] S'appuyant en particulier sur des constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, les États-Unis distinguent le scénario 767 plus en l'espèce de deux des quatres scénarios hypothétiques examinés par l'Organe d'appel dans ce différend concernant l'absence complète d'aéronefs du bénéficiaire sur le marché en l'absence des subventions[2137], et pour lesquels l'Organe d'appel a constaté qu'aucune analyse hypothétique plus approfondie n'était nécessaire. Les États-Unis font valoir que le scénario 767 plus ressemble davantage aux deux autres scénarios examinés par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* dans lesquels un bénéficiaire plus faible et non subventionné entrait sur le marché en l'absence des subventions[2138], et pour lesquels l'Organe d'appel a constaté qu'une analyse hypothétique plus détaillée était requise.[2139]

1038. En se fondant sur leur interprétation du rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial dans le présent différend n'aurait pas pu établir l'existence d'un rapport de causalité réel et substantiel entre les subventions pour la R&D aéronautique et le préjudice grave allégué sans analyser le scénario hypothétique 767 plus qu'il avait lui-même identifié.[2140] En particulier, ils affirment que le Groupe spécial aurait dû formuler des constatations quant à la façon dont un Boeing 767 plus aurait concurrencé l'ancien Airbus A330 ou sur le point de savoir si l'A350 original aurait quand même été lancé, étant donné qu'il était une réponse au 787.[2141] En outre, dans son examen de l'empêchement de hausses de prix, le Groupe spécial a uniquement examiné l'incidence du 787 sur les prix de l'A330 et de l'A350 original et n'a pas examiné quelle aurait été l'incidence d'un 767 plus sur les prix. Les États-Unis ajoutent que, de même, dans son évaluation des pertes de ventes et de la menace de détournement ou d'entrave, le Groupe spécial n'a pas examiné si les compagnies aériennes pour lesquelles il avait constaté des pertes de ventes auraient nécessairement passé commande auprès d'Airbus si le 787 n'avait pas été disponible ni ce qui se serait produit si Boeing leur avait proposé un 767 plus.[2142]

[2136] Nous rappelons que ce scénario d'un "767 plus" concernait un aéronef remplaçant le 767 qui aurait été technologiquement supérieur au 767 mais n'aurait pas offert le même degré d'innovation technologique que le 787. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1775)
[2137] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 284 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1264).
[2138] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 281 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1993).
[2139] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1264.
[2140] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 286.
[2141] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 285.
[2142] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 285.

1039. En résumé, les États-Unis font valoir que, considérée à la lumière de l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'analyse du Groupe spécial en l'espèce révèle des lacunes dans son utilisation d'une analyse hypothétique. Comme nous l'avons expliqué plus haut, le caractère adéquat d'une analyse hypothétique doit être déterminé en fonction, entre autres choses, des scénarios, arguments et éléments de preuve versés au dossier d'un différend particulier.[2143]

1040. En appel, les arguments des États-Unis selon lesquels l'analyse hypothétique du Groupe spécial, à la deuxième étape, était inadéquate sont tous fondés sur le scénario 767 plus avancé par le Groupe spécial. Comme nous l'avons fait observer plus haut, ce scénario ne reposait toutefois pas sur de quelconques arguments hypothétiques des parties. En outre, il s'agissait d'un scénario évoqué au passage par le Groupe spécial dans l'introduction de la deuxième étape de son analyse, même s'il n'y a pas dans son raisonnement ou ses constatations factuelles des indications qui étayent l'affirmation selon laquelle Boeing aurait pu lancer un nouveau modèle de LCA avant que toutes les technologies utilisées sur le 787 soient prêtes pour une application commerciale. Par conséquent, nous ne pouvons pas souscrire à l'argument des États-Unis selon lequel le fait que le Groupe spécial n'a pas développé l'hypothèse concernant un 767 plus était une erreur et remet en question le lien réel et substantiel dont le Groupe spécial avait constaté l'existence entre les subventions pour la R&D aéronautique et les effets défavorables pertinents. En conséquence, nous estimons que le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son utilisation d'une analyse hypothétique ou en constatant, au paragraphe 7.1794 de son rapport, qu'"*en l'absence*" des effets des subventions pour la R&D aéronautique, Airbus n'aurait pas subi de préjudice grave. Nous rejetons donc également la demande des États-Unis visant l'infirmation corollaire de la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont causé des effets défavorables pour les intérêts des Communautés européennes.

7. Analyse par le Groupe spécial des effets des subventions pour la R&D aéronautique sur Airbus

1041. Les États-Unis font aussi appel séparément de constatations formulées par le Groupe spécial lors de la deuxième étape de son analyse, au cours de laquelle il a examiné les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur les prix et les ventes d'Airbus. Nous commençons par reprendre les constatations pertinentes du Groupe spécial.

[2143] Voir *supra*, les paragraphes 1019 et 1020. Nous rappelons que l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* n'a pas jugé nécessaire une analyse hypothétique plus approfondie dans les deux scénarios pour lesquels il a constaté qu'il était probable que, en l'absence des subventions, Airbus n'aurait pas du tout pu entrer sur le marché. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1264)

1042. Étant parvenu à la conclusion que, sans les subventions, Boeing n'aurait pas été en mesure de lancer en 2004 un aéronef comprenant l'ensemble des technologies utilisées dans le 787, en prévoyant de commencer les livraisons en 2008[2144], le Groupe spécial est ensuite passé à l'analyse des allégations de préjudice grave formulées par les Communautés européennes. En particulier, celles-ci avaient allégué que les subventions pour la R&D aéronautique avaient les effets défavorables suivants pour les intérêts d'Airbus:

i) empêchement notable de hausses des prix de l'A330, de l'A350 original et de l'A350XWB-800;

ii) pertes de ventes notables en ce qui concerne l'A330 et l'A350 original;

iii) détournement du marché des États-Unis des importations d'A330 et d'A350 original, et entrave à ces importations[2145];

iv) détournement des marchés de divers pays tiers des exportations d'A330 et d'A350 original, et entrave à ces exportations; et

v) menace d'empêchement notable de hausses de prix en ce qui concerne les futures *commandes* d'A330 et d'A350XWB-800[2146]; ou, à titre subsidiaire, menace d'empêchement notable de hausses de prix, menace de pertes de ventes notables, et menace de détournement et d'entrave visant les importations et les exportations en ce qui concerne les futures *livraisons* de LCA d'Airbus.[2147]

1043. Le Groupe spécial a commencé par examiner les allégations de perte de ventes notables formulées par les Communautés européennes. Il a déterminé que "les caractéristiques de performance du 787 et/ou son entrée en service prévue en 2008 {avaient} été les facteurs décisifs dans l'issue des

[2144] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1775.

[2145] Il ressort clairement de cette liste que les Communautés européennes ont effectivement allégué que les subventions pour la R&D aéronautique avaient pour effet un détournement et une entrave sur le marché des États-Unis au sens de l'article 6.3 a) de l'*Accord SMC*. Bien que le Groupe spécial n'ait pas explicitement formulé de constatation sur cette allégation, il apparaît qu'il a estimé qu'il s'était prononcé sur cette allégation en constatant que, en ce qui concerne les campagnes de vente impliquant des compagnies aériennes américaines – Continental et Northwest Airlines – des facteurs autres que les subventions pour la R&D aéronautique expliquaient le succès de Boeing. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1786 et note de bas de page 3725 y relative) En tout état de cause, l'Union européenne ne soulève pas en appel la question de l'absence de décision en ce qui concerne son allégation au titre de l'article 6.3 a).

[2146] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1776.

[2147] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3705 relative au paragraphe 7.1776 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1342). Cette allégation subsidiaire était subordonnée au fait que le Groupe spécial ne souscrivait pas à l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle il devait évaluer le préjudice grave sur la base des commandes et non des livraisons.

campagnes impliquant Qantas, Ethiopian Airlines et Icelandair en 2005 et dans la campagne impliquant Kenya Airways en 2006".[2148] C'est pourquoi il a constaté qu'"*en l'absence* des effets de certaines subventions pour la R&D aéronautique, Airbus … n'aurait pas perdu de ventes dans une mesure notable au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC".[2149]

1044. Sur la base de données concernant la part des marchés de pays tiers pertinents pour lesquels le Groupe spécial avait constaté des pertes de ventes (à savoir Australie, Éthiopie, Kenya et Islande), le Groupe spécial a également conclu qu'il existait une menace de détournement des exportations communautaires sur les marchés de ces pays tiers et d'entrave à ces exportations, au sens de l'article 6.3 b) de l'*Accord SMC*.[2150] Ces constatations étaient fondées sur des données concernant les livraisons effectives (pour les années allant jusqu'à 2006 inclus) et sur les livraisons futures prévues (pour les années 2007 et suivantes) pour les campagnes de vente impliquant Qantas, Ethiopian Airlines, Kenya Airways et Icelandair.[2151] Ayant examiné ces données, le Groupe spécial était convaincu qu'"*en l'absence* des effets de certaines des subventions pour la R&D aéronautique, Airbus aurait obtenu des commandes additionnelles de LCA A330 ou A350 original de la part de clients sur les marchés des pays tiers que sont l'Australie, l'Éthiopie, le Kenya et l'Islande, et n'aurait donc pas été menacée d'un détournement de ses exportations des marchés de pays tiers ou d'une entrave à ces exportations au sens de l'article 6.3 b) de l'Accord SMC".[2152]

1045. Enfin, le Groupe spécial est passé aux allégations des Communautés européennes concernant un empêchement notable de hausses des prix subi par Airbus sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Il a examiné les renseignements sur les prix et les données concernant les parts de marché pour l'A330. Il a souscrit "à l'affirmation selon laquelle on {pouvait} s'attendre à ce que le lancement d'un aéronef technologiquement avancé {c'est-à-dire le 787} fasse baisser le prix de l'aéronef concurrent technologiquement moins avancé (tout comme ses valeurs résiduelles)".[2153] Il était "convaincu{} que c'{était} ce qui {était} arrivé à l'A330 lorsque le 787 {avait} été lancé en 2004", laissant Airbus "dans une position qui l'{avait} contrainte de baisser le prix de l'A330 pour tenter de limiter sa perte de part de marché au profit du 787".[2154] Il a noté que "la demande de LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges {avait} chuté en 2002 (en grande partie à cause {des attaques du

[2148] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1786.
[2149] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1788. (italique dans l'original)
[2150] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1790 et 7.1991.
[2151] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1790 (faisant référence à "Airbus and Boeing LCA Deliveries and Projected Deliveries in the Challenged Markets – Projected deliveries as of 31 December 2006" (pièce EC-1173 présentée au Groupe spécial)).
[2152] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1791. (italique dans l'original)
[2153] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1781.
[2154] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1781.

11 septembre 2001 contre le World Trade Center} et de l'épidémie de SRAS)"[2155] et voyait "dans les données … présentées que les prix de l'A330 {avaient} évolué à la baisse après 2004 et que l'aéronef, qui était auparavant numéro un sur ce marché de produit, {avait} perdu une part de marché au profit de Boeing".[2156] Le Groupe spécial a estimé que les chiffres relatifs à la part de marché "montr{aient} l'effritement assez spectaculaire de la part de marché d'Airbus pendant la période de 2004 à 2006, comparativement à la période de 2000 à 2003", qui "coïncid{ait} avec le lancement du 787 en 2004".[2157] En conclusion, il a noté ce qui suit: "{l}es éléments de preuve concernant l'évolution des prix de l'A330, conjugués aux données relatives à la part de marché, sont conformes à ce à quoi nous pourrions nous attendre suite au lancement d'un aéronef technologiquement supérieur, offrant des avantages sur le plan des coûts d'exploitation par rapport à un aéronef technologiquement moins avancé, pour à peu près le même prix".[2158]

1046. Le Groupe spécial a également fait référence à des éléments de preuve RCC présentés par les Communautés européennes, qui démontraient qu'Airbus avait pu remporter des ventes en offrant [***] afin de neutraliser les avantages technologiques et les économies de coûts d'exploitation offerts par le 787.[2159] Il a conclu que les "éléments de preuve concernant l'importance des concessions de prix qu'Airbus {avait} offertes afin d'obtenir des ventes d'A330 et d'A350 original indiqu{aient} que les subventions pour la R&D aéronautique {avaient} également eu pour effet d'empêcher des hausses des prix de ces deux aéronefs dans une mesure notable".[2160]

1047. Le Groupe spécial a fait référence aux allégations des Communautés européennes selon lesquelles les subventions pour la R&D aéronautique avaient aussi eu pour effet d'empêcher des hausses des prix de l'A350XWB-800, mais les a rejetées au motif que les Communautés européennes n'avaient pas présenté d'éléments de preuve concernant l'évolution des prix ou les prix effectifs pratiqués pour ce modèle d'Airbus.[2161]

1048. Sur la base des éléments de preuve qu'il avait examinés, le Groupe spécial a constaté que "les subventions pour la R&D aéronautique {avaient} contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787 et que, par voie de conséquence, *en l'absence* des effets de ces subventions":

[2155] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1782.
[2156] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1781.
[2157] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1785.
[2158] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1785.
[2159] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1792 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1393; et à la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, version intégrale de l'Appendice RCES, paragraphe 10).
[2160] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1792.
[2161] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1793.

- Airbus aurait obtenu des commandes additionnelles de LCA A330 et A350 original de la part de clients sur les marchés des pays tiers que sont l'Australie, l'Éthiopie, le Kenya et l'Islande en 2005 et 2006, et les Communautés européennes n'auraient pas été menacées d'un détournement des exportations des marchés de pays tiers ou d'une entrave à ces exportations au sens de l'article 6.3 b) de l'Accord SMC;

- Airbus aurait réalisé des ventes additionnelles d'A330 et d'A350 original pendant la même période et, de ce fait, n'aurait pas perdu de ventes dans une mesure notable sur le marché des LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC; et

- les prix de l'A330 et de l'A350 original pendant la période de 2004 à 2006 auraient été notablement plus élevés et, de ce fait, Airbus n'aurait pas subi un empêchement notable de hausses de prix sur le marché des LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC.[2162]

1049. Le Groupe spécial a donc conclu, globalement, ce qui suit:

> … les subventions pour la R&D aéronautique ont pour effet de menacer de détourner les exportations des Communautés européennes des marchés de pays tiers et de menacer d'entraver ces exportations au sens de l'article 6.3 b) de l'Accord SMC s'agissant du marché des LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges, ainsi que de faire perdre des ventes et d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC s'agissant de ce marché de produit, chacun de ces effets constituant un préjudice grave causé aux intérêts des Communautés européennes au sens de l'article 5 c) de l'Accord SMC.[2163]

8. L'appel des États-Unis concernant le deuxième stade de l'analyse par le Groupe spécial des effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique

1050. Avant d'examiner les motifs spécifiques de l'appel des États-Unis, nous notons les dispositions pertinentes de l'*Accord SMC*, à savoir les articles 5 c) et 6.3 b) et c), dont les parties pertinentes disposent ce qui suit:

> 5. Aucun Membre ne devrait causer, en recourant à l'une quelconque des subventions visées aux paragraphes 1 et 2 de l'article premier, d'effets défavorables pour les intérêts d'autres Membres, c'est-à- dire:

[2162] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1794.
[2163] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1797; voir aussi les paragraphes 7.1854 a) et 8.3 a) i).

…

> c) causer un préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre. (note de bas de page omise)
>
> 6.3 Un préjudice grave au sens du paragraphe c) de l'article 5 peut apparaître dès lors qu'il existe l'une ou plusieurs des situations ci-après:
>
> …
>
> b) la subvention a pour effet de détourner du marché d'un pays tiers les exportations d'un produit similaire d'un autre Membre ou d'entraver ces exportations;
>
> c) la subvention se traduit par une sous-cotation notable du prix du produit subventionné par rapport au prix d'un produit similaire d'un autre Membre sur le même marché, ou a pour effet d'empêcher des hausses de prix ou de déprimer les prix ou de faire perdre des ventes sur le même marché dans une mesure notable{.}

a) Pertes de ventes notables

1051. Nous commençons par la contestation des États-Unis concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont eu pour effet des pertes de ventes notables pour Airbus sur le même marché, au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*.

1052. L'Organe d'appel a défini une "lost sale" (vente perdue) comme étant une vente qu'un fournisseur "failed to obtain" (n'a pas obtenue).[2164] Il a interprété ce concept comme étant un concept "relationnel", entraînant l'examen du "comportement tant de l'entreprise (des entreprises) subventionnée(s), qui doit (doivent) avoir remporté les ventes, que de l'entreprise (des entreprises) concurrente(s) qui, d'après les allégations, a (ont) perdu les ventes", à cause de l'effet de la subvention.[2165] Des ventes ne peuvent être perdues "sur le même marché", au sens de l'article 6.3 c), que si le produit subventionné et le produit similaire sont en concurrence sur le même marché de produit. En ce qui concerne le sens de l'expression "dans une mesure notable", l'Organe d'appel a noté

[2164] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1214.
[2165] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1214.

que cette expression signifiait "important, digne d'être noté ou lourd de conséquences"[2166] et avait à la fois une dimension quantitative et une dimension qualitative.[2167]

1053. Dans la présente affaire, les Communautés européennes se sont appuyées sur des éléments de preuve concernant dix campagnes de vente[2168] pour étayer leurs allégations de pertes de ventes notables. Ces éléments de preuve ont été examinés dans la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial et les détails des campagnes pertinentes sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges ont été donnés dans une annexe RCES de cette communication – l'Annexe D. D'après les Communautés européennes, les clients ont choisi le 787 en raison de certaines ou de l'ensemble des caractéristiques ci-après qui résultent des subventions: son innovation technologique, sa disponibilité anticipée et ses prix faibles.[2169] Les États-Unis ont répondu que des raisons autres que les subventions pour la R&D expliquaient qu'Airbus n'ait pas pu obtenir des ventes dans les campagnes de vente pertinentes. Par exemple, même s'ils convenaient que l'A330 et l'A350 original avaient perdu des ventes au profit du 787 en raison des caractéristiques technologiques avancées de ce dernier, ils ont fait valoir que ces caractéristiques n'étaient pas le résultat des subventions, mais le produit du travail et des investissements effectués par Boeing et ses fournisseurs.[2170] Ils sont convenus que l'A350 original avait perdu des ventes en raison de la disponibilité anticipée du 787; cependant, ils attribuaient ce fait non pas aux subventions pour la R&D aéronautique, mais aux stratégies différentes employées par Airbus et Boeing.[2171] Enfin, ils ont fait référence à des éléments de preuve concernant les campagnes de vente communiqués sous la forme d'une annexe RCES à leur première communication écrite dont ils alléguaient qu'ils prouvaient que les arguments des Communautés européennes étaient sans fondement et démontraient que les clients avaient choisi le 787 pour des raisons autres que son faible prix.[2172]

1054. Le Groupe spécial pensait comme les Communautés européennes que dans quatre des dix campagnes de vente mentionnées par les Communautés européennes – à savoir les campagnes de

[2166] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 426 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1326).
[2167] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1218.
[2168] Voir le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3724 relative au paragraphe 7.1786. Les campagnes de vente sur lesquelles les Communautés européennes se sont appuyées étaient les suivantes: All Nippon Airways (2004); Japan Airlines (2004); Continental Airlines (2004-2006); Icelandair (2005); Northwest (2005); Air Canada (2005); Qantas (2005); Kenya Airways (2006); Ethiopian Airlines (2005); et Royal Air Maroc (2005).
[2169] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe D (version RCC), paragraphes 5 à 77. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1786.
[2170] Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 997.
[2171] Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 998.
[2172] Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 999, faisant référence à l 'Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES).

vente impliquant Qantas (2005), Ethiopian Airlines (2005) et Icelandair (2005), et Kenya Airways (2006) – les subventions pour la R&D aéronautique avaient eu pour effet des pertes de ventes notables sur le même marché, au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*. De l'avis du Groupe spécial, les "caractéristiques de performance du 787 et/ou son entrée en service prévue en 2008" étaient des "facteurs décisifs" pour la capacité de Boeing d'obtenir ces ventes.[2173] Par contre, pour les six autres campagnes de vente – à savoir les campagnes impliquant All Nippon Airways (2004), Japan Airlines (2004), Continental Airlines (2004-2006), Northwest (2005), Air Canada (2005) et Royal Air Maroc (2005) –, le Groupe spécial n'a pas constaté que les subventions pour la R&D aéronautique étaient la cause des pertes de ventes, et a mentionné des facteurs "autres que les caractéristiques de performance du 787 par rapport à l'A330 et à l'A350 original et la date de livraison du 787 en 2008" qui avaient joué un "rôle majeur" dans la perte de ces ventes particulières au profit de Boeing.[2174] Ces autres facteurs comprenaient la relation de Boeing avec la compagnie aérienne en question; les routes particulières à desservir et le rayon d'action des aéronefs; l'effet de la concurrence entre l'A340 et le 777 de Boeing; la préférence de la compagnie aérienne pour une flotte mixte; et le fait qu'Airbus n'avait pas présenté d'offre formelle.[2175]

1055. Au cours de sa brève analyse, le Groupe spécial a examiné la vente impliquant Qantas, qui comportait une commande de 45 Boeing 787, à laquelle s'ajoutaient 20 options et 50 droits d'achat. Il a relevé le caractère "extrêmement concurrentiel{}" de cette vente et a conclu, sur la base de l'importance de la commande et de divers facteurs qui avaient conféré à cette campagne une importance stratégique pour Boeing et pour Airbus, que la perte par Airbus de cette vente était à elle seule "notable".[2176] Il était donc convaincu qu'en l'absence de l'effet des subventions, Airbus aurait réalisé des ventes additionnelles d'A350 original et n'aurait pas perdu de ventes dans une mesure notable au sens de l'article 6.3 c).

i) *Point de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en comptant deux fois chaque vente de 787 comme représentant deux pertes de ventes pour Airbus*

1056. Les États-Unis affirment que la constatation de pertes de ventes notables formulées par le Groupe spécial est erronée parce qu'elle suppose que des ventes à la fois d'A330 *et* d'A350 original ont été perdues dans les campagnes de vente impliquant Qantas, Ethiopia Airlines, Icelandair, et Kenya Airways. Ils font valoir que le Groupe spécial "a compté deux fois" les pertes de ventes

[2173] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1786. Le Groupe spécial a également fait référence à des éléments de preuve indiquant que les clients avaient été guidés dans leur choix du 787 par "les prix extrêmement bas offerts par Boeing". (*Ibid*.)
[2174] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1786.
[2175] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3725 relative au paragraphe 7.1786.
[2176] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1788.

lorsqu'il a traité chaque vente remportée par le 787 comme représentant deux pertes de ventes – à savoir une pour l'A350 original et une pour l'A330 – même si aucun client n'avait l'intention d'acheter les deux avions et qu'Airbus ne pouvait perdre chaque vente qu'une seule fois.[2177] Ils soutiennent que, pour les pertes de ventes constatées par le Groupe spécial, Airbus n'a fait absolument aucune offre, n'a pas retiré l'A330 au profit de l'A350 original, ou n'a proposé que l'A350 original face au 787.[2178] Par conséquent, la constatation du Groupe spécial selon laquelle Airbus a perdu des ventes pour l'A330 ne satisfait pas aux prescriptions de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC* et, de l'avis des États-Unis, doit être infirmée. Comme la constatation de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave concernant l'*A330* se fonde "exclusivement" sur la constatation "non valable" de perte de ventes, les États-Unis affirment qu'elle doit également être infirmée.[2179]

1057. L'Union européenne répond qu'elle n'a jamais allégué devant le Groupe spécial qu'une unique campagne de vente dans laquelle Airbus avait proposé l'A330 et l'A350 original devrait être comptée comme deux ventes. De plus, la constatation du Groupe spécial fait seulement apparaître que, dans plusieurs des campagnes de vente, Airbus a proposé à la fois des A330 et des A350 original, et a donc perdu des ventes de ces deux aéronefs.[2180]

1058. En présentant cet argument en appel, les États-Unis soulèvent la question de savoir comment interpréter correctement la constatation de perte de ventes formulée par le Groupe spécial. Nous notons qu'en faisant valoir que le Groupe spécial a "compté deux fois" les pertes de ventes, les États-Unis paraissent se focaliser sur la déclaration faite par le Groupe spécial à la fin de son analyse selon laquelle en l'absence des effets des subventions pour la R&D, Airbus "aurait réalisé des ventes additionnelles d'A330 *et* d'A350 original pendant la même période et, de ce fait, n'aurait pas perdu de ventes dans une mesure notable sur le marché des LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC".[2181]

1059. Cette constatation doit, cependant, être lue conjointement avec le raisonnement antérieur figurant dans le corps de l'analyse faite par le Groupe spécial. Le Groupe spécial a commencé son examen des allégations de perte de ventes formulées par les Communautés européennes en analysant les éléments de preuve concernant les campagnes de vente présentés par les Communautés européennes. Il a constaté que les éléments de preuve relatifs à des campagnes de vente spécifiques qui avaient eu lieu sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges entre 2004 et 2006 démontraient que les clients avaient décidé d'acheter des 787 de Boeing soit parce qu'ils "considér{aient} que les LCA

[2177] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 279.
[2178] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 283.
[2179] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 281.
[2180] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphes 443 et 444.
[2181] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1794. (pas d'italique dans l'original)

des familles A330 et A350 original d'Airbus n'étaient pas autant à même que ceux de la famille 787 de Boeing de répondre à {leurs} exigences d'ordre technique ou concernant le calendrier de livraison"; soit parce qu'ils "estim{aient} que les LCA des familles A330 et A350 original d'Airbus étaient en mesure de répondre à {leurs} exigences d'ordre technique ou concernant le calendrier de livraison, mais {avaient} été "influencé{s} par les prix extrêmement bas offerts par Boeing"".[2182] Le Groupe spécial a conclu que, dans les campagnes de vente spécifiques impliquant Qantas, Ethiopian Airlines, Icelandair et Kenya Airways, des ventes avaient été perdues au profit du 787 en raison des "caractéristiques technologiques avancées du 787, dont la disponibilité à l'époque avait été accélérée par les subventions pour la R&D aéronautique".[2183] Il a ensuite examiné plus en détail la campagne de vente impliquant Qantas et, à la fin de cet examen, a constaté que les éléments de preuve dont il disposait étayaient la conclusion selon laquelle, en l'absence des subventions, Airbus aurait réalisé des ventes additionnelles d'A350 original.[2184] Il n'a pas dit ni laissé entendre qu'il considérait que deux ventes avaient été perdues par Airbus pour chaque 787 commandé.

1060. Nous croyons comprendre que le raisonnement du Groupe spécial se trouve dans son explication selon laquelle les clients ont choisi le 787 parce qu'ils le trouvaient plus avancé sur le plan technologique que l'A330 ou que l'A350 original, ainsi qu'en raison de son faible prix. Nous savons, d'après les éléments de preuve présentés au Groupe spécial et mentionnés par les États-Unis, que, dans une campagne de vente au moins, Airbus n'a proposé aucun de ces deux aéronefs[2185] et, que dans une autre campagne, elle a proposé à la fois l'A330 et l'A350 original.[2186] Le Groupe spécial ayant constaté que les clients considéraient que le 787 était un avion plus avancé, il apparaît que, pour deux campagnes de vente au moins, les clients soit n'ont pas pris en considération ni l'A330, ni l'A350 original, soit ont pris en considération à la fois l'A330 et l'A350 original, mais les ont rejetés au profit du 787.

1061. Nous notons aussi qu'en concluant qu'il existait une menace de détournement et d'entrave, le Groupe spécial a explicitement dit qu'en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique, "Airbus aurait obtenu des commandes additionnelles de LCA A330 *ou* A350 original" de la part de

[2182] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1786.
[2183] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1787.
[2184] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1788.
[2185] Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 283.
[2186] Les participants paraissent admettre qu'en ce qui concerne une campagne de vente au moins, Airbus a initialement proposé à la fois l'A330 et l'A350 original. Même si les États-Unis font valoir qu'"Airbus ... a retiré l'A330 au profit de l'A350 original" dans cette campagne de vente spécifique, il n'y a aucun élément de preuve indiquant un tel retrait et le Groupe spécial n'a pas formulé de constatation à cet égard. (Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 283) L'Union européenne fait valoir que, dans un certain nombre de campagnes de ventes, Airbus a proposé à la compagnie aérienne cliente à la fois des A330 et des A350 original. (Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 444)

clients sur les marchés des pays tiers que sont l'Australie, l'Éthiopie, le Kenya et l'Islande.[2187] La constatation de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave formulée par le Groupe spécial était une conséquence de sa constatation de perte de ventes et se fondait sur les mêmes campagnes de vente remportées par Boeing et perdues par Airbus. Ainsi, le fait que le Groupe spécial a utilisé "ou" plutôt que "et" dans sa constatation concernant une menace de détournement et d'entrave nous donne à penser que, loin de "compter deux fois" les pertes de ventes pour chaque campagne spécifique, le Groupe spécial a traité chaque perte de vente au profit de Boeing comme étant une perte de vente *soit* de l'A330, soit de l'A350 original.[2188]

1062. Enfin, nous notons également que la constatation finale de pertes de ventes notables formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1797 et 8.3 a) i) de son rapport, est en tout état de cause, faite en ce qui concerne le marché des LCA de 200 à 300 sièges en général, et non en ce qui concerne l'un ou l'autre des modèles de LCA spécifiques d'Airbus ou les deux.[2189]

1063. Pour les raisons susmentionnées, nous ne lisons pas la constatation du Groupe spécial comme donnant à entendre que pour chaque vente de 787 remportée par Boeing, deux ventes étaient perdues par Airbus. Nous ne considérons pas non plus que la constatation de pertes de ventes notables sur le même marché formulée par le Groupe spécial est justifiée uniquement en ce qui concerne l'A350 original, et non en ce qui concerne l'A330. Par conséquent, nous rejetons la demande des États-Unis tendant à ce que nous infirmions pour cause de "double comptabilisation" la constatation de pertes de ventes de l'A330 formulée par le Groupe spécial. Pour cette même raison, nous rejetons également la demande des États-Unis visant l'infirmation corollaire de la constatation de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave formulée par le Groupe spécial en ce qui concerne l'A330.

ii) *Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en n'examinant pas dûment les autres facteurs*

1064. Deuxièmement, les États-Unis font valoir qu'en concluant que les campagnes de vente impliquant Ethiopian Airlines, Icelandair et Kenya Airways se sont traduites par des pertes de ventes pour l'A330 et l'A350 original, le Groupe spécial n'a pas tenu compte des "situations propres aux

---

[2187] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1791. (pas d'italique dans l'original)

[2188] Nous rappelons l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle elle n'avait jamais présenté d'arguments indiquant que deux ventes étaient perdues pour Airbus chaque fois qu'une vente était remportée par le Boeing 787. (*Supra*, paragraphe 1057)

[2189] Le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

> ... les subventions pour la R&D aéronautique ont pour effet ... de faire perdre des ventes ... dans une mesure notable, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC s'agissant {du} … marché … {des LCA de 200 à 300 sièges}, ... constituant un préjudice grave causé aux intérêts des Communautés européennes au sens de l'article 5 c) de l'Accord SMC.

(Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1797)

clients" qui montraient que la victoire de Boeing dans ces campagnes n'était pas l'effet des subventions pour la R&D aéronautique.[2190] Ces "situations propres aux clients" comprennent ""la relation de Boeing avec la compagnie aérienne (Continental Airlines, All Nippon Airways, Japan Airlines)" et le fait pour Airbus "de ne pas avoir présenté d'offre formelle dans le délai imparti par la compagnie aérienne (Royal Air Maroc)"".[2191] Les États-Unis soulignent que le Groupe spécial a reconnu que ces facteurs pouvaient être essentiels lorsqu'il a rejeté les allégations de perte de ventes dans ces autres campagnes de vente au motif que ces facteurs, plutôt que les subventions pour la R&D aéronautique, expliquaient le choix du client. Or le Groupe spécial a omis d'examiner des facteurs semblables pour les campagnes impliquant Ethiopian Airlines, Icelandair et Kenya Airways. Par conséquent, font valoir les États-Unis, la constatation de pertes de ventes formulées par le Groupe spécial au titre de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC* est erronée.[2192] En outre, puisque la constatation de pertes de ventes formulée par le Groupe spécial était le "seul" fondement de sa conclusion selon laquelle il existait une menace de détournement et d'entrave, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave formulée par le Groupe spécial.[2193]

1065. En réponse, l'Union européenne affirme que le Groupe spécial a examiné, et dûment rejeté, d'autres facteurs pertinents. Elle explique que le Groupe spécial ne pouvait pas expliquer sa constatation plus en détail en raison du caractère de RCES des éléments de preuve concernant les campagnes de vente. En outre, elle indique que les arguments des États-Unis concernent le sous-pesage des éléments de preuve par le Groupe spécial et auraient dû être avancés au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.[2194]

1066. Nous commençons par l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial n'a pas accordé suffisamment d'importance aux relations préexistantes de Boeing avec ses clients dans son traitement des campagnes de vente impliquant Icelandair, Kenya Airways et Ethiopian Airlines, par rapport à son traitement de ce même facteur en ce qui concerne les campagnes de vente impliquant Continental Airlines, All Nippon Airways et Japan Airlines. Les éléments de preuve versés au dossier du Groupe spécial donnent à penser que, comme Continental Airlines, All Nippon Airways et Japan Airlines, trois des compagnies aériennes pour lesquelles le Groupe spécial a conclu qu'il existait des pertes de ventes – à savoir, Ethiopian Airlines, Icelandair et Kenya Airways – avaient aussi des flottes

[2190] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 286.
[2191] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 286 (citant le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3725 relative au paragraphe 7.1786).
[2192] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 286.
[2193] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 294.
[2194] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphes 446 et 447.

composées en totalité ou de façon prédominante de Boeing.[2195] Nous n'avons pas de raison de douter que le Groupe spécial a évalué ce facteur dans son examen de ces campagnes de vente et qu'il l'a pesé différemment dans son examen des campagnes de vente impliquant Continental Airlines, All Nippon Airways et Japan Airlines. Cependant, la raison de cette différence de traitement n'apparaît pas clairement dans le raisonnement du Groupe spécial.[2196] Nous sommes préoccupés par l'insuffisance de l'analyse du Groupe spécial. Néanmoins, les allégations formulées par les États-Unis ne peuvent être dûment traitées que si elles sont formulées au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord[2197] puisqu'elles contestent l'objectivité de l'évaluation des faits par le Groupe spécial et visent à nous faire attribuer à un facteur spécifique un poids différent de celui que lui a attribué le Groupe spécial. En l'absence d'une telle allégation, nous ne voyons rien qui nous permette d'empiéter sur l'exercice par le Groupe spécial de son pouvoir en matière d'établissement des faits uniquement au motif qu'il est arrivé à des conclusions différentes dans des circonstances où les faits entourant ces campagnes montraient qu'elles avaient une caractéristique commune avec d'autres campagnes pour lesquelles le Groupe spécial n'avait pas constaté de perte de ventes.

1067. Les États-Unis font également valoir que la campagne de vente impliquant Icelandair avait des caractéristiques communes avec la campagne de vente impliquant Royal Air Maroc pour laquelle le Groupe spécial avait rejeté l'allégation de perte de ventes des Communautés européennes parce qu'Airbus "{n'avait} pas … présenté d'offre formelle dans le délai imparti" par cette compagnie aérienne.[2198] Selon les États-Unis, la situation qui s'est présentée dans la campagne de vente impliquant Icelandair est une raison de constater qu'il n'existe pas de lien de causalité tout aussi convaincante qu'une offre tardive.[2199] Pour les raisons données ci-dessus, nous ne traitons pas cette allégation des États-Unis en l'absence d'une allégation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.

[2195] À cet égard, nous faisons observer que, devant le Groupe spécial, les États-Unis ont noté que les compagnies aériennes suivantes, y compris celles auxquelles il était fait référence en appel, soit avaient des flottes composées en totalité de LCA de Boeing, soit n'utilisaient que des Boeing 767 comme LCA de taille moyenne. Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 288 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, version intégrale de l'Appendice RCES, note de bas de page 2 relative au paragraphe 10))

[2196] Le contre-argument de l'Union européenne selon lequel les éléments de preuve dont disposait le Groupe spécial étaient des RCES n'est pas entièrement convaincant, étant donné que le Groupe spécial a été capable d'exposer des raisons pour les ventes concernant Qantas, même si les éléments de preuve concernant cette campagne étaient aussi désignés comme RCES. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1788.)

[2197] Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphes 292, 293 et note de bas de page 618 y relative, 294 et 295.

[2198] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 289 (citant le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3725 relative au paragraphe 7.1786).

[2199] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 289.

1068. Compte tenu de ce qui précède, et même en admettant que le Groupe spécial aurait pu donner une explication plus complète quant à la façon dont les éléments de preuve concernant les trois campagnes de vente étayaient une constatation de pertes de ventes notables sur le même marché, nous ne sommes pas persuadés que le Groupe spécial a fait erreur en appliquant l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC* dans son examen des campagnes de vente impliquant Ethiopian Airlines, Icelandair et Kenya Airways, et nous rejetons donc la demande des États-Unis tendant à ce que nous infirmions la constatation de pertes de ventes. Pour cette même raison, nous rejetons la demande des États-Unis tendant à ce que nous infirmions la constatation corollaire de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave formulée par le Groupe spécial.

b) Menace de détournement et d'entrave

1069. En plus de demander l'infirmation corollaire (du fait des vices allégués de la constatation de pertes de ventes) de la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont causé une menace de détournement et d'entrave pour les exportations d'aéronefs d'Airbus sur les "marchés de pays tiers" de l'Éthiopie, du Kenya et de l'Islande, les États-Unis font également appel de manière indépendante de cette constatation.[2200] Ils allèguent que le Groupe spécial n'a pas établi que l'Éthiopie, le Kenya et l'Islande constituaient des "marchés de pays tiers" au sens de l'article 6.3 b)[2201], et que cette omission constitue une erreur de droit parce que, comme l'Organe d'appel l'a déjà constaté, les groupes spéciaux qui examinent une allégation de détournement ou d'entrave ont l'"obligation d'évaluer le marché pertinent" au titre de l'article 6.3 b)".[2202] Par ailleurs, les États-Unis affirment que la constatation de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave formulée par le Groupe spécial pour ces pays contredit la constatation juridique qu'il a formulée ailleurs selon laquelle traiter une unique campagne de vente comme un "marché" vidait ce terme de sons sens.[2203] Les États-Unis font également valoir que le faible volume des commandes visées par les campagnes de vente impliquant l'Éthiopie, l'Islande et le Kenya démontre qu'il n'y avait pas de "tendance" indiquant que les exportations d'Airbus étaient menacées de détournement et d'entrave.[2204]

1070. L'Union européenne souscrit à la constatation du Groupe spécial selon laquelle il n'avait pas besoin "d'examiner si les Communautés européennes {avaient} établi l'existence de tels marchés

[2200] Nous notons que les États-Unis n'ont pas fait appel de la constatation faite par le Groupe spécial de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave pour les exportations de l'Union européenne en Australie.
[2201] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 295.
[2202] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 295 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1131).
[2203] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 295 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1675).
[2204] Voir la communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphes 299 à 301.

nationaux"[2205] parce que, dans le présent différend, les deux parties avaient reconnu que le marché de produit pertinent était celui des LCA de 200 à 300 sièges, et que les marchés géographiques pertinents de l'Éthiopie, du Kenya et de l'Islande étaient "incontestables".[2206] Par ailleurs, même si le Groupe spécial était dans l'obligation de formuler des constatations sur l'étendue du marché à l'intérieur d'un pays tiers, l'Union européenne affirme que le Groupe spécial a quand même eu raison étant donné que la constatation, dont il n'a pas été fait appel, selon laquelle il y avait un marché mondial des LCA de 200 à 300 sièges signifie qu'il ne pouvait pas y avoir de marchés géographiques multiples à l'intérieur de chaque pays.[2207]

1071. Avant d'examiner les arguments spécifiques formulés en appel, nous rappelons le sens des concepts de détournement et d'entrave tels qu'ils ont été énoncés précédemment par l'Organe d'appel. Dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a expliqué que le "détournement" renvoyait à un mécanisme économique par lequel les exportations d'un produit similaire étaient remplacées par les ventes du produit subventionné.[2208] Spécifiquement, il a constaté que le terme "détournement" connotait "un effet de substitution entre le produit subventionné et le produit similaire du Membre plaignant" et que, dans le contexte de l'article 6.3 b), "il y {avait} détournement dans les cas où les exportations du produit similaire du Membre plaignant {étaient} remplacées sur le marché d'un pays tiers par les exportations du produit subventionné".[2209] L'existence d'un détournement dépend de l'existence d'une relation de concurrence entre ces deux ensembles de produits sur ce marché et, lorsque tel est le cas, un comportement donné, comme une "politique de prix agressive" peut "entraîner le détournement d'exportations … sur {ce} marché particulier".[2210] Une analyse du détournement devrait évaluer si l'on peut discerner ce phénomène en examinant les tendances dans les données relatives aux volumes d'exportation et aux parts de marché sur une période dûment représentative.[2211] En ce qui concerne le concept d'"entrave", l'Organe d'appel a été d'avis que ce concept pouvait viser un éventail de situations plus large que le détournement et se produisait dans "des situations dans lesquelles les exportations ou les importations du produit similaire du Membre plaignant se seraient accrues si le produit subventionné ne leur avait pas "fait obstacle" ou ne les avait pas "gênées", de même que dans des cas où ces exportations ou importations

[2205] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1674.
[2206] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 464 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1674).
[2207] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 465.
[2208] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1119.
[2209] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1160.
[2210] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1119.
[2211] Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1165, 1166 et 1170.

"n'{avaient} pas du tout eu lieu parce que la production {avait} été freinée par le produit subventionné".[2212] Bien qu'il puisse y avoir un certain chevauchement entre les concepts, "détournement" et "entrave" ne sont donc pas des concepts interchangeables.

1072. Dans le présent différend, la constatation de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave formulée par le Groupe spécial était fondée sur les données relatives aux livraisons pour les quatre pays dans lesquels les campagnes de vente sur lesquelles sa constatation de pertes de ventes était fondée avaient eu lieu.[2213] Le Groupe spécial avait constaté précédemment dans son analyse que l'existence des phénomènes de préjudice grave qu'étaient le détournement et l'entrave visant les importations ou les exportations ne pouvait être établie définitivement que par les données pertinentes relatives aux livraisons, et que les commandes de LCA représentaient, le plus souvent, des livraisons qui auraient lieu quelques années plus tard.[2214] Selon le Groupe spécial, les éléments de preuve concernant les commandes passées entre 2004 et 2006 pouvaient indiquer que des importations ou des exportations futures seraient détournées ou entravées à l'avenir, et par conséquent indiquer l'existence d'une *menace* de préjudice grave.[2215]

1073. Les éléments de preuve sur lesquels le Groupe spécial s'est fondé pour formuler sa constatation de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges comprenaient des données concernant les livraisons effectives (pour les années allant jusqu'à 2006 inclus) et les livraisons futures prévues (pour les années 2007 et suivantes), elles-mêmes

---

[2212] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1161. L'Organe d'appel a noté qu'il n'était pas tenu d'examiner le sens du terme "entrave" dans cet appel. Toutefois, il a estimé que ce concept, qui figure dans la même disposition de l'*Accord SMC*, servait de contexte pertinent permettant "de mieux comprendre le détournement". (*Ibid.*).

[2213] Ayant conclu que les commandes obtenues par Boeing dans les campagnes de vente impliquant Qantas, Icelandair, Kenya Airways et Ethiopian Airlines indiquaient des pertes de ventes notables, le Groupe spécial a noté que l'argument des Communautés européennes selon lequel, dans la mesure où elles avaient identifié comme cause d'un détournement ou d'une entrave des commandes n'ayant pas encore débouché sur des livraisons, ces commandes étaient des éléments de preuve indiquant une *menace* de détournement ou d'entrave. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1789 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes présentée au Groupe spécial, paragraphes 1455 à 1458, 1466 à 1468, 1552 à 1555, 1562, 1640 à 1643, 1650 et 1651; et déclaration orale des Communautés européennes à la première réunion du Groupe spécial (RCC), paragraphe 90)).

[2214] L'accent mis par le Groupe spécial sur les éléments de preuve relatifs aux livraisons futures d'aéronefs était compatible avec une constatation antérieure selon laquelle, aux fins de ses constatations de détournement et d'entrave au titre de l'article 6.3 a) et b) de l'*Accord SMC*, la référence aux "importations" et aux "exportations" figurant dans ces dispositions permettait de penser que ces formes de préjudice grave ne pourraient apparaître que lors de la livraison des aéronefs aux clients. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1685.)

[2215] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1686. Bien que le terme "menace" ne soit pas expressément inclus dans le texte de l'article 6.3 b), l'Organe d'appel a expliqué dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* qu'une constatation formulée au titre de cette disposition pouvait viser des situations dans lesquelles il y avait simplement une menace de détournement. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1171)

fondées sur des données concernant les commandes effectives.[2216] Le Groupe spécial a expliqué qu'en raison du délai entre la commande et la livraison d'un aéronef, l'incidence des subventions pour la R&D aéronautique ne transparaîtrait pas dans les données concernant les livraisons avant que le 787 ne soit livré, quelques années après 2006.[2217]

Tableau 5 – Livraisons effectives et livraisons futures prévues de LCA d'Airbus et de Boeing

		Airbus		Boeing	
Australie	2002	2	100%	--	--
	2003	4	100%	--	--
	2004	5	100%	--	--
	2005	3	100%	--	--
	2006	1	100%	--	--
	2007	4	100%	--	--
	2008	4	50%	4	50%
	2009	3	27%	8	73%
	2010	1	10%	9	90%
	2011	--	--	7	100%
	2012	--	--	14	100%
	2013	--	--	3	100%
Éthiopie	2003	--	--	1	100%
	2004	--	--	1	100%
	2005	--	--	1	100%
	2006	--	--	--	--
	2008	--	--	1	100%
	2009	--	--	1	100%
	2010	--	--	3	100%
	2011	--	--	2	100%
	2012	--	--	3	100%
Kenya	2001	--	--	3	100%
	2010	--	--	2	100%
	2011	--	--	4	100%
	2012	--	--	3	100%
Islande	2010	--	--	2	100%
	2012	--	--	2	100%

Source: Rapport du Groupe spécial, tableau figurant au paragraphe 7.1790, pièce EC-1173 présentée au Groupe spécial, tableau 1.

1074. Ayant présenté le tableau ci-dessus, le Groupe spécial a estimé qu'il était "clair" qu'après 2006, les Communautés européennes "subir{aient} un préjudice grave sous la forme d'un

[2216] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1790 (faisant référence à "Airbus and Boeing LCA Deliveries and Projected Deliveries in the Challenged Markets – Projected deliveries as of 31 December 2006" (pièce EC-1173 présentée au Groupe spécial)).

[2217] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1791.

détournement de leurs exportations des marchés de ces pays tiers et d'une entrave à ces exportations".[2218]

1075. Le premier argument avancé par les États-Unis dans cette partie de leur appel concerne le sens approprié qu'il convient de donner au terme "marché" figurant à l'article 6.3 b) de l'*Accord SMC*. Cette disposition prescrit qu'il soit démontré que la subvention a pour effet de "détourner" du "marché d'un pays tiers" les exportations d'un produit similaire d'un autre Membre ou d'"entraver" ces exportations.

1076. Dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a précisé qu'un "marché", au sens de l'article 6.3 a) et b) de l'*Accord SMC*, était un ensemble particulier de produits qui étaient effectivement ou potentiellement en concurrence les uns avec les autres dans une zone géographique particulière. Il est nécessaire d'évaluer la relation de concurrence entre les produits sur le marché pour déterminer "si et jusqu'à quel point un produit peut supplanter un autre".[2219] L'"évaluation du détournement"[2220] et, par implication, de l'entrave[2221] comporte "à la fois un élément relatif au marché géographique et un élément relatif au marché de produit". En principe, la manière dont la dimension géographique d'un marché est déterminée dépend d'un certain nombre de facteurs: dans certains cas, le marché géographique peut aller jusqu'à englober la totalité du pays concerné; dans d'autres, une analyse des conditions de concurrence pour les ventes du produit en question peut constituer une base appropriée permettant de constater qu'un marché géographique existe *à l'intérieur* de cette zone, par exemple, une région. Il peut aussi y avoir des cas dans lesquels la dimension géographique d'un marché particulier dépasse les frontières nationales ou pourrait être le marché mondial.[2222] Une lecture simple de l'article 6.3 b) montre toutefois qu'une constatation de détournement ou d'entrave au titre de cette disposition doit se limiter au territoire du pays tiers en cause. Par conséquent, les constatations de détournement et d'entrave doivent être formulées uniquement en ce qui concerne le territoire du pays tiers concerné, même si, d'un point de vue économique, le champ du marché géographique n'est peut-être pas national. L'Organe d'appel a donc expliqué que, même dans les cas où la dimension géographique d'un marché particulier dépassait les

[2218] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1791.
[2219] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1119.
[2220] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1168.
[2221] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, note de bas de page 2466 relative au paragraphe 1119.
[2222] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1117. Lorsque la dimension géographique du marché est inférieure au territoire tout entier du pays tiers Membre concerné, le libellé de l'article 6.3 b) semble indiquer qu'un groupe spécial devra quand même s'assurer que toute constatation qui est formulée se rapporte à ce territoire dans son ensemble, et expliquer pourquoi il en est ainsi.

frontières nationales ou était mondiale, un groupe spécial saisi d'une allégation au titre de l'article 6.3 b) devrait "centre{r} l'analyse du détournement et de l'entrave sur le territoire … des pays tiers concernés".[2223]

1077. Dans le présent différend, le Groupe spécial a constaté que le marché des LCA était un marché mondial sur le plan géographique et que la concurrence sur chacun des trois marchés de produit des LCA qu'il avait identifiés s'exerçait à l'échelle mondiale.[2224] Il a également reconnu que l'article 6.3 b) prescrivait expressément l'examen du détournement et de l'entrave sur la base du "marché d'un pays tiers". Par conséquent, il a estimé que, pour examiner l'allégation de détournement et d'entrave des Communautés européennes, il n'était "pas tenu d'examiner si les Communautés européennes {avaient} établi l'existence de tels marchés nationaux".[2225] Le Groupe spécial a plutôt estimé que la question dont il était saisi était celle de savoir si, "d'après les éléments de preuve concernant les ventes réalisées dans ces pays, {il était} convaincu qu'il y {avait} eu détournement et entrave … sur le marché national particulier".[2226]

1078. Nous ne voyons aucune erreur dans cette approche du Groupe spécial. Comme nous l'avons noté, le Groupe spécial a constaté que la concurrence entre Boeing et Airbus pour les ventes sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges s'exerçait à l'échelle mondiale. Les deux parties ont accepté l'identification du marché des LCA de 200 à 300 sièges faite par le Groupe spécial et n'ont pas contesté qu'il s'agissait d'un marché mondial.[2227] Les États-Unis n'ont pas donné à entendre au Groupe spécial, et n'ont pas fait valoir devant nous, que le Kenya, l'Islande et l'Éthiopie ne faisaient pas partie d'un tel marché mondial, ni n'ont indiqué une quelconque raison pour laquelle les conditions de concurrence sur le territoire de l'un quelconque de ces Membres seraient différentes des conditions de concurrence sur le marché mondial. Les éléments de preuve relatifs aux campagnes de vente sur lesquels les Communautés européennes se sont appuyées pour étayer leur allégation se rapportaient, entre autres choses, aux ventes réalisées en Éthiopie, en Islande et au Kenya, et tant Boeing qu'Airbus étaient en concurrence dans ces campagnes de vente. Le Groupe spécial était bien conscient du fait que l'article 6.3 b) prescrivait une analyse du détournement et de l'entrave axée sur un marché national particulier et il a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'établir séparément l'existence d'un marché de pays tiers. Une telle approche est conforme à l'article 6.3 b) et à l'interprétation que l'Organe d'appel a donnée de cette disposition dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Pour ces raisons, nous n'acceptons pas l'affirmation des États-Unis selon laquelle, dans son

[2223] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1117.
[2224] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1671 et 7.1674.
[2225] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1674.
[2226] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1674.
[2227] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1670 et 7.1671.

analyse du détournement et de l'entrave, le Groupe spécial a fait erreur en supposant l'existence de marchés de pays tiers et n'a pas établi qu'il en existait.

1079. Nous rejetons également l'argument des États-Unis selon lequel, en s'appuyant sur des campagnes de vente individuelles pour constater l'existence d'un détournement et d'une entrave en ce qui concerne l'Éthiopie, le Kenya et l'Islande, le Groupe spécial a contredit sa propre conclusion juridique selon laquelle traiter une unique campagne de vente comme un "marché" vidait ce terme de son sens.[2228] Il nous apparaît que cet argument des États-Unis donne une interprétation erronée de la constatation du Groupe spécial et amalgame des questions distinctes. S'il est vrai que le Groupe spécial s'est abstenu d'admettre un argument des Communautés européennes selon lequel une campagne de vente de LCA unique pouvait être considérée comme un marché pertinent, ce faisant, il examinait la définition d'un "marché" au regard de l'article 6.3 c), et non au regard de l'article 6.3 b), de l'*Accord SMC*. Au regard de l'article 6.3 b), le Groupe spécial était tenu d'axer son analyse sur les ventes réalisées sur le territoire de chaque pays tiers Membre concerné, indépendamment du nombre de campagnes de vente qui avaient eu lieu sur ce territoire pendant la période de référence.

1080. Une deuxième série d'arguments avancés par les États-Unis se rapporte à la base d'éléments de preuve afférente à la constatation de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave en Éthiopie, au Kenya et en Islande formulée par le Groupe spécial. Les États-Unis affirment que le volume des commandes visées dans ces campagnes sur des marchés de pays tiers était trop faible pour pouvoir démontrer l'existence d'une menace de détournement et d'entrave, et qu'il y avait des "tendances" insuffisantes concernant les exportations d'Airbus.[2229]

1081. Nous commençons par la constatation de l'existence d'un détournement formulée par le Groupe spécial. Nous rappelons les indications données par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* concernant le sens du terme "détournement" figurant à l'article 6.3 a) et b). Se référant à l'article 6.4 de l'*Accord SMC*, qui dispose, entre autres choses, qu'aux fins de l'article 6.3 a) et b), les modifications des parts relatives du marché seront démontrées "sur une période dûment représentative, suffisante pour démontrer des tendances manifestes dans l'évolution du marché du produit considéré", l'Organe d'appel a estimé que cela donnait à penser que l'effet d'une subvention devait être examiné ""sur une période suffisamment longue et ne se limit{ait} pas à l'année pendant laquelle elle {avait} été versée", parce que l'examen d'événements survenus pendant une période plus longue "fourn{issait} une base plus solide pour une

[2228] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1675.
[2229] Voir la communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphes 299 à 301.

évaluation du préjudice grave"".[2230] L'Organe d'appel a également noté qu'un groupe spécial évaluant une allégation de détournement devrait examiner si des tendances étaient discernables.[2231] Il a expliqué que plus l'ensemble de données utilisé dans l'analyse serait vaste, plus l'identification d'une tendance serait exacte.[2232]

1082. L'analyse effectuée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* donne à penser que les caractéristiques suivantes seront normalement nécessaires pour qu'un groupe spécial puisse parvenir à une constatation de détournement au titre de l'article 6.3 b): premièrement, il faut qu'au moins une portion de la part de marché des exportations du produit similaire du Membre plaignant ait été accaparée ou supplantée par le produit subventionné; et deuxièmement, il doit être possible de discerner des tendances en ce qui concerne le volume et la part de marché.[2233]

1083. Bien que le Groupe spécial n'ait procédé à aucune analyse des données dont il disposait, lorsque nous examinons les données relatives aux quatre marchés pour lesquels il a constaté l'existence d'une menace de détournement, nous trouvons des éléments de preuve indiquant que Boeing s'est arrogé la part de marché d'Airbus en Australie uniquement. Les données sur lesquelles le Groupe spécial s'est appuyé en ce qui concerne l'Australie démontrent qu'après 2006, Boeing est

---

[2230] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1166. (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 478)

[2231] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1166.

[2232] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1167.

[2233] Dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a fait le raisonnement suivant:

> … un détournement apparaît, au sens de l'article 6.3 a) de l'*Accord SMC*, dans les cas où les importations d'un produit similaire du Membre plaignant diminuent sur le marché du Membre qui accorde la subvention et sont remplacées par le produit subventionné. De la même façon, un détournement apparaît, au sens de l'article 6.3 b), dans les cas où les exportations du produit similaire du Membre plaignant diminuent sur le marché du pays tiers considéré et sont remplacées par les exportations du produit subventionné. Comme cela est indiqué ci-dessus, le détournement doit être discernable. L'identification d'un détournement selon cette approche devrait être axée sur les tendances des marchés, sur le plan à la fois des volumes et des parts de marché. La tendance doit être clairement identifiable et une évaluation fondée sur une comparaison statique de la situation du produit subventionné et du produit similaire au début et à la fin de la période de référence serait inadéquate.

(Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1170.) Dans ce différend, l'Organe d'appel a expliqué comment il appliquerait le critère du détournement et a dit qu'il ne pourrait pas y avoir de détournement dans les cas où les ventes d'aéronefs de Boeing (le concurrent du produit subventionné dans ce différend) auraient augmenté pendant la période de référence sur un marché de produits particulier, dans les cas où Boeing n'aurait effectué aucune vente sur un marché de produits durant toute la période de référence ou dans les cas où Boeing aurait été le seul fournisseur sur un marché de produits. (*Ibid.*, paragraphe 1179).

passée de zéro livraison en Australie, à 50 pour cent des livraisons en 2008 et 100 pour cent des livraisons en 2011, de sorte qu'elle a supplanté Airbus dans ce pays. La part de marché d'Airbus a progressivement diminué de 2002 à 2010, la cessation des livraisons étant prévue pour 2011. Les États-Unis n'ont pas fait appel de l'analyse faite par le Groupe spécial de la campagne de vente impliquant Qantas et du marché australien, ni de sa constatation de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave en Australie.

1084. Les données indiquent en outre que, sur les trois autres marchés de pays tiers en cause, Boeing a été le seul fournisseur pendant toutes les années pour lesquelles des données ont été communiquées. Contrairement à ce qui se passe pour l'Australie, aucun élément de preuve n'indique qu'Airbus a effectué ou ait prévu d'effectuer des livraisons sur l'un quelconque des marchés de ces pays tiers avant, pendant ou après la période de référence. Cela veut dire que Boeing ne s'est pas arrogée ni n'a supplanté la part de marché d'Airbus sur les marchés des LCA de 200 à 300 sièges de ces pays tiers. Au contraire, bien que le nombre de livraisons ait fluctué, Boeing a détenu 100 pour cent de la part de marché pendant chacune des années examinées par le Groupe spécial. Pour cette seule raison, nous ne pouvons pas maintenir la constatation de l'existence d'une menace de *détournement* sur les marchés de ces pays tiers formulée par le Groupe spécial.

1085. Dans son analyse de l'existence d'un détournement et d'une entrave, le Groupe spécial n'a pas établi de distinction entre ces concepts, alors même que l'Organe d'appel avait dit dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* que le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile donnait à penser qu'il y avait une distinction entre ces concepts.[2234] Nous observons également que, lorsqu'il a formulé des constatations, le Groupe spécial a toujours fait référence à la fois à un détournement et à une entrave. Pour cette raison, nous partirons du principe que le Groupe spécial voulait dire que, dans chacun des pays qu'il a examinés, il y avait une menace à la fois de détournement et d'entrave. Nous allons donc procéder à l'examen de la constatation de l'existence d'une menace d'*entrave* formulée par le Groupe spécial.

1086. Comme nous l'avons noté plus haut, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a expliqué que l'entrave renvoyait à une situation dans laquelle les exportations ou les importations du produit similaire du Membre plaignant se seraient accrues davantage si le produit subventionné ne leur avait pas "fait obstacle" ou ne les avait pas "gênées", ou dans laquelle les exportations ou les importations du produit similaire n'avaient pas du tout eu lieu

[2234] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, note de bas de page 2548 relative au paragraphe 1161 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 26; et au rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 14).

parce que la production avait été "freinée" par le produit subventionné.[2235] Nous observons que l'article 6.4 de l'*Accord SMC*, qui s'applique aux deux phénomènes visés à l'article 6.3 a) et b), prescrit que, comme pour le détournement, une constatation d'entrave soit étayée par des éléments de preuve indiquant que la part relative du marché s'est modifiée en faveur du produit subventionné, sur une période suffisamment représentative, pour démontrer des "tendances manifestes" dans l'évolution du marché considéré. Toutefois, étant donné que, à la différence du détournement, l'entrave peut ne pas être pas un phénomène visible, les éléments de preuve relatifs aux tendances peuvent ne pas être pas déterminants, ou peuvent avoir une valeur probante moindre, pour une constatation d'entrave.

1087. Dans le présent différend, le Groupe spécial a estimé qu'il y avait des éléments de preuve indiquant l'existence d'une menace d'entrave en Éthiopie, au Kenya et en Islande eu égard aux données fournies dans le tableau 5 reproduit plus haut. Bien qu'aucun motif à l'appui n'ait été indiqué, il apparaît que la constatation du Groupe spécial découlait de son point de vue selon lequel les données relatives aux livraisons effectives et prévues de LCA de Boeing étaient suffisantes pour constituer le fondement de cette constatation. Nous observons toutefois que, sur chacun des marchés de ces pays tiers, la part de marché de Boeing est restée de 100 pour cent pendant toutes les périodes examinées par le Groupe spécial en dépit même de la fluctuation du nombre de livraisons annuelles. Les données relatives à l'Islande visent uniquement les années 2010 et 2011, et les livraisons de Boeing sont demeurées stables, à raison de deux par année, ce qui, de toute évidence, ne peut pas constituer une *tendance*. Les données relatives au Kenya se rapportent aux années 2001, 2010, 2011 et 2012. Il y a eu trois livraisons en 2001, deux livraisons prévues pour 2010, quatre livraisons prévues pour 2011, et trois livraisons prévues pour 2012. Nous n'estimons pas non plus que cela représente une tendance manifeste.

1088. La situation en Éthiopie est plus nuancée. Il y a eu une livraison par année de 2003 à 2009 (à l'exception de 2006, année sans aucune livraison). Les livraisons prévues sont passées à trois pour 2010, à deux pour 2011, et à trois pour 2012. Même s'il y a eu une augmentation du nombre de livraisons en Éthiopie de 2009 à 2010, et que cette augmentation devait se maintenir selon les prévisions au cours des années suivantes, les livraisons devraient fluctuer entre deux et trois pour 2011 et 2012. Nous ne sommes pas entièrement convaincus qu'il s'agisse d'une tendance manifeste.

1089. Par conséquent, nous estimons que les données sont insuffisantes pour démontrer des "tendances manifestes" sur l'un quelconque des marchés tiers concernés, comme le prescrit

[2235] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1161.

l'article 6.4 de l'*Accord SMC*. Par ailleurs, le Groupe spécial n'a pas fourni d'explication ou de raisonnement spécifique quant à la manière dont il était parvenu à ses constatations concernant la menace d'entrave. Pour ces raisons, nous ne sommes pas en mesure de confirmer la constatation de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave pour les exportations de LCA d'Airbus formulée par le Groupe spécial en ce qui concerne les marchés des trois pays tiers considérés.

1090. Sur la base de l'analyse exposée plus haut, nous rejetons l'appel des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en omettant d'identifier et d'établir l'existence de "marchés" de pays tiers, au sens de l'article 6.3 b) de l'*Accord SMC*, en Islande, au Kenya et en Éthiopie. Toutefois, nous *infirmons* la constatation du Groupe spécial selon laquelle il y avait une menace de détournement et d'entrave sur les marchés de ces mêmes pays tiers.[2236]

c) Empêchement notable de hausses de prix

1091. Les États-Unis avancent trois arguments distincts quant à la raison pour laquelle la constatation d'empêchement de hausses de prix formulée par le Groupe spécial devrait être infirmée. Avant de passer à ces arguments, nous rappelons que l'Organe d'appel a fourni la définition suivante de l'empêchement de hausses de prix:

> "*{l'}empêchement de hausses de prix*" fait référence à la situation où les "prix" … sont entravés ou bloqués (c'est-à-dire qu'ils n'augmentent pas alors qu'ils l'auraient fait en d'autres circonstances) ou qu'ils augmentent effectivement mais que l'augmentation est inférieure à ce qu'elle aurait été en d'autres circonstances. *La dépression des prix* fait référence à la situation où les "prix" sont maintenus vers le bas, ou réduits.[2237] (italique dans l'original)

1092. L'empêchement de hausses de prix concerne donc "la question de savoir si les prix sont moins élevés qu'ils ne l'auraient normalement été en raison de{s} … subventions".[2238] Pour cette raison, il est probable qu'une analyse hypothétique sera particulièrement utile pour les groupes spéciaux confrontés à des allégations selon lesquelles des subventions ont causé un empêchement de hausses de prix.

[2236] Nous rappelons que les États-Unis n'ont pas fait appel de la constatation faite par le Groupe spécial de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave pour les LCA d'Airbus en Australie.

[2237] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 423 (citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1277). Comme le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, nous utilisons le terme "empêchement de hausses de prix" comme faisant référence à la fois à une baisse réelle (qui ne se serait pas produite dans d'autres circonstances ou qui aurait été moins importante) et à une augmentation des prix (qui, dans d'autres circonstances, aurait été plus importante). (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 423; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, note de bas de page 1388 relative au paragraphe 7.1277)

[2238] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 351.

1093. Passant au présent différend, nous rappelons brièvement les allégations présentées par les Communautés européennes au Groupe spécial. Dans leur première communication écrite, les Communautés européennes ont énoncé leurs arguments concernant l'empêchement notable allégué de hausses des prix de la famille A330 séparément de leurs arguments concernant l'empêchement notable allégué de hausses des prix de la famille A350 (y compris l'A350 original et l'A350 XWB-800) et ont expliqué que les subventions pour la R&D aéronautique affectaient ces deux familles de LCA "d'une manière quelque peu différente".[2239]

1094. La principale différence entre les éléments de preuve communiqués par les Communautés européennes en ce qui concerne la famille A330 et la famille A350 était que, pour la famille A330 uniquement, les Communautés européennes avaient communiqué un tableau indiquant les données réelles relatives aux commandes annuelles d'A330 et aux prix indexés par siège pour cet aéronef de 2000 à 2006.[2240] Une autre différence tenait à ce que, l'A350 original n'ayant été lancé qu'en 2005, les Communautés européennes avaient utilisé une période de référence de deux ans (2005-2006)[2241], et non de trois ans (2004-2006), pour la famille A350. Dans l'ensemble, toutefois, il y avait beaucoup d'éléments communs dans les arguments et éléments de preuve qu'elles avaient communiqués pour prouver qu'il y avait eu un empêchement de hausses des prix des familles A330 et A350. Tout d'abord, les Communautés européennes avaient fondé leurs deux arguments concernant l'empêchement de hausses de prix sur les effets allégués de *toutes* les subventions en cause, et non pas sur les effets des seules subventions pour la R&D aéronautique. Ensuite, elles avaient produit, comme éléments de preuve indiquant un empêchement de hausses des prix des deux familles de LCA A330 et A350, des éléments de preuve concernant: i) la nature des subventions; ii) l'importance des subventions (calculée par International Trade Resources LLC ("ITR")); iii) les effets estimés des subventions sur les prix (calculés en partie dans le rapport du professeur Luís Cabral[2242] (le "rapport Cabral"); iv) les conditions de concurrence sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges; et v) les

[2239] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1387.

[2240] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1389 et graphique de la figure 30 (RCC) du paragraphe 1389. Les Communautés européennes ont également communiqué un graphique (RCC) indiquant les données réelles relatives aux commandes de LCA de 200 à 300 sièges et aux prix indexés par siège de 2000 à 2006. (Réponse des Communautés européennes à la question n° 306 du Groupe spécial, paragraphe 784, figure 3)

[2241] Voir la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1409.

[2242] Professor L.M.B. Cabral, "Impact of Development Subsidies Granted to Boeing" (New York University and CEPR, March 2007) (pièce EC-04 présentée au Groupe spécial).

résultats d'un certain nombre de campagnes de vente spécifiques (exposés à l'annexe D de la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial).[2243]

1095. Les éléments de preuve et arguments relatifs à chacun de ces cinq éléments étaient assez semblables, voire identiques (en particulier les conditions de concurrence sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges des deux familles A330 et A350). Les Communautés européennes avaient fourni des renseignements empiriques additionnels concernant la famille A330 sous la forme de graphiques indiquant les prix hypothétiques de l'A330 qui auraient existé en l'absence des subventions: à supposer que Boeing ait utilisé la totalité de l'importance par aéronef des subventions calculée par l'ITR pour diminuer le prix de son 787; et en l'absence des effets des subventions sur les prix, calculés en partie dans le rapport Cabral. Bien qu'aucun de ces renseignements n'ait été fourni pour l'A350 original, les arguments des Communautés européennes relatifs au cinquième facteur, afférent aux résultats de campagnes de vente spécifiques, étaient plus développés pour la famille A350 que pour la famille A330.

1096. À l'appui de leurs allégations d'empêchement de hausses de prix concernant les deux familles A330 et A350, les Communautés européennes ont exposé les détails de trois campagnes de vente de LCA à l'annexe D. Les campagnes de vente en question, qui ont toutes été closes en 2005, impliquaient International Lease Finance Corporation ("ILFC"), CIT Group, et Air Europa.[2244] Les Communautés européennes se sont appuyées sur deux de ces campagnes en tant qu'éléments de preuve indiquant un empêchement de hausses des prix des *deux* familles A330 et A350; et sur l'une d'elles en tant qu'élément de preuve indiquant un empêchement de hausses des prix de la famille A350 uniquement. Plus spécifiquement:

- [***

[2245]

***

[2246]]

- [***

[2243] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1409.
[2244] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3411 relative au paragraphe 7.1622.
[2245] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe D (version RCC), paragraphe 99. (note de bas de page omise)
[2246] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe D (version RCC), paragraphe 101.

[2247]

***

[2248]

***

[2249]]

- [

***

[2250]]

Le nombre total de ventes découlant de ces trois campagnes de vente pendant la période de référence s'élève à 31 A350 original et quatre A330.

1097. La grande majorité des arguments et éléments de preuve communiqués par les Communautés européennes en ce qui concerne la famille A350 se rapportaient seulement à l'A350 original. S'agissant de l'empêchement de hausses des prix de l'A350XWB-800 – qui n'avait été lancé qu'en décembre 2006 —, l'allégation des Communautés européennes était que l'empêchement de hausses des prix de l'A350 original avait lui-même affecté le prix fixé pour l'A350XWB-800 car [*** ***] et que, par conséquent, des hausses des prix de l'A350XWB-800 avaient été empêchées aussi.[2251]

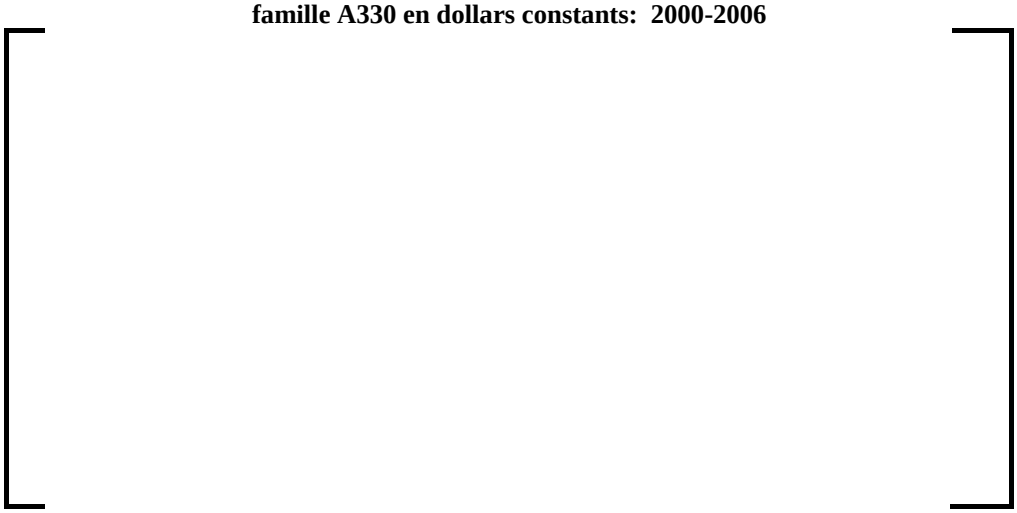
1098. Il apparaît que pour examiner l'allégation d'empêchement de hausses de prix formulée par les Communautés européennes, le Groupe spécial a fractionné son analyse en fonction des différents modèles de LCA d'Airbus. La base d'éléments de preuve pour la constatation d'empêchement de hausses de prix formulée par le Groupe spécial était différente pour l'A330 et pour l'A350 original. S'agissant de l'A350XWB-800, le Groupe spécial n'a pas formulé de constatations car il estimait que les Communautés européennes n'avaient pas présenté d'éléments de preuve concernant l'évolution des

[2247] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe D (version RCC), paragraphe 83.
[2248] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe D (version RCC), paragraphe 84.
[2249] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe D (version RCC), paragraphe 92.
[2250] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe D (version RCC), paragraphe 93.
[2251] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1408, 1409 et 1424. À l'appui de leur argument, les Communautés européennes se sont appuyées sur une déclaration de C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business from the Perspective of a Manufacturer" (March 2007) (pièce EC-11 présentée au Groupe spécial (RCC), paragraphe 114).

prix de ce modèle, ni d'éléments de preuve concernant les prix effectifs pratiqués pour ce modèle dans le contexte de campagnes de vente de LCA spécifiques.[2252]

1099. En ce qui concerne l'A330, le Groupe spécial s'est appuyé sur des données communiquées par les Communautés européennes, qui montraient, entre autres choses, l'évolution des prix indexés par siège de l'A330 pour la période de 2000 à 2006.

Commandes de LCA de 200 à 300 sièges et prix par siège des LCA de la famille A330 en dollars constants: 2000-2006



Source: Graphique figurant au paragraphe 7.1782 du rapport du Groupe spécial (établi sur la base de la réponse des Communautés européennes à la question n° 306 du Groupe spécial, paragraphe 784, figure 3 (RCC)). Le Groupe spécial a noté que les renseignements sur les prix mentionnés dans le graphique étaient fondés sur des données exclusives d'Airbus. Les renseignements sur les commandes provenaient du document Airclaims CASE Database, Query as of 19 January 2007 (pièce EC-3 présentée au Groupe spécial). (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3719 relative au paragraphe 7.1782)

Le Groupe spécial a aussi rassemblé et présenté des données relatives aux commandes d'A330 et A350 original (combinées) et de 767 et 787 (combinées) pour illustrer la part du marché mondial détenue par les commandes de ces LCA pendant la période de 2000 à 2006.

[2252] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1793.

Tableau 6 – Part du marché des LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges (sur la base des données relatives aux commandes) de 2000 à 2006

Année	Airbus A330 et A350 original	Part de marché d'Airbus	Boeing 767 et 787	Part de marché de Boeing
2000	95	**91%**	9	**9%**
2001	52	**57%**	40	**43%**
2002	24	**75%**	8	**25%**
2003	49	**82%**	11	**18%**
2004	51	**46%**	59	**54%**
2005	129	**34%**	251	**66%**
2006	117	**40%**	173	**60%**

Source: Tableau figurant au paragraphe 7.1783 du rapport du Groupe spécial (établi à partir de données tirées des documents Airclaims CASE Database, Query as of 19 January 2007, 2004-2006 Orders (pièce EC-1287 présentée au Groupe spécial), et Airclaims CASE Database, Query as of 19 January 2007 (pièce EC-3 présentée au Groupe spécial)).

1100. Sur la base de ces éléments de preuve, le Groupe spécial a noté ce qui suit:

> {l'}effritement de la domination de l'A330 sur {le} marché de produit {des LCA de 200 à 300 sièges} coïncide avec le lancement du 787 en 2004. Les éléments de preuve concernant l'évolution des prix de l'A330, conjugués aux données relatives à la part de marché, sont conformes à ce à quoi nous pourrions nous attendre suite au lancement d'un aéronef technologiquement supérieur, offrant des avantages sur le plan des coûts d'exploitation par rapport à un aéronef technologiquement moins avancé, pour à peu près le même prix. De toute évidence, on pourrait s'attendre à ce que les prix de l'A330 baissent et à ce que l'aéronef perde une part de marché, même en cas de hausse notable de la demande sur ce marché de produit.[2253] (note de bas de page omise)

1101. En concluant qu'il y avait un empêchement notable de hausses de prix sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial s'est aussi appuyé sur des éléments de preuve provenant des trois campagnes de vente détaillées à l'annexe D.[2254] Il a noté que pour "certaines campagnes de vente", Airbus avait pu remporter des ventes en offrant [***] afin de neutraliser les avantages technologiques et les économies de coûts d'exploitation offerts par le 787.[2255] Il était donc "convaincu" que les technologies appliquées au 787 avaient abouti à un aéronef qui offrait aux clients d'importantes réductions de coûts d'exploitation, et que la technologie supérieure conjuguée aux coûts d'exploitation inférieurs du 787 "{avait} manifestement altéré la valeur comparative de l'A330 et de

[2253] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1785.
[2254] Voir *supra*, les alinéas du paragraphe 1096.
[2255] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1792.

l'A350 original d'Airbus, ne laissant pas à Airbus d'autre choix que de réduire les prix de ses aéronefs afin d'affronter la concurrence".[2256] Le Groupe spécial a aussi souligné que les éléments de preuve concernant l'*importance* des concessions de prix qu'Airbus avait offertes afin d'obtenir des ventes d'A330 et d'A350 original indiquaient que les subventions pour la R&D aéronautique avaient également eu pour effet d'empêcher des hausses des prix de ces deux aéronefs "dans une mesure notable".[2257]

i) *Appel des États-Unis*

1102. Les États-Unis demandent l'infirmation de ce qu'ils décrivent comme étant "trois constatations" formulées par le Groupe spécial en ce qui concerne l'empêchement notable de hausses de prix, selon lesquelles: i) les subventions pour la R&D aéronautique ont eu pour effet d'empêcher des hausses des prix de l'A330 sur le marché mondial dans une mesure notable; ii) les subventions pour la R&D aéronautique ont eu pour effet d'empêcher des hausses des prix de l'A350 original sur le marché mondial dans une mesure notable; et iii) les subventions pour la R&D aéronautique ont eu pour effet d'empêcher des hausses des prix des LCA de 200 à 300 sièges d'Airbus dans une mesure notable.[2258]

1103. À titre préliminaire, nous ne sommes pas persuadés que les États-Unis aient raison de faire référence à "trois" constatations du Groupe spécial. La conclusion finale à laquelle est arrivé le Groupe spécial était que "les subventions pour la R&D aéronautique {avaient} pour effet … d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC s'agissant" du marché des LCA de 200 à 300 sièges.[2259] Cette constatation reposait elle-même sur la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les éléments de preuve dont il disposait montraient que "les subventions pour la R&D aéronautique {avaient} contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787 et que, par voie de conséquence, *en l'absence* des effets de ces subventions … les prix de l'A330 et de l'A350 original pendant la période de 2004 à 2006 auraient été notablement plus élevés et, de ce fait, Airbus n'aurait pas subi un empêchement notable de hausses de prix sur le marché des LCA à fuselage large de 200 à 300 sièges, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC."[2260] Même si, comme cela est expliqué plus haut, les

[2256] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1792. (note de bas de page omise)
[2257] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1792. Le Groupe spécial a noté qu'Airbus avait vendu l'A350 original à un client à un prix nettement inférieur à celui auquel elle lui avait vendu l'A330 plusieurs années auparavant. (*Ibid.*, note de bas de page 3733 y relative (faisant référence à la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, version intégrale de l'Appendice RCES, paragraphe 71)).
[2258] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 314.
[2259] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1797; voir aussi le paragraphe 8.3 a) i).
[2260] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1794.

éléments de preuve sur lesquels le Groupe spécial s'est appuyé s'agissant des prix de l'A330 n'avaient pas exactement la même portée que les éléments de preuve sur lesquels il s'est appuyé s'agissant des prix de l'A350 original, nous ne pensons pas que, comme les États-Unis semblent le suggérer, le Groupe spécial ait formulé des constatations distinctes en ce qui concerne, d'une part, les prix de l'A330 et, d'autre part, les prix de l'A350 original. En tout état de cause, nous examinons chacun des trois arguments présentés par les États-Unis dans le cadre de ce motif d'appel.

ii) *Question de savoir si le Groupe spécial s'est appuyé à tort sur une coïncidence perçue entre le lancement du 787 en 2004 et une baisse des prix de l'A330*

1104. Les États-Unis font valoir que, dans son analyse de l'empêchement de hausses de prix, le Groupe spécial s'est appuyé à tort sur une coïncidence perçue entre le lancement du 787 en 2004 et une baisse des prix de l'A330 pendant la période de référence. Ils affirment que cette corrélation n'existe pas. Bien que ses calculs soient corrects, le Groupe spécial n'a pas examiné "avec plus de rigueur" l'évolution de ces tendances, qui ne révèlent "aucune corrélation discernable" entre la présence du 787 sur le marché et les prix de l'A330.[2261] S'appuyant sur les données relatives aux prix et à la part de marché de l'A330 exposées par le Groupe spécial[2262], les États-Unis font valoir, par exemple, ce qui suit:

- la part du marché des LCA de 200 à 300 sièges détenue par l'A330 en 2004 a diminué de 36 pour cent par rapport à 2003 au moment où le 787 atteignait une présence notable sur le marché après son lancement. Pourtant, les prix des commandes d'A330 [***];

- la part de marché détenue par Airbus a diminué dans une bien moindre mesure en 2005 par rapport à 2004, et pourtant les prix de l'A330 [***]. La différence en 2005 qui explique cette évolution est qu'Airbus a commercialisé l'A350 original [***]; et

- la part de marché détenue par Airbus en 2006 a augmenté de 6 pour cent par rapport à 2005, et pourtant les prix de l'A330 [***]. Si l'on considère que la part de marché du 787 avait diminué pour s'établir à un peu moins de 6 pour cent de son

[2261] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 302.
[2262] Voir *supra*, le paragraphe 1099.

> niveau de 2004, cela peut s'expliquer par le fait qu'Airbus offrait [***] l'A350 original.[2263]

1105. L'Union européenne répond en appel que les États-Unis cherchent à reformuler les faits en se concentrant sur des points de données discrètes et non sur des tendances manifestes dans le temps. Elle fait valoir qu'un examen des éléments de preuve dans leur ensemble démontre qu'il y a une corrélation directe entre le lancement du 787 et la baisse des prix de l'A330.[2264] Elle ajoute que, même si l'on admet que les États-Unis axent leur examen sur des points de données isolés, leurs arguments ne peuvent pas être retenus.[2265] À cet égard, elle explique que le lancement du 787 en avril 2004 n'a eu aucune incidence [***] sur le prix de l'A330 en 2004, parce que le 787 devait d'abord réussir à convaincre le marché et les acheteurs potentiels que la structure en composite du 787 était en fait aussi bien que le disaient les publicités de Boeing.[2266] Une fois que Boeing avait réussi à convaincre les clients des avantages notables du 787 en composite sur le plan des coûts d'exploitation, les prix de l'A330 en 2005 et 2006 [***]. Selon l'Union européenne, les lancements de l'A350 original et de l'A350XWB-800 constituaient des réponses à cette cause fondamentale des effets sur les prix, et non des causes indépendantes de [***] prix de l'A330.[2267]

1106. Nous croyons comprendre que les États-Unis laissent entendre que, pour tirer des conclusions au sujet de l'existence d'un empêchement de hausses de prix, le Groupe spécial était tenu d'établir une corrélation directe et continue entre la part de marché du 787 pendant la période de référence et les prix de l'A330 pendant ces années. À cet égard, les États-Unis font référence aux chiffres spécifiques relatifs à la part de marché du 787 et aux prix de l'A330 pendant la période de référence, qu'ils expliquent par des raisons autres que celles que le Groupe spécial a données pour arriver à sa conclusion.

1107. Nous notons que le Groupe spécial a tiré ses conclusions au sujet des effets du 787 sur les prix de l'A330 en se fondant sur les tendances *globales* démontrant l'effritement de la part de marché d'Airbus par rapport aux quatre années précédentes, ainsi que sur les baisses des prix (indexés) de l'A330 pendant la période de référence. Selon le Groupe spécial:

[2263] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 302 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1782 et 7.1783; et à C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business from the Perspective of a Manufacturer" (March 2007) (pièce EC-11 présentée au Groupe spécial (RCC)), paragraphes 101 à 104 et 106).

[2264] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 468.

[2265] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 470.

[2266] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 470 (faisant référence à la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, annexe C, paragraphes 22 à 25).

[2267] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 470.

> {l}es chiffres relatifs à la part de marché … montrent l'effritement assez spectaculaire de la part de marché d'Airbus pendant la période de 2004 à 2006, comparativement à la période de 2000 à 2003. Cet effritement de la domination de l'A330 sur ce marché de produit coïncide avec le lancement du 787 en 2004. *Les éléments de preuve concernant l'évolution des prix de l'A330, conjugués aux données relatives à la part de marché, sont conformes à ce à quoi nous pourrions nous attendre suite au lancement d'un aéronef technologiquement supérieur, offrant des avantages sur le plan des coûts d'exploitation par rapport à un aéronef technologiquement moins avancé, pour à peu près le même prix.* De toute évidence, on pourrait s'attendre à ce que les prix de l'A330 baissent et à ce que l'aéronef perde une part de marché, même en cas de hausse notable de la demande sur ce marché de produit.[2268] (note de bas de page omise; pas d'italique dans l'original)

1108. D'après la citation qui précède, il est clair que le Groupe spécial a examiné la pertinence des tendances à la lumière de leur logique économique, qui voulait que le lancement d'un produit supérieur à des prix comparables aillent normalement de pair avec des baisses des prix du produit concurrent en place.

1109. Ailleurs dans son analyse, le Groupe spécial a expliqué pourquoi on pouvait s'attendre à ce que les prix de l'A330 baissent, ce qu'ils ont fait, après le lancement du 787, à savoir que "la technologie supérieure conjuguée aux coûts d'exploitation inférieurs du 787 {avait} manifestement altéré la valeur comparative de l'A330 … d'Airbus, ne laissant pas à Airbus d'autre choix que de réduire les prix de ses aéronefs afin d'affronter la concurrence".[2269] Les États-Unis ne contestent pas cette logique économique ni le raisonnement suivi par le Groupe spécial. Nous estimons que l'explication du Groupe spécial concernant les inférences et conclusions qu'il tirait des variations des prix de l'A330 sur la période de référence, après le lancement du 787, eu égard à la forte poussée de la demande et à l'augmentation de la part de marché détenue par Boeing, est compatible avec les éléments de preuve, qui lui servent de fondement.

1110. En outre, nous ne voyons rien qui justifie l'affirmation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial était tenu d'accorder un poids décisif à des points de données spécifiques pour des années particulières de la période de référence dont il apparaît, si on les considère isolément, qu'ils vont à l'encontre du raisonnement économique du Groupe spécial et des données prises dans leur ensemble. Le Groupe spécial a exposé sa théorie sur la façon dont l'arrivée du 787 sur le marché avait affecté le LCA concurrent, que les États-Unis ne contestent pas en appel. Il a vérifié sa théorie au regard des éléments de preuve qui lui étaient présentés. D'après nous, il a fourni une explication cohérente et

[2268] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1785.
[2269] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1792.

motivée de la façon dont les éléments de preuve concernant l'évolution des parts de marché et des prix, à la fois pendant la période de référence et par rapport à la période précédente, étayaient et confirmaient sa théorie du lien de causalité. Les États-Unis font valoir qu'il n'y a pas de "corrélation discernable"[2270] entre la présence du 787 sur le marché et les prix de l'A330 en comparant le recul de 36 pour cent de la part de marché de l'A330 de 2003 à 2004 avec la très [***] des prix de l'A330 pendant ces années. Cependant, il se peut fort bien que le fait que les prix de l'A330 n'ont pas été affectés immédiatement par le lancement du 787 ou n'ont pas diminué dans les mêmes proportions que la part de marché d'Airbus reflète le fait qu'Airbus n'a pas modifié sa stratégie en matière de fixation des prix immédiatement après le lancement du 787 mais l'a fait avec un décalage dans le temps et seulement après avoir apprécié l'étendue de la part de marché acquise par Boeing. Les États-Unis font valoir aussi que la part de marché d'Airbus a diminué dans une mesure bien moindre en 2005 par rapport à 2004 qu'elle ne l'avait fait l'année précédente et que, pourtant, les prix de l'A330 [***]. De la même façon, ils font valoir qu'en 2006, les prix de l'A330 [***] alors même que la part globale du marché des LCA de 200 à 300 sièges détenue par Airbus augmentait de 6 pour cent par rapport à 2005 et que la part de ce marché détenue par le 787 diminuait de 6 pour cent par rapport à ce qu'elle était en 2004. D'après nous, la [***] des prix de l'A330 entre 2005 et 2006 peut expliquer pourquoi Airbus a pu récupérer une certaine part de marché. En outre, les États-Unis n'expliquent pas pourquoi la perte temporaire de part de marché à l'intérieur d'une tendance globale à l'augmentation notable de la part de marché ou l'importance de la baisse des prix de l'A330 signifie que le Groupe spécial n'aurait pas pu conclure à juste titre que les subventions pour la R&D aéronautique avaient eu pour effet d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable.

1111. Même si l'on admet que les éléments de preuve concernant l'évolution des parts de marché et des prix auxquels les États-Unis font référence n'étayent pas le raisonnement du Groupe spécial – ce qui n'est pas nécessairement le cas selon nous –, nous ne considérons pas que les critiques formulées par les États-Unis affaiblissent la théorie du Groupe spécial ou son analyse des éléments de preuve dans leur totalité, ni qu'ils établissent que le Groupe spécial n'aurait pas pu arriver à la conclusion à laquelle il est arrivé. En outre, les arguments avancés par les États-Unis en appel ne tiennent pas compte de l'ensemble de données plus large ni de la forte diminution manifeste de la part de marché détenue par Airbus [***] pendant la période de référence, comparativement à la période de 2000 à 2003.

1112. Enfin, et en tout état de cause, nous notons que ces arguments des États-Unis cherchent à nous faire tirer des données des inférences différentes de celles qui ont été tirées par le Groupe spécial. Les motifs avancés par les États-Unis pour expliquer l'évolution des prix de l'A330 ne

[2270] Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 302.

constituent peut-être pas des inférences déraisonnables à tirer des données, mais nous ne pouvons pas, pour cette seule raison, les substituer à la propre appréciation des éléments de preuve faite par le Groupe spécial, ni à son propre raisonnement concernant les faits portés à sa connaissance. Par conséquent, nous ne voyons rien qui justifie d'intervenir sur la constatation du Groupe spécial. Nous notons aussi que les États-Unis n'ont formulé aucune allégation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.

1113. Pour ces raisons, nous ne considérons pas que les conclusions tirées par le Groupe spécial des données relatives à la part de marché du 787 et aux prix de l'A330 pendant la période de référence soient erronées ni n'indiquent que le Groupe spécial ait fait erreur en concluant que les subventions pour la R&D aéronautique avaient eu pour effet d'empêcher des hausses de prix sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges dans une mesure notable.

iii) *Question de savoir si les constatations du Groupe spécial sont insuffisantes pour étayer des conclusions concernant les niveaux de prix globaux de l'A350 original*

1114. Deuxièmement, les États-Unis affirment que la constatation du Groupe spécial concernant l'empêchement de hausses des prix de l'A350 original doit être infirmée parce que, "sans la moindre donnée relative aux prix" et avec "des éléments de preuve empiriques" qui portaient sur "à peine 30 pour cent" des ventes d'A350 original sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, les éléments de preuve sont insuffisants pour étayer une quelconque conclusion concernant les niveaux de prix globaux.[2271] Selon les États-Unis, l'absence d'"éléments d'information essentiels" témoigne en premier lieu du fait que les Communautés européennes n'ont pas établi d'éléments *prima facie*.[2272] Les États-Unis font valoir aussi que les renseignements sur lesquels le Groupe spécial s'est appuyé n'expliquent pas ce qui s'est passé pour les prix de l'A350 original dans la majorité des ventes de cet aéronef et qu'il est donc impossible d'inférer que des hausses des prix de l'A350 original ont été empêchées ou que le degré d'empêchement des hausses de prix était "notable".[2273]

1115. L'Union européenne répond que pour établir des éléments *prima facie*, elle n'était pas tenue de présenter le niveau de renseignements détaillés sur les prix de l'A350 original que les États-Unis demandent. En tout état de cause, elle affirme qu'elle a bien présenté des éléments de preuve relatifs aux prix totaux de l'A350 original dans le contexte de ses éléments de preuve concernant les campagnes de vente où il y a eu des pertes de ventes et des empêchements de hausses de prix.[2274] De

[2271] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 304.
[2272] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 304.
[2273] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 310.
[2274] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphes 471 et 477.

plus, elle fait valoir que, alors que l'analyse détaillée des prix de l'A330 effectuée par le Groupe spécial était importante – parce qu'elle confirmait l'incidence [***] du lancement du 787 sur ces prix –, pour d'autres modèles d'Airbus (l'A350 original et l'A350XWB-800), ces éléments de preuve l'étaient moins car l'effet des subventions pour la R&D aéronautique, par le biais du lancement du 787, ne serait pas aussi visible vu que ces modèles d'Airbus n'avaient été lancés qu'*après* le 787.[2275] Les prix de ces deux types d'aéronefs n'ayant à aucun moment pas été affectés par l'existence du 787, des renseignements précis sur les prix n'auraient pas révélé les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur les prix.

1116. Nous croyons comprendre ici que les États-Unis font valoir que le Groupe spécial n'avait pas une base suffisante sur laquelle fonder une constatation d'empêchement de hausses de prix en ce qui concerne l'A350 original, et qu'ils laissent entendre que le Groupe spécial était tenu de s'appuyer sur les données relatives à l'*évolution* des prix de l'A350 original pour arriver à cette constatation. Nous ne sommes pas de cet avis. Nous rappelons que, contrairement à ce qu'il a fait dans son raisonnement concernant l'A330, le Groupe spécial n'a pas fait référence aux données relatives à l'évolution des prix dans son raisonnement concernant l'A350 original. De fait, le Groupe spécial a noté que les Communautés européennes avaient identifié "certaines ventes qu'Airbus {avait} pu remporter en offrant [***] afin de neutraliser les avantages technologiques et les économies de coûts d'exploitation offerts par le 787".[2276] Il ressort des éléments de preuve communiqués par les Communautés européennes au Groupe spécial que ce dernier faisait référence aux trois campagnes de vente impliquant ILFC, CIT Group et Air Europa.[2277] Comme nous l'avons noté plus haut, le nombre total de commandes d'A350 original résultant de ces campagnes de vente était de 31. Les États-Unis notent que ces ventes représentent 30,4 pour cent du nombre total de ventes d'A350 original pendant la période de référence (puisque le nombre total de ventes d'A350 original pendant cette période était de 102).[2278] À notre avis, les éléments de preuve tirés de campagnes de vente qui représentaient environ un tiers des ventes d'A350 original pendant la période de référence constituent des éléments de preuve directs et suffisamment représentatifs de ce qu'il se passait pour les prix de l'A350 original pendant la période de référence. Nous ne voyons aucune raison pour laquelle les éléments de preuve relatifs à ces ventes ne pourraient pas, sur ce marché, fournir une base suffisante permettant au Groupe spécial de conclure qu'il y avait un empêchement de hausses des prix de l'A350 original.

[2275] L'Union européenne note qu'Airbus a commencé à offrir l'A350 original en décembre 2004 et l'A350XWB en juillet 2006. (Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 476 et note de bas de page 933 y relative (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 4.279 et 4.280))

[2276] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1792.

[2277] Voir *supra*, le paragraphe 1096.

[2278] Voir la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 310.

1117. Passant à l'affirmation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial était tenu de disposer de données relatives à l'évolution des prix pour conclure qu'il y avait un empêchement de hausses des prix de l'A350 original, nous notons que les États-Unis s'appuient sur une déclaration faite par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* selon laquelle "{u}ne évaluation de l'"évolution générale des prix" est manifestement pertinente pour évaluer un empêchement de hausses de prix dans une mesure notable (quoique, ainsi que le Groupe spécial l'a lui-même reconnu, l'évolution des prix n'est pas en soi concluante)."[2279] Cependant, cette déclaration elle-même montre que, si l'Organe d'appel a constaté que les données relatives à l'évolution des prix étaient pertinentes, il s'est aussi abstenu de considérer que ces éléments de preuve déterminaient l'existence d'un empêchement de hausses des prix. En outre, nous pensons comme l'Union européenne que la déclaration de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* selon laquelle l'évolution générale des prix était "manifestement pertinente" dépendait du caractère particulier, anticyclique et subordonné aux prix, des subventions en cause dans ce différend.[2280] Enfin, nous jugeons relativement fondé l'argument de l'Union européenne selon lequel l'évolution des prix de l'A350 original n'aurait pas été particulièrement probante en l'espèce puisque les prix de l'A350 original n'ont à aucun moment pas été affectés par l'existence du 787. Étant donné que l'A350 original a été lancé sur un marché où les effets des subventions – par le biais de la présence du 787 – se faisaient déjà sentir, une quelconque évolution ultérieure des prix n'aurait pas été particulièrement probante quant aux effets des subventions pour la R&D aéronautique sur les prix d'Airbus.[2281]

1118. Les États-Unis font valoir en outre que les éléments de preuve sur lesquels le Groupe spécial s'est appuyé en ce qui concerne l'A350 original ne démontrent pas qu'un quelconque empêchement de hausses de prix était "notable".[2282] Nous notons l'explication du Groupe spécial selon laquelle "l'importance des concessions de prix" qu'Airbus avait dû offrir afin d'obtenir des ventes d'A330 et d'A350 original indiquait que les subventions pour la R&D aéronautique avaient également eu pour effet d'empêcher des hausses des prix dans une mesure notable.[2283] Les États-Unis ne font pas appel

[2279] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 306 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 434).

[2280] Du fait que le montant des subventions pour le coton augmentait avec la chute des prix mondiaux, il était particulièrement pertinent de suivre l'évolution des prix pour comprendre les effets d'empêchement de hausses de prix qu'avait le subventionnement accordé à la branche de production du coton des États-Unis. (Voir la communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphes 472 à 474.)

[2281] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 476.

[2282] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 310. Nous avons noté plus haut que l'Organe d'appel avait interprété le mot "notable" comme signifiant "important, digne d'être noté ou lourd de conséquence" et qu'une évaluation de ce terme avait à la fois une dimension quantitative et une dimension qualitative. (*Supra*, paragraphe 1052).

[2283] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1792. Dans une note de bas de page relative à sa constatation, le Groupe spécial a noté qu'Airbus avait vendu l'A350 original à un client à un prix nettement

de cet aspect de la constatation du Groupe spécial et nous ne constatons aucune erreur dans cette constatation du Groupe spécial, qui était fondée sur les éléments de preuve relatifs aux campagnes de vente figurant à l'annexe D de la première communication écrite des Communautés européennes.

1119. Pour ces raisons, nous rejetons la demande des États-Unis visant à ce que nous infirmions la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont causé un empêchement notable de hausses de prix sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges en raison de l'insuffisance alléguée des données relatives aux prix en ce qui concerne l'A350 original.

iv) *Question de savoir si le Groupe spécial était tenu de déterminer l'existence d'un empêchement notable de hausses de prix pour le produit dans son ensemble, mais ne l'a pas fait*

1120. Le dernier argument des États-Unis est que le Groupe spécial était tenu de déterminer l'existence d'un empêchement notable de hausses de prix pour le produit "dans son ensemble"[2284], mais ne l'a pas fait. À l'appui, les États-Unis rappellent que le Groupe spécial *Corée – Navires de commerce* a fait observer que l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC* n'obligeait pas un groupe spécial à évaluer un empêchement de hausses de prix en examinant chaque modèle constituant le produit du Membre plaignant, mais qu'il exigeait bien que la conclusion finale se rapporte au produit du Membre plaignant dans son ensemble.[2285] Ils font valoir que le "produit en question" est composé des trois modèles de 200 à 300 sièges d'Airbus identifiés par les Communautés européennes: l'A330, l'A350 original et l'A350XWB-800. Par conséquent, "une constatation en faveur de {l'Union européenne} … ne serait valable que si la subvention avait pour effet d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable pour les aéronefs de 200 à 300 sièges d'Airbus en général."[2286] Les États-Unis font observer toutefois que le Groupe spécial a choisi d'examiner les prix par modèle et a formulé des constatations fondées sur les prix réels d'un seul modèle (c'est-à-dire l'A330), qui représentait environ les deux tiers des ventes d'Airbus sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.

1121. L'Union européenne répond que le Groupe spécial a constaté à juste titre qu'il y avait un empêchement de hausses de prix en se fondant sur des renseignements détaillés relatifs aux prix de l'A330 et sur certains renseignements relatifs aux prix de l'A350 original. S'agissant de

---

inférieur à celui auquel elle lui avait vendu l'A330 plusieurs années auparavant. (*Ibid*., note de bas de page 3733 y relative (faisant référence à la deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, version intégrale de l'Appendice RCES, paragraphe 71)).

[2284] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphes 312 et 313.

[2285] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 312 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.557).

[2286] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 313.

l'A350XWB-800, elle fait remarquer que, puisque cet aéronef n'a été lancé qu'en 2006, le Groupe spécial n'aurait pu évaluer qu'un point de donnée unique, qui aurait eu une pertinence limitée.[2287]

1122. Premièrement, nous faisons observer que, pour étayer leur argument, les États-Unis s'appuient sur une constatation du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*.[2288] En particulier, ils font référence à une déclaration de ce Groupe spécial selon laquelle, dans une évaluation de l'existence d'un lien de causalité entre la subvention et les variations des prix des produits intéressant la partie plaignante, "l'analyse serait largement axée sur les niveaux et les tendances du prix du produit en question, dans son ensemble, sur le marché pertinent (c'est-à-dire "le même marché"), dans son ensemble, et les diverses raisons les sous-tendant".[2289] Nous ne sommes pas entièrement convaincus par l'interprétation donnée par les États-Unis du raisonnement du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, ni, du reste, par le fait que le raisonnement de ce Groupe spécial devrait être appliqué hors du cadre des faits particuliers de ce différend.[2290]

1123. Même à supposer, toutefois, qu'une constatation d'empêchement de hausses de prix ait dû être formulée pour "le produit {d'Airbus} dans son ensemble" sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, nous ne voyons aucune erreur dans l'approche suivie par le Groupe spécial en l'espèce. Il est vrai que la constatation finale d'empêchement de hausses de prix formulée par le Groupe spécial était fondée sur son analyse de l'A330 et de l'A350 original, et non pas sur des éléments de preuve relatifs aux effets sur les prix de l'A350XWB-800. Toutefois, les États-Unis n'indiquent aucun élément de preuve versé au dossier du Groupe spécial qui donne à penser que les ventes ou les niveaux des prix de l'A350XWB-800 pendant la période de référence étaient tellement notables que, s'ils avaient été pris en compte, ils auraient empêché le Groupe spécial d'arriver à la constatation à laquelle il est arrivé en se fondant sur son examen des prix de l'A330 et l'A350 original. En fait, le Groupe spécial a noté que l'A350XWB-800 n'avait été lancé qu'à la toute fin de la période de référence, en décembre 2006[2291], et n'était donc pas présent sur le marché pertinent pendant la quasi-totalité de la période de référence.[2292] Nous ne voyons pas, et les États-Unis n'expliquent pas en quoi l'examen de l'A350XWB-800 aurait pu modifier l'analyse du Groupe spécial ou ses constatations concernant l'empêchement de hausses de prix sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.

[2287] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 478.
[2288] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 312.
[2289] Rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.557.
[2290] Nous notons par exemple que, dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, l'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial n'avait pas fait erreur en examinant seulement les prix mondiaux du coton d'une manière générale et en n'examinant pas de manière séparée les prix pratiqués par le plaignant sur le marché mondial. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphes 416 à 418)
[2291] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1777.
[2292] Le Groupe spécial a noté qu'en décembre 2006, Airbus avait annoncé le lancement du programme de l'A350XWB remanié, dont les premières livraisons étaient prévues pour 2013. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1777)

1124. Deuxièmement, les Communautés européennes ont communiqué des données relatives à l'évolution des prix en ce qui concerne toutes les ventes d'A330 pendant la période de référence. Selon les propres estimations des États-Unis, les ventes d'A330 ont représenté environ 65,7 pour cent des ventes totales d'aéronefs d'Airbus pendant cette période.[2293] En outre, comme nous l'avons expliqué plus haut, la conclusion finale du Groupe spécial n'était pas fondée exclusivement sur les données relatives aux ventes d'A330, mais aussi sur les données relatives à certaines ventes concernant l'A350 original. Nous avons déjà déterminé que les données sur lesquelles le Groupe spécial s'était appuyé pour l'A350 original étaient suffisantes. Ces données comprenaient des éléments de preuve relatifs aux campagnes de vente de l'A350 original, qui représentaient 30,4 pour cent des ventes totales d'A350 original ou 10,4 pour cent de l'ensemble des commandes d'Airbus visant des LCA de 200 à 300 sièges pendant la période de référence.[2294] Prises cumulativement, les données relatives aux prix de l'A330 et l'A350 original examinées par le Groupe spécial représenteraient à peu près les trois quarts des ventes d'Airbus sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges pendant la période de référence.[2295] Nous ne pouvons donc pas accepter l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial n'a pas procédé à une analyse de l'empêchement de hausses de prix sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges qui portait sur le "produit {d'Airbus} dans son ensemble".

1125. Pour les raisons qui précèdent, nous ne partageons pas l'avis des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur dans son traitement des éléments de preuve concernant les prix des LCA d'Airbus sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, et en concluant globalement que les subventions pour la R&D aéronautique avaient eu pour effet d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable s'agissant du marché de produit des LCA de 200 à 300 sièges.[2296]

d) Conclusion

1126. Nous avons constaté que, dans son analyse des effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial n'avait pas fait

[2293] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 313 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1783, et au document Airclaims CASE Database, query as of 19 January 2007 (pièce EC-3 présentée au Groupe spécial)). Les États-Unis affirment que sur le total des 297 ventes d'A330 et d'A350 original réalisées dans la période de référence, il y avait 195 commandes d'A330.

[2294] Les 31 commandes d'A350 original représentaient 10,4 pour cent du total des 297 commandes d'Airbus pendant la période de référence. (Voir la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 310 et note de bas de page 486 relative au paragraphe 313.)

[2295] Comme l'Union européenne le fait remarquer, étant donné que l'A350XWB-800 n'avait été lancé qu'en décembre 2006 (fin de la période de référence), le Groupe spécial n'aurait pu évaluer qu'un point de donnée unique pour ce modèle. (Voir la communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 478).

[2296] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.3 a) i).

erreur dans son interprétation et son application des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC* en constatant que les subventions pour la R&D aéronautique avaient contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787. Nous avons aussi constaté que les États-Unis n'avaient pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur dans son analyse hypothétique des effets des subventions pour la R&D aéronautique sur les prix et les ventes de Boeing ou d'Airbus. Nous n'avons trouvé aucune raison de modifier les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les effets des subventions pour la R&D aéronautique étaient des pertes de ventes notables et un empêchement notable de hausses de prix au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*. En ce qui concerne la constatation par le Groupe spécial d'une menace de détournement et d'entrave au sens de l'article 6.3 b) de l'*Accord SMC*, nous avons constaté que le Groupe spécial n'avait pas fait erreur en omettant d'établir séparément l'existence de "marchés de pays tiers" s'agissant du Kenya, de l'Islande et de l'Éthiopie, et qu'il n'avait pas, en faisant cette constatation, contredit sa propre formulation du sens d'un "marché" de LCA. Nous avons néanmoins infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique avaient causé une menace de détournement et d'entrave pour les exportations des CE, dans la mesure où cette constatation se rapportait aux marchés des pays tiers qu'étaient le Kenya, l'Islande et l'Éthiopie (mais non en ce qui concerne l'Australie), parce que le Groupe spécial n'avait pas identifié de tendances manifestes démontrant l'existence de cette menace.

1127. Pour ces raisons, nous *modifions* et *confirmons* la conclusion globale formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1797, 7.1854 a) et 8.3 a) i) de son rapport, selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique, par le biais de leurs effets sur la technologie, ont causé un grave préjudice aux intérêts des Communautés européennes au sens de l'article 5 c) et de l'article 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC* en ce qui concerne le marché des LCA de 200 à 300 sièges.

C. *Article 11 du Mémorandum d'accord*

1128. Nous passons maintenant à l'allégation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question comme l'exigeait l'article 11 du Mémorandum d'accord. En particulier, l'Union européenne soutient que le Groupe spécial n'a pas assuré la régularité de la procédure lorsqu'il a constaté, au paragraphe 7.1701 de son rapport, qu'à l'exception des programmes ManTech et DUS&T, il n'y avait pas assez d'éléments de preuve pour déterminer si les programmes RDT&E de l'USDOD finançaient "surtout" des instruments d'aide, par opposition à des contrats d'achat, ou un mélange d'instruments d'aide et de contrats d'achat.

1129. Avant de procéder à notre analyse des arguments de l'Union européenne, nous présentons le contexte dans lequel le Groupe spécial a formulé cette conclusion au paragraphe 7.1701 de son

rapport. Dans son analyse de la contribution financière en ce qui concerne les programmes RDT&E de l'USDOD, le Groupe spécial a constaté que les versements et l'accès aux installations dans le cadre des *contrats d'achat* de l'USDOD ne constituaient pas des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*, alors que les versements et l'accès aux installations par le biais des *instruments d'aide* de l'USDOD constituaient bien des transferts directs de fonds et la fourniture de biens ou de services au sens de l'article 1.1 a) 1) i) et iii), respectivement.[2297] Il a constaté en outre qu'au moins deux des 23 programmes RDT&E de l'USDOD en cause – à savoir les programmes ManTech et DUS&T – avaient été financés "principalement, si ce n'est exclusivement" par le biais d'instruments d'aide.[2298] Il a rappelé par la suite ces constatations au paragraphe 7.1701 de son analyse lorsqu'il est passé à l'évaluation de la question de savoir si les subventions pour la R&D aéronautique de la NASA et de l'USDOD causaient un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes.

1130. Au paragraphe 7.1701 de son rapport intérimaire, le Groupe spécial a rappelé ses constatations selon lesquelles seuls les instruments d'aide, et non les contrats d'achat, étaient des subventions spécifiques et selon lesquelles deux des 23 programmes RDT&E de l'USDOD – les programmes ManTech et DUS&T—"étaient financés par le biais d'accords de coopération ou d'autres arrangements de partage des coûts".[2299] En ce qui concerne les 21 autres programmes RDT&E de l'USDOD, il a constaté qu'étant donné l'absence des éléments de preuve nécessaires pour déterminer quelles transactions entre l'USDOD et Boeing étaient réalisées en vertu d'instruments d'aide, par opposition à des contrats d'achat, il ne prendrait pas en considération les instruments d'aide financés par le biais de ces 21 autres programmes RDT&E de l'USDOD dans le cadre de son analyse du préjudice grave. En conséquence, il a procédé à son analyse des effets défavorables liés à la RDT&E de l'USDOD uniquement en ce qui concerne les programmes ManTech et DUS&T.[2300]

1131. Dans leurs observations sur le rapport intérimaire, les Communautés européennes ont demandé au Groupe spécial d'élargir son analyse des effets défavorables pour inclure tous les instruments d'aide financés par le biais de l'un quelconque des programmes RDT&E de l'USDOD en cause – et non uniquement les programmes ManTech et DUS&T – parce qu'il existait dans le dossier des éléments de preuve indiquant quelles transactions au titre de ces programmes étaient financées en

[2297] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1171. Voir la partie VI du présent rapport.
[2298] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1165. Le Groupe spécial a aussi constaté que les programmes ManTech et DUS&T avaient pour objectif explicite de développer la R&D "à double usage", c'est-à-dire la technologie qui pourrait être utilisée à la fois sur les aéronefs militaires et sur les aéronefs commerciaux. (*Ibid.*, paragraphes 7.1148 et 7.1740)
[2299] Rapport intérimaire du Groupe spécial, paragraphe 7.1701, faisant référence au paragraphe 7.1148.
[2300] Rapport intérimaire du Groupe spécial, paragraphe 7.1701.

vertu des instruments d'aide.[2301] Elles ont donc demandé au Groupe spécial d'inclure dans son analyse des effets défavorables "*l'un quelconque* des {programmes} RDT&E contestés *dans la mesure où* ce{} {programme} {avait} financé des instruments d'aide passés avec Boeing".[2302]

1132. Dans son rapport final, le Groupe spécial a traité les observations que les Communautés européennes avaient formulées durant la phase de réexamen intérimaire au sujet de son approche et du fait qu'il avait exclu tous les programmes RDT&E de l'USDOD sauf deux aux fins de son analyse des effets défavorables. En particulier, il a reconnu que le dossier contenait certains instruments d'aide financés par le biais des autres programmes de l'USDOD et a dit qu'il reformulait le paragraphe 7.1701 de son rapport afin de préciser "que son évaluation du préjudice grave inclu{ait} les instruments d'aide financés au titre des programmes ManTech et DUS&T ainsi qu'au titre des 21 autres programmes relevant du programme RDT&E".[2303] Dans la version finale de ce paragraphe, il a indiqué qu'il "{devait} faire en sorte de n'examiner que les effets des mesures d{e} {l'USDOD} dont il {avait} constaté qu'elles constituaient des subventions spécifiques", nonobstant le fait que les Communautés européennes avaient présenté leurs arguments concernant le préjudice grave "sans faire de distinction entre les effets imputables aux contrats d'achat passés en vertu d{es} programmes d{e} {l'USDOD} et les effets imputables aux instruments d'aide".[2304] Bien qu'il ait reconnu qu'il y avait dans le dossier certains éléments de preuve montrant que des instruments d'aide spécifiques avaient servi à l'octroi de financement, il a estimé que, d'une manière générale, il n'y avait pas d'éléments de preuve suffisants qui distinguaient les effets de ces instruments d'aide des effets globaux des programmes RDT&E. Il a toutefois rappelé qu'il avait constaté au paragraphe 7.1148 de son rapport que les programmes ManTech et DUS&T "étaient surtout financés par le biais d'accords de coopération ou d'autres instruments d'assistance", et il a estimé que, pour cette raison, il était "très probable que les effets de{} {ces deux} programmes … s'inscrivent dans le cadre des effets des instruments d'aide financés par le biais de ces programmes".[2305] Le Groupe spécial a ajouté ici l'adverbe "surtout", qui ne figurait pas dans la phrase correspondante de son rapport intérimaire.

[2301] Les Communautés européennes ont estimé qu'il y avait dans le dossier des éléments de preuve suffisants pour permettre au Groupe spécial de déterminer quelles transactions étaient des contrats d'achat de l'USDOD, et lesquelles étaient des instruments d'aide de l'USDOD. Elles ont identifié en outre un grand nombre d'instruments d'aide distincts versés au dossier et ont joint un tableau présentant plusieurs de ces instruments d'aide de l'USDOD. Sur cette base, elles ont affirmé que "{t}ous ces renseignements versés au dossier indiqu{aient} clairement que plusieurs {programme} RDT&E d{e} {l'US}DOD, *autres que* les programmes ManTech et DUS&T, {avaient} financé des instruments d'aide passés avec Boeing". (Observations des Communautés européennes concernant le rapport intérimaire, page 22 (italique dans l'original))

[2302] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.117 (citant la demande de réexamen intérimaire présentée par les Communautés européennes, page 24). (italique ajouté par le Groupe spécial)

[2303] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.124.

[2304] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1701.

[2305] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1701.

1133. Le Groupe spécial a toutefois considéré qu'il n'était pas en mesure de suivre la même approche pour les 21 autres programmes RDT&E de l'USDOD, c'est-à-dire de supposer que les effets de ces programmes s'inscrivaient dans le cadre des effets des instruments d'aide, par opposition aux contrats d'achat. En fait, il a estimé qu'il n'y avait "pas dans le dossier d'éléments de preuve suffisants indiquant que ces autres programmes RDT&E finançaient surtout des instruments d'aide".[2306] Par conséquent, il a expliqué qu'"{i}l en résult{ait} au final que les Communautés européennes n'{avaient} pas présenté des arguments ou éléments de preuve suffisants concernant les effets des instruments d'aide financés par le biais des programmes RDT&E autres que les programmes ManTech et DUS&T".[2307] Dans son analyse ultérieure des effets défavorables des programmes DUS&T de l'USDOD, il a seulement tenu compte des programmes ManTech et DUS&T.

1134. En appel, l'Union européenne soutient que, en exposant son approche de la "prédominance" au paragraphe 7.1701 de son rapport final, le Groupe spécial n'a pas assuré la régularité de la procédure pour deux raisons. Premièrement, l'approche de la "prédominance" suivie par le Groupe spécial, exposée pour la première fois dans le rapport final, n'aurait pas pu être anticipée et, par conséquent, les Communautés européennes n'ont pas eu une "véritable possibilité de répondre à" cette approche.[2308] Deuxièmement, l'Union européenne fait valoir que, bien qu'il ait reconnu qu'il ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants pour établir les effets des instruments d'aide à eux seuls, le Groupe spécial n'a pas demandé les renseignements nécessaires aux États-Unis, alors même qu'il savait que ces derniers avaient systématiquement ignoré les demandes des Communautés européennes visant à ce qu'ils fournissent des renseignements qui auraient permis une analyse contrat par contrat.[2309] Selon l'Union européenne, le Groupe spécial était tenu d'adresser des demandes de renseignements aux États-Unis au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord et de faire des inférences défavorables à partir de cas de non-coopération des États-Unis à la divulgation des contrats pertinents, mais il ne l'a pas fait.[2310]

[2306] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1701.

[2307] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1701.

[2308] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 244 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 273). L'Union européenne fait valoir que dans le rapport intérimaire, le Groupe spécial a expliqué que la seule raison d'exclure tous les programmes RDT&E de l'USDOD sauf deux était l'insuffisance d'éléments de preuve concernant sur le point de savoir si ces programmes finançaient des instruments d'aide ou des contrats d'achat. Or, dans le rapport final, il a présenté une approche différente, à savoir que son analyse se limitait aux subventions ManTech et DUS&T car c'étaient les seuls programmes qui "*finançaient surtout des instruments d'aide*". (*Ibid.*, paragraphe 246 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1701) (italique ajouté par l'Union européenne))

[2309] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 251 et 255.

[2310] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 256 et 257. Alors que l'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les programmes RDT&E de l'USDOD – autres que les programmes ManTech et DUS&T – ne causent pas les

1135. En réponse, les États-Unis font valoir que les parties ne sont pas en droit de formuler des observations au sujet de la révision par un groupe spécial de son rapport intérimaire parce que, sinon, la phase de l'examen intérimaire deviendrait "un cycle potentiellement infini d'observations et de modifications".[2311] En outre, l'approche suivie par le Groupe spécial au paragraphe 7.1701 n'était pas "inattendue"[2312] ni "surprenante"[2313], parce que les Communautés européennes avaient été "dès le début et clairement avisées", y compris par certaines des questions du Groupe spécial, que les programmes RDT&E de l'USDOD finançaient différentes catégories d'instruments contractuels et que ces catégories pouvaient être traitées différemment au regard de l'article premier de l'*Accord SMC*.[2314] Les États-Unis soulignent que le Groupe spécial n'était pas tenu, au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord, "de collecter des renseignements au nom de la partie plaignante".[2315] Ils affirment en outre qu'ils n'ont pas omis de coopérer au processus de collecte des renseignements[2316] et que le Groupe spécial n'a pas omis de leur demander les renseignements nécessaires.[2317] Enfin, ils estiment que l'Union européenne "se méprend" sur la constatation d'effets défavorables formulée par le Groupe spécial, en ce sens que le Groupe spécial n'a pas donné à entendre qu'il devait avoir davantage de contrats versés au dossier pour pouvoir formuler des constatations au sujet de davantage de programmes, mais qu'il manquait d'arguments et d'éléments de preuve provenant des Communautés européennes "en ce qui concerne les effets des instruments d'aide que les États-Unis avaient versés au dossier des années auparavant".[2318]

---

mêmes effets que les autres subventions pour la R&D, elle déclare qu'elle ne lui demande pas de compléter l'analyse. (*Ibid*., paragraphe 259)

[2311] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 223. Les États-Unis font valoir en outre qu'en tout état de cause, les Communautés européennes ont eu toutes possibilités de présenter des arguments et des éléments de preuve à l'appui de leurs éléments prima facie. (*Ibid.*, paragraphe 226)

[2312] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 227 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 244).

[2313] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 227 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 247).

[2314] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 227 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 244 et 247).

[2315] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 239.

[2316] Les États-Unis soutiennent qu'ils "se sont conformés aux décisions pertinentes de l'ORD, du représentant de l'ORD lors du processus de collecte des renseignements au titre de l'Annexe V de l'Accord SMC dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* …, et du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*". Ils ajoutent qu'ils ont fait de "gros efforts pour identifier, assembler et fournir en réponse autant de documents que possible"; et qu'ils ont "longuement examiné les différents contrats et instruments d'aide". (Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 240 (note de bas de page omise))

[2317] Les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial "a posé de nombreuses questions au sujet des contrats et des instruments d'aide communiqués par les États-Unis". (Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 241 (faisant référence aux questions n° 131, 190 à 192, 194 et 195, 205, 210, 212 et 213, 321 et 360 du Groupe spécial))

[2318] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 243; voir aussi le paragraphe 236.

1136. Au début de notre analyse, nous avons fait observer que l'Union européenne formulait son allégation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord comme une allégation relative à la "régularité de la procédure".[2319] À cet égard, l'Organe d'appel a reconnu le rôle central de la régularité de la procédure dans le règlement des différends à l'OMC en notant ce qui suit:

> … {la régularité de la procédure} éclaire les dispositions du Mémorandum d'accord et y trouve son expression. Lorsqu'un groupe spécial procède à une évaluation objective d'une question, il est "tenu de garantir la régularité de la procédure". La régularité de la procédure est 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. La protection de la régularité de la procédure est donc un moyen essentiel de garantir la légitimité et l'efficacité d'un système juridictionnel fondé sur des règles.[2320] (notes de bas de page omises)

1137. Le premier des arguments avancés par l'Union européenne à l'appui de son allégation relative à la régularité de la procédure est que le Groupe spécial a introduit l'approche de la "prédominance" pour la première fois au paragraphe 7.1701 de son rapport final, privant ainsi les Communautés européennes de toute véritable possibilité de formuler des observations au sujet d'une telle "nouvelle théorie".[2321] Nous croyons comprendre que d'après ce motif d'appel, l'Union européenne ne conteste pas l'utilisation par le Groupe spécial du critère de la prédominance en soi mais plutôt le fait que ce critère est apparu pour la première fois dans le rapport final. Nous faisons observer à cet égard qu'il apparaît que le critère de la prédominance s'est dégagé des multiples échanges de vues entre les parties et le Groupe spécial pendant la procédure du Groupe spécial. Même si le mot "prédominance" n'a pas été utilisé dans le rapport intérimaire, l'essence de ce critère pouvait être discernée dans les parties antérieures du rapport intérimaire, notamment aux paragraphes 7.1148 et 7.1165.[2322] Nous

---

[2319] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 235 et 258. L'Union européenne a confirmé à l'audience qu'elle présentait une seule allégation relative à la régularité de la procédure, constituée de deux arguments.

[2320] Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 147.

[2321] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 258. L'Union européenne a précisé à l'audience que son allégation concernant la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.1701 de son rapport final se rapportait exclusivement à la question de savoir si le Groupe spécial avait porté atteinte à la régularité de la procédure, et non si le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec l'article 15 du Mémorandum d'accord.

[2322] Dans le rapport intérimaire, le Groupe spécial a indiqué qu'il prendrait en compte seulement deux programmes RDT&E de l'USDOD – à savoir les programmes ManTech et DUS&T – puisqu'ils "{avaient} été financés par le biais d'{instruments d'aide}". (Rapport intérimaire, paragraphe 7.1701) Dans le rapport final, le Groupe spécial a confirmé cette approche mais a précisé que la raison pour laquelle seuls les programmes ManTech et DUS&T étaient pris en considération dans son analyse était qu'ils "finançaient *surtout* des instruments d'aide". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1701 (pas d'italique dans l'original)) Il est vrai

n'admettons donc pas l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle l'approche de la prédominance adoptée par le Groupe spécial était inattendue parce qu'elle était apparue seulement dans le rapport final. En tout état de cause, même si un groupe spécial doit étudier pleinement avec les parties toutes les questions pertinentes qui se posent dans le différend au cours de la procédure, cela ne veut pas dire qu'il est tenu d'examiner avec les parties les constatations et conclusions qu'il entend adopter pour résoudre le différend.[2323] D'ailleurs, cela serait impossible, en particulier parce que l'opinion du groupe spécial peut évoluer au cours de la procédure. Par conséquent, nous ne partageons pas l'avis de l'Union européenne selon lequel la simple inclusion d'un nouveau libellé dans le paragraphe 7.1701 du rapport final signifie que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en ne ménageant pas aux parties la possibilité de présenter des observations sur l'approche "nouvelle" alléguée figurant au paragraphe 7.1701 du rapport final.

1138. L'Union européenne soutient en outre que le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de ses devoirs au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord en ne demandant pas aux États-Unis les renseignements factuels qui lui auraient permis d'"examiner les éléments de preuve nécessaires pour arriver à une conclusion fondée sur {la} théorie {de la prédominance}".[2324] Nous faisons observer qu'en vertu de l'article 13 du Mémorandum d'accord, les groupes spéciaux sont investis du pouvoir de demander des renseignements auprès de sources pertinentes, y compris les Membres de l'OMC.[2325] Nous rappelons en outre que l'exercice de ce pouvoir peut se révéler "tout à fait nécessaire" pour permettre à un groupe spécial d'évaluer objectivement la question dont il est saisi.[2326] Par ailleurs, un groupe spécial peut avoir besoin de demander des renseignements ""pour évaluer les éléments de preuve dont il dispose déjà" afin d'évaluer objectivement si la partie plaignante a établi des éléments *prima facie*".[2327]

---

que le Groupe spécial a ajouté le mot "surtout" pour nuancer sa déclaration figurant dans le rapport intérimaire selon laquelle les programmes ManTech et DUS&T finançaient des instruments d'aide. Cependant, le Groupe spécial avait constaté précédemment au paragraphe 7.1165 – paragraphe qui était identique dans le rapport intérimaire et le rapport final – que les programmes ManTech et DUS&T étaient "financés *principalement, si ce n'est exclusivement*, par le biais d'accords de coopération ou d'autres "instruments d'aide" avec partage des coûts". (pas d'italique dans l'original) Par conséquent, même durant la phase du réexamen intérimaire, les Communautés européennes auraient eu connaissance de l'opinion du Groupe spécial selon laquelle ces deux programmes finançaient "principalement" des instruments d'aide, par opposition à des contrats d'achat.

[2323] Nous notons que, même si un groupe spécial n'est pas tenu d'exposer l'analyse qu'il a l'intention d'effectuer avant de rendre sa décision, il ne devrait pas, en adoptant une approche qui s'écarte radicalement des argumentations présentées par les parties, "laisse{r} aux parties le soin de deviner quelle preuve il exigera". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 347)

[2324] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 258.

[2325] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 185.

[2326] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphe 127 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 104 et 106).

[2327] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 347 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 192).

1139. À notre avis, la mesure dans laquelle l'article 11 du Mémorandum d'accord peut exiger d'un groupe spécial qu'il exerce son pouvoir de demander des renseignements complémentaires dépend des faits et des circonstances propres à chaque différend. Il est bien sûr incontestable qu'il incombe aux parties de fournir des éléments de preuve à l'appui de leurs allégations ou moyens de défense.[2328] En effet, c'est parce que cette charge incombe aux parties que nous pouvons concevoir des circonstances dans lesquelles on ne peut pas raisonnablement attendre d'une partie qu'elle s'acquitte de cette charge en fournissant tous les éléments de preuve pertinents qui sont requis pour établir le bien-fondé de ses allégations, plus particulièrement lorsque ces renseignements sont détenus exclusivement par la partie adverse ou une tierce partie. Dans ces circonstances, il se peut qu'un groupe spécial ne soit pas en mesure de procéder à une évaluation objective de la question s'il n'exerce pas son pouvoir, au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord, de demander ces renseignements, en particulier si la partie qui a besoin de ces éléments de preuve peut montrer qu'elle a épuisé, en n'épargnant aucun effort, tous les moyens de les acquérir, dans la mesure où ces moyens existent.

1140. Nous notons à cet égard qu'un aspect de la garantie que la procédure sera conduite équitablement est que chaque partie doit avoir le droit de savoir quels sont les arguments qu'elle doit faire valoir ou auxquels elle doit répondre et doit se voir ménager une possibilité équitable et raisonnable de le faire. En général, les groupes spéciaux sont les mieux placés pour déterminer comment cela devrait être fait dans les circonstances particulières de chaque affaire[2329], y compris en exerçant leur pouvoir de demander des renseignements. Le recours à ce pouvoir, toutefois, n'est pas sans limite. Lorsqu'il examine l'opportunité d'exercer son pouvoir au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord – en particulier lorsqu'une partie lui a explicitement demandé de le faire – un groupe spécial devrait prendre en compte diverses considérations, par exemple quels renseignements sont nécessaires pour compléter le dossier, qui les détient, quels autres moyens raisonnables pourraient être utilisés pour se les procurer, pourquoi ils n'ont pas été présentés, s'il est équitable de demander à la partie qui les détient de les communiquer et s'il est probable que les renseignements ou les éléments de preuve en question seront nécessaires pour assurer la régularité de la procédure et faire en sorte qu'une décision appropriée soit rendue au sujet de l'allégation ou des allégations pertinentes.

1141. La question dont nous sommes saisis est de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, le Groupe spécial était tenu de demander certains renseignements aux États-Unis avant d'appliquer le critère de la prédominance énoncé au paragraphe 7.1701 du rapport final. Comme il est indiqué plus

[2328] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 109 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, pages 15 à 19).
[2329] Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 150.

haut, le Groupe spécial a décidé de ne pas inclure les effets des programmes RDT&E de l'USDOD – à l'exception des programmes ManTech et DUS&T – dans son analyse des effets défavorables, au motif qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve suffisants établissant que ces programmes finançaient surtout des instruments d'aide, par opposition à des contrats d'achat. C'était la conséquence de la décision antérieure du Groupe spécial d'effectuer une analyse fondée sur le type de contrat utilisé – c'est-à-dire de faire la distinction entre la qualification, au regard de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*, de contrats d'achat et celle d'instruments d'aide – au lieu d'effectuer une analyse des programmes RDT&E de l'USDOD fondée sur les programmes. Bien qu'il ait décidé de faire une analyse fondée sur le type de contrat, le Groupe spécial n'a pas exercé son pouvoir au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord pour demander aux parties des renseignements et des éléments de preuve concernant la mesure dans laquelle différents types de contrats étaient utilisés dans le cadre de chaque programme.[2330]

1142. Nous notons aussi certaines autres circonstances du présent différend que nous estimons pertinentes pour la question dont nous sommes saisis. Nous rappelons, par exemple, la décision préliminaire du Groupe spécial du 30 juillet 2007, dans laquelle le Groupe spécial a rejeté les demandes des Communautés européennes visant à ce qu'il constate qu'une procédure au titre de l'Annexe V avait été engagée ou, à titre subsidiaire, à ce qu'il exerce le pouvoir que lui conférait l'article 13 du Mémorandum d'accord de demander certains renseignements aux États-Unis.[2331] Les Communautés européennes avaient joint à leur demande de décisions préliminaires les questions qu'elles avaient souhaité poser aux États-Unis dans le cadre d'une procédure au titre de l'Annexe V. Dans leur demande subsidiaire, elles avaient demandé que le Groupe spécial pose ces questions aux États-Unis. Elles avaient explicitement demandé une "liste de tous les contrats … concernant Boeing ou {McDonnell Douglas} depuis l'exercice 1991 à ce jour" en relation avec les programmes RDT&E de l'USDOD en cause, y compris l'indication de "la nature ou de l'objet" de chacun de ces contrats.[2332] Elles avaient demandé en outre les contrats eux-mêmes.[2333] Par ailleurs, elles avaient fait valoir à

[2330] Bien qu'il apparaisse que le Groupe spécial a posé certaines questions concernant les différences entre les instruments d'aide et les contrats d'achat, ces demandes de renseignements se rapportaient à la question de la contribution financière et de l'avantage au sens de l'article premier de l'*Accord SMC*. (Voir, par exemple, les questions n° 19, 20, 154, 191, 192, 195 et 321 du Groupe spécial.)

[2331] Voir la partie V du présent rapport.

[2332] Questions posées par les Communautés européennes aux États-Unis conformément à l'Annexe V de l'*Accord SMC* (pièce EC-1 présentée au Groupe spécial), questions n° 127 et 128.

[2333] Voir, par exemple, les questions posées par les Communautés européennes aux États-Unis au titre de l'Annexe V de l'*Accord SMC* (pièce EC-1 présentée au Groupe spécial), questions n° 130, 131 et 138). En réponse à la demande des Communautés européennes visant à ce qu'il pose aux États-Unis, au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord, une partie ou la totalité des questions prévues initialement au titre de l'Annexe V, le Groupe spécial s'est abstenu de le faire pour les motifs suivants:

> … le Groupe spécial n'estime pas nécessaire ni approprié d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 13 du Mémorandum

plusieurs reprises devant le Groupe spécial qu'il y avait des renseignements détenus exclusivement par les États-Unis qui revêtaient une importance cruciale pour leurs allégations de subventions et d'effets défavorables concernant les programmes RDT&E de l'USDOD.[2334] Or le Groupe spécial n'a fait allusion à aucune de ces circonstances lorsqu'il a constaté que "les Communautés européennes n'{avaient} pas présenté des arguments ou éléments de preuve suffisants concernant les effets des instruments d'aide financés par le biais des programmes RDT&E autres que les programmes ManTech et DUS&T".[2335] Il n'a pas non plus reconnu de quelque manière que ce soit que le fait qu'"il n'y {avait} pas dans le dossier d'éléments de preuve suffisants"[2336] était, au moins en partie, la conséquence de sa propre passivité.

1143. En résumé, le recours du Groupe spécial à une analyse par type de contrats signifiait que les renseignements sur la mesure dans laquelle des instruments d'aide avaient été utilisés dans le cadre de chacun des programmes de l'USDOD étaient essentiels pour permettre l'application du critère qu'il avait énoncé. Les renseignements sur la mesure dans laquelle différentes sortes de contrats avaient été utilisées dans le cadre de chacun des programmes de l'USDOD étaient détenus exclusivement par les États-Unis. Les Communautés européennes avaient cherché à obtenir ces renseignements et, n'ayant pas pu les obtenir, avaient demandé explicitement au Groupe spécial de le faire. Dans ces circonstances, la seule manière dont celui-ci aurait pu leur ménager une possibilité équitable de fournir les éléments de preuve nécessaires pour établir le bien-fondé de leurs arguments était d'exercer le pouvoir qui lui était conféré par l'article 13 du Mémorandum d'accord en demandant aux États-Unis de communiquer les renseignements qui lui auraient permis d'évaluer l'allégation de préjudice grave dont il était saisi en utilisant l'approche qu'il avait choisie.

1144. D'une manière générale, nous estimons que les circonstances particulières de l'espèce exigeaient que le Groupe spécial joue un rôle actif en effectuant une série d'examens qui lui permettraient d'appliquer son approche de la "prédominance". En ne demandant pas de

---

> d'accord pour remédier à l'incapacité des parties de parvenir à un accord sur l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V, ou pour remédier à l'incapacité des parties de parvenir à un accord sur le moyen de transmettre au présent Groupe spécial les renseignements obtenus lors de la procédure au titre de l'Annexe V menée dans l'affaire DS317.

(Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.23)

[2334] Nous faisons observer qu'à maintes reprises devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont exprimé leur préoccupation du fait que des éléments de preuve essentiels concernant, entre autres choses, les programmes RDT&E de l'USDOD étaient détenus exclusivement par les États-Unis. Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1056, 7.1103 et 7.1203, où les Communautés européennes soutenaient que les renseignements présentés au Groupe spécial au sujet des mesures R&D de la NASA et l'USDOD R&D n'étaient pas suffisants pour établir le bien-fondé de leurs allégations "à moins que les États-Unis ne divulguent des éléments de preuve".

[2335] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1701.

[2336] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1701.

renseignements additionnels sur l'utilisation des instruments d'aide dans le cadre de tous les programmes de l'USDOD, le Groupe spécial a compromis sa capacité d'évaluer correctement si les effets de tous les 23 programmes RDT&E, et non uniquement des programmes ManTech & DUS&T, avaient causé des effets défavorables aux intérêts des Communautés européennes. S'il avait demandé aux États-Unis des renseignements sur la mesure dans laquelle chaque programme RDT&E de l'USDOD était financé par des instruments d'aide, par opposition à des contrats d'achat, il aurait pu alors déterminer dans quelle mesure ces programmes finançaient des instruments d'aide, par opposition à des contrats d'achat. Il aurait pu faire cela soit en se fondant sur les renseignements communiqués par les États-Unis, soit, peut-être, au cas où ces renseignements n'auraient pas été fournis, en se fondant sur des inférences défavorables.

1145. Eu égard à ce qui précède, nous *constatons* qu'en n'exerçant pas son pouvoir de demander des renseignements pertinents aux fins de son approche de la prédominance pour évaluer l'allégation dont il était saisi, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec son obligation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord de procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi lorsqu'il a constaté, au paragraphe 7.1701 de son rapport, qu'il n'y avait "pas dans le dossier d'éléments de preuve suffisants indiquant que {les programmes RDT&E de l'USDOD autres que les programmes ManTech et DUS&T} finançaient surtout des instruments d'aide, par opposition à des contrats d'achat, ou un mélange d'instruments d'aide et de contrats d'achat". L'Union européenne demande, si nous constatons que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord, que nous infirmions la constatation qu'il a formulée au paragraphe 7.1701 de son rapport, selon laquelle "les programmes RDT&E d{e} {l'US}DOD (autres que les programmes ManTech et DUS&T) ne caus{aient} pas les mêmes effets que les autres subventions pour la R&D aéronautique", du moins dans la mesure où ces programmes RDT&E de l'USDOD restants étaient financés par le biais d'instruments d'aide.[2337] Nous ne voyons pas, toutefois, que le Groupe spécial ait formulé une telle constatation dans ce paragraphe. Au contraire, notre lecture est que le Groupe spécial a reconnu que les 21 autres programmes RDT&E de l'USDOD pouvaient bien également avoir eu des effets défavorables dans la mesure où ils étaient financés par le biais d'instruments d'aide. En conséquence, il n'y a pas de constatation que nous soyons appelés à infirmer et, en tout état de cause, l'Union européenne ne demande pas que nous complétions l'analyse.

[2337] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 259.

D. *Effets sur les prix*

1146. Les États-Unis font aussi appel des constatations formulées par le Groupe spécial au paragraphe 8.3 a) ii) et iii) de son rapport[2338], selon lesquelles:

> ii) les subventions FSC/ETI et les subventions relatives à l'impôt B&O accordées par l'État de Washington au titre du {Projet de loi n°} 2294 ont pour effet d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable, de faire perdre des ventes dans une mesure notable, de détourner les exportations des marchés de pays tiers et d'entraver les exportations, s'agissant du marché des LCA monocouloir de 100 à 200 sièges; {et}
>
> iii) les subventions FSC/ETI et les subventions relatives à l'impôt B&O accordées par l'État de Washington au titre du {Projet de loi n°} 2294 et par la ville d'Everett ont pour effet d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable, de faire perdre des ventes dans une mesure notable, de détourner les exportations des marchés de pays tiers et d'entraver les exportations, s'agissant du marché des LCA à fuselage large de 300 à 400 sièges{.}

1147. Les États-Unis nous demandent d'infirmer ces constatations au motif que, pour les établir, le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC*.[2339] Selon eux, le Groupe spécial n'a pas procédé à une analyse correcte de ces subventions et, par conséquent, n'a pas établi l'existence d'un rapport réel et substantiel de cause à effet entre les subventions et les effets défavorables allégués par les Communautés européennes. Les États-Unis font également valoir que le Groupe spécial a commis des erreurs spécifiques lorsqu'il a formulé ses constatations d'empêchement notable de hausses de prix, de pertes de ventes notables, et de détournement et d'entrave.

1148. L'Union européenne répond que chacune de ces allégations des États-Unis est dénuée de fondement. À son avis, les États-Unis utilisent indûment leur appel pour répéter les arguments qu'ils ont présentés au Groupe spécial, y compris en ce qui concerne les éléments de preuve qu'ils ont avancés sans succès. L'Union européenne soutient également que l'appel des États-Unis rend compte d'une manière incomplète de l'analyse et des constatations du Groupe spécial. Elle considère que, contrairement à ce que les États-Unis allèguent, le Groupe spécial a formulé des constatations qui satisfaisaient aux prescriptions pertinentes des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC*.

[2338] Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1823, 7.1833 et 7.1854 b) et c).
[2339] Le texte intégral de ces dispositions figure dans la section X.B.7 du présent rapport.

1149. L'appel des États-Unis concerne donc l'analyse par le Groupe spécial des effets sur les prix[2340] des subventions fiscales liées – à savoir les subventions FSC/ETI et les réductions du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington et de la ville d'Everett. Les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les effets de ces subventions sur les prix ont entraîné un préjudice grave au sens des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC*[2341], de même que l'appel des États-Unis, se limitent aux marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges. De même, notre analyse des questions relatives aux effets sur les prix des subventions fiscales liées ne porte que sur ces deux marchés de produit.

1150. Afin d'évaluer les allégations d'erreur formulées par les États-Unis, nous jugeons utile, premièrement, de donner, dans la sous-section 1, certains renseignements généraux sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges. Dans la sous-section 2, nous présentons la structure de l'allégation formulée par les Communautés européennes devant le Groupe spécial. Dans la sous-section 3, nous rendons compte de l'analyse et des constatations du Groupe spécial concernant les subventions fiscales liées. Enfin, dans la sous-section 4, nous examinons l'appel des États-Unis.

[2340] Nous notons que la notion d'"effets sur les prix", telle qu'elle est utilisée en l'espèce, devrait être distinguée de la notion d'"empêchement de hausses de prix" visée à l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*. Lorsque les Communautés européennes ont fait référence aux "effets sur les prix" des subventions devant le Groupe spécial, elles faisaient référence aux effets des subventions sur les prix des LCA pratiqués par *Boeing*. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 4.305, 7.1598, 7.1697 et 7.1699; voir aussi la note de bas de page 3388 relative au paragraphe 7.1613 et la note de bas de page 4139 relative au paragraphe 6 de l'Appendice VII.F.2 – Le modèle Cabral, page 863) Les Communautés européennes ont fait valoir en outre que, "par le biais du mécanisme des effets sur les prix", les subventions causaient plusieurs des phénomènes sur le marché exposés à l'article 6.3 de l'*Accord SMC*, y compris un empêchement notable de hausses de prix au sens de l'article 6.3 c). (*Ibid*., paragraphe 4.314) Comme le Groupe spécial l'a fait, nous utilisons l'expression "effets sur les prix" pour désigner les effets des subventions sur les prix des LCA pratiqués par Boeing.

[2341] Bien que les Communautés européennes aient fait valoir que ces subventions causaient un préjudice grave en raison de leurs effets sur les prix sur les trois marchés de produit des LCA pertinents, le Groupe spécial n'a pas été convaincu que ces subventions causaient un empêchement notable de hausses de prix, des pertes de ventes notables ou un détournement ou une entrave sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Comme il est expliqué *supra*, à la note de bas de page 1882, les Communautés européennes n'ont pas allégué que les subventions FSC/ETI avaient des effets défavorables sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, et le Groupe spécial a procédé à son analyse en partant de l'idée que ces subventions n'avaient pas d'effets sur ce marché de produit. En conséquence, pour évaluer les effets des subventions fiscales liées sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial a examiné les effets sur les prix des réductions du taux de l'impôt B&O uniquement et *non* des subventions FSC/ETI. Il a constaté que "les éléments de preuve … pas suffisants pour … conclure que {les réductions du taux de l'impôt B&O avaient} une importance qui leur permettrait, à elles seules, d'avoir sur les prix du 787 pratiqués par Boeing un effet tel que l'on pourrait constater {l'existence d'un préjudice grave} sur le marché des aéronefs à fuselage large de 200 à 300 sièges". (*Ibid*., paragraphe 7.1824) L'Union européenne a fait appel de cette constatation et soutient que le Groupe spécial a fait erreur en ne procédant pas à une évaluation des effets collectifs des subventions pour la R&D aéronautique et des réductions du taux de l'impôt B&O sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Notre évaluation de cette allégation d'erreur présentée en appel est exposée, dans la section X.E du présent rapport.

1. Renseignements généraux sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges

1151. Nous décrivons ci-après certaines caractéristiques fondamentales des deux marchés de produit des LCA pertinents sur la base de faits admis de part et d'autre qui figurent au dossier du Groupe spécial.

a) Marché des LCA de 100 à 200 sièges

1152. Ce marché de produit comprend les aéronefs monocouloir pouvant transporter 100 à 200 passagers dans une configuration à deux classes (ou l'équivalent en marchandises) et ayant un rayon d'action court à moyen.[2342] Les familles d'aéronefs pertinentes répondant à ces spécifications incluent le Boeing 737NG et l'Airbus A320.[2343]

1153. Les parties ont admis qu'il y avait concurrence directe entre le 737NG et l'A320.[2344] Elles ont en outre reconnu que le prix avait été un facteur important qui avait influencé les résultats des campagnes de vente sur ce marché de produit, bien que, pour certaines campagnes, les différences de capacité, de coûts d'exploitation ou de dates de livraison aient pu être déterminantes.[2345] À la fin de 2004 ou au début de 2005, Boeing a modifié sa stratégie de fixation des prix et elle est devenue plus "agressive" en matière de prix.[2346]

1154. En 2006, les prix de catalogue de la famille de l'A320 étaient compris entre 50 200 000 et 79 400 000 dollars, alors que ceux de la famille du 737NG étaient compris entre 47 000 000 et

[2342] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1669.
[2343] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1670.
[2344] Les Communautés européennes ont indiqué que les familles du 737NG et de l'A320 "se ressembl{aient}" beaucoup et se faisaient concurrence sur le plan de leur "taille, nombre de sièges, rayon d'action et autres caractéristiques" (première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1167); "se faisaient concurrence tant au niveau de leurs caractéristiques techniques que de leurs performances" (réponse des Communautés européennes à la question n° 81 du Groupe spécial, paragraphe 324); et étaient caractérisées par une "très grande substituabilité" (première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1506) et une "grande interchangeabilité" (observations des Communautés européennes sur la réponse des États-Unis à la question n° 282 du Groupe spécial, paragraphe 433). Les États-Unis ont également admis qu'il y avait une forte concurrence entre l'A320 et le 737NG. (Voir, par exemple, la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 1027 à 1038.)
[2345] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1694; réponse des Communautés européennes à la question n° 81 du Groupe spécial, paragraphes 323 et 324; première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 1027 à 1038; observations des États-Unis sur les réponses des Communautés européennes à la question n° 287 du Groupe spécial, paragraphe 532, et à la question n° 288 du Groupe spécial, paragraphe 535.
[2346] Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.2 – Le modèle Cabral, pages 885 et 886, paragraphe 68 et note de bas de page 4250 y relative.

70 000 000 dollars.[2347] Sur la base des données communiquées par les parties, la taille globale du marché des LCA de 100 à 200 sièges, ainsi que la part de ce marché détenue par Boeing sur le plan des commandes, se sont accrues au cours de la période de référence.[2348]

b) Marché des LCA de 300 à 400 sièges

1155. Ce marché de produit comprend les aéronefs bicouloir pouvant transporter 300 à 400 passagers dans une configuration à trois classes (ou l'équivalent en marchandises) et ayant un rayon d'action long ou ultralong.[2349] Les familles d'aéronefs pertinentes répondant à ces spécifications incluent le Boeing 777 et l'Airbus A340.[2350]

1156. En dépit des similitudes entre les aéronefs 777 et A340 en ce qui concerne le nombre de sièges, le rayon d'action et d'autres caractéristiques[2351], le 777 bimoteur est plus économe en carburant que l'A340 quadrimoteur.[2352] Cet avantage s'est accentué lorsque les prix du carburant ont augmenté au cours de la période 2004-2006.[2353]

[2347] List Price, Airclaims CASE database, query as of 23 November 2006 (pièce EC-663 présentée au Groupe spécial). Ces fourchettes de prix tiennent compte du fait que les familles de l'A320 et du 737NG étaient constituées de modèles différenciés. Comme il est expliqué *supra*, au paragraphe 906, en raison des crédits et des concessions de prix accordés aux clients par les constructeurs de LCA, les prix des cellules négociés au moment où les LCA sont commandés sont généralement plus bas que les prix de catalogue.

[2348] Selon les États-Unis, le nombre total de LCA commandés sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges au cours de la période de référence était le suivant: 457 en 2004; 1 410 en 2005; et 1 558 en 2006. La part de ces commandes détenue par Boeing était la suivante: 32 pour cent en 2004; 40 pour cent en 2005; et 47 pour cent en 2006. (Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 1095) Toutefois, les Communautés européennes ont affirmé que la part du marché mondial détenue par Boeing sur le plan des commandes était passée de 47 pour cent à 52 pour cent entre 2005 et 2006. (Observations des Communautés européennes sur la réponse des États-Unis à la question n° 299 du Groupe spécial, paragraphe 551) Les États-Unis ont allégué en outre que, s'agissant des livraisons, la part de marché de Boeing était la suivante: 46 pour cent en 2004; 42 pour cent en 2005; et 47 pour cent en 2006. (Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 1095)

[2349] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1669.

[2350] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1670. Les Communautés européennes ont aussi avancé une allégation de menace d'empêchement notable de hausses de prix sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges en ce qui concerne les commandes futures d'aéronefs A350XWB-900/1000. (*Ibid*., paragraphe 7.1595) Le Groupe spécial a appliqué le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne cette allégation. (*Ibid*., paragraphe 7.1851)

[2351] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1180.

[2352] Réponse des Communautés européennes à la question n° 81 du Groupe spécial, paragraphes 330 et 331; première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 1117 et 1139, faisant référence à des estimations selon lesquelles le 777 est 24 pour cent plus économe en carburant par rapport à l'A340.

[2353] Réponse des Communautés européennes à la question n° 81 du Groupe spécial, paragraphes 331 et 334; première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 715, 1139 et 1140 et paragraphe 1113, faisant référence à des estimations selon lesquelles les prix du carburant ont augmenté de 125 pour cent entre 2004 et 2006.

1157. En 2006, les prix de catalogue de la famille de l'A340 étaient compris entre 192 800 000 et 222 400 000 dollars, alors que ceux de la famille du 777 étaient compris entre 190 000 000 et 237 000 000 dollars.[2354] Sur la base des données communiquées par les parties, la taille globale du marché des LCA de 300 à 400 sièges, ainsi que la part de ce marché détenue par Boeing sur le plan des commandes, se sont accrues au cours de la période de référence entre 2004 et 2006, atteignant un niveau record en 2005.[2355]

2. Allégation concernant les effets sur les prix présentée par les Communautés européennes au Groupe spécial

1158. Avant de passer aux constatations du Groupe spécial et à l'appel des États-Unis, nous jugeons utile d'exposer la structure de l'allégation concernant les effets sur les prix présentée par les Communautés européennes au Groupe spécial.

1159. Lorsqu'elles ont présenté au Groupe spécial leur allégation de préjudice grave en ce qui concerne les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges, les Communautés européennes ont fait valoir que toutes les subventions apportant des avantages aux familles du 737NG et du 777 de Boeing "{avaient} un effet principal: elles permettaient à Boeing de réduire les prix auxquels elle offrait {ces aéronefs} (les "effets sur les prix")".[2356] Selon les Communautés européennes, "les éléments de preuve montrent que depuis 2004, Boeing a principalement utilisé les avantages que lui conféraient les subventions des États-Unis pour offrir des prix exceptionnellement bas".[2357] Les Communautés européennes ont affirmé que, du fait de ces effets sur les prix, Airbus avait subi un détournement et une entrave au sens de l'article 6.3 b) ainsi qu'un empêchement notable de hausses de prix et des pertes de vente notables au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*.

[2354] List Price, Airclaims CASE database, query as of 23 November 2006 (pièce EC-663 présentée au Groupe spécial). Ces fourchettes de prix tiennent compte du fait que les familles de l'A340 et du Boeing 777 étaient constituées de modèles différenciés. Comme il est noté plus haut, toutefois, les prix réels des cellules sont souvent plus bas que le prix de catalogue de base. (Voir *supra*, le paragraphe 906.)

[2355] Selon les États-Unis, le nombre total de LCA commandés sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges au cours de la période de référence était le suivant: 70 en 2004; 169 en 2005; et 92 en 2006. La part de ces commandes détenue par Boeing était la suivante: 60 pour cent en 2004; 92 pour cent en 2005; et 84 pour cent en 2006. (pièce US-364 présentée au Groupe spécial, contenant des statistiques sur les commandes de 777 et d'A340, 1990-2006) Un graphique représentant les parts du marché mondial fourni par les Communautés européennes corrobore ces données. (Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1626) Les États-Unis ont allégué en outre que, s'agissant des livraisons, la part de marché de Boeing était la suivante: 56 pour cent en 2004; 63 pour cent en 2005; et 73 pour cent en 2006. (Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 1171)

[2356] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1471 et 1565.

[2357] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1471 et 1565.

1160. Les Communautés européennes ont structuré leur allégation en examinant: i) la nature des subventions; ii) l'importance des subventions; iii) les effets des subventions sur les prix; et iv) les éléments de preuve issus de campagnes de vente spécifiques.

1161. S'agissant de la nature des subventions, les Communautés européennes ont fait valoir que la "structure, la conception et le fonctionnement"[2358] des subventions opéraient selon deux mécanismes relatifs au prix. Un groupe de subventions – les subventions fiscales liées – a pour effet de réduire les impôts et redevances acquittés par Boeing en ce qui concerne la production et la vente de LCA, subordonnant l'obtention de ces subventions à la production et à la vente de différents LCA. Les Communautés européennes ont ainsi allégué que les subventions fiscales liées réduisaient directement les coûts marginaux unitaires de Boeing pour la production et la vente de différents LCA.[2359] Elles ont soutenu que les subventions fiscales liées "{avaient} des effets sur les prix particulièrement importants, qui permettaient à Boeing de réduire les prix de ses LCA de 1 dollar pour chaque dollar de subvention reçu".[2360] Elles ont en outre soutenu que, parce que les subventions fiscales liées étaient des subventions prohibées, elles étaient "particulièrement pernicieuses pour ce qui était de causer des effets défavorables pour les intérêts des CE étant donné qu'elles encourageaient les exportations de LCA de Boeing hors des États-Unis".[2361] Les autres subventions – à savoir les subventions autres que les subventions fiscales liées[2362] – ne sont pas déclenchées par la production et la vente de différents LCA. Ces subventions sont plutôt considérées comme des ressources "fongibles"[2363] qui fournissent à Boeing des liquidités additionnelles "qu'elle peut investir dans des prix moins élevés et des activités

[2358] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1474 et 1568.
[2359] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1234.
[2360] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1477 et 1571.
[2361] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1477 et 1571.
[2362] Ces subventions se composent des éléments suivants: i) les subventions pour la R&D aéronautique; ii) les abattements de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes accordés à Boeing en vertu des IRB émises par la ville de Wichita, au Kansas; iii) les crédits d'impôt B&O de l'État de Washington pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatiques et les impôts sur la propriété; iv) les exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation de l'État de Washington pour le matériel, les périphériques et les logiciels informatiques; v) le programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et le centre de ressources d'emploi de l'État de Washington; vi) le remboursement par l'État de l'Illinois d'une partie des frais de relocalisation de Boeing; vii) les crédits d'impôt EDGE d'une durée de 15 ans accordés par l'État de l'Illinois; viii) l'abattement ou le remboursement par l'État de l'Illinois d'une partie des impôts sur la propriété de Boeing; et ix) le versement en vue de la résiliation du bail du locataire précédent du bâtiment du nouveau siège social de Boeing à Chicago.
[2363] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1279.

de R&D additionnelles afin de réduire ses coûts de recherche, de développement, de production et de vente des {} LCA".[2364]

1162. Les Communautés européennes ont aussi affirmé que l'importance des subventions était "suffisante pour avoir affecté Airbus de façon défavorable"[2365] et que cela était le cas que l'importance soit considérée par rapport à l'ensemble des commandes de LCA sur un marché de produit particulier ou uniquement par rapport aux commandes de LCA effectuées lors de campagnes concurrentielles. Les Communautés européennes ont établi une distinction entre des campagnes de vente "concurrentielles" et "non concurrentielles", définissant une campagne concurrentielle comme étant une campagne à laquelle Airbus et Boeing avaient toutes deux participé activement.[2366] Elles ont fait valoir que Boeing était "beaucoup plus incitée" à réduire les prix des LCA "lors des campagnes concurrentielles qu'elle ne l'était lors des campagnes non concurrentielles".[2367] Elles ont donc calculé l'importance des subventions par LCA sur la base de l'ensemble des commandes[2368], ainsi que sur la base des commandes concurrentielles uniquement.[2369] Les Communautés européennes ont considéré qu'"elles représent{aient} deux extrêmes, la réalité probable étant que Boeing utilis{ait} les avantages que lui confér{aient} les subventions pour réduire les prix de ses LCA tant lors des campagnes

[2364] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1480 et 1574.

[2365] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1485 et 1583.

[2366] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1222: "les Communautés européennes utilisent l'expression "campagne concurrentielle" pour désigner une campagne à laquelle Airbus et Boeing ont toutes deux participé activement et durant laquelle Airbus [***]".

[2367] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1224: "{É}tant donné les économies d'échelle qui résultent d'un volume de commandes élevé et la sensibilité aux prix des campagnes visant des LCA substituables d'Airbus et de Boeing sur un marché duopolistique hautement concurrentiel, Boeing est fortement incitée à réduire ses prix pour essayer de remporter des ventes au détriment d'Airbus lors de campagnes concurrentielles."

[2368] En imputant le montant total des subventions à l'ensemble des campagnes, les Communautés européennes ont calculé que l'importance des subventions par LCA au cours de la période de référence était de [***] millions de dollars (environ [***] pour cent du prix de l'aéronef) sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges; et de [***] millions de dollars (environ [***] pour cent du prix de l'aéronef) sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges. (Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1486 et 1590 (faisant référence à International Trade Resources LLC, "Calculating on a Per-Aircraft Basis the Magnitude of the Subsidies Provided to US Large Civil Aircraft" (20 February 2007) (pièce EC-13 présentée au Groupe spécial)); voir aussi *ibid.*, annexe E – annexe sur la campagne du 737NG (RCES), paragraphes 58 et 133; et annexe F – annexe sur la campagne du 777 (RCES), paragraphes 32 et 51))

[2369] En imputant le montant total des subventions uniquement aux campagnes concurrentielles, les Communautés européennes ont calculé que l'importance des subventions par LCA au cours de la période de référence était de [***] millions de dollars (environ [***] pour cent du prix de l'aéronef) sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges et de [***] millions de dollars (environ [***] pour cent du prix de l'aéronef) sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges. (Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1486 et 1590 (faisant référence à International Trade Resources LLC, "Calculating on a Per-Aircraft Basis the Magnitude of the Subsidies Provided to US Large Civil Aircraft" (20 February 2007) (pièce EC-13 présentée au Groupe spécial)); voir aussi *ibid.*, annexe E – annexe sur la campagne du 737NG (RCES), paragraphes 60 et 134; et annexe F – annexe sur la campagne du 777 (RCES), paragraphes 33 et 53))

concurrentielles que lors des campagnes non concurrentielles, mais qu'elle le faisait dans une plus grande mesure lors des campagnes concurrentielles".[2370]

1163. Les Communautés européennes ont fait valoir que, qu'elle soit considérée par rapport à l'ensemble des campagnes ou par rapport aux campagnes concurrentielles uniquement, l'importance des subventions des États-Unis montrait "dans quelle mesure l'utilisation de toutes ces subventions {était} susceptible de causer un empêchement notable de hausses des prix de la famille de LCA A320 d'Airbus".[2371] De même, pour l'Airbus A340, les Communautés européennes ont présenté des arguments fondés sur l'hypothèse que Boeing "utilis{ait} tous les avantages apportés par les subventions pour réduire les prix de tous les aéronefs commandés de la famille de LCA 777 d'un montant identique".[2372]

1164. Les Communautés européennes ont ensuite présenté leurs arguments concernant les effets sur les prix des diverses subventions des États-Unis, prises collectivement. Ce faisant, elles ont établi une distinction entre, d'une part, les effets sur les prix des subventions fiscales liées et, d'autre part, les effets sur les prix des subventions dont il était allégué qu'elles augmentaient les liquidités hors exploitation de Boeing. Comme les Communautés européennes l'ont expliqué, les subventions fiscales liées "ont un effet sur les prix proportionnel à leur montant" de sorte que chaque dollar de subvention "a pour effet de réduire le prix d'un LCA {} de Boeing de 1 dollar exactement".[2373] S'agissant des subventions dont elles alléguaient qu'elles augmentaient les liquidités de Boeing, les Communautés européennes ont présenté le rapport Cabral, qui s'appuyait sur un modèle économique pour quantifier la mesure dans laquelle Boeing avait pu réduire les prix de ses LCA entre 2004 et 2006 du fait de ces subventions.[2374]

[2370] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1485 et 1583.

[2371] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1503. Sur la base de leurs calculs de l'importance des subventions par LCA, les Communautés européennes ont représenté sous la forme de plusieurs graphiques ce qu'elles estimaient être les prix hypothétiques de l'A320 en l'absence de subventions en ajoutant le montant de la subvention par LCA aux prix indexés de ces LCA. (*Ibid*., paragraphes 1501 à 1505)

[2372] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1597. Les Communautés européennes ont aussi représenté sous la forme de plusieurs graphiques ce qu'elles estimaient être les prix hypothétiques de l'A340 en l'absence de subventions en ajoutant le montant de la subvention par LCA aux prix indexés de ces LCA. (*Ibid*., paragraphes 1597 à 1601)

[2373] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1490 et 1588.

[2374] Selon le rapport Cabral, sur chaque dollar de subvention qui augmente les liquidités de Boeing: 15 cents serviraient à accroître les dividendes; 12 cents serviraient à fixer les prix de façon plus agressive pour progresser vers le bas de la courbe d'apprentissage; 47 cents serviraient à fixer les prix de façon plus agressive pour faire face aux frais de changement; et 26 cents seraient affectés à la R&D. (Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1315 et 1321) Le rapport Cabral a calculé l'effet sur les prix produit par les 19,1 milliards de dollars de subventions, prises collectivement, tant sur un plan

1165. Enfin, les Communautés européennes ont présenté des éléments de preuve concernant des campagnes de vente individuelles dans les annexes RCES de leur première communication écrite. Les éléments de preuve présentés dans ces annexes visaient à illustrer et à étayer l'allégation selon laquelle les prix bas pratiqués par Boeing, permis par les subventions, avaient causé un préjudice grave. L'annexe E identifie onze campagnes de vente sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges – dont cinq étaient présentées à l'appui de l'allégation de pertes de ventes notables formulée par les Communautés européennes[2375]; et six étaient présentées à l'appui de leur allégation d'empêchement notable de hausses de prix.[2376] L'annexe F identifie quatre campagnes de vente sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges – dont trois étaient présentées à l'appui de l'allégation de pertes de ventes notables formulée par les Communautés européennes[2377]; et une était présentée à l'appui de leur allégation d'empêchement notable de hausses de prix.[2378]

3. Analyse et constatations du Groupe spécial

1166. Nous exposons maintenant l'analyse et les constatations du Groupe spécial en ce qui concerne la question de savoir si les effets sur les prix des subventions contestées ont causé un préjudice grave.

1167. Nous rappelons certains aspects de l'approche globale suivie par le Groupe spécial pour son analyse des effets défavorables. Premièrement, nous notons que le Groupe spécial a indiqué qu'il

---

général que dans les cas où ces effets se concentraient sur des campagnes de vente concurrentielles. Selon ces calculs, pendant la période de référence, les effets généraux sur les prix se sont élevés à environ 1 million de dollars par 737 et à un tout petit peu plus de 2 millions de dollars par 777. Le rapport Cabral a en outre estimé que, si les effets sur les prix n'étaient appliqués que lors des campagnes de vente concurrentielles, ils s'élèveraient à approximativement 2,5 millions de dollars par 737, et se situeraient entre 5,5 et 6 millions de dollars par 777. (Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, figures 22 et 23, mentionnées dans le rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.2 – le modèle Cabral, page 863, note de bas de page 4139 relative au paragraphe 6; rapport Cabral, *supra*, note de bas de page 2242)

[2375] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1622 et note de bas de page 3412 y relative. Les éléments de preuve concernant des *pertes de ventes* sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges comprenaient les campagnes de vente suivantes: Ryanair (2000-2002); Japan Airlines (2005); Singapore Airline Leasing Enterprise (2005); Lion Air (2005); et DBA (2005). Les Communautés européennes ont également expliqué que ces campagnes prouvaient qu'il y avait eu détournement des exportations d'A320 et entrave à ces exportations sur les marchés de pays tiers du Japon, de Singapour et de l'Indonésie.

[2376] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1622 et note de bas de page 3410 y relative. Les éléments de preuve concernant un *empêchement de hausses de prix* sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges comprenaient les campagnes de vente suivantes: easyJet (2002); Air Berlin (2004); Iberia (2005); Aegean (2005); Air Asia (2005); et Hamburg International (2005).

[2377] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1622 et note de bas de page 3414 y relative. Les éléments de preuve concernant des *pertes de ventes* sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges comprenaient les campagnes de vente suivantes: Singapore Airlines (2004); Air New Zealand (2004); et Cathay Pacific (2005). Les Communautés européennes ont également expliqué que ces campagnes prouvaient qu'il y avait eu détournement des exportations d'A340 et entrave à ces exportations sur les marchés de pays tiers de Singapour, de la Nouvelle-Zélande et de Hong Kong, Chine.

[2378] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1622. Les éléments de preuve concernant un *empêchement de hausses de prix* sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges comprenaient une unique campagne de vente, impliquant Lufthansa (2004).

adopterait une approche "unitaire" pour établir l'existence d'un lien de causalité, selon laquelle les effets des subventions ne seraient pas évalués séparément, mais plutôt dans le cadre d'une analyse intégrée du lien de causalité.[2379] Deuxièmement, le Groupe spécial a indiqué qu'il procéderait à une analyse hypothétique et qu'il le ferait en deux étapes en examinant les effets des subventions sur les prix pratiqués par Boeing et, en conséquence, sur les prix et les ventes d'Airbus sur les marchés de produit spécifiques.[2380] Troisièmement, il a ajouté qu'il entreprendrait d'évaluer les éventuels facteurs de non-imputation lors des deux étapes de son analyse du lien de causalité.[2381] Le Groupe spécial a considéré que suivre l'approche exposée ci-dessus lui permettrait de déterminer s'"il y {avait} un rapport réel et substantiel de cause à effet entre la subvention en question et le détournement ou l'entrave, la perte de ventes notable ou l'empêchement notable de hausses de prix".[2382]

1168. Le Groupe spécial a expliqué que le cadre analytique des Communautés européennes pour l'évaluation des effets des subventions sur le comportement de Boeing en matière de fixation des prix et, par conséquent, sur les prix et les ventes d'Airbus, était axé sur plusieurs facteurs clés, à savoir:

> i) la nature des subventions, en ce qui concerne leur structure, leur conception et leur fonctionnement; ii) un modèle économique élaboré par le professeur Luís Cabral concernant l'effet de ce qu'il appelle les "subventions pour le développement", qui est censé quantifier la mesure dans laquelle Boeing a pu réduire les prix de ses LCA entre 2004 et 2006; iii) le montant et l'"importance" des subventions; iv) les conditions de concurrence sur les marchés des LCA; v) la situation financière, ou "viabilité économique", de la division des LCA de Boeing en l'absence des montants de subvention; et vi) certaines campagnes de vente visant des LCA particuliers sur chacun des trois marchés de produits LCA, dont il est allégué qu'elles démontrent l'existence d'un préjudice grave en ce qui concerne les prix et les ventes d'Airbus.[2383]

1169. Le Groupe spécial a noté que, bien que les Communautés européennes aient contesté toutes les subventions en raison de leurs effets sur les prix, il analyserait les effets sur les prix des subventions fiscales liées séparément des effets sur les prix des autres subventions.[2384] Il n'a pas accepté les arguments et éléments de preuve présentés par les Communautés européennes en ce qui

[2379] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1658.
[2380] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1659; voir aussi les paragraphes 7.1798 à 7.1800.
[2381] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1660.
[2382] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1662.
[2383] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1611.
[2384] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1800. Le Groupe spécial a conclu ultérieurement que, compte tenu de ses constatations sur les effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique, il n'analyserait pas les effets sur les prix de ce groupe de subventions parce que le faire reviendrait à les "surestimer". (*Ibid.*, paragraphe 7.1826)

concerne les points ii)[2385] et v)[2386] susmentionnés. Ainsi, dans son analyse des subventions fiscales liées, il restait au Groupe spécial à examiner les éléments de preuve des Communautés européennes qui se rapportaient à la nature et au montant[2387] des subventions fiscales liées, aux conditions de concurrence sur le marché des LCA, ainsi que les éléments de preuve concernant des campagnes de vente individuelles qui étaient présentés dans les annexes E et F de la première communication écrite des Communautés européennes.

1170. Le Groupe spécial a examiné deux catégories de subventions fiscales liées. Il a noté que les exonérations d'impôt et exclusions du champ de l'impôt FSC/ETI étaient obtenues pour la livraison de chaque LCA exporté par Boeing, ainsi que pour les LCA que Boeing produisait et vendait à des compagnies aériennes ou à des sociétés de location nationales et qui seraient utilisés principalement sur des routes étrangères.[2388] Les subventions FSC/ETI sont donc directement liées aux recettes des

---

[2385] S'agissant du rapport Cabral, le Groupe spécial a conclu ce qui suit:

> … le modèle du professeur Cabral n'étaye pas l'existence d'un lien de causalité entre la réception par Boeing de "subventions pour le développement" et la baisse des prix des LCA de Boeing. Le Groupe spécial n'est pas convaincu que les hypothèses qui sous-tendent le modèle du professeur Cabral soient une représentation appropriée du comportement commercial réel de Boeing. N'étant pas en mesure d'accepter les hypothèses sur lesquelles repose le modèle, nous n'estimons pas que celui-ci constitue un élément de preuve à l'appui de l'argument des Communautés européennes selon lequel la réception de subventions par Boeing permet à celle-ci de baisser les prix de ses LCA.

(Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.2 – Le modèle Cabral, page 885, paragraphe 76)

[2386] S'agissant de l'argument et des éléments de preuve présentés par les Communautés européennes selon lesquels, en l'absence des subventions, Boeing n'aurait pas été économiquement viable si elle n'avait pas modifié son comportement en matière de prix ou de développement des produits, le Groupe spécial a indiqué qu'il n'était "pas convaincu{} que les Communautés européennes aient démontré que Boeing était fondamentalement dépourvue des moyens financiers requis pour fixer le prix de ses LCA et développer ceux-ci de la manière dont elle l'{avait} fait". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1759; voir aussi les paragraphes 7.1829 à 7.1831) Le Groupe spécial a expliqué que les parties avaient chacune présenté des "renseignements financiers {…} complexes" sur la question de savoir "si le comportement de la division des LCA de Boeing en matière de fixation des prix ou de développement des produits aurait été possible si elle n'avait pas reçu un montant allégué de 19,1 milliards de dollars de subventions entre 1989 et 2006". (*Ibid.*, paragraphe 7.1830) Le Groupe spécial a considéré que, compte tenu de sa constatation selon laquelle le montant total des subventions reçues par Boeing au cours de cette période n'était pas le montant allégué de 19,1 milliards de dollars, mais un montant bien inférieur, "l'argument selon lequel la division des LCA de Boeing n'aurait pas été "économiquement viable" en l'absence des subventions si elle n'avait pas modifié son comportement en matière de prix ou de développement des produits devient indéfendable, quelle que soit la base utilisée pour évaluer la viabilité économique". (*Ibid.*, paragraphe 7.1831)

[2387] Le Groupe spécial a constaté que le montant total des subventions FSC/ETI reçues par Boeing entre 1989 et 2006 s'élevait à environ 2,2 milliards de dollars et que les montants alloués pour les années de la période de référence, de 2004 à 2006, étaient de 153 millions, 142 millions et 140 millions de dollars, respectivement. Le Groupe spécial a également constaté que les réductions du taux de l'impôt B&O accordées jusqu'en 2006 par l'État de Washington et la ville d'Everett s'élevaient à 13,8 et 2,2 millions de dollars, respectivement. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1811) Cependant, s'agissant des calculs de l'importance des subventions par LCA effectués par l'ITR, le Groupe spécial a indiqué ce qui suit: "Les estimations de l'"importance" des subventions par LCA effectuées par l'ITR ne jouent aucun rôle dans l'analyse que fait le Groupe spécial des effets des subventions." (*Ibid*., paragraphe 7.1813)

[2388] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1802.

ventes de LCA à l'exportation et fonctionnent de manière à réduire les recettes imposables, ce qui diminuait les impôts de Boeing et augmentait ses bénéfices après impôt.[2389] Le Groupe spécial a noté en outre que les réductions du taux de l'impôt B&O consistaient en des incitations fiscales destinées à réduire la structure des coûts de Boeing et à améliorer sa compétitivité, et que ces réductions s'appliquaient à la production et à la vente de chaque LCA construit dans l'État de Washington.[2390]

1171. Le Groupe spécial a estimé qu'il était approprié d'agréger les subventions FSC/ETI et les réductions du taux de l'impôt B&O aux fins de son analyse et que, pour ce faire, "il faudrait pouvoir déterminer à partir de leur structure, de leur conception et de leur fonctionnement qu'elles influ{aient} sur le comportement de Boeing d'une façon semblable".[2391] Il a noté que les parties n'étaient pas d'accord sur le mécanisme précis par lequel les subventions fiscales liées pouvaient influer sur les décisions en matière de fixation des prix.[2392] Néanmoins, il apparaissait que les deux parties admettaient, et le Groupe spécial a constaté, que les subventions en question étaient "liées directement aux ventes de LCA particuliers"[2393] et qu'elles opéraient de manière à "rédui{re} les impôts que Boeing {payait} et augment{aient} ainsi ses bénéfices après impôt".[2394] Le Groupe spécial a estimé en outre que les subventions fiscales liées réduisaient les impôts que Boeing payait et augmentaient ainsi la rentabilité des ventes de LCA "d'une façon qui permet{tait} à Boeing de fixer les prix de ses LCA à un niveau qui {n'aurait} normalement pas {été} justifié d'un point de vue commercial".[2395] À cet égard, il a conclu que les subventions fiscales liées "{avaient} clairement un lien beaucoup plus direct et immédiat avec les prix et les ventes d'aéronefs que toutes autres subventions en cause dans le présent différend, comme les subventions pour la R&D aéronautique".[2396]

[2389] Comme il est expliqué *supra*, à la note de bas de page 1882, les Communautés européennes n'ont pas allégué que les subventions FSC/ETI avaient des effets défavorables sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, et le Groupe spécial a procédé à son analyse en partant de l'idée que ces subventions n'avaient pas d'effets sur ce marché de produit. Le Groupe spécial a donc examiné les effets de ces subventions seulement en ce qui concerne la fixation par Boeing des prix de ses LCA sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1802)

[2390] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1803. Le Groupe spécial a noté que la réduction de l'impôt B&O de l'État de Washington s'appliquait à la production et à la vente des LCA construits dans l'État de Washington et influait donc potentiellement sur les 737NG, 777 et 787. La réduction du taux de l'impôt B&O de la ville d'Everett influait sur la production et la vente des LCA construits à Everett et s'appliquait donc aux 777 et 787 mais pas au 737NG. (*Ibid*.)

[2391] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1805.

[2392] Les Communautés européennes ont fait valoir que les subventions étaient obtenues pour la production et la livraison de LCA particuliers et que, par conséquent, elles réduisaient les coûts marginaux unitaires de Boeing pour chaque LCA particulier. Les États-Unis ont estimé qu'il était inexact de dire que les subventions réduisaient les coûts marginaux unitaires de Boeing, mais sont convenus que les subventions entraînaient une augmentation des recettes obtenues pour la vente de chaque LCA. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1806)

[2393] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1806.

[2394] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1807.

[2395] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1807.

[2396] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1807.

1172. S'agissant des subventions FSC/ETI en particulier, le Groupe spécial a formulé quelques observations supplémentaires. Premièrement, il a indiqué que, "de par leur nature même de subventions à l'exportation", les subventions FSC/ETI étaient "plus susceptibles de causer des effets défavorables" sur le commerce.[2397] Il a ensuite entrepris de faire état d'affirmations formulées dans des différends antérieurs soumis à l'OMC qui traitaient des implications liées aux effets des subventions prohibées. Il a noté que l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* avait désigné les subventions à l'exportation prohibées comme étant celles "dont les effets défavorables {étaient} présumés"[2398] et que le Groupe spécial *Brésil – Aéronefs* avait indiqué que les subventions prohibées "vis{aient} expressément à affecter le commerce".[2399] Le Groupe spécial a conclu que, "c'{était} précisément parce que les subventions FSC/ETI {étaient} subordonnées à la réalisation de ventes à l'exportation par Boeing, {qu'il était} habilité{} à déterminer, en l'absence d'éléments de preuve fiables du contraire, qu'en raison de leur nature même elles aur{aient} des effets de distorsion des échanges".[2400]

1173. Le Groupe spécial a rappelé les calculs qu'il avait effectués antérieurement selon lesquels le montant reçu à titre d'exonérations d'impôt et exclusions du champ de l'impôt FSC/ETI entre 1989 et 2006 s'élevait à environ 2,2 milliards de dollars, et il a rappelé que les Communautés européennes avaient estimé que Boeing avait reçu au titre des subventions FSC/ETI environ 153 millions, 142 millions et 140 millions de dollars, respectivement, au cours des années 2004, 2005 et 2006. Le Groupe spécial a aussi rappelé ses calculs selon lesquels, jusqu'en 2006, Boeing avait reçu 13,8 millions et 2,2 millions de dollars à titre de réductions du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington et de la ville d'Everett, respectivement. En outre, il a rappelé son point de vue selon lequel "étant donné les particularités de la production et de la vente des LCA, les effets des subventions devraient être considérés comme commençant au moment où une commande de LCA est obtenue (ou est perdue) et se poursuivant jusqu'au moment où l'aéronef est livré (ou non) inclus".[2401] Le Groupe spécial a affirmé qu'il examinerait l'existence d'un préjudice grave pendant la période de

[2397] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1808.

[2398] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1808 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 202).

[2399] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1809 (citant le rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 7.26). Le Groupe spécial a aussi fait référence à la déclaration ci-après formulée par l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*: "Les subventions à l'exportation, après tout, ont bel et bien des "effets défavorables" sur les tiers. Systémiquement parlant, en tant que catégorie de subventions, elles ont plus intrinsèquement tendance à avoir de tels effets que n'importe quelle autre." (Décision de l'arbitre, *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 5.35)

[2400] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1810. Le Groupe spécial a ajouté que, en tout état de cause, il y avait en l'espèce "des éléments de preuve fiables qui confirm{aient} cette détermination". (*Ibid*., note de bas de page 3763 relative au paragraphe 7.1810, faisant référence aux paragraphes 7.1806, 7.1807, 7.1811 et 7.1817 à 7.1823)

[2401] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1812.

référence allant de 2004 à 2006 identifiée par les Communautés européennes, mais qu'il "ne limiter{ait} pas la portée temporelle des éléments de preuve qu'il prendr{ait} en considération pour entreprendre cette évaluation".[2402]

1174. Le Groupe spécial a ensuite analysé "si la disponibilité des subventions FSC/ETI et des subventions relatives à l'impôt B&O {avait} permis à Boeing d'offrir des prix compétitifs dans des ventes particulières et de remporter des ventes qu'elle n'aurait pas normalement remportées et, dans les cas où elle n'{avait} pas obtenu ces ventes, {avait} fait qu'Airbus {avait} remporté ces ventes à des prix inférieurs à ceux qu'elle aurait normalement obtenus".[2403] Le Groupe spécial a exposé des éléments de preuve présentés par les parties concernant l'importance du subventionnement par rapport aux recettes de Boeing. Il a noté l'affirmation des États-Unis selon laquelle les montants des subventions FSC/ETI reçus par Boeing étaient trop faibles par rapport aux recettes découlant des commandes de Boeing pour influer sur la politique de prix de Boeing d'une manière qui causait des effets défavorables. Le Groupe spécial a aussi noté l'argument des Communautés européennes selon lequel, lorsqu'ils étaient fondés sur la mesure plus pertinente des recettes découlant des livraisons de Boeing, les taux de subventionnement *ad valorem* étaient importants. Il n'a toutefois pas considéré que "l'une ou l'autre mesure éclair{ait} ou illustr{ait} particulièrement la capacité des subventions FSC/ETI à influer sur les prix de Boeing et, par voie de conséquence, sur les prix et les ventes d'Airbus".[2404]

1175. Le Groupe spécial a jugé "important de garder à l'esprit que les subventions FSC/ETI {étaient} des subventions à l'exportation qui {étaient} conçues pour accroître la compétitivité de Boeing par le biais de la fixation des prix à l'exportation de ses LCA".[2405] Il a fait référence: i) à des éléments de preuve concernant une campagne de vente ayant eu lieu en 1996, dans lesquels un négociateur d'Airbus indiquait qu'un client avait demandé une réduction de prix supplémentaire de 4 millions de dollars par aéronef en raison de la réception par Boeing de subventions FSC; ii) à une déclaration du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales qui indiquait que l'objectif des dispositions FSC/ETI était d'accroître la compétitivité internationale des sociétés des États-Unis; iii) à un rapport de 2003 portant sur les bénéficiaires des mesures FSC/ETI qui indiquait qu'au cours de la période de six ans qui s'était terminée en 2002, Boeing avait été le principal bénéficiaire des mesures FSC/ETI; et iv) à des éléments de preuve selon lesquels un représentant de Boeing considérait les mesures FSC/ETI comme un élément important de sa capacité

[2402] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1679.
[2403] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1814.
[2404] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1816.
[2405] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1817.

à faire face à la concurrence.[2406] Le Groupe spécial a constaté que ces considérations "montr{aient} très clairement l'importance qu'{avaient} les subventions FSC/ETI pour la capacité de Boeing à offrir des prix compétitifs par rapport à ceux d'Airbus".[2407]

1176. Le Groupe spécial a ensuite expliqué qu'il:

> … ne dout{ait} pas que la disponibilité des subventions FSC/ETI, conjuguée à celle des subventions relatives à l'impôt B&O, ait permis à Boeing de réduire ses prix en deçà du niveau qui aurait normalement été justifiable sur le plan économique et que, dans certains cas, cette disponibilité lui ait permis de remporter des ventes qu'elle n'aurait normalement pas obtenues tandis que, dans d'autres cas, elle {avait} fait qu'Airbus n'{avait} pu remporter la vente qu'à un prix réduit.[2408]

1177. Le Groupe spécial a ajouté que les subventions avaient aussi "eu pour effet de consolider la position de Boeing en tant que fournisseur en place, ce qui lui {avait} donné un avantage important en matière de frais de changement de fournisseur par rapport à Airbus pour les ventes futures d'aéronefs de la même famille au même client".[2409]

1178. Le Groupe spécial a indiqué que, puisque le programme FSC/ETI était déjà en vigueur avant 2000, il ne pouvait pas déterminer les effets des subventions à partir d'une observation directe des données relatives à l'évolution de la part de marché et des prix pendant la période de 2000 à 2006. Il a en outre estimé que des facteurs autres que les subventions FSC/ETI qui, de l'avis des États-Unis, expliquaient les prix et les performances des LCA d'Airbus pendant la période de 2004 à 2006 "n'infirm{aient} pas ni n'atténu{aient} l'avantage généralisé et constant en matière de prix dont Boeing {avait} bénéficié dans les campagnes relatives aux LCA qui {avaient} eu lieu sur la période de 2001 à 2003 en raison de la disponibilité des subventions FSC/ETI".[2410] Le Groupe spécial a reconnu que, dans de telles circonstances, une option possible serait pour lui de s'abstenir de formuler une constatation de préjudice grave parce qu'il était difficile de calculer précisément dans quelle mesure les subventions fiscales liées avaient influé sur les prix fixés par Boeing pour le 737NG et le 777. Il était toutefois d'avis qu'une telle approche serait incompatible avec son obligation de procéder à une évaluation objective de la question comme l'exigeait l'article 11 du Mémorandum d'accord "et serait contraire à des considérations fondamentales de bon sens et de raison".[2411] Au lieu

[2406] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1817.
[2407] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818.
[2408] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818.
[2409] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818.
[2410] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1819 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 1064 à 1080 et 1138 à 1155).
[2411] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1821.

de cela, le Groupe spécial a estimé qu'il était "nécessaire et approprié de déduire les effets des subventions FSC/ETI et des subventions relatives à l'impôt B&O sur les ventes et les prix d'Airbus pendant la période de 2004 à 2006, en faisant preuve de bon sens et en tirant des déductions" de ses conclusions concernant la nature de ces subventions, la durée des subventions FSC/ETI et la nature de la concurrence entre Boeing et Airbus.[2412]

1179. En appliquant cette approche, le Groupe spécial a fait le raisonnement ci-après:

> Le Groupe spécial juge raisonnable de déduire, en se fondant sur le fait que les effets des subventions sur les prix d'Airbus se faisaient sentir avec le plus d'acuité dans certaines campagnes de vente revêtant une importance stratégique pour Boeing et/ou Airbus, que les effets des subventions sont donc notables en ce sens que la réussite de Boeing dans de telles campagnes de vente constitue nécessairement une perte "notable" de ventes pour Airbus, et que les ventes remportées par Airbus malgré les prix réduits de Boeing constituent nécessairement des ventes remportées à des prix dont la hausse a été empêchée dans une mesure notable. Il est donc inévitable d'arriver également à la conclusion qu'en droit les effets des subventions sur les prix et les ventes d'Airbus sont une perte de ventes notable et un empêchement notable de hausses de prix, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC, ainsi qu'un détournement des exportations des marchés de pays tiers et une entrave à ces exportations, au sens de l'article 6.3 b).[2413]

1180. Sur cette base, le Groupe spécial a conclu que les effets des subventions FSC/ETI et de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges[2414], et les effets des subventions FSC/ETI et des réductions du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington et de la ville d'Everett sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges étaient: i) d'empêcher dans une mesure notable des hausses des prix d'Airbus dans le cadre de ventes dans lesquelles elle était en concurrence avec Boeing; ii) de faire perdre à Airbus des ventes dans une mesure notable; et iii) de détourner des marchés de pays tiers les exportations des CE et d'entraver ces exportations.[2415]

1181. Le Groupe spécial n'a pas, dans son analyse des effets sur les prix des subventions fiscales liées sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, tenu compte des subventions FSC/ETI.[2416] Pour le

[2412] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1820.
[2413] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1822.
[2414] Le Groupe spécial a déterminé que la réduction du taux de l'impôt B&O de la ville d'Everett s'appliquait aux familles du 777 et du 787 mais pas à la famille du 737NG. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1803)
[2415] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1823.
[2416] Comme il est expliqué *supra*, à la note de bas de page 1882, les Communautés européennes n'ont pas allégué que les subventions FSC/ETI avaient des effets défavorables sur le marché des LCA de 200 à

marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial a donc examiné les effets sur les prix des réductions du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington et de la ville d'Everett uniquement, et a constaté qu'il y avait des éléments de preuve insuffisants pour conclure que ces subventions avaient une importance qui leur permettrait, à elles seules, d'avoir sur les prix du 787 pratiqués par Boeing un effet tel qu'Airbus subirait un préjudice grave.[2417]

4. Évaluation de l'analyse du lien de causalité effectuée par le Groupe spécial au titre des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC*

1182. Nous passons maintenant à l'appel des États-Unis. Premièrement, nous examinons les aspects généraux de l'analyse du lien de causalité effectuée par le Groupe spécial en nous concentrant essentiellement sur l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial s'est appuyé sur la "présomption inadmissible"[2418] que les subventions prohibées au titre de la Partie II de l'*Accord SMC* causaient un préjudice grave aux fins de la Partie III, ainsi que sur les arguments des États-Unis concernant le traitement par le Groupe spécial de l'importance des subventions fiscales liées, son analyse hypothétique et son examen des autres facteurs avancés par les États-Unis pour expliquer les effets sur le marché allégués. Deuxièmement, nous examinons l'affirmation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a commis des erreurs spécifiques en formulant ses constatations d'empêchement notable de hausses de prix, de pertes de ventes notables, et de détournement et d'entrave. Nous notons que les divers éléments de l'allégation des États-Unis se rapportent à différents aspects de l'analyse "unitaire" faite par le Groupe spécial des effets sur les prix des subventions fiscales liées. Par conséquent, nous allons analyser indépendamment ci-après chacun de ces éléments et, lorsque nous les aurons tous examinés, nous ferons une évaluation globale de l'analyse du lien de causalité faite par le Groupe spécial.

a) Question de savoir si le Groupe spécial a effectué une analyse du lien de causalité appropriée

i) *Nature des subventions fiscales liées*

1183. Dans le cadre de son analyse du lien de causalité, le Groupe spécial a examiné plusieurs aspects de la nature des subventions fiscales liées. Comme nous l'avons relevé, il a constaté que, du

---

300 sièges, et le Groupe spécial a procédé à son analyse en partant de l'idée que ces subventions n'avaient pas d'effets sur ce marché de produit.

[2417] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824. L'Union européenne a fait appel de cette constatation et soutient que le Groupe spécial a fait erreur en ne procédant pas à une évaluation des effets collectifs des subventions pour la R&D aéronautique et des réductions du taux de l'impôt B&O sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Notre évaluation de cette allégation d'erreur présentée en appel est exposée dans la section X.E du présent rapport.

[2418] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, section VI.C.2, page 134.

fait que tant les subventions FSC/ETI que les réductions du taux de l'impôt B&O étaient liées aux ventes de LCA particuliers, elles augmentaient la rentabilité des ventes de LCA.[2419] Il a examiné aussi le montant et la durée des subventions FSC/ETI, qui totalisaient 2,2 milliards de dollars pendant la période de 1989 à 2006 et 435 millions de dollars pendant la période de référence de 2004 à 2006.[2420] En outre, il a fait référence à des éléments de preuve consistant en des déclarations de dirigeants d'Airbus et de Boeing et du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales indiquant que les subventions FSC/ETI étaient essentielles pour accroître la compétitivité internationale de Boeing par rapport à ses concurrents étrangers.[2421] Aucun de ces aspects de l'analyse du Groupe spécial n'est contesté en appel par les États-Unis.

1184. En outre, nous notons la conclusion du Groupe spécial selon laquelle "c'est précisément parce que les subventions FSC/ETI {étaient} subordonnées à la réalisation de ventes à l'exportation par Boeing que {le Groupe spécial} {était} habilité{} à déterminer, en l'absence d'éléments de preuve fiables du contraire, qu'en raison de leur nature même elles {auraient} des effets de distorsion des échanges".[2422] S'agissant de cette analyse, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial a fait erreur en s'appuyant sur la présomption que les subventions dont il avait été constaté qu'elles étaient prohibées au titre de la Partie II de l'*Accord SMC* causaient des effets défavorables au sens de la Partie III. Selon eux, en s'appuyant sur sa constatation selon laquelle les subventions FSC/ETI étaient des subventions à l'exportation prohibées au titre de l'article 3.1 a) pour formuler sa constatation selon laquelle les subventions fiscales liées causaient un préjudice grave au regard de l'article 6.3, le Groupe spécial a établi une présomption qui n'était pas autorisée dans le cadre de l'*Accord SMC*. L'Union européenne ne traite pas la question de savoir si cette présomption existe mais fait plutôt valoir que le Groupe spécial ne s'est appuyé sur aucune présomption en ce sens. À son avis, le Groupe spécial a fait référence aux subventions FSC/ETI comme étant des subventions à l'exportation uniquement pour étayer sa qualification de la nature de ces subventions et il s'est finalement appuyé sur d'autres constatations et conclusions pour formuler sa constatation de l'existence d'un préjudice grave.

1185. À notre avis, le raisonnement du Groupe spécial, considéré dans sa totalité, ne montre pas que celui-ci ait appliqué une présomption du type allégué par les États-Unis. Le Groupe spécial a fait référence à ses constatations, ainsi qu'aux constatations de groupes spéciaux antérieurs, selon lesquelles les subventions FSC/ETI étaient des subventions à l'exportation prohibées au sens de

[2419] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1806 et 7.1807.
[2420] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1811.
[2421] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1817.
[2422] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1810.

l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*.[2423] Il n'a toutefois pas exprimé l'avis que le statut juridique des subventions au regard de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC* était déterminant pour la qualification des effets de ces subventions aux fins de l'article 6.3 de cet accord. En fait, il a déclaré que les subventions FSC/ETI étaient, "de par leur nature même de subventions à l'exportation, *plus susceptibles* de causer des effets défavorables".[2424] Cette affirmation générale est en elle-même inattaquable. Le Groupe spécial a aussi indiqué que c'était le fait que les subventions FSC/ETI étaient "subordonnées à la réalisation de ventes à l'exportation par Boeing" qui l'"habilitait" à déterminer, "en l'absence d'éléments de preuve fiables du contraire", que ces subventions, "en raison de leur nature même", auraient des effets de distorsion des échanges.[2425] Nonobstant certaines ambiguïtés dans cette déclaration, nous n'interprétons pas la référence faite par le Groupe spécial aux "effets de distorsion des échanges" comme assimilant l'existence de ces effets à l'établissement de l'existence d'un "préjudice grave" ou d'"effets défavorables" au sens des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*. En fait, le Groupe spécial semble avoir explicité son opinion selon laquelle la nature des subventions FSC/ETI augmentait la probabilité que ces subventions produiraient des effets défavorables, et indiqué qu'il accorderait, pour cette raison, un poids considérable à ce facteur dans son analyse de ces effets et de la question de savoir s'ils démontraient l'existence d'un préjudice grave. La déclaration du Groupe spécial découle aussi logiquement du raisonnement qui la précédait immédiatement, dans lequel le Groupe spécial faisait référence à la fois aux "effets intrinsèques de distorsion des échanges qu'avaient, par nature, les subventions à l'exportation"[2426] et au fait que les subventions FSC/ETI avaient "un lien … direct et immédiat avec les prix et les ventes d'aéronefs".[2427] Dans la mesure où les arguments présentés par les États-Unis en appel donnent à penser que le Groupe spécial n'était pas "habilité" à attacher de l'importance au fait que les subventions FSC/ETI étaient par nature subordonnées aux exportations, nous ne sommes pas de cet avis. Nous rappelons à cet égard que le Groupe spécial a constaté, et que les deux parties ont admis, que la nature d'une subvention contestée était un facteur pertinent qu'il fallait prendre en considération pour déterminer si la subvention avait causé des effets défavorables. En effet, nous estimons qu'une analyse du fait qu'une subvention est par nature subordonnée aux exportations peut révéler des éléments qui sont très pertinents pour l'évaluation de ses effets sur les échanges; en même temps, une constatation de l'existence d'une subordination aux exportations n'établirait pas, en elle-même, l'existence de manifestations d'effets défavorables comme celles qui sont en cause dans le présent appel.

[2423] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1808, faisant référence aux paragraphes 7.1452 à 7.1455, qui font référence aux rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)* et *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*).

[2424] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1808. (pas d'italique dans l'original)

[2425] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1810.

[2426] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1809.

[2427] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1807.

1186. En résumé, nous n'estimons pas que le Groupe spécial ait formulé une constatation juridique selon laquelle, aux fins de l'analyse d'une allégation de préjudice grave au titre de la Partie III de l'*Accord SMC*, *il doit être présumé* que des subventions dont il a été constaté qu'elles étaient subordonnées aux exportations au sens de la Partie II de cet accord causent des effets défavorables.[2428] En outre, nous notons que le Groupe spécial lui-même, dans une note de bas de page relative à son raisonnement qui est contesté par les États-Unis, a fait référence à divers autres facteurs, outre le fait que les subventions FSC/ETI étaient, par nature, subordonnées aux exportations, qui étayaient ses constatations relatives aux effets des subventions fiscales liées.[2429] Cela aussi démontre que le Groupe spécial n'est pas arrivé à sa constatation finale uniquement à la suite de sa constatation, formulée dans une section précédente de son rapport, selon laquelle les subventions FSC/ETI "{étaient} des subventions subordonnées à l'exportation accordées à la division des LCA de Boeing qui {étaient} prohibées au titre de l'article 3.1 a) et 3.2 de l'Accord SMC".[2430]

ii) *Importance des subventions fiscales liées*

1187. Les États-Unis soutiennent aussi que le Groupe spécial a fait erreur dans son examen de l'importance des subventions FSC/ETI par rapport aux valeurs des LCA et, en particulier, qu'il n'a pas dûment tenu compte de la faible importance de ces subventions. Ils contestent la conclusion du Groupe spécial selon laquelle, bien que les deux parties aient communiqué des éléments de preuve démontrant que les avantages FSC/ETI étaient inférieurs à 1 pour cent de la valeur des ventes de Boeing, ces éléments de preuve n'"éclair{aient} ou {n'}illustr{aient} {pas} particulièrement" la capacité des subventions FSC/ETI d'influer sur les prix et les ventes des LCA.[2431]

[2428] Le Groupe spécial a fait référence à une déclaration de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* opposant les subventions pouvant donner lieu à une action, qui "peuvent être illicites si elles ont certains effets sur le commerce", aux "subventions à l'exportation prohibées dont les effets défavorables sont présumés". (Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 202 (cité dans le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1808)) Cette déclaration, faite dans le cadre d'une analyse de la façon dont un groupe spécial devrait trancher une allégation au titre de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*, fait référence au fait qu'un plaignant qui formule une allégation au titre de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC* est en droit d'obtenir une constatation de l'existence d'une incompatibilité s'il peut établir que la subvention contestée est subordonnée aux résultats à l'exportation. À la différence du plaignant qui cherche à établir le bien-fondé d'une allégation d'effets défavorables au titre de la Partie III de l'*Accord SMC*, le plaignant qui formule une allégation au titre de l'article 3.1 a) n'est pas tenu d'établir en plus l'existence des effets de la subvention.

[2429] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3763 relative au paragraphe 7.1810 (faisant référence à son raisonnement énoncé aux paragraphes 7.1806, 7.1807, 7.1811 et 7.1817 à 7.1823).

[2430] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1464; voir aussi le paragraphe 8.2 a). Nous rappelons qu'il n'a pas été fait appel de cette constatation du Groupe spécial.

[2431] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 324 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1816).

1188. L'Union européenne soutient que le Groupe spécial a procédé à une évaluation approfondie de l'importance, en tenant compte des facteurs contextuels importants relatifs à la nature et à la durée des subventions, ainsi que des conditions de concurrence. Ce faisant, le Groupe spécial "a expliqué la portée de subventions fiscales d'une importance relativement faible ayant des effets de distorsion des échanges considérables".[2432] L'Union européenne fait valoir que l'approche adoptée par le Groupe spécial correspondait à une évaluation qualitative de l'importance des subventions, qui relevait de son pouvoir discrétionnaire d'établir ses constatations de l'existence d'un lien de causalité.

1189. Comme il est expliqué plus haut, l'évaluation de l'importance effectuée par le Groupe spécial comportait plusieurs éléments. Le Groupe spécial a quantifié les montants absolus des subventions fiscales liées et les a imputés sur la période de référence.[2433] Il a estimé qu'étant donné les particularités de la production et de la vente des LCA, "les effets des subventions devraient être considérés comme commençant au moment où une commande de LCA {était} obtenue (ou {était} perdue) et se poursuivant jusqu'au moment où l'aéronef {était} livré (ou non) inclus."[2434] Il a rejeté certains aspects de la méthode d'imputation proposée par les Communautés européennes.[2435] Il a noté ensuite l'argument des États-Unis selon lequel les montants FSC/ETI étaient trop faibles par rapport aux recettes découlant des commandes de LCA pour avoir influé sur la politique de prix de Boeing au point de lui permettre de remporter des ventes qu'elle n'aurait normalement pas remportées ou de forcer Airbus à ne remporter des ventes qu'à des prix inférieurs à ceux qu'elle aurait normalement obtenus. Il a aussi fait référence à la réponse des Communautés européennes, notamment leur affirmation selon laquelle l'importance de la taille des subventions FSC/ETI devrait être mesurée par des taux de subventionnement *ad valorem* fondés, non pas sur les valeurs des commandes, mais plutôt sur les recettes découlant des livraisons de LCA dont étaient fonction les subventions. Il a reproduit les tableaux communiqués par chaque partie à cet égard, qui contenaient les données ci-après:

[2432] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 573.
[2433] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1811.
[2434] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1812.
[2435] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1812 et 7.1813.

Tableau 7 – Montants relatifs des subventions FSC/ETI

ANNÉE	Montant des subventions FSC/ETI (millions de $)	États-Unis		Communautés européennes	
		Valeur des commandes (millions de $)	Subventions FSC/ETI en % de la valeur des commandes	Recettes de livraison (millions de $)	Subventions FSC/ETI en % des recettes de livraison
2000	266	32 591	0,82	24 792	1,07
2001	197	16 588	1,19	27 251	0,72
2002	179	12 585	1,42	22 100	0,81
2003	107	9 771	1,10	16 637	0,64
2004	153	16 650	0,92	15 905	0,96
2005	142	67 193	0,21	14 777	0,96
2006	140	61 579	0,23	21 562	0,65

Source: Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1814 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 815) et 7.1815 (faisant référence à International Trade Resources LLC, "Response to US Criticisms of ITR Subsidy Magnitude Report" (1 November 2007) (pièce EC-1181 présentée au Groupe spécial), paragraphe 16).

1190. Après avoir fait référence à ces données, le Groupe spécial a estimé qu'aucune des séries de données n'"éclair{ait} ou {n'}illustr{ait} particulièrement la capacité des subventions FSC/ETI à influer sur les prix de Boeing et, par voie de conséquence, sur les prix et les ventes d'Airbus."[2436] Il a ensuite examiné les éléments de preuve dont il estimait qu'ils "montr{aient} très clairement l'importance qu'{avaient} les subventions FSC/ETI pour la capacité de Boeing à offrir des prix compétitifs par rapport à ceux d'Airbus".[2437] Il apparaît donc que le Groupe spécial a estimé que les subventions fiscales liées étaient capables de produire des effets sur les prix, nonobstant l'affirmation des États-Unis selon laquelle elles étaient trop faibles pour avoir eu de tels effets.

1191. En appel, les États-Unis ne contestent pas les constatations du Groupe spécial concernant les montants *absolus* des subventions FSC/ETI, qui représentaient 2,2 milliards de dollars entre 1989 et 2006 et 435 millions de dollars pendant la période de référence. En fait, ils affirment que le Groupe spécial n'a pas dûment tenu compte de la taille *relative* des subventions FSC/ETI par rapport aux valeurs des LCA pendant la période de référence. Nous comprenons que d'après l'argument des États-Unis, le Groupe spécial ne pouvait pas, eu égard à l'importance relativement faible de ces subventions, formuler les constatations qu'il a formulées concernant la claire "importance qu'{avaient} les subventions FSC/ETI pour la capacité de Boeing à offrir des prix compétitifs par rapport à ceux d'Airbus".[2438]

[2436] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1816.
[2437] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818.
[2438] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818.

1192. Nous rappelons que l'Organe d'appel a traité les questions relatives aux montants des subventions en cause dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*. Dans ce différend, l'Organe d'appel a rejeté l'affirmation des États-Unis selon laquelle l'article 6.3 c) imposait aux groupes spéciaux l'obligation de quantifier avec précision le montant de la subvention contestée dont tirait avantage le produit en cause dans chaque cas. Il a néanmoins souligné que, pour analyser une allégation d'empêchement notable de hausses de prix, "un groupe spécial {devrait} examiner les effets de la subvention sur les prix" et que, ce faisant, "il {pouvait} être difficile de trancher" la question de savoir si une subvention avait pour effet un empêchement notable de hausses de prix sans tenir compte de "l'importance de la subvention contestée et de sa relation aux prix du produit sur le marché pertinent".[2439] En outre, même si "{l}'importance de la subvention est un facteur important"[2440], un groupe spécial doit tenir compte de "tous les facteurs pertinents"[2441] pour déterminer les effets des subventions sur les prix.

1193. À notre avis, il est probable que l'importance absolue et l'importance relative des subventions seront l'une et l'autre pertinentes pour l'analyse par un groupe spécial des effets des subventions sur les prix. Ces deux considérations peuvent mettre en lumière l'incidence que ces subventions ont sur les prix, même si la mesure dans laquelle l'une ou l'autre ou les deux à la fois mettront en lumière ce lien dépendra des subventions, produits et marchés particuliers en cause. En examinant attentivement la question de l'importance à la lumière et dans le cadre d'une analyse des subventions particulières, des produits particuliers et des caractéristiques particulières du marché sur lequel ces produits sont en concurrence, un groupe spécial peut comprendre les effets que les subventions ont sur les prix et la pertinence de l'importance des subventions par rapport à ces effets. Autrement dit, ce en quoi consiste la prise en compte de considérations relatives à l'"importance" dépendra aussi des circonstances propres à chaque affaire et du phénomène commercial en cause.[2442] Selon les circonstances de chaque affaire, une évaluation du point de savoir si les montants des subventions sont notables ne devrait pas nécessairement se limiter à examiner simplement *quels* sont ces montants, que ce soit en valeur absolue ou en valeur unitaire. En fait, cette analyse pourrait s'inscrire dans le cadre d'un examen plus large qui pourrait consister, par exemple, à envisager ces montants au regard de considérations telles

[2439] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphes 461 et 467.

[2440] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 461. En outre, l'Organe d'appel a noté ce qui suit: "Une subvention importante qui est étroitement liée aux prix du produit considéré aura probablement une plus forte incidence sur les prix qu'une petite subvention qui est moins étroitement liée aux prix." (*Ibid.*)

[2441] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 461.

[2442] Comme le Groupe spécial, nous utilisons ici le terme "importance" au sens large ("{l'}"importance" de quelque chose s'entend généralement d'une référence à sa taille, à sa mesure, à son degré, ou à sa quantité ou valeur numérique"), et non au sens spécialisé dans lequel il a parfois été utilisé par les Communautés européennes devant le Groupe spécial, à savoir un montant par LCA calculé en imputant les montants totaux des subventions dans le temps et aux différents modèles d'aéronefs. (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3390 relative au paragraphe 7.1615; voir aussi le paragraphe 7.1616.)

que la taille du marché dans son ensemble, la taille du bénéficiaire de la subvention, le prix unitaire du produit subventionné, l'élasticité-prix de la demande et, selon la structure du marché, la mesure dans laquelle le bénéficiaire d'une subvention peut fixer ses propres prix sur le marché et la mesure dans laquelle les concurrents sont aptes ou incités à réagir aux prix des autres à l'intérieur de cette structure du marché. Des considérations relatives à certains de ces éléments faisaient partie de l'analyse de l'importance des subventions subordonnées aux prix faite par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*[2443], et des communications que chacune des parties a présentées au Groupe spécial dans le présent différend au sujet du montant des subventions FSC/ETI par rapport aux recettes découlant des livraisons et des commandes de Boeing.

1194. Comme celui du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*[2444], le raisonnement suivi par le Groupe spécial en l'espèce en ce qui concerne l'importance des subventions est quelque peu opaque et aurait pu être développé plus clairement. Il se peut bien que, dans son examen de l'importance, le Groupe spécial se soit appuyé avant tout sur ses constatations concernant les montants *absolus* des subventions fiscales liées. Or, en l'espèce, les parties ont aussi présenté des arguments et des éléments de preuve concernant l'importance *relative* des subventions et, en particulier, la question de savoir si ces subventions étaient d'une taille qui, mise en relation avec la valeur ou les prix des produits, pourrait produire des effets sur le marché équivalant à un préjudice grave. Nous n'excluons pas que des subventions d'importance relativement faible par rapport à la valeur ou aux prix des produits pourraient avoir ces effets, ni que le Groupe spécial aurait pu faire un raisonnement arrivant à cette conclusion dans les circonstances de l'espèce. Au lieu de cela, toutefois, le Groupe spécial a rejeté les éléments de preuve avancés par les parties comme n'"éclair{ant} ou {n'}illustr{ant} {pas} particulièrement" la capacité de ces subventions d'influer sur les prix de Boeing, sans expliquer pourquoi il estimait qu'il en allait ainsi. Étant donné qu'une comparaison de l'importance des subventions FSC/ETI par rapport aux valeurs des LCA était une question pertinente qui avait été clairement soulevée devant le Groupe spécial, nous estimons qu'il aurait dû offrir une meilleure explication quant à la raison pour laquelle il rejetait la pertinence de ces données pour son analyse.

[2443] L'Organe d'appel a expliqué que, dans cette affaire, le Groupe spécial avait constaté que l'"importance des versements au titre de prêts à la commercialisation et des versements anticycliques {était} notable non seulement en valeur absolue mais aussi en pourcentage des revenus totaux des producteurs des États-Unis". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 362 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 10.111))

[2444] Bien que l'Organe d'appel ait accepté cette qualification par le Groupe spécial de l'importance des subventions comme étant des "montants très élevés", il a néanmoins fait observer que le Groupe spécial "aurait pu être plus explicite et spécifier ce qu'il entendait" par là. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 468)

1195. En même temps, cependant, nous notons qu'après avoir rejeté les communications des parties concernant l'importance relative des subventions FSC/ETI par rapport aux valeurs des commandes et aux recettes, le Groupe spécial a bien donné d'autres raisons, que l'on peut considérer comme se rapportant à l'importance de ces subventions, pour sa constatation formulée au paragraphe 7.1818 au sujet de la claire "importance qu'{avaient} les subventions FSC/ETI pour la capacité de Boeing à offrir des prix compétitifs par rapport à ceux d'Airbus". Parmi les autres considérations qu'il a indiquées, au moins une concernait le montant relatif des subventions FSC/ETI pour les différents LCA.[2445] En outre, précédemment dans son analyse, le Groupe spécial avait indiqué des éléments autres que l'importance et avait notamment souligné la nature des subventions FSC/ETI comme étant des subventions à l'exportation, qui étaient "plus susceptibles de causer des effets défavorables" et qui avaient un "lien plus direct avec les prix des LCA de Boeing que les subventions pour la R&D aéronautique".[2446]

iii) *Analyse hypothétique effectuée par le Groupe spécial*

1196. Les États-Unis font valoir en outre que le Groupe spécial n'a pas appliqué une analyse hypothétique appropriée parce qu'il n'a pas établi qu'en l'absence des subventions fiscales liées, les prix des LCA de Boeing auraient été plus élevés. En réponse à l'argument présenté par les États-Unis au Groupe spécial selon lequel les décisions de Boeing en matière de fixation des prix étaient rationnelles sur le plan commercial et visaient à maximiser les bénéfices, les Communautés européennes avaient soutenu qu'en l'absence de subventions, Boeing n'aurait pas eu les ressources nécessaires pour donner suite à ses incitations commerciales. Selon les États-Unis, les arguments et les éléments de preuve présentés par les parties limitaient donc la question hypothétique "au point de savoir si, *en l'absence* des subventions, Boeing aurait eu les ressources nécessaires pour agir d'une manière économiquement rationnelle".[2447] Les États-Unis estiment que, du fait que le Groupe spécial a rejeté l'argument des Communautés européennes selon lequel Boeing ne disposait pas des moyens financiers pour fixer les prix et développer ses LCA de la manière dont elle l'avait fait, les

[2445] Le Groupe spécial a fait référence à des éléments de preuve, qu'il avait apparemment acceptés, faisant état d'observations formulées par un client d'Airbus lors d'une campagne de vente de 1996 qui donnaient à penser qu'Airbus avait dû baisser ses prix d'un montant allant jusqu'à 4 millions de dollars par aéronef pour s'aligner sur les prix que Boeing était en mesure d'offrir à la suite des subventions FSC. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1817 (faisant référence à C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business from the Perspective of a Manufacturer" (March 2007) (pièce EC-11 présentée au Groupe spécial (RCC)), paragraphe 56))

[2446] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1808. Le Groupe spécial a expliqué qu'elles étaient, de par leur "nature même de subventions à l'exportation, plus susceptibles de causer des effets défavorables" sur le commerce. (*Ibid.*; voir aussi le paragraphe 7.1817.)

[2447] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 109, page 129. (italique dans l'original) Nous notons que la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant contient deux paragraphes portant la numéro 109; nous nous référons au deuxième de ces paragraphes.

constatations du Groupe spécial et les faits non contestés versés au dossier amènent à conclure que les prix de Boeing n'auraient pas été différents en l'absence de subventions.

1197. L'Union européenne affirme que le Groupe spécial "a procédé à une analyse hypothétique approfondie".[2448] Elle soutient que cette analyse portait sur la nature, l'importance et la durée des subventions fiscales liées, ainsi que sur les conditions de concurrence dans la branche de production des LCA. Elle relève aussi la constatation du Groupe spécial selon laquelle les États-Unis sont convenus que les subventions fiscales liées avaient une incidence sur la production et les prix[2449] et fait valoir que les constatations du Groupe spécial et les faits figurant dans le dossier du Groupe spécial n'étayent pas l'affirmation selon laquelle Boeing avait la capacité de baisser les prix de ses LCA en l'absence de subventions.

1198. Le Groupe spécial a indiqué dès le début de son analyse des effets défavorables qu'il ferait une analyse hypothétique.[2450] Dans son analyse des effets sur les prix des subventions fiscales liées, toutefois, il n'a pas fait expressément référence à une analyse hypothétique ni n'a examiné quelle aurait été la situation du marché en l'absence des subventions contestées.[2451] Comme nous l'avons indiqué plus haut, il a expliqué que, de par leur nature, les subventions fiscales liées, en particulier les subventions FSC/ETI subordonnées aux exportations, étaient plus susceptibles de produire des effets de distorsion des échanges. Nous avons noté aussi qu'il avait pris en considération des arguments et éléments de preuve concernant le montant et la durée des subventions fiscales liées – y compris le montant total des subventions FSC/ETI accordées à Boeing entre 1989 et 2006 et durant chaque année de la période de référence allant de 2004 à 2006 –, ainsi que des éléments de preuve empiriques consistant en des déclarations de dirigeants d'Airbus et de Boeing et du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales indiquant que les subventions FSC/ETI étaient essentielles pour accroître la compétitivité internationale de Boeing par rapport à ses concurrents étrangers.

1199. Sur cette base, le Groupe spécial a conclu, au paragraphe 7.1818 de son rapport, ce qui suit:

> Nous ne doutons pas que la disponibilité des subventions FSC/ETI, conjuguée à celle des subventions relatives à l'impôt B&O, ait permis à Boeing de réduire ses prix en deçà du niveau qui aurait normalement été justifiable sur le plan économique et que, dans

[2448] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 530.
[2449] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1806
[2450] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1659.
[2451] Comme nous l'avons noté, les Communautés européennes avaient estimé, sur la base de leurs calculs de l'importance des subventions par LCA, les prix hypothétiques de l'A320 et l'A340 en l'absence de subventions en ajoutant les montants de subvention par LCA aux prix indexés de ces LCA. (Voir *supra* les notes de bas de page 2371 et 2372.)

> certains cas, cette disponibilité lui ait permis de remporter des ventes qu'elle n'aurait normalement pas obtenues tandis que, dans d'autres cas, elle a fait qu'Airbus n'a pu remporter la vente qu'à un prix réduit.

1200. Nous rappelons qu'un élément essentiel de la théorie du lien de causalité avancée par les Communautés européennes était que, même si les subventions fiscales liées donnaient à Boeing la possibilité d'utiliser ces avantages pour baisser les prix des LCA d'un montant allant jusqu'à celui de la subvention, il était plus probable que Boeing le faisait dans le cadre de ce que les Communautés européennes appelaient des campagnes de vente concurrentielles. Ainsi, bien que les subventions fiscales liées aient la possibilité de produire des effets de distorsion des échanges, cela n'établit pas dans quelles circonstances ni dans quelle mesure elles le feront dans des campagnes de vente particulières. Sur cette base, nous croyons comprendre que, lorsque le Groupe spécial a conclu que les subventions fiscales liées "perm{ettaient} à Boeing de réduire ses prix en deçà du niveau qui aurait normalement été justifiable sur le plan économique", il considérait que ces subventions établissaient seulement la possibilité ou la probabilité que Boeing le ferait dans des campagnes de vente particulières. De plus, bien qu'il ait conclu que cette possibilité aboutirait "dans certains cas" à des pertes de ventes et, "dans d'autres cas", à des empêchements de hausses de prix, il n'a pas expliqué les circonstances dans lesquelles, ou la mesure dans laquelle, ces phénomènes se produiraient selon lui.

1201. Pour ces raisons, nous ne pouvons pas discerner le sens précis ou la portée de la déclaration du Groupe spécial selon laquelle les subventions fiscales liées permettaient à Boeing de réduire ses prix "en deçà du niveau qui aurait normalement été justifiable sur le plan économique". Le Groupe spécial n'a pas, en formulant cette constatation, analysé les prix des LCA de Boeing ou d'Airbus, ni expliqué ce qui aurait constitué un comportement "justifiable sur le plan économique" pour Boeing en l'absence de subventions, ni comparé cela avec le comportement effectif de Boeing en matière de fixation des prix. Il a fait référence à des éléments de preuve attestant l'importance des subventions FSC/ETI pour l'accroissement de la compétitivité de Boeing, mais le seul élément de preuve qui ait trait à la fixation des prix était une déclaration d'un négociateur d'Airbus concernant une campagne de vente réalisée en 1996, huit ans avant la période de référence dans le présent différend, lors de laquelle un client avait demandé à Airbus de réduire ses prix de 4 millions de dollars par aéronef en raison de la réception de subventions FSC par Boeing.[2452] Nous estimons donc que, du fait que le Groupe spécial n'a pas présenté de raisonnement ni examiné dans quelles circonstances les subventions fiscales liées avaient amené Boeing à réduire ses prix en deçà du niveau qui aurait normalement été justifiable sur le plan économique dans des campagnes de vente de LCA, il ne

[2452] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1817 (faisant référence à C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business from the Perspective of a Manufacturer" (March 2007) (pièce EC-11 (RCC) présentée au Groupe spécial), paragraphe 56).

pouvait pas conclure sur une base généralisée que ces subventions avaient conduit Boeing à baisser ses prix d'une manière qui avait amené Airbus à perdre des ventes ou à remporter des ventes à prix réduits uniquement.

1202. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial n'était pas convaincu qu'en l'absence de subventions, Boeing ait été dépourvue des moyens financiers requis pour fixer le prix de ses LCA de la manière dont elle l'avait fait.[2453] Devant le Groupe spécial, ils avaient soutenu que les subventions n'avaient pas eu un tel effet parce que Boeing était en mesure d'adopter le comportement en matière de fixation des prix et de développement des produits qu'elle avait eu sans avoir besoin de subventions. Les Communautés européennes ont fait valoir qu'en l'absence de subventions, Boeing n'aurait pas eu de ressources suffisantes pour soutenir ses niveaux de prix. Les parties ont présenté de très nombreux renseignements concernant la base appropriée d'une analyse hypothétique de la question de savoir si le comportement de la division des LCA de Boeing en matière de fixation des prix et de développement des produits aurait été possible si elle n'avait pas reçu un montant allégué de 19,1 milliards de dollars de subventions entre 1989 et 2006.[2454] Le Groupe spécial a conclu que, du fait que le montant total des subventions dont il avait constaté l'existence s'élevait à au moins 5,3 milliards de dollars, et non au montant de 19,1 milliards de dollars allégué, l'argument selon lequel Boeing n'aurait pas pu avoir le comportement en matière de fixation des prix et de développement des produits qu'elle avait eu en l'absence de subventions était "indéfendable".[2455] Sur cette base, il a conclu qu'il n'était "pas convaincu{} que les Communautés européennes aient démontré que Boeing était fondamentalement dépourvue des moyens financiers requis pour fixer le prix de ses LCA et développer ceux-ci de la manière dont elle l'{avait} fait".[2456]

1203. L'Union européenne fait valoir qu'en appel, les États-Unis avancent maintenant une "autre hypothèse possible"[2457] et que le rejet par le Groupe spécial de l'argument des Communautés européennes concernant la capacité de Boeing, en l'absence de subventions, de développer ses LCA et d'en fixer le prix de la manière dont elle l'avait fait "n'équivaut *pas* à une constatation selon laquelle Boeing avait un "accès illimité" aux capitaux, ce qui lui aurait permis de prendre ses décisions en matière de fixation des prix indépendamment des subventions versées par les États-Unis".[2458] Elle soutient en outre que les constatations du Groupe spécial et les données de faits versées au dossier n'étayent pas la position des États-Unis selon laquelle Boeing aurait pu financer les niveaux de prix effectifs des LCA en l'absence de subventions. Selon l'Union européenne, "un nombre considérable

[2453] Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1759, 7.1830 et 7.1831.
[2454] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3787 relative au paragraphe 7.1830.
[2455] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1831.
[2456] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1759.
[2457] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 543.
[2458] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 547. (italique dans l'original)

d'éléments de preuve ont été présentés au Groupe spécial qui étayent la conclusion selon laquelle Boeing n'est pas en mesure de prendre des décisions en matière de prix sans subir les contraintes des variations de sa trésorerie, ce qui l'empêche de fixer le prix de ses LCA indépendamment des subventions accordées par les États-Unis".[2459]

1204. À notre avis, les États-Unis n'avancent pas un autre scénario hypothétique possible mais affirment en fait que la propre analyse hypothétique du Groupe spécial présente une incompatibilité interne. Si le Groupe spécial n'était pas convaincu que Boeing était dépourvue des moyens financiers requis, en l'absence de subventions, pour fixer le prix de ses LCA de la manière dont elle l'avait fait, il apparaîtrait que cette constatation est en contradiction avec sa conclusion selon laquelle les subventions fiscales liées causaient un préjudice grave en modifiant le comportement de Boeing en matière de fixation des prix. En outre, bien que de nombreux éléments de preuve lui aient été présentés au sujet de la question de savoir si Boeing pouvait fixer le prix des LCA comme elle l'avait fait en l'absence de subventions, nous ne voyons pas que le Groupe spécial les ait pris en considération ou analysé dans son raisonnement. Ces observations soulignent notre préoccupation du fait que le Groupe spécial n'a pas présenté un raisonnement ou une explication adéquates quant au fondement de sa constatation généralisée selon laquelle les subventions fiscales liées avaient conduit Boeing à baisser ses prix d'une manière qui avait amené Airbus à perdre des ventes ou à remporter des ventes à prix réduits uniquement.

iv) *Effets des autres facteurs*

1205. Enfin, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial n'a pas effectué une analyse sérieuse des effets des autres facteurs sur les prix et les ventes de LCA de Boeing et d'Airbus. L'Union européenne soutient que le Groupe spécial a examiné d'autres facteurs pertinents pour son analyse unitaire du lien de causalité et qu'il a rejeté explicitement les arguments des États-Unis selon lesquels ces facteurs infirmaient ou atténuaient l'avantage en matière de prix dont Boeing avait bénéficié en raison du fait qu'elle avait reçu des subventions FSC/ETI.

1206. Nous avons exposé dans la section X.A notre interprétation de la façon dont un groupe spécial devrait procéder pour examiner les effets des autres facteurs. Nous y avons expliqué que, lorsqu'il était en présence de multiples facteurs ayant pu contribuer aux effets défavorables allégués, un groupe spécial devait chercher à comprendre les interactions entre les subventions en cause et les divers autres facteurs et procéder à une certaine évaluation de leur lien avec l'effet pertinent, ainsi que de la contribution relative des subventions et des autres facteurs à la réalisation de cet effet. Bien qu'il n'ait

[2459] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 550. (note de bas de page omise)

pas besoin de déterminer qu'une subvention est l'unique cause ou la seule cause substantielle de cet effet, un groupe spécial doit veiller à ce que les autres facteurs ne diluent pas le lien de causalité entre ces subventions et les effets défavorables allégués de sorte qu'il n'est pas possible de qualifier ce lien comme étant une relation de cause à effet réelle et substantielle.

1207. En exposant certaines considérations préliminaires pertinentes pour son évaluation de l'allégation de préjudice grave formulée par les Communautés européennes, le Groupe spécial a expliqué en l'espèce qu'il prendrait en "compte … {les} facteurs de non-imputation potentiels en même temps que l'effet des subventions et dans le contexte des conditions de concurrence affectant le marché".[2460] Dans son analyse ultérieure des effets sur les prix des subventions fiscales liées, il n'a fait que brièvement référence au fait que les États-Unis avaient identifié d'autres facteurs:

> Le programme FSC/ETI était en vigueur avant 2000, et le Groupe spécial ne peut donc pas déterminer les effets des subventions à partir d'une observation directe des données relatives à l'évolution de la part de marché et des prix pendant la période de 2000 à 2006. De même, les explications des États-Unis concernant les facteurs qui, selon eux, expliquent les prix et les performances des LCA d'Airbus par rapport aux LCA de Boeing sur les marchés des aéronefs monocouloir de 100 à 200 sièges et des aéronefs à fuselage large de 300 à 400 sièges n'infirment pas ni n'atténuent l'avantage généralisé et constant en matière de prix dont Boeing a bénéficié dans les campagnes relatives aux LCA qui ont eu lieu sur la période de 2001 à 2003 en raison de la disponibilité des subventions FSC/ETI.{*}[2461]
>
> {* note de bas de page de l'original 3777} Par exemple première communication écrite des États-Unis, paragraphes 1064 à 1080 et 1138 à 1155.

1208. Le Groupe spécial a donc suivi le raisonnement selon lequel, parce que le programme FSC/ETI était en vigueur avant la période de référence, il lui était impossible de déterminer les effets des subventions à partir d'une observation directe des données relatives à l'évolution de la part de marché et des prix. Ce raisonnement donnerait à penser que les observations pouvant être faites au sujet des prix des LCA avant et pendant la période de référence ne l'auraient pas aidé à déterminer les

[2460] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1660. (note de bas de page omise) Dans ce paragraphe, le Groupe spécial a expliqué ce qui suit:

> {e}n d'autres termes, lorsque nous analyserons si les subventions ont influé sur la fixation des prix et les offres de produits de Boeing, nous analyserons aussi les effets d'autres facteurs dont il est allégué qu'ils ont influé sur ce comportement. De même, lorsque nous analyserons les effets des subventions sur les prix et les ventes d'Airbus, nous prendrons en considération l'effet d'autres facteurs que la fixation des prix et les offres de produits de Boeing sur les prix et les ventes d'Airbus sur chacun des trois marchés de produits.

[2461] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1819.

effets sur les prix des subventions puisque ces effets auraient toujours été présents pendant cette période de subventionnement soutenu. Pour cette raison, le Groupe spécial a estimé que les éléments de preuve des États-Unis concernant d'autres facteurs de causalité "n'infirm{aient} {} ni n'atténu{aient} l'avantage généralisé et constant en matière de prix dont Boeing {avait} bénéficié dans les campagnes relatives aux LCA", une conclusion qui semblerait s'appliquer non seulement à la période de 2001 à 2003 mais aussi, suivant la logique du Groupe spécial, à la période de référence suivante allant de 2004 à 2006 ainsi qu'aux périodes antérieures à 2000.

1209. Nous ne souscrivons donc pas à l'idée avancée par le Groupe spécial que l'examen des données relatives à l'évolution de la part de marché et des prix pendant une période de subventionnement soutenu et des "autres facteurs" contribuant potentiellement à ces parts ou cette évolution ne pouvait être d'aucune utilité ou pertinence pour l'analyse des effets des subventions. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué dans le contexte d'un empêchement de hausses des prix, quand bien même une simple corrélation entre le versement des subventions et un empêchement notable de hausses des prix serait insuffisante, s'il n'y a rien de plus, pour établir l'existence des effets des subventions, "on s'attendrait normalement à ce qu'il existe une corrélation discernable entre l'empêchement notable de hausses des prix mondiaux et les subventions contestées".[2462] En l'espèce, les États-Unis affirment qu'il n'y a pas de corrélation entre le niveau des subventions et l'évolution des prix des LCA avant et pendant la période de référence et que cela prouve qu'il n'y a pas de rapport de causalité entre les subventions fiscales liées et les prix de Boeing.[2463] Nous estimons que, même si les subventions FSC/ETI étaient accordées sur une longue période, la question de savoir s'il y avait une corrélation discernable entre le niveau des subventions et l'évolution des prix demeurait pertinente. En outre, il semble que l'absence de cette corrélaition aurait nécessité une explication de la raison pour laquelle cela n'affaiblissait pas, ou n'empêchait pas le Groupe spécial d'établir, une constatation de l'existence d'un rapport de causalité réel et substantiel dans le présent différend. Or, le Groupe spécial n'a pas examiné ces considérations dans son analyse.

1210. Nous notons en outre que le Groupe spécial n'a mentionné dans son raisonnement aucun des autres facteurs spécifiques avancés par les États-Unis ni n'a examiné si ou dans quelle mesure ces facteurs pouvaient avoir eu un effet sur la fixation par Boeing du prix de ses LCA ou sur les prix et les ventes d'Airbus. Dans une note de bas de page de son rapport, le Groupe spécial a cité certains

[2462] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 451.

[2463] Les États-Unis font valoir que les prix des LCA étaient [***] pendant une période où le subventionnement était relativement important, de 2001 à 2003, qu'ils ne l'étaient pendant une période de subventionnement relativement moindre, de 2004 à 2006. (Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 330)

paragraphes de la première communication écrite des États-Unis.[2464] Dans ces paragraphes, les États-Unis avaient avancé d'autres facteurs qui, à leur avis, expliquaient les niveaux de prix des LCA d'Airbus et de Boeing. Ils signalent ces mêmes facteurs en appel. Premièrement, ils allèguent que, dans les années précédant la période de référence et pendant cette période, Airbus a sous-coté ses prix par rapport à ceux de Boeing à la fois sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges et sur celui des LCA de 300 à 400 sièges, ce qui a augmenté sa part de marché et incité le consommateur à escompter des prix bas dans les campagnes ultérieures. Deuxièmement, ils affirment que Boeing a modifié sa politique de prix des LCA en 2004 et 2005 pour réagir aux prix bas d'Airbus. Troisièmement, ils font valoir que, s'agissant du marché des LCA de 300 à 400 sièges, les prix de l'"A340 quadrimoteur d'Airbus [*** ***]".[2465]

1211. L'Union européenne fait valoir que chacun des autres facteurs identifiés par les États-Unis est dénué de pertinence. Elle soutient que c'est Boeing, et non Airbus, qui a sous-coté les prix sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges et que même si Boeing a peut-être modifié sa stratégie en matière de prix, les subventions fiscales liées, néanmoins, lui "permettaient *toujours* … d'avoir un avantage *additionnel* en matière de prix".[2466] S'agissant de l'avantage de Boeing en matière d'efficacité énergétique sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges, l'Union européenne fait valoir que les subventions fiscales liées permettaient encore à Boeing d'empêcher les hausses de prix du 777, même si les prix en valeur absolue du 777 étaient plus élevés que ceux de l'A340. Là encore, elle fait valoir que la fourniture des subventions fiscales liées impliquait que Boeing "aurait *toujours* un *avantage* en matière de prix en raison des subventions FSC/ETI et des subventions relatives à l'impôt B&O qui étaient garanties".[2467]

1212. Du fait qu'il n'a analysé aucun des autres facteurs spécifiques avancés par les États-Unis, le Groupe spécial n'a pas examiné si l'un quelconque des autres facteurs était capable d'atténuer un rapport réel et substantiel entre les subventions fiscales liées et les effets sur le marché. Nous rappelons que la théorie du lien de causalité avancée par les Communautés européennes et acceptée

[2464] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3777 relative au paragraphe 7.1819 (faisant référence, par exemple, à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 1064 à 1080 et 1138 à 1155).

[2465] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant (RCC), paragraphe 332 (faisant référence à la deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Appendice RCES, Annexe A – Observations additionnelles sur les arguments soulevés dans la déclaration orale confidentielle des CE, paragraphe 64).

[2466] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 606. (italique dans l'original) L'Union européenne ajoute que "même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que Boeing ait décidé d'offrir des prix plus compétitifs, les subventions FSC/ETI et les subventions relatives à l'impôt B&O, de manière indépendante, lui donnaient un avantage *additionnel* et persistant ainsi que la capacité de baisser ses prix plus que cela n'aurait été possible autrement, en particulier dans les campagnes de vente stratégiques contre Airbus". (*Ibid*., paragraphe 607 (italique dans l'original))

[2467] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 608. (italique dans l'original)

par le Groupe spécial était que les subventions fiscales liées avaient amené Boeing à baisser les prix de ses LCA et que ces effets sur les prix avaient entraîné des pertes de ventes de LCA et des empêchements de hausses de prix des LCA pour Airbus.[2468] Pour évaluer cette allégation dans le contexte d'un marché duopolistique, il nous semble que la question consiste à savoir non pas *pourquoi* Boeing a baissé les prix de ses LCA dans le contexte de campagnes de vente particulières mais plutôt *si* Boeing a baissé ses prix en recourant aux subventions fiscales liées.

1213. À notre avis, deux des facteurs généraux mentionnés par les États-Unis – à savoir que c'était Airbus qui avait lancé l'évolution à la baisse des prix et que Boeing n'avait fait que réagir en devenant plus compétitive en matière de prix – témoignent simplement des conditions concurrentielles sur un marché duopolistique où les modifications des prix d'une société influent sur le comportement en matière de prix de son concurrent.[2469] Lors des campagnes de vente qui sont menées et remportées principalement sur la base du prix, Boeing et Airbus fixent généralement les prix des LCA au moyen d'une série d'offres de plus en plus basses jusqu'à ce qu'un prix final soit accepté par un client. À cet égard, la question de savoir si c'est Airbus ou Boeing qui a procédé la première à une baisse des prix semblerait sans grand rapport avec l'analyse appropriée quant au résultat final d'une campagne concurrentielle, c'est-à-dire la question de savoir si les subventions ont servi à opérer des réductions additionnelles des prix des LCA de Boeing, entraînant des pertes de ventes et un empêchement de hausses des prix pour Airbus. Pour répondre à cette dernière question dans le contexte de la prise en compte par le Groupe spécial de la nature, de la durée et de l'importance des subventions fiscales liées, ainsi que des conditions duopolistiques dans la branche de production des LCA, nous ne considérons pas que, dans les campagnes de vente qui sont plus sensibles à la concurrence par les prix, un examen du point de savoir quel constructeur de LCA a commencé le premier à baisser les prix et lequel a réagi serait déterminant. Nous ne sommes donc pas persuadés que ces observations constituent d'"autres facteurs" qui doivent être évalués en relation avec l'action causale des subventions fiscales liées.

1214. Par contre, nous estimons que d'autres facteurs pertinents pour l'examen pourraient inclure ceux qui expliquent les effets des pertes de ventes ou des empêchements de hausses de prix pour Airbus par un mécanisme *autre que* la baisse des prix des LCA par Boeing. Les facteurs qui donnent à penser qu'il existe des dynamiques concurrentielles avantageant Boeing ou désavantageant Airbus dans les campagnes de vente de LCA, hormis une pression à la baisse sur les prix des LCA de Boeing, seraient des éléments importants à prendre en considération dans l'analyse du lien de causalité. Par exemple, le fait que le 777 de Boeing tirait avantage d'une efficacité énergétique aurait été un facteur

[2468] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818.
[2469] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1688.

important à prendre en compte pour évaluer si Boeing utilisait les subventions pour baisser ses prix et, de ce fait, causer un préjudice grave sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges. Cet avantage quant au coût d'exploitation pourrait donner à penser que Boeing n'était pas soumise sur ce marché de produit au même type de pression sur les prix qu'elle l'était sur d'autres marchés de produits où la disparité entre les caractéristiques de performance des LCA concurrents était moins marquée. De même, si Boeing était le fournisseur en place dans une campagne de vente particulière, cela pourrait aussi constituer pour elle un avantage indiquant qu'elle n'aurait pas été soumise à la même pression pour baisser les prix qu'elle l'aurait été dans une campagne plus concurrentielle. Étant donné que ces facteurs donnent à penser que les effets sur les ventes et les prix d'Airbus ne résultaient pas de la baisse des prix de Boeing, ils constituent chacun un "autre facteur" qui contribue potentiellement à ces effets. Le Groupe spécial aurait dû examiner le rôle de ces autres facteurs pour ce qui est de faire perdre des ventes à Airbus ou de l'amener à diminuer les prix.

1215. À la lumière de ce qui précède, nous estimons que le Groupe spécial aurait dû traiter ces autres facteurs spécifiques avancés par les États-Unis et évaluer s'ils étaient capables de contribuer aux effets sur les ventes et les prix d'Airbus et, dans l'affirmative, quelle était leur importance causale relative par rapport à celle des subventions fiscales liées. Comme nous l'avons expliqué plus haut, même lorsque les subventions sont fournies sur une longue période, cela ne dispense pas un groupe spécial de présenter une analyse et une explication motivée du point de savoir quelle contribution, le cas échéant, d'autres facteurs pertinents peuvent apporter aux mêmes effets.

1216. Le fait que le Groupe spécial n'a pas traité l'importance relative des autres facteurs de causalité pour les effets sur les prix de Boeing contraste nettement avec son examen de tels facteurs s'agissant des effets des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Là, le Groupe spécial a examiné les éléments de preuve concernant les campagnes de vente communiqués par les Communautés européennes, qui figuraient à l'annexe D de leur première communication écrite. Après avoir examiné ces éléments de preuve, il a conclu que, dans plusieurs des campagnes de vente, des facteurs autres que les caractéristiques de performance rendues possibles par les subventions et le moment du lancement et de la livraison du 787 avaient joué un rôle important dans le fait que Boeing avait obtenu la vente. Il a fait référence expressément à ces autres facteurs de causalité, y compris: la relation de Boeing avec la compagnie aérienne acheteuse; les routes particulières à desservir et le rayon d'action des aéronefs; et l'effet de la concurrence entre l'A340 et le 777 et la préférence de la compagnie aérienne pour une flotte mixte.[2470] Il a toutefois constaté ensuite que les caractéristiques de performance du 787 et/ou son entrée en service prévue en 2008 avaient été les facteurs décisifs dans l'issue de quatre campagnes de vente pour lesquelles il avait conclu que les

[2470] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1786 et note de bas de page 3725 y relative.

subventions pour la R&D aéronautique avaient causé des pertes de ventes notables.[2471] Nous estimons que, comme il l'a fait au sujet du marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial aurait dû effectuer une analyse des autres facteurs de causalité avancés par les États-Unis pour examiner les effets des subventions fiscales liées sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges et celui des LCA de 300 à 400 sièges.

b) Question de savoir si le Groupe spécial a effectué une analyse correcte de l'empêchement notable de hausses des prix, des pertes de ventes notables, ainsi que du détournement et de l'entrave

1217. Nous traitons maintenant l'appel des États-Unis se rapportant aux constatations spécifiques d'empêchement notable de hausses de prix, de pertes de ventes notables, ainsi que de détournement et d'entrave au sens de l'article 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC* que le Groupe spécial a formulées.

1218. Comme nous l'avons noté, après avoir conclu que les subventions fiscales liées avaient permis à Boeing de réduire ses prix en deçà du niveau qui aurait normalement été "justifiable sur le plan économique", le Groupe spécial a néanmoins constaté qu'il était impossible de déterminer les effets des subventions FSC/ETI à partir d'une observation directe des données relatives à l'évolution de la part de marché et des prix pendant la période de 2000 à 2006 parce que le programme FSC/ETI était en vigueur avant 2000.[2472]

1219. Le Groupe spécial a estimé ensuite qu'il devait choisir entre deux façons de procéder. Il pouvait "s'abstenir de formuler une constatation de préjudice grave parce qu'il {était} difficile de calculer avec une certitude mathématique dans quelle mesure précisément {les subventions fiscales liées} {avaient} influé sur les prix fixés par Boeing pour les familles d'aéronefs 737NG et 777".[2473] À titre subsidiaire, il a expliqué qu'il pourrait "déduire" les effets de ces subventions sur les ventes et les prix d'Airbus pendant la période de référence, "en faisant preuve de bon sens et en tirant des déductions" de ses conclusions concernant la nature des subventions, la durée des subventions FSC/ETI, ainsi que la nature de la concurrence entre Airbus et Boeing.[2474]

1220. Nous sommes déconcertés par la position que le Groupe spécial a apparemment adoptée, à savoir que les circonstances particulières de l'espèce l'obligeaient en quelque sorte à choisir entre deux solutions diamétralement opposées. Bien que ces circonstances aient peut-être rendu difficile sa tâche consistant à évaluer l'allégation de préjudice grave des Communautés européennes, le Groupe spécial aurait quand même pu évaluer s'il disposait d'arguments et d'éléments de preuve qui lui auraient

[2471] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1786 et 7.1787.
[2472] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1819.
[2473] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1821.
[2474] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1820 et 7.1822.

permis d'estimer les effets des subventions sur les prix de Boeing avec quelque chose de moins qu'une "certitude mathématique".[2475] Même s'il estimait qu'il serait vain de continuer de s'efforcer à évaluer les effets des subventions en termes quantitatifs, cela ne l'aurait pas dispensé d'évaluer si les autres très nombreux arguments et éléments de preuve présentés par les Communautés européennes auraient pu, dans la mesure où ils n'étaient pas réfutés par les arguments et éléments de preuve concurrents des États-Unis, suffire à étayer une constatation de l'existence d'un préjudice grave.[2476]

[2475] Nous rappelons à cet égard l'approche suivie par le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*. Ce Groupe spécial n'a pas quantifié avec précision les effets des subventions sur les prix mais il a bien mentionné, et pris en compte, une série d'estimations des effets sur les prix résultant des simulations communiquées par les deux parties à ce différend. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 365.) Selon les Communautés européennes, une approche quelque peu analogue, qui s'appuyait sur une série d'effets estimés sur les prix, a été adoptée par l'arbitre chargé au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord d'examiner l'affaire *États-Unis – FSC*: "L'arbitre a constaté qu'eu égard à la concurrence étroite sur le marché, l'effet de transmission des subventions accordées par les États-Unis et donc les effets commerciaux du régime FSC/ETI sur les Communautés européennes se situaient à la limite supérieure d'une fourchette de 75 pour cent à 100 pour cent." (Réponse des Communautés européennes à la question n° 289 du Groupe spécial, note de bas de page 720 relative au paragraphe 619 (faisant référence à la décision de l'arbitre, *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphes 6.53 et 6.54)) Dans le présent différend, les Communautés européennes ont constamment fait valoir que les subventions fiscales liées avaient des effets "dollar pour dollar" sur les prix. Elles ont fait valoir en outre que, "même si – contre tous les éléments de preuve disponibles –, le Groupe spécial devait considérer que {ces} subventions … n'avaient pas exactement un effet un-pour-un sur les prix de Boeing (et d'Airbus), les éléments de preuve démontr{aient} qu'elles {avaient}, à tout le moins, un effet sur les prix qui en était très proche." (*Ibid*., paragraphe 624) Les États-Unis n'ont pas communiqué leurs propres estimations des effets des subventions FSC/ETI sur les prix. En fait, ils ont reconnu que "{d}u point de vue économique, … les subventions qui {étaient} liées aux ventes {avaient} une incidence sur ces ventes … et, par conséquent, sur la fixation des prix" tout en contestant, en même temps, l'argument d'une transmission "dollar pour dollar" avancé par les Communautés européennes. (Observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 289 du Groupe spécial, paragraphe 540; voir aussi les paragraphes 538 et 539) Ils ont fait valoir que, du fait que les propres éléments de preuve des Communautés européennes montraient que seule "*une partie* des abattements fiscaux {était} transmise au consommateur", ces éléments de preuve "n'étay{aient} pas l'affirmation des CE selon laquelle *tous* les avantages fiscaux {étaient} transmis à *100 pour cent*". (*Ibid*., paragraphe 539 (italique dans l'original)) Nous ne voyons pas que le Groupe spécial ait examiné ces arguments ou les éléments de preuve communiqués par les Communautés européennes, ni qu'il ait lui-même cherché à estimer la mesure dans laquelle les subventions fiscales liées influaient sur les prix.

[2476] Le Groupe spécial lui-même semble avoir reconnu ses obligations à cet égard lorsqu'il a déclaré que "{s'abstenir de formuler une constatation de préjudice grave parce qu'il était difficile de calculer avec une certitude mathématique les effets sur les prix} serait incompatible avec les obligations qui {lui} incombent au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord et serait contraire à des considérations fondamentales de bon sens et de raison". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1821) En outre, il avait spécifiquement demandé à deux reprises aux Communautés européennes si leur allégation de préjudice grave dépendait de leurs calculs de l'importance et celles-ci avaient répondu que ce n'était pas le cas. Dans leurs réponses, les Communautés européennes ont fait observer que "le Groupe spécial {avait} toute latitude d'adopter une autre méthode pour évaluer le montant et l'importance des subventions des États-Unis" et que "le degré de l'effet sur les prix qui en résult{ait} vari{erait} en fonction du montant et de l'importance des subventions des États-Unis". (Réponse des Communautés européennes à la question n° 376 du Groupe spécial, paragraphes 329, 335 et 338) Les Communautés européennes ont aussi dit qu'"un certain nombre de facteurs non liés à l'importance étay{aient} une constatation de l'existence d'un lien de causalité en l'espèce", et qu'"un niveau d'empêchement de hausses de prix aussi bas que 1 pour cent *ad valorem*" constituerait néanmoins un préjudice grave. (Réponse des Communautés européennes à la question n° 279 du Groupe spécial, paragraphes 545 et 551; voir aussi la réponse des Communautés européennes à la question n° 376 du Groupe spécial, paragraphe 330 et note de bas de page 81 y relative)

1221. Nous ne voyons pas non plus que le recours au bon sens et à des inférences pour rendre une décision sur une allégation puisse être qualifié de quelque chose d'exceptionnel. La décision sur une allégation de préjudice grave doit, comme la décision d'un groupe spécial concernant toute autre question, être fondée sur l'application des dispositions pertinentes des accords visés, dûment interprétées, aux faits pertinents, dûment identifiés et évalués objectivement. Dans la mesure où les constatations finales de détournement et d'entrave, d'empêchement notable de hausses de prix et de pertes de ventes notables formulées par le Groupe spécial étaient fondées sur des inférences faites à partir des conclusions auxquelles il était arrivé au sujet de la nature des subventions, de la durée des subventions FSC/ETI et de la nature de la concurrence entre Airbus et Boeing, il incombait au Groupe spécial non seulement de faire savoir qu'il faisait des inférences et utilisait un raisonnement fondé sur le bon sens, mais encore d'indiquer clairement les conclusions pertinentes sur lesquelles il s'appuyait, quelles inférences factuelles ou juridiques il faisait sur la base de ces conclusions, pourquoi il estimait que ces inférences étaient raisonnables ou nécessaires et en quoi elles étayaient ses constatations finales. Ainsi, même s'il n'est pas rare qu'un groupe spécial formule des inférences et des conclusions à partir d'éléments de preuve, il doit présenter le raisonnement prenant en compte les éléments de preuve pour étayer ces inférences et ces conclusions. Les diverses allégations d'erreur formulées par les États-Unis remettent en question la mesure dans laquelle le Groupe spécial l'a fait, comme cela est analysé en détail ci-après.

1222. Le Groupe spécial a inféré du fait que les effets des subventions "se faisaient sentir avec le plus d'acuité dans certaines campagnes de vente revêtant une importance stratégique" que les résultats de ces campagnes de vente entraînaient nécessairement soit des pertes de ventes notables (lorsque Boeing obtenait la commande), soit un empêchement notable de hausses de prix (lorsqu'Airbus obtenait la commande).[2477] Cette constatation indique que les subventions fiscales liées ont causé un préjudice grave uniquement "dans certaines campagnes de vente revêtant une importance stratégique". Comme nous l'avons noté, devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont établi une distinction entre les campagnes de vente concurrentielles et les campagnes de vente non concurrentielles et ont exposé, dans les annexes E et F de leur première communication écrite, des éléments de preuve concernant des campagnes de vente individuelles dans lesquelles les subventions contestées avaient eu pour effet un empêchement notable de hausses de prix, des pertes de ventes notables, ou un détournement et une entrave.[2478] Le Groupe spécial, toutefois, n'a pas formulé de constatations sur le point de savoir si ces campagnes de vente étaient "stratégiques", et il n'a pas fait référence dans son analyse aux éléments de preuve figurant dans les annexes E et F où les

[2477] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1822.
[2478] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1507 à 1533 et 1603 à 1622.

Communautés européennes identifiaient des campagnes de vente particulières dans lesquelles il était allégué que cette concurrence par les prix avait eu lieu. On ne voit donc pas bien si, en mentionnant "certaines campagnes de vente revêtant une importance stratégique", le Groupe spécial faisait référence à certaines ou la totalité des campagnes de vente particulières présentées par les Communautés européennes dans les annexes E et F, ou d'une manière plus générale, à toutes les campagnes de vente concurrentielles auxquelles les Communautés européennes faisaient référence, ou peut-être encore à quelque autre conception de ce qui constituait des campagnes de vente "stratégiques". Nous ne savons pas non plus si le Groupe spécial faisait référence aux commandes, ou aux livraisons, ou s'il faisait référence aux commandes ou aux livraisons qui avaient eu lieu au cours ou en dehors de la période de référence.[2479] Quelles qu'aient été les campagnes qu'il avait en tête, le Groupe spécial n'a pas indiqué quand elles avaient eu lieu, si ses constatations se limitaient à ces campagnes ou si, à partir des effets lors de ces campagnes, il faisait une extrapolation pour établir des constatations globales concernant les marchés mondiaux des LCA de 100 à 200 sièges et des LCA de 300 à 400 sièges. Ces ambiguïtés font qu'il est difficile de discerner la portée et la base d'éléments de preuve des constatations finales de préjudice grave formulées par le Groupe spécial.

i) *Empêchement notable de hausses de prix*

1223. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse de l'empêchement notable de hausses de prix parce qu'il n'a pas effectué une analyse des prix sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges. Ils affirment qu'en n'effectuant pas cette analyse, le Groupe spécial n'a pas tenu compte des effets des autres facteurs pertinents sur les prix des LCA et qu'il n'a pas évalué le degré d'empêchement de hausses de prix afin de déterminer s'il constituait un empêchement *notable* de hausses de prix.

1224. L'Union européenne fait valoir qu'un groupe spécial n'a pas besoin d'examiner les données relatives à l'évolution des prix, en particulier parce que ces renseignements ne sont pas probants quant au point de savoir s'il y a eu un empêchement de hausses de prix effectif. À son avis, le Groupe spécial a axé son analyse sur "divers facteurs qualitatifs"[2480] qui lui permettaient de formuler à bon droit une constatation de l'existence d'un empêchement notable de hausses de prix. L'Union

[2479] Nous notons que, dans la section de son rapport, traitant de la contribution financière, le Groupe spécial a laissé entendre que, dans son analyse du préjudice grave, il n'examinerait les effets des subventions fiscales liées qu'en ce qui concerne les livraisons de LCA effectuées pendant la période de référence de 2004 à 2006. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.157) Or, le Groupe spécial n'a pas indiqué ensuite quelle incidence cela avait pour son analyse des effets des subventions fiscales liées. Les observations faites par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1685 et 7.1812 donnent plutôt à penser qu'il a considéré que *tant* les commandes *que* les livraisons étaient pertinentes pour une analyse des pertes de ventes et de l'empêchement de hausses de prix, et que les livraisons étaient essentielles pour toute constatation de détournement ou d'entrave.

[2480] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 644.

européenne soutient qu'en tout état de cause, le Groupe spécial a en fait bien pris en considération les données relatives à la fixation et l'évolution des prix lorsqu'il a fait référence à ces renseignements dans son résumé des arguments des Communautés européennes, et dans son analyse des renseignements sur la fixation des prix lorsqu'il a examiné les effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.[2481]

1225. Dans notre évaluation de l'appel des États-Unis concernant l'analyse faite par le Groupe spécial des effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique, nous avons identifié certaines considérations pertinentes pour l'évaluation d'une allégation d'empêchement de hausses de prix, y compris l'utilité d'une analyse hypothétique. Nous estimons aussi qu'il est généralement utile qu'un groupe spécial prenne en compte les éléments de preuve relatifs à l'évolution des prix dans une analyse de l'empêchement de hausses de prix. En même temps, il se peut que dans certaines circonstances, ces éléments de preuve ne soient pas disponibles, pas fiables ou pas convaincants. Nous n'excluons pas que, dans ces circonstances, il soit néanmoins possible d'effectuer une analyse et de parvenir à une constatation d'empêchement notable de hausses de prix, à condition que cette constatation soit dûment étayée par d'autres éléments de preuve versés au dossier. L'appel des États-Unis nécessite que nous examinions si ces circonstances existaient dans le contexte des subventions fiscales liées, où il est clair que le Groupe spécial ne s'est pas appuyé sur les éléments de preuve relatifs à l'évolution des prix pour parvenir à sa constatation d'empêchement notable de hausses de prix.

1226. Nous avons déjà dit que nous ne partagions pas l'avis du Groupe spécial selon lequel, du fait que Boeing avait reçu des avantages dans le cadre du programme FSC/ETI sur une longue période, l'observation directe des données relatives à l'évolution de la part de marché et des prix pendant la période pertinente était dépourvue d'utilité ou de pertinence.[2482] Certes, nous reconnaissons que le fait que Boeing avait reçu des avantages FSC/ETI sur une longue période pourrait avoir rendu plus difficile la tâche du Groupe spécial parce qu'il n'y avait aucune période antérieure exempte de subventions avec laquelle comparer les données relatives à l'évolution de la part de marché et des prix intervenue pendant la période de référence, mais cela ne veut pas dire qu'il n'y ait rien à gagner d'un examen de ces données dans le cadre d'une analyse de l'empêchement de hausses de prix. Comme nous l'avons noté, par exemple, le fait que les prix d'un produit subventionné ont été plus bas pendant une période de subventionnement moindre pourrait exiger un examen ou une explication plus poussés afin de démontrer qu'il y a un rapport réel et substantiel entre les subventions et de quelconques effets

[2481] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 635 et note de bas de page 1247 y relative (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1618 et 7.1782).
[2482] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1819.

allégués sur les prix. En l'espèce, le Groupe spécial n'a fait référence à aucun renseignement sur la fixation des prix et aucune donnée relative à la part de marché sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges et son raisonnement ne comportait pas d'analyse à cet égard.

1227. Nous ne pensons pas non plus que le fait que le Groupe spécial a fait référence à ces éléments de preuve dans son résumé des arguments d'une partie compense l'absence d'examen des données relatives à la fixation des prix dans son raisonnement concernant les effets sur les prix.[2483] En outre, nous ne voyons pas en quoi le fait que le Groupe spécial a tenu compte des renseignements sur la fixation des prix dans son analyse des effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique démontre qu'il l'ait fait aussi en ce qui concerne les effets des subventions fiscales liées sur les prix.[2484] Au contraire, nous estimons que la différence entre les approches utilisées par le Groupe spécial dans ces deux sections de son rapport ne fait que souligner l'absence de toute évaluation des données relatives à l'évolution de la part de marché et des prix dans son analyse des effets des subventions fiscales liées sur les prix.[2485] Nous nous serions attendus à ce que, comme il l'avait fait au sujet des effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial ait aussi examiné les données disponibles relatives à l'évolution de la part de marché et des prix pour les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges.[2486]

ii) *Pertes de ventes notables*

1228. Les États-Unis estiment aussi que, pour qu'il y ait pertes de ventes au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*, il faut identifier des transactions individuelles dans lesquelles il y aurait eu des pertes de ventes. Ils font valoir que, contrairement à l'approche qui a été adoptée par le Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* et que le Groupe spécial a suivie dans la présente affaire pour examiner le marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial n'a pas

[2483] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1618.
[2484] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1782.
[2485] Nous faisons observer en outre que, lorsque le Groupe spécial a noté que certains éléments de preuve manquaient – par exemple, en ce qui concerne la part du marché mondial des LCA de 200 à 300 sièges sur la période de 2000 à 2006 –, il a calculé ces données sur la base d'autres données communiquées par les Communautés européennes. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1783 (faisant référence aux pièces EC-3 et EC-1287 présentées au Groupe spécial, contenant les données provenant du document Airclaims CASE Database))
[2486] Même si nous estimons que le Groupe spécial aurait dû entreprendre un examen des données disponibles sur l'évolution des prix dans son analyse des effets sur les prix, nous ne souscrivons pas à l'affirmation des États-Unis selon laquelle ces données étaient "clairement incompatibles avec un phénomène d'empêchement de hausses de prix". (Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant (RCC), paragraphe 369, soulignant le fait, par exemple, que "[*** ***]" pendant la période de référence.) Des observations concernant la direction dans laquelle les prix ont évolué n'établissent pas en elles-mêmes qu'en l'absence des subventions, les prix des aéronefs de Boeing et d'Airbus n'auraient pas été plus élevés qu'ils ne l'ont été.

identifié les ventes sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges dont il a constaté qu'elles constituaient des pertes de ventes notables. Par conséquent, les États-Unis estiment que le Groupe spécial n'a pas satisfait aux prescriptions de l'article 6.3 c) relatives à une constatation de pertes de ventes notables.

1229. L'Union européenne répond qu'il n'y a pas de prescription juridique imposant aux groupes spéciaux de spécifier et d'évaluer des campagnes de vente individuelles. Les Communautés européennes considèrent que le Groupe spécial a examiné les pertes de ventes sur une "base globale"[2487] et que cela était compatible avec le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Elles soutiennent en outre que l'approche du Groupe spécial était compatible avec la manière dont elles ont structuré leur plainte et que le Groupe spécial a donc établi à juste titre une constatation globale de pertes de ventes notables en tenant compte de tous les éléments de preuve qui lui avaient été présentés.

1230. Pour examiner ce motif d'appel, il nous est demandé de traiter la question de savoir quel niveau de précision est requis d'un groupe spécial lorsqu'il identifie et analyse des éléments de preuve étayant une constatation de pertes de ventes notables au titre de l'article 6.3 c). Nous avons exposé dans la section X.B la jurisprudence antérieure concernant l'analyse des pertes de ventes. Nous notons par ailleurs que, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a indiqué qu'"un examen de campagnes de vente spécifiques {pouvait} être approprié, compte tenu des caractéristiques particulières d'un marché".[2488] En même temps, l'Organe d'appel a estimé que, dans l'article 6.3 c), la référence aux pertes de ventes "sur le même marché" signifiait qu'il pouvait être nécessaire de regarder au-delà des campagnes de vente individuelles pour comprendre la dynamique concurrentielle en jeu sur un marché particulier. Il a donc conclu qu'"une approche selon laquelle les ventes {étaient} agrégées par fournisseur ou par client, sur une base nationale ou mondiale … {était} également admissible".[2489] Ainsi, une allégation de pertes de ventes peut être étayée par des éléments de preuve de pertes de ventes ayant lieu sur l'ensemble d'un marché géographique et d'un marché de produit, ou par des éléments de preuve sur des campagnes de vente particulières réalisées sur ce marché. L'approche adoptée par un groupe spécial pour l'analyse des pertes de ventes doit donc être fonction de la nature de l'allégation et des éléments de preuve présentés par le plaignant, ainsi que des conditions particulières du marché examiné.

[2487] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 649.
[2488] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1217.
[2489] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1217.

1231. Dans le présent différend, les participants ont des vues divergentes en ce qui concerne la portée de la constatation formulée par le Groupe spécial et la question de savoir si le Groupe spécial aurait dû identifier et examiner des pertes de vente individuelles dans les circonstances de l'affaire. Les États-Unis affirment en appel qu'ils ne savent tout simplement pas à quelles pertes de ventes les constatations du Groupe spécial se rapportent.[2490] L'Union européenne soutient que le Groupe spécial agissait dans les limites de son pouvoir discrétionnaire en procédant à une évaluation globale des pertes de ventes notables sans faire référence à des campagnes de vente particulières. À son avis, "bien que les groupes spéciaux ne soient pas tenus de quantifier l'empêchement de hausses de prix, ils ont la possibilité, mais ne sont pas tenus, d'identifier précisément les pertes de ventes".[2491]

1232. Comme nous l'avons expliqué, nous estimons que la portée de la constatation de pertes de ventes formulée par le Groupe spécial n'est pas claire. En particulier, nous ne savons pas si le Groupe spécial, lorsqu'il a fait référence à "certaines campagnes de vente revêtant une importance stratégique", faisait référence aux éléments de preuve concernant des campagnes de vente individuelles présentés par les Communautés européennes dans les annexes E et F de leur première communication écrite, plus généralement aux "campagnes de vente concurrentielles" auxquelles les Communautés européennes faisaient référence dans leurs communications ou peut-être encore à quelque autre conception de ce que le Groupe spécial estimait être des campagnes de vente "stratégiques". Nous ne pensons donc pas que la constatation du Groupe spécial montre clairement, comme les Communautés européennes l'allèguent, qu'il s'agit d'une constatation "globale" de pertes de ventes notables.

1233. En outre, nous sommes préoccupés par le fait que, indépendamment du point de savoir si le Groupe spécial a formulé une constatation de pertes de ventes notables sur une base globale ou sur la base de campagnes de vente individuelles, il l'a fait sans faire référence à l'un quelconque des éléments de preuve relatifs aux pertes de ventes présentés par les Communautés européennes à l'appui de leur allégation de pertes de ventes, ou sans examiner un desdits éléments de preuve au cours de son raisonnement.

1234. En appel, l'Union européenne explique que, comme elle a formulé une seule allégation de préjudice grave qui était simplement "illustrée" par des éléments de preuve concernant des pertes de ventes dans des campagnes de vente particulières, le Groupe spécial a agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire de procéder à une évaluation générale de l'existence de pertes de ventes

[2490] Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 362.
[2491] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 657.

notables sans faire référence à des campagnes de vente particulières.[2492] Toutefois, nous ne pensons pas que le fait qu'une allégation de préjudice grave peut chercher à s'appuyer sur des éléments de preuve spécifiques pour étayer une constatation globale de pertes de ventes signifie qu'un groupe spécial puisse conduire son raisonnement sans faire aucune référence à ces éléments de preuve ou analyser ces éléments de preuve. En effet, il nous paraîtrait d'autant plus nécessaire dans le cas où certains éléments de preuve forment le fondement d'une allégation, qu'un groupe spécial démêle ces éléments de preuve et explique pourquoi de tels éléments de preuve concernant un sous-ensemble de ventes étayent une constatation plus générale de pertes de ventes. Nous notons en outre que les Communautés européennes ont fait valoir devant le Groupe spécial que les effets des subventions sur les prix dépendaient de l'importance de la concurrence par les prix dans des campagnes de vente particulières. Étant donné la structure de l'allégation des Communautés européennes, nous estimons que la manière dont les éléments de preuve concernant les campagnes de vente présentés par les Communautés européennes "illustraient" les circonstances et la mesure dans lesquelles des pertes de ventes avaient lieu est une question qui aurait dû être traitée par le Groupe spécial.

1235. L'Union européenne fait aussi valoir que, même si le Groupe spécial n'y a pas fait référence dans son analyse, il s'est effectivement appuyé sur les éléments de preuve relatifs aux campagnes de vente. Elle soutient que le Groupe spécial a reconnu qu'il était tenu par l'article 11 du Mémorandum d'accord d'évaluer l'allégation de préjudice grave formulée par les Communautés européennes sur la base de l'ensemble des éléments de preuve qui lui avaient été présentés, et qu'il a fait référence aux éléments de preuve relatifs aux pertes de ventes dans son résumé des communications des Communautés européennes concernant les campagnes de vente décrites aux annexes E et F.[2493] Nous ne considérons pas que le fait que le Groupe spécial a indiqué qu'il avait le devoir de prendre en considération tous les éléments de preuve qui lui étaient présentés[2494] ou qu'il a reconnu l'existence d'éléments de preuve concernant les campagnes de vente des Communautés européennes dans son résumé des arguments des parties[2495] soit suffisant pour démontrer qu'il a dûment examiné les éléments de preuve dans son raisonnement sur les pertes de ventes. À aucun moment dans son analyse des effets des subventions fiscales liées sur les prix, le Groupe spécial n'a fait référence aux éléments de preuve présentés par les Communautés européennes, ni à la réfutation des États-Unis, s'agissant des allégations de pertes de ventes pour des campagnes de vente spécifiques.

1236. Le fait que le Groupe spécial n'a pas examiné au cours de son raisonnement les éléments de preuve concernant les pertes de ventes est particulièrement surprenant compte tenu de l'approche

[2492] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 655.
[2493] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 658.
[2494] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1679.
[2495] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1622.

différente qu'il a adoptée pour analyser les effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Dans cette analyse, l'examen par le Groupe spécial des campagnes de vente pertinentes indiquées à l'annexe D de la première communication écrite des Communautés européennes a abouti à la constatation selon laquelle les éléments de preuve relatifs à six de ces campagnes ne constituaient pas des éléments de preuve montrant des pertes de ventes notables causées par les subventions pertinentes.[2496] En revanche, le Groupe spécial a conclu qu'il y avait des éléments de preuve suffisants en ce qui concerne les quatre campagnes de vente restantes pour étayer une conclusion indiquant qu'il y avait des pertes de ventes notables au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*.[2497] Même si nous devions admettre, ce qui n'est pas le cas, que l'on pourrait considérer que l'absence de toute référence explicite par le Groupe spécial aux éléments de preuve concernant les pertes de ventes reproduits dans les annexes E et F dans son analyse des effets sur les prix signifie que le Groupe spécial a estimé que tous ces renseignements étayaient une constatation de pertes de ventes notables, l'absence dans son raisonnement de toute référence aux pertes de ventes, ou d'analyse des pertes de ventes, contraste de façon frappante avec l'examen explicite que le Groupe spécial a effectué quant aux raisons pour lesquelles des campagnes de vente particulières équivalaient à des pertes de ventes notables découlant des effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, alors que ce n'était pas le cas d'autres campagnes.

iii) *Détournement et entrave*

1237. Les États-Unis indiquent par ailleurs que les constatations du Groupe spécial concernant l'existence d'un détournement des exportations de LCA d'Airbus et d'une entrave à ces exportations sur les marchés de pays tiers sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges ne satisfaisaient pas aux prescriptions de l'article 6.3 b) de l'*Accord SMC*. Ils soutiennent que le Groupe spécial n'a pas déterminé si l'un quelconque des pays dans lesquels les Communautés européennes alléguaient qu'il y avait détournement ou entrave constituait un "marché". Ils font aussi valoir que, contrairement à l'approche qu'il a adoptée pour examiner le marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial n'a pas identifié les pays tiers dans lesquels le détournement ou l'entrave avait lieu.

[2496] Pour six des dix campagnes de vente perdues identifiées par les Communautés européennes à l'annexe D de la première communication écrite qu'elles ont présenté au Groupe spécial, celui-ci a conclu que "des facteurs autres que les caractéristiques de performance du 787 par rapport à l'A330 et à l'A350 original et la date de livraison du 787 en 2008 {avaient} joué un rôle majeur dans le fait que Boeing {avait} remporté la vente". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1786)

[2497] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1788. Le Groupe spécial a estimé ce qui suit: "les campagnes impliquant Qantas, Ethiopian Airlines et Icelandair en 2005 et la campagne impliquant Kenya Airways en 2006 sont des éléments de preuve de ventes qu'Airbus n'a pas remportées en raison des caractéristiques technologiques avancées du 787, dont la disponibilité à l'époque avait été accélérée par les subventions pour la R&D aéronautique". (*Ibid.*, paragraphe 7.1787)

1238. L'Union européenne estime que le Groupe spécial a conclu à juste titre qu'il n'était pas tenu de déterminer si les Communautés européennes avaient établi l'existence de marchés de pays tiers et qu'il n'était pas non plus tenu d'identifier ou de traiter les marchés de pays tiers pris individuellement pour arriver à une constatation de détournement ou d'entrave.

1239. Nous rappelons la conclusion formulée par le Groupe spécial au début de son analyse des effets défavorables selon laquelle, étant donné la nature globale de la concurrence sur chacun des trois marchés de produit des LCA, il n'était pas tenu d'examiner si les Communautés européennes avaient établi l'existence de marchés de pays tiers particuliers.[2498] Toutefois, le Groupe spécial a aussi reconnu qu'il était néanmoins tenu de déterminer, "d'après les éléments de preuve concernant les ventes réalisées dans ces pays", s'il y avait eu détournement et entrave "sur le marché national particulier".[2499]

1240. Toute l'évaluation effectuée par le Groupe spécial en ce qui concerne l'allégation de détournement et d'entrave formulée par les Communautés européennes est circonscrite au paragraphe 7.1822 de son rapport. Ayant constaté qu'il était raisonnable de déduire que les effets des subventions étaient notables en termes de pertes de ventes et d'empêchement de hausses de prix, le Groupe spécial a conclu que ces effets étaient une perte de ventes notable et un empêchement notable de hausses de prix, au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*, "ainsi qu'un détournement des exportations des marchés de pays tiers et une entrave à ces exportations, au sens de l'article 6.3 b)".[2500] Nous rappelons que, devant le Groupe spécial, les Communautés européennes avaient fait valoir que, compte tenu de la nature de la concurrence sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges, chaque perte de vente pour Airbus dans un pays particulier "se traduisait nécessairement par un détournement ou une entrave en termes de part de marché d'Airbus sur le marché des LCA de ce pays tiers".[2501] Bien que le Groupe spécial n'ait pas examiné en quoi l'allégation de détournement et d'entrave formulée par les Communautés européennes était liée à leur allégation de pertes de ventes, il apparaît que sa constatation repose aussi sur le lien de dépendance entre les deux phénomènes qui a été exposé par les Communautés européennes.

1241. Nous ne souscrivons pas à l'implication du raisonnement du Groupe spécial, à savoir que les phénomènes de détournement et d'entrave découlent nécessairement d'une constatation de pertes de ventes notables. Dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a reconnu qu'il pouvait y avoir chevauchement entre les pertes de ventes et le déplacement et

[2498] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1674.
[2499] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1674.
[2500] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1822.
[2501] Communication de l'Union européenne en tant qu'intimé, paragraphe 684.

l'entrave, en ce sens que les deux phénomènes étaient liés aux ventes d'une entreprise. Il a cependant aussi relevé des distinctions entre ces concepts. Par exemple, il a fait observer que l'évaluation du détournement ou de l'entrave "{était} centrée sur un élément géographique bien défini"[2502], alors que le marché géographique pertinent pour évaluer les pertes de ventes n'était pas circonscrit de la même manière et pouvait même s'étendre au marché mondial. Il a aussi noté que le fait que les pertes de ventes devaient être "notables" supposait que l'évaluation pouvait avoir des dimensions à la fois quantitative et qualitative, alors que l'évaluation du détournement et de l'entrave, était principalement de nature quantitative.[2503] Nous sommes pareillement gênés par le fait que le Groupe spécial n'a pas fait la distinction dans son analyse entre les phénomènes de détournement et d'entrave. Comme nous l'avons expliqué dans la section X.B, ces phénomènes sur le marché peuvent se chevaucher, mais ce ne sont pas des concepts interchangeables.

1242. De plus, nous sommes préoccupés par l'absence de toute analyse du Groupe spécial sur l'existence d'un détournement et d'une entrave sur des marchés de pays tiers particuliers. Bien que nous avons déjà rejeté l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en ne déterminant pas si l'un quelconque des pays dans lesquels les Communautés européennes alléguaient qu'il y avait détournement ou entrave constituait un "marché", nous estimons que le Groupe spécial a fait erreur en n'identifiant ou n'examinant pas les pays tiers dans lesquels le détournement ou l'entrave avaient lieu. Nous rappelons que les Communautés européennes ont identifié six campagnes de vente spécifiques dont elles ont allégué qu'elles s'étaient soldées par un détournement et une entrave à Singapour, en Indonésie et au Japon s'agissant du marché des LCA de 100 à 200 sièges; et à Singapour, en Nouvelle-Zélande et à Hong Kong, Chine s'agissant du marché des LCA de 300 à 400 sièges.[2504] Or, dans son analyse des effets des subventions fiscales liées sur les prix sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges, le Groupe spécial n'a fait référence à aucun des éléments de preuve concernant les campagnes de vente spécifiques présentés dans les annexes E et F de la première communication écrite des Communautés européennes, ou les marchés de pays tiers pertinents où ces ventes étaient réalisées, et n'a analysé aucun de ces éléments de preuve. Ainsi, même s'il a reconnu à juste titre au début de son analyse du préjudice grave qu'il était tenu de déterminer, "d'après les éléments de preuve concernant les ventes réalisées dans ces pays", s'il y avait eu détournement et entrave "sur le marché national particulier"[2505], il n'a ensuite fait référence que de manière générale à "un détournement des exportations des marchés de pays tiers et à une entrave à ces

[2502] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1218.
[2503] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1218.
[2504] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1622.
[2505] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1674.

exportations" sans préciser à quelles ventes réalisées sur quels marchés ses constatations s'appliquaient.[2506] Étant donné que l'article 6.3 b) est "centré sur un élément géographique bien défini"[2507], l'analyse du détournement et de l'entrave effectuée par un groupe spécial doit prendre en considération les éléments de preuve concernant le marché ou les marchés de pays tiers particuliers sur lesquels ces phénomènes sont allégués. Par conséquent, nous ne pensons pas qu'il était approprié que le Groupe spécial effectue une analyse du détournement et de l'entrave sans faire aucune référence aux éléments de preuve concernant les pays ou campagnes de vente spécifiques présentés par les Communautés européennes à l'appui de leur allégation, ni aucun examen de ces éléments.

1243. Nous notons par ailleurs que, s'il a dit que ses constatations de détournement et d'entrave pendant la période de référence "ne {pouvaient} être établie{s} définitivement que par les données pertinentes relatives aux livraisons"[2508], le Groupe spécial n'a pas fait référence à ces données, ou ne les a pas évaluées, dans son analyse des effets sur les prix. En effet, comme les éléments de preuve concernant les campagnes de vente présentés par les Communautés européennes portaient sur des commandes passées *pendant* la période de référence allant de 2004 à 2006, les livraisons de certains LCA en cause n'auraient eu lieu qu'*après* la période de référence. Ces renseignements auraient pu être pertinents pour une constatation de l'existence d'une *menace* de détournement et d'entrave, constatation que le Groupe spécial n'a pas formulée s'agissant des effets des subventions fiscales liées sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges.

1244. Le fait que le Groupe spécial n'a pas examiné au cours de son raisonnement les éléments de preuve concernant les campagnes de vente individuelles dans lesquelles les Communautés européennes alléguaient qu'il y avait détournement et entrave est particulièrement surprenant compte tenu de l'approche différente qu'il a adoptée dans son analyse des effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Nous rappelons que, ayant conclu que quatre des campagnes de vente constituaient des pertes de vente, le Groupe spécial a analysé ensuite les données relatives aux commandes et aux livraisons pour les ventes d'A330, d'A350 original et de 787 pendant une période allant de 2001 à 2013 sur les marchés de pays tiers que sont l'Australie, l'Éthiopie, l'Islande et le Kenya.[2509] Même si nous devions admettre, ce qui

[2506] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1822, 7.1823 et 7.1833.

[2507] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1218.

[2508] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1686.

[2509] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1790. Le Groupe spécial a indiqué des données concernant les livraisons pour les années visées jusqu'à 2006 inclus, et les livraisons futures prévues elles-mêmes fondées sur des données concernant les commandes pour les années 2007 et suivantes. (*Ibid*.) Il a ensuite évalué les implications de ces éléments de preuve pour les allégations de détournement et d'entrave, ainsi que d'une menace de détournement et d'entrave formulées par les Communautés européennes. (*Ibid*., paragraphe 7.1791) Le Groupe spécial a conclu qu'en l'absence des subventions pour la R&D aéronautique,

n'est pas le cas, que l'absence de toute référence explicite par le Groupe spécial aux éléments de preuve concernant des campagnes spécifiques reproduits dans les annexes E et F signifiait que le Groupe spécial estimait que tous ces renseignements étayaient ses constatations de détournement et d'entrave, l'absence de toute référence aux éléments de preuve concernant des pays ou des campagnes de vente spécifiques, ou d'analyse de ces éléments de preuve, contraste de façon frappante avec l'examen explicite que le Groupe spécial a effectué quant aux marchés de pays tiers auxquels se rapportaient ses constatations dans son analyse des effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.

c) Évaluation globale de l'analyse par le Groupe spécial des effets des subventions fiscales liées sur les prix

1245. Dans l'analyse qui précède, nous avons examiné divers aspects de l'évaluation des effets des subventions fiscales liées sur les prix effectuée par le Groupe spécial.

1246. Nous avons examiné les caractéristiques de l'évaluation par le Groupe spécial des effets des subventions fiscales liées sur les prix des LCA de Boeing et d'Airbus. En ce qui concerne la nature des subventions, nous avons noté qu'il était admis par les parties que les subventions étaient liées aux ventes de LCA et que les subventions FSC/ETI ont atteint 2,2 milliards de dollars durant la période allant de 1989 à 2006, et 435 millions de dollars pendant la période de référence allant de 2004 à 2006. Nous avons noté par ailleurs que lorsqu'il a fait observer que les subventions subordonnées aux ventes à l'exportation avaient des effets de distorsion des échanges, le Groupe spécial indiquait seulement que la nature des subventions FSC/ETI augmentait la probabilité que ces effets se produiraient. Par conséquent, nous n'avons pas considéré que le Groupe spécial s'appuyait sur la présomption que les subventions à l'exportation causaient des effets défavorables au sens de la Partie III de l'*Accord SMC*. Nous avons en outre estimé que, même si le Groupe spécial aurait dû expliquer pourquoi il rejetait la pertinence des données montrant l'importance relative des subventions FSC/ETI par rapport aux valeurs des LCA, il avait néanmoins tenu compte d'autres considérations concernant l'importance de ces subventions en rapport avec les effets sur le marché.

1247. Nous avons par ailleurs constaté que, même si le Groupe spécial avait conclu que les subventions fiscales liées établissaient seulement la possibilité ou la probabilité que Boeing "rédui{irait} ses prix en deçà du niveau qui aurait normalement été justifiable sur le plan économique", il n'avait pas établi dans quelles circonstances, ni dans quelle mesure, cela se produirait dans des campagnes de vente particulières. Par conséquent, le Groupe spécial n'a pas fourni une base

---

Airbus aurait obtenu des commandes additionnelles de LCA de la part de clients au cours de ces campagnes de vente et n'aurait donc pas été menacée d'un détournement de ses exportations ou d'une entrave à ces exportations sur les marchés de pays tiers au sens de l'article 6.3 b). (*Ibid.*, paragraphes 7.1791 et 7.1794)

motivée pour justifier sa constatation générale selon laquelle les subventions fiscales liées avaient conduit Boeing à réduire ses prix d'une manière qui avait amené Airbus à perdre des ventes ou à remporter des ventes à prix réduits uniquement. En outre, nous avons constaté que le Groupe spécial n'avait dûment identifié ni examiné dans son analyse aucune des considérations et aucun des facteurs spécifiques présentés par les États-Unis comme d'autres facteurs expliquant les effets sur le marché qui influaient sur les ventes et les prix d'Airbus.

1248. Nous avons également traité les questions relatives à la base sur laquelle le Groupe spécial a établi l'existence des effets distincts sur le marché au titre de l'article 6.3 b) et c). Nous avons expliqué que le Groupe spécial était parvenu à ses constatations de préjudice grave en ce qui concerne les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges sans identifier ni évaluer: i) aucun renseignement sur la fixation des prix ou la part de marché étayant l'existence d'un empêchement notable de hausses de prix; ii) aucune vente ni campagne de vente de LCA constituant des pertes de ventes notables; ni iii) aucun des marchés de pays tiers sur lesquels le détournement ou l'entrave des exportations de LCA d'Airbus avaient lieu. À notre avis, le fait que le Groupe spécial ne traitait pas ces éléments dans son analyse du lien de causalité sapait le fondement de ses conclusions selon lesquelles les subventions fiscales liées avaient causé un empêchement notable de hausses de prix, des pertes de ventes notables, ainsi qu'un détournement et une entrave au sens de l'article 6.3 b) et c).[2510]

1249. Prises conjointement, les faiblesses que nous avons identifiées dans le raisonnement du Groupe spécial constituent une erreur de droit dans son analyse du préjudice grave sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges. À notre avis, le Groupe spécial n'a pas indiqué un fondement juridique approprié pour ses constatations généralisées selon lesquelles l'empêchement notable de hausses de prix, les pertes de ventes notables, et le détournement et l'entrave, au sens de l'article 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC*, étaient les effets: i) des subventions FSC/ETI et de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'état de Washington sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges; et ii) des subventions FSC/ETI et des réductions du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington et de la ville d'Everett sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges. Nous *infirmons* donc les constatations au titre des articles 5 c) et 6.3 b) et c) formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1823, 7.1833, 7.1854 b) et c) et 8.3 a) ii) et iii) de son rapport.

[2510] Nous notons l'affirmation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial, en ne précisant pas les marchés de pays tiers et les ventes perdues pour étayer de ses constatations au titre de l'article 6.3 b) et 6.3 c), respectivement, n'a pas satisfait aux prescriptions énoncées à l'article 12:7 du Mémorandum d'accord. (Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 363) Comme nous estimons que le fait que le Groupe spécial ne spécifiait pas les pertes de ventes et les marchés de pays tiers dans son raisonnement sapait le fondement de ses constatations de l'existence de pertes de ventes notables ainsi que de détournement et d'entrave, nous jugeons inutile de nous prononcer sur cette allégation présentée par les États-Unis en appel.

d) Compléter l'analyse

1250. Nous allons maintenant examiner si nous pouvons compléter l'analyse et nous prononcer sur l'allégation de l'Union européenne selon laquelle les subventions fiscales liées ont causé un préjudice grave au sens des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC*. Dans des différends antérieurs, l'Organe d'appel a souligné qu'il ne pouvait compléter l'analyse "que si les constatations factuelles du groupe spécial, ou les faits incontestés versés au dossier du groupe spécial" lui offraient une base suffisante pour le faire.[2511]

1251. Nous rappelons ci-après les constatations et les faits incontestés versés au dossier du Groupe spécial tels qu'ils se rapportent à la nature des subventions fiscales liées, à l'importance de celles-ci, aux conditions de concurrence dans la branche de production des LCA et aux éléments de preuve relatifs à des campagnes de vente particulières qui ont été fournis par les Communautés européennes.

1252. S'agissant de la nature des subventions fiscales liées, comme les subventions FSC/ETI et les réductions du taux de l'impôt B&O ont fait diminuer les impôts payés par Boeing sur les recettes provenant de chaque vente de LCA, elles sont directement liées à ces ventes.[2512] Les États-Unis ont reconnu que les subventions qui étaient liées à des ventes avaient une incidence sur ces ventes.[2513] Le Groupe spécial a également souligné que les États-Unis avaient fourni une pièce qui étayait le point de vue selon lequel les subventions liées à la production pouvaient avoir une incidence importante sur les prix et la production.[2514] Comme ces subventions font diminuer les impôts à acquitter sur les ventes de LCA, elles augmentent les bénéfices après impôts et la rentabilité de Boeing, et ont donc un

[2511] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 235. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphes 222 et suivants; *CE – Volailles*, paragraphes 156 et suivants; *Australie – Saumons*, paragraphes 117 et suivants et 193 et suivants; *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 123 et suivants; *Japon – Produits agricoles II*, paragraphes 112 et suivants; et *CE – Amiante*, paragraphes 133 et suivants. Quand cela n'était pas le cas, l'Organe d'appel s'est abstenu de compléter l'analyse. Voir les rapports de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphes 209 et suivants, 241 et suivants et 255; *Corée – Produits laitiers*, paragraphes 91 et suivants et 102 et suivants; *Canada – Automobiles*, paragraphes 133 et suivants et 144 et suivants; *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphes 128 et suivants; *CE – Amiante*, paragraphes 78 et suivants; et *Canada – Produits laitiers (article 21:5 – États-Unis et Nouvelle-Zélande)*, paragraphes 98 et suivants.

[2512] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1806 et 7.1807.

[2513] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1806 (faisant référence aux observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 289 du Groupe spécial, paragraphe 540).

[2514] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1806 (faisant référence à la réponse des États-Unis à la question n° 298 du Groupe spécial, paragraphe 522; et à J.E. Stiglitz and B.C. Greenwald, "On the Question of the Impact of Subsidies on Supply and Prices in the LCA Market" (pièce US-1309 présentée au Groupe spécial), page 4). Les États-Unis ont également dit que "les subventions qui {étaient} liées au développement, à la production et/ou à la vente d'un aéronef particulier par nature cré{aient} une offre et, par conséquent, {avaient} une incidence directe, importante et durable sur la concurrence". (réponse des États-Unis à la question n° 286 du Groupe spécial, paragraphe 501)

lien plus direct et immédiat avec les prix et les ventes d'aéronefs que toutes autres subventions en cause dans le présent différend, comme les subventions pour la R&D aéronautique.[2515]

1253. Nous avons par ailleurs souscrit à l'évaluation du Groupe spécial selon laquelle les subventions FSC/ETI étaient plus susceptibles de produire des effets défavorables sur le commerce sur le marché.[2516] D'une manière générale, les subventions subordonnées aux exportations modifient les incitations dont peut bénéficier un producteur national, récompensent la discrimination en faveur de la production destinée aux marchés d'exportation par rapport au marché national et, de ce fait, réduisent les prix à l'exportation. Nous prenons également note de la durée des subventions FSC/ETI, que le Groupe spécial a considérée comme un facteur pertinent.[2517] Le régime FSC initial a été adopté avant la création de l'OMC, et il ressort du raisonnement du Groupe spécial que Boeing a bénéficié de ces subventions pendant de nombreuses années.[2518]

1254. En ce qui concerne l'importance des subventions fiscales liées, nous rappelons que ces subventions se sont élevées à 2,2 milliards de dollars pendant la période allant de 1989 à 2006.[2519] Les subventions FSC/ETI ont de loin représenté la majeure partie de ce montant, notamment parce que Boeing a commencé à recevoir les réductions du taux de l'impôt B&O uniquement pendant la période de référence.[2520] Boeing a été le principal bénéficiaire des subventions FSC/ETI pendant une période de six ans qui s'est terminée en 2002.[2521] Pendant la période de référence, Boeing a reçu 435 millions de dollars au titre des subventions FSC/ETI, 13,8 millions de dollars au titre de la réduction du taux de l'impôt B&O dans l'État de Washington et 2,2 millions de dollars au titre de la réduction du taux de l'impôt B&O dans la ville d'Everett.[2522] Il apparaît, en particulier lorsqu'ils sont considérés conjointement, que ces montants de subvention sont substantiels en termes absolus. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà fait observer, l'importance relative des subventions peut également être pertinente pour une analyse des effets des subventions sur les prix.[2523] Dans le présent différend, toutefois, il n'y a pas grand-chose dans le dossier du Groupe spécial qui peut nous aider à déterminer, sur une base généralisée, l'importance relative de ces subventions par rapport, par exemple, aux prix

[2515] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1807.
[2516] Voir *supra*, le paragraphe 1185.
[2517] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1811 et 7.1820.
[2518] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1811 et 7.1817.
[2519] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1811.
[2520] La réduction du taux de l'impôt B&O accordée par l'État de Washington est entrée en vigueur en 2003 (rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.43) et la réduction du taux de l'impôt B&O accordée par la ville d'Everett a été adoptée en 2004 (*ibid.*, paragraphe 7.308).
[2521] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1817.
[2522] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1811.
[2523] Voir *supra*, le paragraphe 1193.

sur les marchés pertinents[2524], aux coûts de production de Boeing, ou à la taille globale des marchés considérés ou des ventes réalisées par Boeing sur chacun de ces marchés.[2525] S'il est possible d'observer, à un niveau élevé de généralisation, que la valeur annuelle des ventes de Boeing est plusieurs fois supérieure à la valeur annuelle des subventions, ce fait à lui seul ne nous renseigne guère sur l'importance de ces montants, comme le Groupe spécial l'a également fait observer.[2526] Il en est ainsi parce que même des subventions assez faibles peuvent avoir des effets importants, en fonction de la nature des subventions et des circonstances dans lesquelles celles-ci sont reçues, y compris la structure du marché pertinent et les conditions de concurrence sur ce marché. Dans les circonstances du présent différend, par exemple, des considérations qui influeraient manifestement sur la question de l'importance de ces montants comprennent la nature des subventions en tant que subventions fiscales liées, la dynamique de la concurrence par les prix entre Boeing et Airbus sur un marché duopolistique, et la question de savoir si les avantages des subventions fiscales liées reçus par Boeing ont été appliqués à ses prix indistinctement dans toutes les ventes, ou s'ils ont été appliqués de manière disproportionnée pour faire baisser les prix uniquement en ce qui concerne certaines ventes.

1255. Il aurait peut-être été pertinent que le Groupe spécial compare l'importance des subventions par unité avec les prix ou les coûts de production par unité, mais il apparaît qu'il n'a pas effectué une telle analyse. Le Groupe spécial a toutefois fait état de certains éléments de preuve empiriques dont il a constaté qu'ils "montr{aient} très clairement l'importance qu'{avaient} les subventions FSC/ETI pour la capacité de Boeing à offrir des prix compétitifs par rapport à ceux d'Airbus".[2527] Certains de ces éléments de preuve ont trait à la question de l'importance de ces subventions. Le Groupe spécial a appelé l'attention sur des éléments de preuve indiquant qu'"au cours de la période de six ans qui s'{était} terminée en 2002, Boeing {avait} été le principal bénéficiaire des mesures FSC/ETI".[2528] Par ailleurs, il s'est référé à des déclarations faites par des dirigeants d'Airbus et de Boeing et par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, qui indiquaient que le but du programme était d'accroître la compétitivité de Boeing et que, sans les subentions FSC/ETI,

[2524] D'une manière générale, les renseignements sur les prix qui figurent au dossier du Groupe spécial ne constituent pas des éléments de preuve indiquant les prix réels imposés à des clients spécifiques lors de campagnes particulières. Bien qu'il y ait des éléments de preuve concernant les prix de catalogue pratiqués par chaque constructeur pour ses cellules de base, il est reconnu que ces prix de catalogue sont plus élevés que les prix réellement négociés avec les clients lorsque les commandes sont passées, surtout lors de campagnes de vente concurrentielles.

[2525] Divers comparateurs ont été présentés au Groupe spécial par les parties pour démontrer l'importance (Communautés européennes) ou l'absence d'importance (États-Unis) relative des subventions fiscales liées. Toutefois, le Groupe spécial n'a pas accepté le calcul de l'importance des subventions par aéronef effectué par les Communautés européennes (rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1813), ni tenté d'effectuer ce calcul lui-même.

[2526] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1816.

[2527] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818.

[2528] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1817.

Boeing perdrait une part de marché.[2529] En d'autres termes, comme le Groupe spécial l'a expliqué, cela prouvait que Boeing elle-même "considér{ait} les mesures FSC/ETI comme un aspect important de sa capacité à faire face à la concurrence".[2530] Prises conjointement, ces considérations ont convaincu le Groupe spécial que les subventions fiscales liées "{avaient} permis à Boeing de réduire ses prix en deçà du niveau qui aurait normalement été justifiable sur le plan économique".[2531] Sur cette base, nous estimons que le dossier étaye le point de vue selon lequel le montant absolu des subventions fiscales liées était important, et fournit des éléments à l'appui de l'affirmation selon laquelle ces montants avaient également une importance relative étant donné que, lorsqu'ils étaient utilisés stratégiquement, les avantages avaient une importance suffisante pour contribuer à la capacité de Boeing à remporter des ventes au détriment d'Airbus, ou à empêcher des hausses des prix d'Airbus, lors de campagnes particulières.

1256. Comme le Groupe spécial l'a reconnu dans son évaluation des effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique, "les conditions de concurrence particulières dans la branche de production des LCA" sont également un facteur pertinent quand il s'agit d'évaluer si les subventions ont causé un préjudice grave sur un marché particulier.[2532] Devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont soutenu que les conditions de concurrence dans la branche de production des LCA considérée incitaient Boeing à "utiliser les subventions pour baisser les prix de ses LCA sur les trois marchés de produits LCA, tout particulièrement lors de ce qu'il est convenu d'appeler les campagnes de vente "concurrentielles"".[2533]

1257. De nombreuses caractéristiques de la branche de production des LCA ont fait l'objet de constatations du Groupe spécial ou ne sont pas contestées. Nous rappelons que chacun des marchés de produits des LCA pertinents fonctionne comme un duopole, et qu'Airbus et Boeing possèdent chacune une puissance commerciale.[2534] De plus, le Groupe spécial a fait observer que chaque constructeur pouvait, par le biais de ses décisions concernant la fourniture et la fixation des prix,

[2529] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1817.
[2530] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1817.
[2531] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818.
[2532] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1765.
[2533] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1619. Les Communautés européennes ont indiqué les caractéristiques essentielles suivantes du marché des LCA qui, d'après ce qu'elles ont fait valoir, entraînaient cette incitation en matière de prix: "une structure de duopole caractérisée par une forte concurrence au niveau des prix et de la qualité, des rendements d'échelle croissants, une courbe d'apprentissage à forte pente, des frais de changement de fournisseur pour les clients, des produits hétérogènes, des aménagements spécifiques selon les clients, des volumes de commandes élevés et des productions en petites séries, et la nécessité d'un flux de livraisons continu". (*Ibid.* (faisant référence aux observations des Communautés européennes sur la réponse des États-Unis à la question n° 391 du Groupe spécial, paragraphe 334))
[2534] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1688.

influer sur la fixation des prix de l'autre constructeur.[2535] Nous considérons que cela veut dire que, même si un constructeur de LCA jouit d'une plus grande autonomie dans ses décisions concernant la fixation des prix lors de campagnes de vente qui sont moins sensibles en ce qui concerne le prix, cette flexibilité sera limitée et influencée lors de campagnes plus sensibles au prix par le comportement en matière de fixation des prix du constructeur de LCA rival. Sur ce marché duopolistique, les effets du comportement commercial d'une entreprise – y compris tous effets sur les prix résultant de subventions – auront forcément une incidence sur l'entreprise rivale.[2536]

1258. Les différences de prix, de capacité et de coûts d'exploitation directs des LCA concurrents sont les principaux facteurs qui déterminent l'issue des campagnes de vente de LCA.[2537] L'importance relative de chacun de ces facteurs, et la mesure dans laquelle il peut être déterminant dans une campagne spécifique, varie considérablement.[2538] Certaines campagnes de vente de LCA sont donc plus concurrentielles et plus sensibles au prix que d'autres.[2539] Les deux parties ont reconnu qu'étant donné que les caractéristiques de performance des LCA concurrents étaient établies au moment d'une campagne de vente, les principales variables qui pouvaient être modifiées au cours de cette campagne étaient les concessions de prix et les concessions liées au prix.[2540] Des concessions de prix peuvent compenser des désavantages associés à des facteurs autres que le prix, bien que dans certaines campagnes de vente, le montant de la concession de prix requise à cette fin puisse être important.[2541]

1259. En ce qui concerne le niveau de la concurrence par les prix lors de campagnes de vente particulières, il apparaît que le Groupe spécial a reconnu que la concurrence par les prix était plus

[2535] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1688.

[2536] Contrairement à ce qui se passe dans une structure de marché dans laquelle les pertes associées au comportement stratégique d'une entreprise particulière peuvent être réparties entre de nombreux fournisseurs, les effets d'une action commerciale menée par un membre d'un duopole pour, entre autres choses, baisser le prix, augmenter la production ou accroître les importations seront subis uniquement par le rival de cette entreprise.

[2537] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1694. Les clients calculent la valeur actuelle nette des offres concernant des LCA en comparant la valeur actuelle des coûts associés à l'acquisition d'un aéronef par rapport à la valeur actuelle du flux de recettes que la flotte proposée devrait permettre de réaliser. (rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1694 (faisant référence à C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business from the Perspective of a Manufacturer" (March 2007) (pièce EC-11 présentée au Groupe spécial (RCC)), paragraphes 76 à 78))

[2538] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1694 et note de bas de page 3568 y relative (faisant référence à R.P. Muddle, Airline Capital Associates, Inc., "The Dynamics of the Large Civil Aircraft Industry" (March 2007) (pièce EC-10 présentée au Groupe spécial), paragraphe 49).

[2539] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1694 et 7.1820.

[2540] Réponse des Communautés européennes à la question n° 81 du Groupe spécial, paragraphe 321; observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 81 du Groupe spécial, paragraphe 275.

[2541] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1694 (faisant référence à R.P. Muddle, Airline Capital Associates, Inc., "The Dynamics of the Large Civil Aircraft Industry" (March 2007) (pièce EC-10 présentée au Groupe spécial), paragraphes 98 à 102).

intense dans certaines campagnes que dans d'autres.[2542] Il a en outre indiqué certaines circonstances dans lesquelles des considérations de prix étaient plus susceptibles d'influencer la décision d'achat d'un client, y compris lorsque l'acheteur était une société de location et non une compagnie aérienne.[2543] Par ailleurs, nous notons que Boeing a modifié sa stratégie globale en matière de fixation des prix fin 2004/2005 et est devenue plus "agressive" à ce niveau.[2544] Qui plus est, il apparaît que le prix était une considération particulièrement importante sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges en raison du degré relativement élevé de substituabilité entre l'A320 et le 737NG[2545], et du fait que de nombreux clients sur ce marché de produit étaient des transporteurs à bas coût, qui étaient particulièrement sensibles aux prix.[2546] Nous relevons également que, du moins dans certains cas, la concurrence entre constructeurs de LCA rivaux est affectée par les "frais de changement de fournisseur" – c'est-à-dire les frais que les acheteurs qui exploitent une famille d'aéronefs doivent supporter pour changer de fournisseur.[2547] L'existence de frais de changement de fournisseur dans une campagne de vente particulière implique qu'un fournisseur en place a un avantage en matière de prix que le fournisseur rival devra compenser dans son offre globale.

1260. D'une manière générale, une entreprise cherchant à maximiser ses bénéfices fixera le prix de ses produits à un niveau qui lui garantira la possibilité de couvrir son coût moyen de production majoré d'une marge bénéficiaire, dont l'importance dépendra des conditions de concurrence sur le marché.[2548] Toutes choses étant égales par ailleurs, une entreprise qui reçoit une subvention liée à la production ou aux ventes a la capacité de baisser son prix tout en réalisant quand même la même marge bénéficiaire. En effet, la subvention augmente la capacité qu'a l'entreprise de baisser ses prix

[2542] Ainsi, par exemple, le Groupe spécial a fait référence à "la sensibilité au prix de certaines campagnes de vente de LCA importantes". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1820)

[2543] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3567 relative au paragraphe 7.1694 (faisant référence à C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business from the Perspective of a Manufacturer" (March 2007) (pièce EC-11 présentée au Groupe spécial (RCC)), paragraphe 36), et note de bas de page 3557 relative au paragraphe 7.1689 (faisant référence à R.P. Muddle, Airline Capital Associates, Inc., "The Dynamics of the Large Civil Aircraft Industry" (March 2007) (pièce EC-10 présentée au Groupe spécial), paragraphe 26).

[2544] Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.2 – Le modèle Cabral, page 862, paragraphe 68 et note de bas de page 4250 y relative.

[2545] Voir *supra*, la note de bas de page 2344. Bien que les prix des cellules négociés au moment où des LCA sont commandés soient généralement plus bas que les prix de catalogue, nous notons qu'il existe une gamme semblable de prix de catalogue pour le 737NG et l'A320. (Voir *supra*, le paragraphe 1154.)

[2546] Deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 889; première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 1027.

[2547] Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3776 relative au paragraphe 7.1818 (faisant référence à R.P. Muddle, "The Dynamics of the Large Civil Aircraft Industry" (March 2007) (pièce EC-10 présentée au Groupe spécial), paragraphe 97; à C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business From the Perspective of a Manufacturer" (March 2007) (pièce EC-11 présentée au Groupe spécial (RCC)), paragraphe 53; et à Dr. J. Jordan and Dr. G. Dorman, "Reply to the Report of Professor Cabral" (NERA Economic Consulting, 2007) (pièce US-3 présentée au Groupe spécial), page 15).

[2548] En principe, une marge bénéficiaire est escomptée dans des conditions de concurrence imparfaite, comme un duopole.

pour obtenir une vente, en dépit du fait que le résultat d'une vente donnée quelconque, et l'importance du prix pour ce résultat, sera quand même dicté par les conditions de concurrence existantes, y compris la puissance commerciale et les stratégies en matière de fixation des prix des participants, sur un marché particulier. Dans le présent différend, nous estimons que, compte tenu de la nature des subventions fiscales liées, de leur fonctionnement dans le temps, de leur importance et des conditions de concurrence sur le marché des LCA, Boeing avait la capacité d'utiliser les subventions fiscales liées pour baisser les prix et était incitée à le faire, et qu'il était fort probable que cela se soit produit lors de campagnes de vente qui étaient particulièrement concurrentielles et sensibles sur le plan du prix. Sur cette base, dans les cas où il peut être établi que Boeing subissait une pression particulière en vue de réduire ses prix afin d'obtenir des ventes de LCA lors de campagnes de vente particulières, et où il n'y a pas d'autres facteurs autres que le prix qui expliquent que Boeing a réussi à obtenir la vente ou à empêcher des hausses des prix d'Airbus, nous pouvons conclure que les subventions ont contribué d'une manière réelle et substantielle à la baisse des prix de Boeing. Nous sommes par ailleurs convaincus que ces réductions de prix sur les marchés en cause ont eu pour effet de permettre à Boeing de remporter la vente au détriment d'Airbus, ou de contraindre Airbus à empêcher la hausse de son propre prix pour obtenir la vente. Bien que nous estimions que cette dynamique s'est clairement manifestée dans les campagnes de vente de LCA dans lesquelles la concurrence par les prix entre les constructeurs de LCA était particulièrement intense, nous ne sommes pas convaincus que l'on peut supposer qu'il en a été ainsi lors de chacune des campagnes de vente sur les marchés de LCA pertinents.

1261. Il s'ensuit que nous n'estimons pas que les constatations factuelles et les faits incontestés tirés du dossier du Groupe spécial qui se rapportent à la nature et à l'importance des subventions, et aux conditions de concurrence sur les marchés considérés, sont en eux-mêmes suffisants pour établir le lien de causalité requis entre les subventions fiscales liées et les effets sur les ventes et les prix des LCA d'Airbus sur une base généralisée. Au contraire, nous ne pouvons établir une constatation de préjudice grave sur la base de ce qui précède que si nous pouvons également identifier des faits incontestés dans le dossier du Groupe spécial qui nous convainquent que la dynamique de fixation des prix exposée plus haut s'est manifestée lors de campagnes de vente de LCA particulières.[2549] Par conséquent, nous poursuivons notre examen des constatations factuelles et faits incontestés pertinents et examinons soigneusement, en particulier, le dossier du Groupe spécial tel qu'il se rapporte à des

[2549] Voir la section VI.B-2 du présent rapport. Cette approche est analogue à celle que l'Organe d'appel a adoptée dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 924 à 929, 1175, 1178 et 1180 à 1202.)

campagnes de vente de LCA particulières menées durant la période de référence sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges.[2550]

1262. Nous avons examiné les éléments de preuve relatifs à des campagnes de vente qui figurent dans les annexes E et F (RCES) de la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial. Ces annexes présentent les différentes campagnes de vente qui, comme les Communautés européennes l'ont affirmé, illustrent et étayent l'allégation selon laquelle les prix bas de Boeing permis par les subventions ont causé un préjudice grave. L'annexe E identifie onze campagnes de vente sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges – dont cinq étaient présentées à l'appui de l'allégation de pertes de ventes notables formulée par les Communautés européennes[2551]; et six étaient présentées à l'appui de leur allégation d'empêchement notable de hausses de prix.[2552] L'annexe F identifie quatre campagnes de vente sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges – dont trois étaient présentées à l'appui de l'allégation de pertes de ventes notables formulée par les Communautés européennes[2553]; et une était présentée à l'appui de leur allégation d'empêchement notable de hausses de prix.[2554] Nous avons également examiné les communications ultérieures des États-Unis et des Communautés européennes qui contenaient des arguments et éléments de preuve concernant ces diverses campagnes de vente.[2555] Dans leurs communications, les Communautés

[2550] Nous n'excluons pas la possibilité que l'existence d'un préjudice grave ait pu être établie sur ces marchés de produit de LCA sur une autre base, peut-être sans le recours aux circonstances de campagnes de vente particulières. Toutefois, compte tenu du dossier du Groupe spécial dont nous disposons, nous n'estimons pas pouvoir compléter l'analyse et établir une quelconque constatation de préjudice grave en l'absence d'un tel examen.

[2551] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1622. Les éléments de preuve concernant des *pertes de ventes* sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges comprenaient les campagnes de vente suivantes: Ryanair (2000-2002); JAL (2005); Singapore Airline Leasing Enterprise (2005); Lion Air (2005); et DBA (2005). Les Communautés européennes ont également expliqué que ces campagnes prouvaient qu'il y avait eu détournement des exportations d'A320 d'Airbus et entrave à ces exportations sur les marchés de pays tiers du Japon, de Singapour et de l'Indonésie.

[2552] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1622. Les éléments de preuve concernant un *empêchement de hausses de prix* sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges comprenaient les campagnes de vente suivantes: easyJet (2002); Air Berlin (2004); Iberia (2005); Aegean (2005); Air Asia (2005); et Hamburg International (2005).

[2553] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1622. Les éléments de preuve concernant des *pertes de ventes* sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges comprenaient les campagnes de vente suivantes: Singapore Airlines (2004); Air New Zealand (2004); et Cathay Pacific (2005). Les Communautés européennes ont également expliqué que ces campagnes prouvaient qu'il y avait eu détournement des exportations d'A340 d'Airbus et entrave à ces exportations sur les marchés de pays tiers de Singapour, de la Nouvelle-Zélande et de Hong Kong, Chine.

[2554] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1622. Les éléments de preuve concernant un *empêchement de hausses de prix* sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges comprenaient une unique campagne de vente impliquant Lufthansa (2004).

[2555] Voir la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES) et annexe F – Annexe concernant la campagne du 777 (RCES); première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES); deuxième communication écrite des Communautés

européennes ont fait état d'une dynamique de fixation de prix concurrentiels pour chacune des campagnes dans lesquelles Boeing et Airbus avaient présenté une série d'offres et de contre-offres de moins en moins élevées aux clients. Les États-Unis n'ont pas contesté la description factuelle de la négociation faite pour chacune de ces campagnes par les Communautés européennes, en particulier l'identité du client, le moment où la campagne avait eu lieu, le nombre de commandes de LCA obtenues ou l'identité du constructeur qui avait réussi à obtenir les commandes. Les États-Unis n'ont pas non plus contesté que, dans chaque campagne de vente, Boeing et Airbus avaient toutes deux donné suite aux demandes de propositions faites par une compagnie aérienne ou une société de location, et qu'elles avaient chacune présenté plus d'une offre au cours de la négociation.

1263. Toutefois, les parties ne s'entendaient pas sur la mesure dans laquelle les subventions fiscales liées avaient contribué aux effets sur le marché subis par Airbus sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges. Les Communautés européennes ont soutenu que le prix était un élément essentiel dans les négociations avec les clients, et que, dans toutes les campagnes de vente, *** ***][2556] En ce qui concerne les campagnes de vente présentées en tant qu'éléments de preuve indiquant des pertes de ventes et un détournement et une entrave, les Communautés européennes ont fait valoir que Boeing avait offert son LCA à un prix net qui était inférieur à celui qu'Airbus pouvait raisonnablement offrir pour son produit, et que l'importance des subventions en cause était suffisante pour couvrir la marge de victoire entre les prix finals nets de Boeing et d'Airbus.[2557] En ce qui concerne les campagnes de vente présentées en tant qu'éléments de preuve indiquant un empêchement de hausses de prix, les Communautés européennes ont fait valoir que Boeing avait pu se servir de sa solidité financière renforcée par les subventions pour maintenir une pression sur Airbus afin qu'elle baisse ses prix.[2558]

1264. Dans leur réfutation des éléments de preuve relatifs aux campagnes de vente présentés par les Communautés européennes, les États-Unis ont identifié un certain nombre d'"autres facteurs" qui, à leur avis, affaiblissaient le lien de causalité entre les subventions fiscales liées et les effets sur le marché influant sur les ventes et les prix des LCA d'Airbus. Nous avons expliqué que le Groupe spécial aurait dû examiner si les considérations et facteurs identifiés par les États-Unis constituaient

---

européennes au Groupe spécial, Appendice RCES intégral; deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Appendice RCES intégral.

[2556] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphes 3 à 7 et 64 à 67; et annexe F – Annexe concernant les campagnes du 777 (RCES), paragraphes 2 à 5, 39 et 40.

[2557] Voir la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphes 14, 27, 36, 44, 56 et 57. Voir aussi *ibid.*, annexe F – Annexe concernant les campagnes du 777 (RCES), paragraphes 11, 21, 29 et 31.

[2558] Voir la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphes 80, 92, 101, 113, 123, 131 et 132. Voir aussi *ibid.*, annexe F – Annexe concernant les campagnes du 777 (RCES), paragraphe 55.

d'"autres facteurs" et, dans l'affirmative, comment, en relation avec les subventions fiscales liées, ils contribuaient aux effets sur les ventes et les prix des LCA d'Airbus. Or, le Groupe spécial ne l'a pas fait. Dans les cas où les États-Unis ont présenté d'autres facteurs ayant trait à des campagnes de vente particulières qui pouvaient expliquer les effets sur les ventes et les prix des LCA d'Airbus, nous devons traiter comme étant contestée la question de savoir si l'autre ou les autres facteurs suffisaient ou non à atténuer un rapport réel et substantiel entre les subventions fiscales liées et ces effets. Par conséquent, dans ces circonstances, nous ne pourrons pas compléter l'analyse en ce qui concerne ces campagnes de vente.

1265. Les autres facteurs allégués par les États-Unis comprenaient les suivants: i) des clients dotés de flottes de Boeing avaient pris en compte les frais de changement de fournisseur dans leurs décisions, de sorte qu'Airbus avait été obligée de baisser ses prix afin de compenser les frais liés au passage à l'exploitation de flottes d'Airbus[2559]; ii) l'infériorité technologique des LCA d'Airbus avait contribué à la nécessité pour Airbus de réduire ses prix afin de demeurer concurrentielle, en particulier sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges[2560]; iii) Airbus elle-même était responsable des attentes de prix bas des clients en raison des bas prix qu'elle avait offerts à d'autres clients lors de campagnes de vente antérieures[2561]; et iv) certains clients souhaitaient acquérir des aéronefs pour divers marchés de LCA, y compris le marché des LCA de 200 à 300 sièges, dans le cadre de la même commande, et ces clients avaient finalement choisi l'offre globale de Boeing en raison de leur préférence pour le 787.[2562]

1266. À notre avis, certains autres facteurs identifiés par les États-Unis étaient clairement capables d'atténuer un rapport réel et substantiel entre les subventions fiscales liées et les effets sur les ventes et les prix des LCA d'Airbus, en particulier lorsqu'ils permettaient à Boeing d'éviter de faire des concessions de prix additionnelles lors de campagnes de vente particulières.[2563] Par exemple, les

[2559] Voir, par exemple, la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphes 82, 92, 105, 110, 127, 131, 135 et 139.

[2560] Voir, par exemple, la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphes 115, 129, 148, 156, 159 et 167.

[2561] Voir, par exemple, la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphes 112 et 116.

[2562] Voir, par exemple, la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphe 148. Il s'agit de la campagne impliquant Air New Zealand, pour laquelle les États-Unis ont aussi identifié un "autre facteur" potentiellement valable lié à l'efficacité énergétique du 777 par rapport à l'A340. Voir *infra*, le paragraphe 1268.

[2563] Voir le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3569 relative au paragraphe 7.1694 (faisant référence à C. Scherer, Airbus SAS, "Commercial Aspects of the Aircraft Business from the Perspective of a Manufacturer" (mars 2007) (pièce EC-11 présentée au Groupe spécial (RCC), paragraphes 76 à 78). Dans cette note, le Groupe spécial a dit ce qui suit:

> Selon M. Scherer, la plupart des désavantages par rapport à la proposition du constructeur de LCA concurrent {pouvaient} être compensés par l'octroi de concessions additionnelles, sous réserve des limites qu'impos{ait} la

États-Unis ont fait valoir que lorsque Boeing était le fournisseur en place lors de certaines campagnes de vente, elle bénéficiait d'un avantage en matière de frais de changement de fournisseur. De même, ils ont soutenu qu'en ce qui concernait certaines campagnes de vente, Boeing avait bénéficié d'autres avantages autres que le prix en raison des caractéristiques supérieures de ses aéronefs, comme la plus grande efficacité énergétique du 777 par rapport à l'A340. Comme nous l'avons expliqué plus haut, dans les cas où ces conditions étaient présentes, cela donne à penser que Boeing aurait pu avoir un avantage qui ne la soumettait pas à la même pression pour baisser les prix des LCA.[2564] Dans ces circonstances, nous n'avons pas pu conclure qu'il y avait un rapport réel et substantiel entre les subventions fiscales liées et les effets sur le marché par le biais de la baisse des prix de Boeing, étant donné qu'Airbus avait peut-être perdu la vente ou empêché la hausse de ses prix pour des raisons autres que les prix bas de Boeing.

1267. Nous avons aussi expliqué qu'il était possible que certains "autres facteurs" ne soient pas capables d'atténuer un rapport réel et substantiel entre les subventions fiscales liées et les effets sur le marché s'ils étaient en partie dus à la dynamique de fixation de prix concurrentiels régnant sur un marché duopolistique.[2565] Dans ces circonstances, l'ordre dans lequel les prix ont été réduits par Boeing et Airbus lors de campagnes de vente particulières ou au fil du temps a peu d'incidence sur la question de savoir si les subventions servaient à opérer des réductions de prix des LCA de Boeing et entraîner des pertes de ventes et un empêchement de hausses de prix pour Airbus. En fait, sur la base de l'exposé qu'a fait le Groupe spécial de la nature, de la durée et de l'importance des subventions fiscales liées et des conditions de concurrence dans la branche de production des LCA, le fait que Boeing a réduit ses prix en raison d'une intense concurrence fondée sur les prix régnant sur un marché duopolistique est crucial. Par conséquent, nous n'estimons pas que ces observations au sujet de l'ordre des réductions de prix constituent d'"autres facteurs" à évaluer en relation avec l'action causale des subventions fiscales liées.

1268. S'agissant des quatre campagnes de vente sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges, les États-Unis ont soutenu que Boeing avait bénéficié d'un avantage technologique recherché par les clients, à savoir l'efficacité énergétique que présentait le 777 bimoteur par rapport à l'A340 quadrimoteur.[2566] Nous estimons qu'il s'agit d'un "autre facteur" potentiellement valable contribuant aux effets sur les ventes et les prix des LCA d'Airbus, mais nous notons que l'importance causale de

---

> rentabilité. À l'inverse, chaque avantage par rapport à la proposition du concurrent {pouvait} être utilisé pour éviter de faire des concessions additionnelles{.}

[2564] Voir *supra*, le paragraphe 1214.

[2565] Voir *supra*, le paragraphe 1213.

[2566] Il s'agissait des campagnes de vente suivantes: Singapore Airlines (2004); Air New Zealand (2004); Lufthansa (2004); et Cathay Pacific (2005).

ce facteur est contestée entre les parties et que le Groupe spécial n'a formulé aucune constatation quant à la pertinence de ce facteur dans des campagnes de vente particulières. Nous ne pouvons donc pas compléter l'analyse en ce qui concerne ces campagnes de vente.

1269. S'agissant de neuf des onze campagnes de vente sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges, les États-Unis ont soutenu que Boeing avait bénéficié d'un avantage technologique recherché par les clients[2567] ou d'un avantage en matière de frais de changement de fournisseur.[2568] Ces deux affirmations constituent aussi d'"autres facteurs" valables contribuant potentiellement aux effets sur les ventes et les prix des LCA d'Airbus. Puisque l'importance causale de ces facteurs est contestée entre les parties et que le Groupe spécial n'a formulé aucune constatation quant à leur pertinence dans des campagnes de vente particulières, nous ne pouvons pas compléter l'analyse en ce qui concerne ces campagnes.

1270. En ce qui concerne deux campagnes de vente restantes sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges, toutes deux en relation avec des pertes de ventes alléguées sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges, les États-Unis n'ont pas spécifiquement identifié les avantages autres que le prix susmentionnés comme étant d'"autres facteurs" contribuant aux effets sur les ventes et les prix d'Airbus.

1271. S'agissant des deux campagnes de vente restantes, nous notons qu'en février 2005, Japan Airlines ("JAL") a conclu avec Boeing un accord ayant donné lieu à 30 commandes fermes, et à dix options, visant des 737NG[2569]; et que Singapore Aircraft Leasing Enterprise ("SALE") a conclu avec Boeing, en mai 2005, un accord ayant donné lieu à 20 commandes fermes, et à 20 droits d'achat, visant des 737NG.[2570] En ce qui concerne les deux campagnes, les parties sont convenues que Boeing et Airbus étaient engagées dans un processus de négociation comportant plusieurs offres.[2571] Nous

[2567] Il s'agit des campagnes de vente suivantes: Iberia (2005); et Lion Air (2005).

[2568] Il s'agit des campagnes de vente suivantes: easyJet (2002); Ryanair (2002); Air Berlin (2004); DBA (2005); Aegean (2005); Air Asia (2005); Lion Air (2005); et Hamburg International (2005).

[2569] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphe 37; première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphe 120 (faisant référence au communiqué de presse de JAL, *Japan Airlines Decided on Boeing 737 Next Generation Series* (4 February 2005) (pièce US-1064 présentée au Groupe spécial (RCES)).

[2570] Première communication écrite des Communautés européenes au Groupe spécial, Annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphe 8; Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphe 122 (faisant référence au communiqué de presse de SALE, *SALE to order up to 40 Boeing Next-Generation 737 Aircraft* (26 May 2005) (pièce US-1068 présentée au Groupe spécial (RCES))).

[2571] En ce qui concerne la campagne impliquant JAL, JAL a accepté des offres à la fois de Boeing et d'Airbus. (première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphes 120 et 121; et première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES),

prenons en outre note des déclarations RCC et RCES versées au dossier du Groupe spécial, non contestées par les parties, qui démontrent que ces campagnes étaient, par nature, particulièrement sensibles aux prix et que tant Boeing qu'Airbus avaient des incitations stratégiques similaires les ayant menées à se livrer à une concurrence intense sur le plan des prix afin de remporter la vente.[2572] De plus, les États-Unis n'ont pas spécifiquement identifié d'autres facteurs, tels que les frais de

---

paragraphes 37 à 44) [[[RCES]]
***
[[RCES]] [[RCES]]]. (première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphes 38, 40 et 42) [
[[RCES]]
*** [[RCES]]
[[RCES]]]. (*Ibid.*, paragraphes 38 à 42) En ce qui concerne la campagne impliquant SALE, [***
[[RCES]]]. (première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphes 122 à 125; première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphes 8 à 14) [
***]. (première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphe 9) [
*** [[RCES]]]. (première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphe 124) [[[RCES]]
*** [[RCES]]]. (première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphe 12)

[2572] En ce qui concerne la campagne impliquant JAL, les États-Unis ont affirmé que JAL souhaitait commander des aéoronefs pour remplacer ses 737, MD-80 et MD-90 vieillissants. [[[RCES]] ***]. (première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphe 121) Les États-Unis ont fait valoir qu'étant donné les implications d'une victoire d'Airbus dans cette campagne, Boeing était fortement incitée à mener une concurrence acharnée pour conserver JAL comme client. (*Ibid.*) [
***
]. (deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe RCES, paragraphe 125) [
*** [[RCES]]
]. (première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphe 41) En ce qui concerne la campagne impliquant SALE, [***
[[RCES]]]. (première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphe 124 [
*** [[RCES]]
]. (*Ibid.*, paragraphe 125) [
*** [[RCES]]
]. (première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphe 9) [
*** [[RCES]]]. (deuxième communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe RCES, paragraphe 129)

changement de fournisseur, qui auraient pu démontrer que Boeing avait un avantage lors de ces campagnes qui l'aurait amenée à remporter la vente pour une raison autre que le prix.[2573] Nous avons expliqué que, vu la nature des subventions fiscales liées, leur fonctionnement dans le temps, leur importance et les conditions de concurrence sur le marché des LCA, Boeing avait la capacité d'utiliser les subventions fiscales liées pour baisser les prix et était incitée à le faire, et qu'il était fort probable que cela se soit produit lors de campagnes de vente qui étaient particulièrement concurrentielles et sensibles sur le plan du prix. Nous avons aussi expliqué que dans les cas où il pouvait être établi que Boeing subissait une pression particulière en vue de réduire ses prix afin d'obtenir une vente de LCA lors d'une campagne de vente particulière, et où il n'y avait pas d'autres facteurs autres que le prix qui expliquaient qu'elle avait réussi à obtenir la vente, nous pouvions conclure que les subventions avaient contribué d'une manière réelle et substantielle à la baisse des prix de Boeing. Les faits non controversés versés au dossier du Groupe spécial démontrent que Boeing avait subi une pression particulière en vue de réduire ses prix afin de remporter les ventes lors de ces deux campagnes. Par conséquent, nous concluons qu'en contribuant à la baisse des prix de Boeing, les subventions FSC/ETI et la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington constituaient une cause réelle et substantielle de la perte de ces ventes par Airbus au profit de Boeing.

[2573] En ce qui concerne la campagne impliquant JAL, nous avons noté *supra*, à la note de bas de page 2572, l'affirmation des États-Unis selon laquelle JAL souhaitait commander des aéronefs pour remplacer sa flotte de Boeing vieillissants et selon laquelle [***]. (première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphe 121) Nous ne pensons pas que cela corresponde à un facteur pouvant atténuer la contribution causale des subventions fiscales liées dans les circonstances de cette campagne. Le fait que les États-Unis ont reconnu que tant Boeing qu'Airbus agissaient suivant des incitations stratégiques similaires pour obtenir la vente renforce l'importance de la concurrence par les prix dans cette campagne. De plus, même si l'on accepte l'argument selon lequel les constructeurs de LCA ont généralement un avantage en matière de frais de changement de fournisseur en ce qui concerne les clients actuels, les États-Unis ont fait valoir que les frais de changement de fournisseur n'intervenaient pas dans les ventes d'aéronefs de dernière génération. (Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.2 – Le modèle Cabral, pages 879 et 880, paragraphe 49 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 855)) En ce qui concerne la campagne impliquant SALE, les États-Unis ont fait valoir que [***]. (première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphe 122) Nous n'estimons pas non plus que cela corresponde à un facteur pouvant atténuer la contribution causale des subventions fiscales liées dans les circonstances de cette campagne. Le Groupe spécial a reconnu que les sociétés de location, comme SALE, achetaient généralement des aéronefs auprès des deux constructeurs. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1688) De plus, nous notons que les États-Unis ont affirmé que les sociétés de location n'étaient pas concernées par des frais de changement de fournisseur, vraisemblablement parce que c'était les compagnies aériennes, et non les sociétés de location, qui assumaient les coûts d'exploitation des aéronefs loués. (Réponse des États-Unis à la question nº 95 du Groupe spécial, paragraphe 244 et note de bas de page 286 y relative)

1272. De plus, nous devons évaluer si les ventes qu'Airbus a perdues lors de ces deux campagnes pouvaient être considérées comme "notables".[2574] Le terme "notable" a été interprété par l'Organe d'appel comme désignant "quelque chose qui pouvait être qualifié d'important, digne d'être noté ou lourd de conséquences".[2575] L'Organe d'appel a aussi estimé que l'évaluation de la question de savoir si une perte de vente était notable pouvait avoir à la fois une dimension quantitative et une dimension qualitative.[2576] Nous notons que la campagne impliquant SALE a donné lieu à 20 commandes fermes et à 20 droits d'achat[2577], tandis que la campagne impliquant JAL a donné lieu à 30 commandes fermes et à dix options.[2578] [

***

.[2579]

***

.[2580]] De plus, comme nous l'avons noté plus haut, ces campagnes étaient très concurrentielles sur le plan des prix, non seulement en raison de la conséquence directe pour les constructeurs de LCA au plan des effets sur les recettes et la production liés à la vente de plusieurs LCA, mais aussi en raison de l'importance stratégique de l'obtention d'une vente auprès d'un client donné.[2581] Pour ces

---

[2574] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1215.

[2575] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 426 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1326).

[2576] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1218.

[2577] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphe 8; première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphe 122 (faisant référence au communiqué de presse de SALE, *SALE to order up to 40 Boeing Next-Generation 737 Aircraft* (26 May 2005) (pièce US-1068 présentée au Groupe spécial (RCES))).

[2578] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphe 37; première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, Annexe concernant les campagnes des États-Unis (RCES), paragraphe 120 (faisant référence au communiqué de presse de JAL, *Japan Airlines Decided on Boeing 737 Next Generation Series* (4 February 2005) (pièce US-1064 présentée au Groupe spécial (RCES))).

[2579] Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphe 62. [

***

].

[2580] [

***

]. (première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Annexe E – Annexe concernant les campagnes du 737NG (RCES), paragraphe 62)

[2581] Dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a pris note du point de vue du Groupe spécial selon lequel, mis à part la perte des effets directs sur les recettes, les pertes de ventes étaient notables parce qu'elles pouvaient priver un constructeur de la "capacité … de bénéficier des effets d'apprentissage et des économies d'échelle importants dans cette branche de production" et "{d}es avantages d'être le fournisseur en place d'un client donné en ce qui concern{ait} les achats ultérieurs". (Rapport

raisons, nous estimons que ces campagnes de vente perdues sont notables au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*.

1273. Dans ces circonstances, nous estimons qu'il y a une base suffisante pour que nous complétions l'analyse juridique et concluions qu'il y a un rapport de causalité réel et substantiel entre les subventions FSC/ETI et la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, par le biais de leurs effets sur les prix de Boeing, et les pertes de ventes notables subies par Airbus lors de ces deux campagnes de vente.

5. Conclusion

1274. Nous avons infirmé les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les subventions FSC/ETI et les réductions du taux de l'impôt B&O avaient causé un empêchement notable de hausses de prix, des pertes de ventes notables et un détournement ou une entrave sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges, et donc un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes, au sens des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC*. En complétant l'analyse, nous avons constaté que lors de deux campagnes de vente, les subventions FSC/ETI et la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington avaient causé, par le biais de leurs effets sur les prix pratiqués par Boeing pour le 737NG, des pertes de ventes notables pour Airbus au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*. Nous *constatons* donc que les subventions FSC/ETI et la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington ont causé un préjudice grave sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges au sens des articles 5 c) et 6.3 c) de l'*Accord SMC*.

E. *Évaluation collective des subventions et de leurs effets*

1. Introduction

1275. L'Union européenne conteste deux décisions prises par le Groupe spécial pour évaluer séparément les effets allégués de différents groupes de subventions. Pour chacun d'eux, l'Union européenne affirme qu'en refusant d'effectuer une évaluation intégrée des effets des subventions pertinentes, le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*. Les erreurs particulières alléguées sont les suivantes: i) le refus du Groupe spécial d'évaluer collectivement les effets des réductions du taux de l'impôt B&O et les effets des subventions pour la R&D aéronautique[2582]; et ii) le fait que le Groupe spécial n'a pas évalué

---

de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1219 (citant le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1845))

[2582] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.

collectivement les effets des subventions fiscales liées (les subventions FSC/ETI et les réductions du taux de l'impôt B&O) et les effets de huit autres mesures de subventionnement (les "subventions restantes").

1276. Pour ce qui est de la première erreur alléguée, qui concerne uniquement l'analyse du marché des LCA de 200 à 300 sièges effectuée par le Groupe spécial, l'Union européenne nous demande uniquement d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle il n'était pas "approprié d'agréger les effets des {réductions du taux de} l'impôt B&O sur les prix fixés par Boeing pour le 787 avec les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur le développement par Boeing de technologies appliquées au 787".[2583] S'agissant de la *deuxième* erreur alléguée, qui concerne les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et des LCA de 300 à 400 sièges[2584], l'Union européenne nous demande d'infirmer le raisonnement[2585] qui a amené le Groupe spécial à évaluer les effets des subventions restantes isolément des subventions fiscales liées, de même que la conclusion finale du Groupe spécial selon laquelle les subventions restantes n'ont pas "caus{é} un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes".[2586] En outre, et du fait de cette deuxième erreur alléguée, l'Union européenne nous demande de constater que le Groupe spécial aurait dû évaluer les effets collectifs de ces deux groupes de subventions, ainsi que de compléter l'analyse et de constater que les subventions fiscales liées et les subventions restantes causent collectivement des effets défavorables sur les marchés de produit en cause.[2587]

1277. Avant d'examiner ces motifs d'appel, nous jugeons utile d'identifier l'approche générale employée par le Groupe spécial pour analyser le grand nombre de mesures de subventionnement qui étaient pertinentes pour son analyse du préjudice grave. Plus précisément, le Groupe spécial a analysé

[2583] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.

[2584] Bien que l'Union européenne n'ait pas, dans sa communication en tant qu'appelant, expressément indiqué si ce motif d'appel se rapportait aux trois marchés de LCA, ou uniquement aux deux marchés de LCA sur lesquels le Groupe spécial a constaté que les subventions fiscales liées avaient causé des effets défavorables, nous estimons que ce motif d'appel se rapporte en définitive uniquement aux deux derniers marchés de LCA, et non au marché des LCA de 200 à 300 sièges. Notre interprétation est fondée: i) sur le fait que, comme il est indiqué *infra*, aux paragraphes 1313 et 1327, l'Union européenne n'a pas fait appel de la décision du Groupe spécial de ne pas examiner les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur les prix de Boeing; et ii) sur les précisions données par l'Union européenne à l'audience, selon lesquelles elle ne demandait pas que l'analyse soit complétée en ce qui concerne la question du lien de causalité entre les réductions du taux de l'impôt B&O et les prix de Boeing, et la question connexe de savoir si les effets de ces subventions pouvaient être cumulés avec les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Il s'ensuit que, comme il n'a pas été constaté qu'il existait un lien de causalité réel et substantiel entre les subventions fiscales liées qui s'appliquaient au marché des LCA de 200 à 300 sièges (les réductions du taux de l'impôt B&O) et les effets défavorables sur ce marché de produit, et comme l'Union européenne n'a pas fait valoir que les effets des subventions restantes devraient être cumulés avec les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, ce motif d'appel ne se rapporte pas au marché des LCA de 200 à 300 sièges.

[2585] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1827 et 7.1828.

[2586] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1828.

[2587] Communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 192.

les effets collectifs de plusieurs mesures de subventionnement *dans* chacun des trois groupes de subventions suivants.

1278. Premièrement, le Groupe spécial a analysé collectivement les effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique, dont il a constaté qu'elles s'élevaient à au moins 2,6 milliards de dollars et étaient constituées par: i) les versements faits à Boeing et l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA accordé à Boeing par la NASA conformément à des contrats d'achat et à des accords au titre de la Loi sur l'espace conclus dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique en cause; et ii) les versements faits à Boeing et l'accès aux installations de l'USDOD accordé à Boeing par l'USDOD conformément à des instruments d'aide établis dans le cadre des 23 programmes RDT&E en cause.[2588]

1279. Deuxièmement, le Groupe spécial a analysé collectivement les effets sur les prix des subventions fiscales liées, dont il a constaté qu'elles s'élevaient à environ 2,2 milliards de dollars et étaient constituées par: i) les exonérations d'impôt et exclusions du champ de l'impôt accordées à Boeing au titre de la législation FSC/ETI[2589]; ii) la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington[2590]; et iii) la réduction du taux de l'impôt B&O de la ville d'Everett.[2591]

1280. Troisièmement, dans la mesure où il a analysé les effets sur les prix des subventions restantes, le Groupe spécial semble avoir effectué une seule analyse de leurs effets collectifs. Ces huit subventions, dont le Groupe spécial a constaté qu'elles totalisaient 550 millions de dollars, comprennent[2592]: i) les abattements de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes accordés à Boeing en vertu des IRB émises par la ville de Wichita, au Kansas; ii) les crédits d'impôt B&O pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatique et les impôts sur la propriété

[2588] Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1110, 7.1210, 7.1431 et 7.1433. Le Groupe spécial a dit que ces subventions correspondaient à quatre types de mesures, à savoir: i) les versements faits à Boeing conformément à des contrats d'achat conclus dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique de la NASA en cause; ii) l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA accordé à Boeing conformément à des contrats d'achat et des accords au titre de la Loi sur l'espace conclus dans le cadre des huit programmes de R&D aéronautique en cause; iii) les versements faits à Boeing conformément à des instruments d'aide établis dans le cadre des 23 programmes RDT&E de l'USDOD en cause; et iv) l'accès aux installations de l'USDOD accordé à Boeing conformément à des instruments d'aide établis dans le cadre des 23 programmes RDT&E en cause. Toutefois, nous rappelons que, pour les raisons expliquées dans la section VI.A, nous considérons que les subventions pour la R&D aéronautique sont des transactions de type coentreprise qui ont un caractère composite.

[2589] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1429. Comme il est expliqué *supra*, à la note de bas de page 1882, les Communautés européennes n'ont pas allégué que les subventions FSC/ETI avaient des effets défavorables sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, et le Groupe spécial a procédé à son analyse en partant de l'idée que ces subventions n'avaient pas d'effets sur ce marché de produit.

[2590] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.302.

[2591] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.354. Comme il est expliqué *supra*, à la note de bas de page 1879, la réduction du taux de l'impôt B&O de la ville d'Everett s'applique uniquement en ce qui concerne deux des trois marchés de produit pertinents, et non en ce qui concerne le marché des LCA de 100 à 200 sièges.

[2592] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1431 à 7.1433 et 7.1825 à 7.1827.

accordés par l'État de Washington; iii) les exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour le matériel, les périphériques et les logiciels informatiques accordées par l'État de Washington; iv) le programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et le centre de ressources d'emploi institués par l'État de Washington; v) le remboursement d'une partie des frais de relocalisation de Boeing accordé par l'État de l'Illinois; vi) les crédits d'impôt EDGE sur une durée de 15 ans accordés par l'État de l'Illinois; vii) l'abattement ou le remboursement d'une partie des impôts sur la propriété de Boeing accordé par l'État de l'Illinois; et viii) le versement en vue de la résiliation du bail du locataire précédent du bâtiment du nouveau siège social de Boeing à Chicago.

1281. En revanche, le Groupe spécial a décidé de ne pas réaliser une évaluation collective des effets de certains groupes des subventions en cause. Dans son analyse des "effets sur les prix" des subventions sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial n'a pas évalué collectivement les effets des subventions fiscales liées pertinentes (les deux réductions du taux de l'impôt B&O[2593]) sur la fixation des prix du 787 par Boeing et les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur le développement par Boeing de technologies pour le 787.[2594] Dans ses analyses des "effets sur les prix" des subventions sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et des LCA de 300 à 400 sièges, le Groupe spécial n'a pas évalué collectivement les effets des subventions restantes conjointement avec les effets des subventions fiscales liées. L'Union européenne fait appel de ces deux décisions du Groupe spécial.

2. Évaluation des allégations d'erreur formulées en appel par l'Union européenne

a) Introduction

1282. Au cours de la présente procédure d'appel, les communications présentées par les participants et les participants tiers en ce qui concerne l'évaluation collective des effets des multiples mesures de subventionnement ont été fortement axées sur les approches suivies dans les différends *États-Unis – Coton upland* et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. De plus, après la distribution du rapport de l'Organe d'appel sur ce dernier différend, le principal désaccord entre les participants n'a plus été leurs interprétations différentes de ce qui avait été fait par le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, mais leurs interprétations différentes des constatations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Pour ces

[2593] Comme il est expliqué *supra*, à la note de bas de page 1882, les Communautés européennes n'ont pas allégué que les subventions FSC/ETI avaient des effets défavorables sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, et le Groupe spécial a procédé à son analyse en partant de l'idée que ces subventions n'avaient pas d'effets sur ce marché de produit.

[2594] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1826.

raisons, nous jugeons utile d'exposer les principaux éléments des approches suivies par les groupes spéciaux dans ces deux différends. Comme il est expliqué ci-après, et admis par les participants, deux moyens distincts d'effectuer une évaluation collective des effets de subventions multiples ont été utilisés, à savoir: i) une décision *ex ante* prise par un groupe spécial d'effectuer une analyse unique des effets de subventions multiples dont la structure, la conception et le fonctionnement sont semblables et, de ce fait, d'évaluer dans une analyse intégrée de la causalité les effets collectifs de ces mesures de subventionnement[2595]; et ii) un examen effectué par un groupe spécial *après* qu'il a constaté qu'au moins une subvention a causé des effets défavorables, concernant le point de savoir si les effets d'autres subventions complètent et amplifient ces effets défavorables. Le premier type d'approche a été employé par le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, et la seconde approche a été employée par le Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Pour des raisons de commodité, nous dirons du premier type d'approche qu'il s'agit d'une décision d'"agréger" les subventions, ou d'"agrégation", et du deuxième type d'approche qu'il s'agit d'une décision de "cumuler" les effets des subventions, ou de "cumul".

1283. Avant de passer aux deux motifs d'appel de l'Union européenne, nous exposons, dans la sous-section b), les différentes approches qui ont été et qui peuvent être suivies concernant une évaluation collective des effets de subventions multiples. Dans la sous-section c), nous indiquons l'approche suivie par le Groupe spécial en l'espèce. Dans la sous-section d), nous examinons si le Groupe spécial a fait erreur en s'abstenant d'évaluer collectivement les effets des subventions pour la R&D aéronautique et les effets des réductions du taux de l'impôt B&O. Enfin, dans la sous-section e), nous évaluons si le Groupe spécial a fait erreur en s'abstenant d'évaluer collectivement les effets des subventions fiscales liées et les effets des subventions restantes et, dans l'affirmative, si nous pouvons compléter l'analyse et effectuer nous-mêmes une évaluation collective des effets de ces subventions.

b) Différentes approches d'une évaluation collective

1284. Les articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC* ne prescrivent pas que l'analyse du préjudice grave "isole{} rigoureusement chacune des différentes subventions et ses effets".[2596] En fait, la manière dont un groupe spécial structure son évaluation d'une allégation selon laquelle des subventions multiples ont causé un préjudice grave variera nécessairement d'une affaire à l'autre. Les

[2595] Une telle analyse combinée peut également comprendre une récapitulation des *montants* des différentes subventions ou des différents groupes de subventions (ou des montants des avantages conférés par de telles subventions) aux fins de l'évaluation des effets de toutes les subventions dont les effets sont évalués de la sorte.

[2596] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1192. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.206; et le rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.616.

circonstances pertinentes qui auront une incidence sur le caractère approprié de l'approche suivie par un groupe spécial comprennent la conception, la structure et le fonctionnement des subventions en cause, les phénomènes sur le marché allégués, et la mesure dans laquelle les subventions sont accordées pour un produit ou des produits particuliers.[2597] Un groupe spécial doit également tenir compte de la manière dont le plaignant présente son argumentation, et de la mesure dans laquelle il allègue que des subventions multiples ont des effets semblables sur le même produit, ou que les effets de subventions multiples se manifestent collectivement sur le marché pertinent. Un groupe spécial a une certaine latitude sur le plan méthodologique pour choisir l'approche qu'il suivra pour analyser les effets collectifs de subventions multiples aux fins de l'évaluation de la causalité. Toutefois, un groupe spécial n'est jamais dispensé d'établir l'existence d'un "rapport réel et substantiel de cause à effet"[2598] entre les subventions contestées et les phénomènes sur le marché allégués au titre de l'article 6.3, ni d'évaluer si ce lien de causalité est dilué par les effets d'autres facteurs.[2599] Par ailleurs, un groupe spécial doit prendre garde de ne pas segmenter indûment son analyse de sorte que, face à des mesures de subventionnement multiples, il examine les effets de chacune d'elles sur une base individuelle uniquement et, du fait de cette approche atomisée, constate qu'aucune subvention n'est une cause substantielle des effets défavorables pertinents. Il y a au moins deux manières de procéder à une analyse collective de la causalité pour les groupes spéciaux.

1285. Premièrement, un groupe spécial peut regrouper des mesures de subventionnement dont la conception, la structure et le fonctionnement sont suffisamment semblables pour vérifier leurs effets agrégés dans une analyse intégrée de la causalité et déterminer s'il existe un lien de causalité réel et substantiel entre ces subventions multiples, prises conjointement, et les phénomènes sur le marché pertinents indiqués à l'article 6.3 de l'*Accord SMC* (comme un empêchement notable de hausses de prix, une perte de ventes, un détournement ou une entrave). Dans de telles circonstances, le groupe spécial n'est pas tenu de constater que chaque mesure de subventionnement est, individuellement, une cause réelle et substantielle du phénomène pertinent. Il n'est pas non plus tenu d'évaluer la contribution relative de chaque subvention du groupe aux effets qui en résultent. Lorsqu'une telle analyse est appropriée compte tenu de la conception, de la structure et du fonctionnement de subventions multiples, un groupe spécial peut également additionner ensemble les *montants* des subventions dans le cadre de son analyse des effets collectifs de ce groupe de subventions. La question de savoir si une telle analyse est appropriée dépendra des caractéristiques particulières des

[2597] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1376 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1194; et au rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.560).

[2598] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 368 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 438).

[2599] Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 375.

subventions en cause et de l'argumentation présentée par le plaignant. Le mécanisme de causalité par lequel une subvention produit des effets est un critère qui sera pertinent pour la question de savoir si l'agrégation est appropriée dans un cas donné.

1286. L'approche suivie par le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland* illustre la première méthode d'évaluation collective des effets de subventions multiples (agrégation). Ce Groupe spécial a noté que la question de savoir si les effets des différentes subventions devraient être considérés sur une base agrégée était liée à la question des interactions possibles entre les subventions[2600], et a expliqué que, pour analyser l'allégation relative à un empêchement notable de hausses de prix formulée par le Brésil, il effectuerait son analyse de la manière suivante:

> Dans la mesure où il existe avec ces éléments un lien suffisant parmi les subventions en cause de sorte que les effets de ces subventions se manifestent collectivement, nous pensons que nous pouvons légitimement considérer ces subventions comme une "subvention" et les regrouper, elles et leurs effets.[2601]

Appliquant ce critère aux subventions des États-Unis contestées par le Brésil[2602], le Groupe spécial a divisé les subventions en cause en deux grands groupes: "celles qui sont directement liées au prix et celles qui ne le sont pas".[2603] Le Groupe spécial a relevé certaines caractéristiques communes aux subventions liées au prix[2604] et a constaté qu'elles avaient "un lien avec le produit subventionné et la variable unique liée aux effets – le cours mondial", ce qui justifiait l'examen de leurs effets de manière agrégée, étant donné que ces effets étaient "manifestes dans l'évolution des prix du coton upland sur le même marché mondial durant la période de référence".[2605] En revanche, le Groupe spécial a relevé certaines caractéristiques des subventions non subordonnées aux prix qui laissaient entrevoir un lien

---

[2600] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, note de bas de page 1308 relative au paragraphe 7.1192.

[2601] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1192. Le Groupe spécial a également précisé qu'il n'acceptait pas l'affirmation générale selon laquelle "les effets de *toutes* les subventions contestées qui existent plus ou moins simultanément et qui ont un lien quelconque avec un produit subventionné *doivent* être totalisés dans une analyse du préjudice grave". (*Ibid.*, note de bas de page 1308 y relative (italique dans l'original))

[2602] Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphes 7.204 à 7.244.

[2603] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1289. Le Groupe spécial a jugé que la distinction entre les subventions subordonnées aux prix et les subventions non subordonnées aux prix était "essentielle aux fins de {son} analyse de l'empêchement de hausses de prix du point de vue du lien qui exist{ait} entre les subventions et un empêchement de hausses de prix, quel qu'il soit, et le produit subventionné en question". (*Ibid.*)

[2604] Le Groupe spécial a expliqué que les programmes de subventions subordonnées aux prix étaient tous liés de façon similaire au comportement des cours du marché mondial, étaient de nature anticyclique et fonctionnaient de façon similaire pour "stimule{r} la production et les exportations et entraîne{r} des cours du marché mondial inférieurs à ce qu'ils auraient été en leur absence". (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphes 7.1291 et 7.1299)

[2605] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1303.

beaucoup plus atténué entre ces subventions et le cours mondial du coton[2606] et, par conséquent, il s'est abstenu d'agréger les subventions non subordonnées aux prix et les subventions subordonnées aux prix dans son analyse de l'empêchement de hausses de prix.[2607]

1287. Deuxièmement, un groupe spécial peut commencer par analyser les effets d'une subvention *unique*, ou d'un groupe *agrégé* de subventions, afin de déterminer s'il s'agit d'une cause réelle et substantielle d'effets défavorables. Étant parvenu à cette conclusion, un groupe spécial peut ensuite évaluer si d'*autres* subventions – soit individuellement, soit en groupes agrégés – ont un lien de causalité *réel* avec les mêmes effets, et complètent et amplifient les effets de la *première* subvention (ou du *premier* groupe de subventions) dont il a été constaté, isolément, qu'il s'agissait d'une cause *réelle* et *substantielle* des phénomènes sur le marché allégués. Les autres subventions doivent être une cause "réelle", mais elles ne doivent pas, en elles-mêmes, constituer une cause "substantielle" pour que leurs effets soient combinés à ceux de la première subvention ou du premier groupe de subventions dont il a été constaté, isolément, qu'il s'agissait d'une cause réelle et substantielle des effets défavorables.

1288. Cette deuxième façon d'évaluer collectivement les effets de subventions multiples (cumul) a été adoptée par le Groupe spécial chargé de l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, différend dans lequel un grand nombre de subventions avaient été contestées. Les subventions qui étaient pertinentes pour l'analyse des effets défavorables effectuée par le Groupe spécial entraient dans quatre grandes catégories: i) "aide au lancement" ou "financement des États membres" ("AL/FEM") pour le développement de divers modèles de LCA d'Airbus; ii) financement pour la recherche et le développement technologique ("R&DT") accordé aux sociétés Airbus par les

[2606] Le Groupe spécial a expliqué que les subventions non subordonnées aux prix ne "dépend{aient} pas expressément de la production actuelle de coton upland et {n'étaient} pas directement lié{e}s aux prix du marché". Cela indiquait que ces subventions visaient davantage un soutien des revenus qu'un soutien des prix et, par conséquent, que leurs effets d'empêchement de hausses de prix n'étaient "pas aussi faciles à discerner que ceux de certains autres programmes de subventions". (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1305)

[2607] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1307. Dans son analyse ultérieure de la causalité, le Groupe spécial a constaté que les subventions subordonnées aux prix, en tant que groupe, avaient causé un empêchement de hausses de prix. Ayant constaté qu'il n'était pas approprié d'agréger les subventions non subordonnées aux prix et leurs effets avec ceux des subventions subordonnées aux prix, le Groupe spécial a constaté qu'aucun lien de causalité n'avait pas été établi entre les subventions non subordonnées aux prix et l'empêchement notable de hausses de prix. (*Ibid.*, paragraphe 7.1350) Il n'a pas été fait appel de l'approche suivie par le Groupe spécial concernant l'agrégation des effets des deux groupes de subventions, ni de sa constatation selon laquelle un lien de causalité n'avait pas été établi en ce qui concerne les subventions non subordonnées aux prix. L'Organe d'appel a finalement confirmé la constatation relative au lien de causalité formulée par le Groupe spécial en ce qui concerne les subventions subordonnées aux prix, dont il avait été fait appel pour d'autres motifs et, ce faisant, a expressément affirmé qu'il "n'exclu{ait} pas la possibilité que les subventions contestées qui {n'étaient} pas "subordonnées aux prix" … aient certains effets sur la production et les exportations, et contribuent à l'empêchement de hausses de prix". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, note de bas de page 589 relative au paragraphe 450)

Communautés européennes et les pouvoirs publics des États membres aux niveaux central et régional; iii) infrastructures et dons pour les infrastructures fournis par les pouvoirs publics des États membres; et iv) participations au capital social et mesures de restructuration de sociétés prises par les pouvoirs publics français et allemands. Lors de son analyse des effets défavorables, le Groupe spécial a d'abord évalué les effets de l'une des catégories de subventions – à savoir les subventions AL/FEM – dont les États-Unis avaient dit qu'elles étaient les principales subventions influant sur le comportement commercial d'Airbus. Le Groupe spécial a déterminé que par le biais de leur "effet produit" – à savoir permettre à Airbus de lancer chacun de ses modèles de LCA au moment où elle l'avait fait[2608] – l'AL/FEM avait causé un détournement des importations au sens de l'article 6.3 a), un détournement des exportations au sens de l'article 6.3 b) et une perte notable de ventes au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*. Le Groupe spécial a ensuite évalué les effets des subventions non AL/FEM et a examiné si l'effet "produit" de l'AL/FEM était "complété et amplifié" par les trois autres types de subventions.[2609] Il s'est également référé au critère applicable à l'agrégation des effets des subventions énoncé par le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland* lorsqu'il a été d'avis qu'il était "judicieux d'entreprendre {son} analyse des effets des subventions considérés collectivement".[2610]

1289. Examinant en appel l'approche suivie par le Groupe spécial, l'Organe d'appel a d'abord fait observer que, même si le Groupe spécial avait dit que, comme le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, il effectuerait une analyse agrégée des effets de toutes les subventions pertinentes, ce n'était pas concrètement ce qu'il avait fait.[2611] L'Organe d'appel a toutefois considéré que l'approche suivie par le Groupe spécial était en principe admissible sous réserve que, dans son analyse, le Groupe spécial ait établi l'existence d'un lien de causalité *réel* entre chaque groupe de subventions non AL/FEM et les effets défavorables pertinents. Par conséquent, l'Organe d'appel a examiné

[2608] Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1956.

[2609] Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1956. Pour chaque groupe de subventions, le Groupe spécial a dit que ces subventions avaient fourni un soutien au développement et à la production des LCA d'Airbus ou avaient permis à Airbus de développer des caractéristiques et des aspects de ses LCA en suivant un calendrier qu'elle n'aurait sinon pas pu respecter. (*Ibid*., paragraphes 7.1957 à 7.1959)

[2610] Rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1961.

[2611] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1372. L'Organe d'appel a expliqué qu'en fait, le Groupe spécial avait analysé séparément les effets produit de l'AL/FEM, et avait ensuite tenté de déterminer si chaque groupe de subventions non AL/FEM avait un lien suffisant avec le produit en cause, et en particulier des effets semblables sur la capacité d'Airbus de lancer et de mettre sur le marché des modèles particuliers de LCA, au moyen d'"une évaluation séparée – et plus brève – de l'effet collectif des mesures comprises dans chaque groupe de subventions non AL/FEM". (*Ibid.*, paragraphe 1373) Après quoi, le Groupe spécial était parvenu à la conclusion que l'"effet "produit" de l'AL/FEM {était} … complété et amplifié par les autres subventions spécifiques dont {il avait} constaté l'existence dans {ce} différend". (*Ibid.* (citant le rapport du Groupe spécial *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 7.1956))

l'évaluation individuelle de chaque groupe de subventions non AL/FEM faite par le Groupe spécial pour déterminer si l'analyse du Groupe spécial indiquait qu'il avait déterminé que chacun de ces groupes avait un lien de causalité réel avec les effets sur le marché pertinents et avait de ce fait identifié une base suffisante pour constater que les effets de chacun de ces groupes "complétaient et amplifiaient" les effets produit de l'AL/FEM "en ce sens qu'elles contribuaient de même à la capacité d'Airbus de mettre sur le marché ses modèles de LCA, causant ainsi {un} détournement … et des pertes notables de ventes".[2612] L'Organe d'appel a constaté que l'approche suivie par le Groupe spécial avait été satisfaisante pour deux des trois groupes de subventions non AL/FEM[2613], mais que le Groupe spécial avait fait erreur en cumulant les effets du troisième groupe de subventions non AL/FEM (les subventions pour la R&DT) avec les effets des subventions AL/FEM, parce qu'il n'avait pas établi l'existence d'un lien de causalité réel entre ces subventions et la capacité d'Airbus de lancer et mettre sur le marché ses modèles de LCA.[2614]

1290. Par conséquent, au moins deux approches d'une évaluation collective des effets de mesures de subventionnement multiples peuvent être utilisées, à savoir l'agrégation et le cumul. La question de savoir si l'une ou l'autre de ces approches, ou les deux, ou aucune d'entre elles, est appropriée dans un cas particulier dépendra des mesures de subventionnement spécifiques en cause et de leurs effets sur les prix et les ventes sur le marché pertinent, ainsi que de la manière dont un plaignant présente son allégation et dont le groupe spécial décide de structurer son analyse de la causalité. Pour déterminer de quelle manière il procédera à son analyse du préjudice grave, un groupe spécial est toutefois soumis à la contrainte de devoir employer une approche qui lui permettra de tenir dûment compte de toutes les subventions qui confèrent un avantage compétitif pertinent et identifiable au bénéficiaire et à ses produits sur le marché et qui sont liées aux phénomènes allégués produisant des effets défavorables. C'est uniquement en agissant ainsi qu'un groupe spécial est assuré de bien comprendre toutes les subventions contestées qui peuvent contribuer, ou aboutir, au préjudice grave. En même

[2612] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1380.

[2613] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1391 (participations au capital social) et 1400 (mesures d'infrastructure).

[2614] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1408. L'Organe d'appel a dit dans son raisonnement que ces subventions "n'aur{aient} aucune incidence sur les ventes d'Airbus (et par voie de conséquence sur celles de Boeing) à moins de fournir aux LCA d'Airbus un avantage compétitif par rapport à ceux de Boeing" et qu'un tel avantage compétitif "{devait} apparaître soit dans les technologies incorporées dans les modèles de LCA effectivement lancés par Airbus, soit dans les technologies qui rendent le processus de production de ces LCA plus efficace". Comme le Groupe spécial n'avait pas formulé de constatations indiquant que le développement d'une technologie ou de processus de production spécifiques financés par les subventions pour la R&DT avait contribué à la capacité d'Airbus de lancer et mettre sur le marché des modèles particuliers de LCA, l'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial "ne disposait pas d'une base suffisante pour conclure que ces subventions "complétaient et amplifiaient" l'"effet produit" de l'AL/FEM" et n'avait donc pas établi l'existence d'un lien de causalité réel. (*Ibid.*, paragraphe 1407)

temps, un groupe spécial doit veiller à ne pas combiner de multiples mesures de telle sorte qu'un plaignant serait dispensé de la charge de prouver que chaque mesure contestée est une cause réelle des phénomènes sur le marché indiqués à l'article 6.3, ou contribue réellement à produire lesdits phénomènes, et que les subventions contestées, prises conjointement, sont une cause réelle et substantielle de ces effets défavorables.

1291. La décision d'agréger des subventions qui ont une conception, une structure et un fonctionnement semblables est à la fois un outil utile qu'un groupe spécial peut utiliser pour éviter d'avoir à répéter la même analyse pour chacune des mesures et une reconnaissance fondamentale du fait que les mesures en question sont telles qu'elles sont susceptibles d'aboutir au même résultat. En effet, une analyse agrégée d'un tel groupe de subventions peut établir l'existence d'un lien de causalité réel et substantiel dans des circonstances dans lesquelles aucun lien de ce type n'aurait pu être établi pour chaque mesure de subventionnement, analysée isolément. La décision d'un groupe spécial d'agréger des mesures de subventionnement multiples indique que le groupe spécial a exercé son jugement pour estimer que, compte tenu du degré de similitude entre les mesures de subventionnement, il existe une probabilité raisonnable que l'examen du lien de causalité entre chacune de ces subventions et les effets allégués sera en grande partie semblable, et que l'on peut prévoir que les effets des mesures de subventionnement et leur lien de causalité avec le préjudice grave allégué seront en grande partie les mêmes.[2615] Lorsqu'il adopte une telle approche, un groupe spécial doit expliquer pourquoi il estime qu'il existe une telle similitude. Cette explication devrait être fondée sur les caractéristiques des subventions particulières en cause, en particulier la nature et la conception de ces mesures de subventionnement, ce qu'impliquent cette nature et cette conception pour le fonctionnement des subventions, leur rapport avec le produit subventionné, et la structure du marché sur lequel ce produit est en concurrence.

1292. En revanche, une décision concernant la question de savoir si les *effets* de différentes subventions peuvent être cumulés ne peut être prise qu'*après* qu'il a été déterminé, pour au moins une subvention ou un groupe de subventions agrégées, qu'il existe un lien réel et substantiel avec les phénomènes sur le marché allégués. Une fois que l'existence d'un tel lien de causalité a été établie, un groupe spécial devra examiner la question de savoir si d'autres subventions ont un lien réel avec ces phénomènes. Les éléments qui peuvent influer sur l'évaluation par un groupe spécial de la question de savoir s'il existe un lien de causalité réel comprennent la conception, la structure, l'importance et le

[2615] Nous croyons comprendre qu'il s'agit de l'approche adoptée par le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, qu'il a expliquée en ces termes: "{d}ans la mesure où il existe avec ces éléments un lien suffisant parmi les subventions en cause de sorte que les effets de ces subventions se manifestent collectivement, nous pensons que nous pouvons légitimement considérer ces subventions comme une "subvention" et les regrouper, elles et leurs effets". (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1192)

fonctionnement de la subvention, ainsi que le lien entre la subvention et le produit subventionné. À notre avis, l'existence d'un lien de causalité réel peut être établie de différentes façons. L'une d'elles consiste à démontrer que la subvention ou les subventions causent des effets qui suivent le même enchaînement de causalité qu'une subvention dont il a déjà été constaté qu'elle constituait une cause réelle et substantielle des phénomènes sur le marché allégués au titre de l'article 6.3 de l'*Accord SMC*. Nous ne pensons toutefois pas qu'il s'agit de la seule façon d'établir l'existence du lien de causalité réel requis. L'existence d'un lien de causalité réel peut également être constatée lorsqu'un plaignant parvient à démontrer que, même si d'autres subventions ne fonctionnent pas selon le même enchaînement de causalité, ces subventions, prises isolément ou conjointement, contribuent néanmoins de manière significative aux effets défavorables, au sens de l'article 6.3, causés par la première subvention et, de ce fait, complètent et amplifient ces effets. En d'autres termes, il doit être démontré que les effets de cette autre subvention ou de cet autre groupe de subventions sont non négligeables pour qu'il soit constaté qu'ils amplifient ou complètent les effets pour lesquels l'existence d'un lien réel et substantiel a déjà été établie.

1293. Nous relevons par ailleurs que les caractéristiques du marché sur lequel les produits subventionnés sont en concurrence peuvent influer sur l'analyse du point de savoir si les effets de différentes subventions se complètent et s'amplifient mutuellement, et que les groupes spéciaux devraient examiner si le marché spécifique en cause renforce la portée de la complémentarité entre les subventions – même les subventions de nature différente. Par exemple, lorsque le bénéficiaire d'une subvention a une certaine puissance commerciale, il a peut-être plus de chances d'être en mesure de profiter de l'interaction potentielle entre différentes subventions et d'exploiter ces effets au détriment de ses concurrents, qu'il n'en aurait sur un marché parfaitement concurrentiel.

c) Approche suivie par le Groupe spécial concernant une évaluation collective des effets des subventions en cause

1294. Nous rappelons que, pour établir leur allégation selon laquelle les subventions des États-Unis en cause avaient causé un préjudice grave à leurs intérêts commerciaux, les Communautés européennes ont allégué que *toutes* les subventions en cause avaient eu des "effets sur les prix" sur les trois marchés de produit pertinents, et que certaines de ces mesures – les subventions pour la R&D aéronautique – avaient également eu des "effets sur la technologie" sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. En examinant comment réaliser son analyse des effets des différentes mesures de

subventionnement, le Groupe spécial a cité le critère énoncé par le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*[2616] et a expliqué qu'il utiliserait une telle approche, qu'il a exposée en ces termes:

> {A}fin de réaliser une analyse agrégée des effets des subventions dans le cadre du présent différend, il faudrait pouvoir déterminer à partir de leur structure, de leur conception et de leur fonctionnement qu'elles influent sur le comportement de Boeing d'une façon semblable.[2617]

1295. Comme il est expliqué plus haut, cette approche a conduit le Groupe spécial à effectuer une analyse agrégée dans chacun des trois groupes de subventions suivants: i) les subventions fiscales liées[2618]; ii) les subventions pour la R&D aéronautique; et iii) les subventions restantes. Cette approche a également conduit le Groupe spécial à ne *pas* effectuer une analyse agrégée des subventions fiscales liées *et* des subventions pour la R&D aéronautique, ou des subventions fiscales liées *et* des subventions restantes.

1296. Il apparaît que le Groupe spécial a décidé qu'il était approprié de réaliser une analyse agrégée à l'intérieur de chacun de ces groupes de subventions en raison de leur conception, de leur structure et de leur fonctionnement. En ce qui concerne les subventions fiscales liées, par exemple, le Groupe spécial a relevé que les Communautés européennes comme les États-Unis admettaient que ces subventions étaient suffisamment semblables pour justifier une analyse agrégée de leurs effets.[2619] Le Groupe spécial lui-même a expliqué que les "subventions FSC/ETI réduis{aient} les recettes de certaines ventes d'aéronefs sur lesquelles Boeing {était} imposée" et que "les {réductions du taux de} l'impôt B&O réduis{aient} directement le taux auquel {étaient} imposées les recettes brutes de Boeing découlant de la construction d'aéronefs".[2620] Par conséquent, comme le Groupe spécial l'a expliqué, toutes ces subventions augmentaient "la rentabilité des ventes de LCA d'une façon qui permet{tait} à Boeing de fixer les prix de ses LCA à un niveau qui ne serait normalement pas justifié

[2616] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1804 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1192).

[2617] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1805.

[2618] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1805. Conformément à cette approche, le Groupe spécial a réalisé une analyse intégrée des effets des subventions FSC/ETI et des réductions du taux de l'impôt B&O sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et des LCA de 300 à 400 sièges, et une analyse intégrée des effets sur les prix des réductions du taux de l'impôt B&O sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.

[2619] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1805 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 767 et 768). Bien que les parties ne se soient pas entendues sur la nature précise des subventions FSC/ETI et des réductions du taux de l'impôt B&O – les Communautés européennes ont allégué qu'elles avaient pour effet de réduire les coûts marginaux unitaires de Boeing, tandis que les États-Unis ont contesté cette qualification de la nature de ces mesures – les deux parties ont reconnu que les mesures présentaient des similitudes suffisantes du point de vue de leur structure et de leur fonctionnement pour qu'il soit approprié que le Groupe spécial réalise une analyse agrégée de leurs effets.

[2620] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1807.

d'un point de vue commercial".[2621] Le Groupe spécial a conclu que, "parce qu'elles réduis{aient} les impôts à acquitter sur les ventes de LCA", les subventions FSC/ETI et les réductions du taux de l'impôt B&O avaient un "lien {beaucoup plus} direct et immédiat avec les prix et les ventes d'aéronefs" que les autres subventions en cause dans le présent différend.[2622] Il a également réalisé une analyse agrégée des effets de toutes les subventions pour la R&D aéronautique en fonction de leur nature et du fait qu'elles étaient conçues pour avoir des effets sur l'offre de produits de Boeing.[2623]

1297. Le Groupe spécial semble également avoir réalisé une analyse agrégée des subventions restantes. Bien qu'il n'ait pas expressément indiqué qu'il procédait de cette manière[2624], il a, dans son raisonnement, mentionné plusieurs caractéristiques que ces mesures avaient en commun. Ainsi, il a noté que toutes ces mesures entraient dans la catégorie des subventions dont les Communautés européennes disaient qu'elles fonctionnaient de manière à augmenter les liquidités hors exploitation de Boeing[2625], et qu'aucune de ces subventions ne se rapportait directement à la production ou à la vente de LCA par Boeing.[2626] Le Groupe spécial a dit dans son raisonnement que, même si les conditions de concurrence étaient telles que les subventions de cette nature permettaient à Boeing de commercialiser ses LCA à des prix moins élevés qu'ils ne le seraient autrement, les subventions restantes ne "vis{aient} pas explicitement à réduire les coûts de production de modèles de LCA spécifiques de Boeing".[2627] Le Groupe spécial a également noté que les deux parties paraissaient accepter "l'idée que si une subvention n'{était} pas liée à la production d'un produit particulier, elle {pouvait} quand même influer sur le comportement de son bénéficiaire d'une manière qui caus{ait} un préjudice grave, selon le contexte dans lequel elle {était} utilisée".[2628]

1298. En revanche, le Groupe spécial a donné les raisons suivantes pour expliquer sa décision de ne pas procéder à une évaluation collective des effets sur les prix des réductions du taux de l'impôt B&O et des effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges:

[2621] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1807.

[2622] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1807.

[2623] Dans la présente procédure d'appel, les deux participants ont admis, en réponse à une question posée à l'audience, qu'il était approprié que le Groupe spécial ait réalisé une analyse agrégée des subventions fiscales liées, et une analyse agrégée des subventions pour la R&D aéronautique.

[2624] De même, le Groupe spécial n'a pas explicitement indiqué les raisons pour lesquelles il estimait qu'une évaluation agrégée des effets des subventions pour la R&D aéronautique était justifiée.

[2625] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1825.

[2626] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1827.

[2627] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1827 (citant la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1303).

[2628] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1828. Comme il est expliqué plus en détail ci-après, bien que le Groupe spécial ait reconnu que les subventions pour la R&D aéronautique avaient également de telles caractéristiques, il n'a pas cumulé les effets sur les prix de ces subventions avec ceux des subventions restantes.

> {N}ous avons déjà constaté que les subventions pour la R&D aéronautique, par le biais de leurs effets sur le développement par Boeing de technologies pour le 787, donnaient lieu à un préjudice grave sur ce marché de produit. Toutefois, en raison de la manière très différente dont les subventions pour la R&D aéronautique fonctionnent, nous n'estimons pas qu'il soit approprié d'agréger les effets des subventions relatives à l'impôt B&O sur les prix fixés par Boeing pour le 787 avec les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur le développement par Boeing de technologies appliquées au 787, car il ne fait aucun doute que *les deux groupes de subventions fonctionnent selon des mécanismes de causalité entièrement différents*.[2629] (pas d'italique dans l'original; note de bas de page omise)

1299. Le Groupe spécial n'a pas abordé explicitement la question de savoir s'il aurait été approprié de réaliser une évaluation collective des effets des subventions restantes avec les effets des subventions fiscales liées. En tout état de cause, il ne l'a pas fait.

1300. Conformément à l'approche susmentionnée, le Groupe spécial a examiné les effets des réductions du taux de l'impôt B&O, isolément, sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Il a constaté ce qui suit:

> … les éléments de preuve dont nous disposons ne sont pas suffisants pour nous permettre de conclure que ces subventions ont une importance qui leur permettrait, à elles seules, d'avoir sur les prix du 787 pratiqués par Boeing un effet tel que l'on pourrait constater que leurs effets sur le marché des aéronefs à fuselage large de 200 à 300 sièges consistaient en un empêchement notable de hausses de prix, en une perte de ventes notable, ou en un détournement ou une entrave visant les importations des Communautés européennes aux États-Unis ou leurs exportations vers des pays tiers.[2630]

1301. Le Groupe spécial a également examiné les effets des subventions restantes isolément, comme suit:

[2629] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824. Par ailleurs, dans la section de son rapport portant sur les "{e}ffets sur la politique de prix de Boeing des subventions dont il est allégué qu'elles augmentent les liquidités hors exploitation de Boeing" (*ibid.*, page 807, sous-section VII.F.2 c) ii)), le Groupe spécial a été d'avis qu'il ne serait pas approprié d'analyser les effets sur les prix des subventions pour la R&D aéronautique, et a expliqué ce qui suit:

> Ayant analysé les effets des subventions pour la R&D aéronautique en fonction de leur contribution au développement par Boeing de technologies pour le 787, nous estimons que ce serait les surestimer que d'analyser également leurs effets sur la base d'une autre interprétation de leur fonctionnement, à savoir qu'elles libèrent des liquidités additionnelles que Boeing peut utiliser pour réduire les prix de ses LCA.

(*Ibid.*, paragraphe 7.1826)

[2630] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.

> Ainsi que nous l'avons expliqué, le Groupe spécial évalue les effets sur la fixation des prix des LCA par Boeing d'environ 550 millions de dollars de subventions dont l'obtention n'est pas directement liée à la production ou à la vente de LCA particuliers. Nous ne sommes pas convaincus que des subventions de cette nature et de ce montant aient influé sur les prix de Boeing d'une manière qui pourrait être décrite comme causant un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes.[2631]

d) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en s'abstenant d'évaluer collectivement les effets des subventions pour la R&D aéronautique et les effets des réductions du taux de l'impôt B&O

1302. Nous rappelons que, lorsqu'il a examiné les effets sur les prix des subventions sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial s'est abstenu d'analyser les effets des subventions pour la R&D conjointement avec les effets des réductions du taux de l'impôt B&O au motif que "les deux groupes de subventions fonctionn{aient} selon des mécanismes de causalité entièrement différents".[2632] Nous exposons ci-après les arguments des parties sur le point de savoir si cette constatation du Groupe spécial constituait ou non une erreur de droit, avant d'évaluer la question nous-mêmes.

i) *Arguments des parties*

1303. L'Union européenne soutient que le Groupe spécial a fait erreur en formulant cette constatation et conteste, en particulier, le critère du "mécanisme de causalité différent" auquel le Groupe spécial a eu recours pour décider qu'il n'était pas approprié de réaliser une évaluation collective des effets de ces deux groupes de subventions sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Les arguments avancés par l'Union européenne à l'appui de cette allégation d'erreur ont quelque peu évolué après la distribution du rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Dans sa communication en tant qu'appelant, l'Union européenne a tenté de démontrer, par le biais de son interprétation du texte des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*, lu à la lumière de son contexte et de l'objet et du but de cet accord, que le critère du Groupe spécial consistant à savoir si des groupes de subventions fonctionnaient selon les mêmes mécanismes de causalité ou selon des "mécanismes de causalité différents" n'avait aucun fondement dans cet accord, était trop restrictif, et permettrait aux Membres de se soustraire aux disciplines relatives aux subventions en accordant une série de petites subventions qui affectent chacune le bénéficiaire d'une manière légèrement différente. L'Union européenne a fait valoir qu'un groupe spécial ne pouvait pas isoler rigoureusement ni compartimenter son analyse de manière à masquer la contribution d'une

[2631] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1828.
[2632] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.

subvention ou d'un groupe de subventions à des effets défavorables. En fait, un groupe spécial devait *toujours* évaluer – quantitativement ou qualitativement – si l'incidence concurrentielle collective des différentes subventions cause une ou plusieurs des formes d'effets défavorables énumérées à l'article 6.3.

1304. Dans la communication en tant qu'intimé, qu'elle a présentée après la distribution du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Union européenne a soutenu que, ayant constaté que les subventions pour la R&D aéronautique permettaient à Boeing d'empêcher des hausses des prix d'Airbus sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, et ayant également constaté que les réductions du taux de l'impôt B&O étaient susceptibles d'empêcher des hausses des prix d'Airbus (sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges), le Groupe spécial n'avait pas franchi l'étape suivante et combiné les effets des réductions du taux de l'impôt B&O avec ceux des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. En réponse aux questions posées à l'audience, l'Union européenne a expliqué davantage sa position en ce qui concerne cette allégation d'erreur, et, ce faisant, a souligné la similitude entre le présent différend et l'approche adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. L'Union européenne a expliqué que, dans le présent différend, le Groupe spécial avait constaté que les subventions pour la R&D aéronautique étaient une cause réelle et substantielle d'empêchement notable de hausses de prix sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Le Groupe spécial a effectivement aussi constaté que les subventions fiscales liées qui s'appliquaient sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges – les réductions du taux de l'impôt B&O – avaient un lien de causalité réel, quoique non substantiel, avec le même type d'effet défavorable.[2633] Dans ces circonstances, ainsi que l'Union européenne l'a affirmé, le Groupe spécial était tenu d'envisager la possibilité que les effets des réductions du taux de l'impôt B&O complètent et amplifient ceux des subventions pour la R&D aéronautique.

1305. Également à l'audience, l'Union européenne a rejeté les affirmations des États-Unis selon lesquelles dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel avait constaté que les effets de différents groupes de subventions pouvaient être cumulés uniquement lorsqu'ils influaient sur le comportement du bénéficiaire de la subvention de la même manière. S'il est vrai que les faits dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* étaient tels qu'il était allégué que chaque groupe de subventions avait des effets "produit" sur Airbus, rien dans le raisonnement de l'Organe d'appel ne donne à penser que la même approche

[2633] Selon l'Union européenne, une telle constatation est implicite dans les constatations du Groupe spécial, s'agissant des marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges, selon lesquelles les subventions fiscales liées (les réductions du taux de l'impôt B&O conjointement avec les subventions FSC/ETI) étaient une cause réelle et substantielle d'empêchement notable de hausses de prix.

n'aurait pas dû être suivie s'il avait été allégué que certaines des subventions avaient des effets "prix" sur Airbus. Dans le présent différend, le Groupe spécial a envisagé la possibilité de cumul uniquement durant la première étape de son analyse (les effets des subventions sur Boeing), et n'a pas examiné si le cumul serait approprié pendant la deuxième étape de son analyse (les effets des subventions sur Airbus), même s'il avait été allégué que les subventions pour la R&D aéronautique et les réductions du taux de l'impôt B&O avaient toutes deux des effets sur les prix et les ventes d'*Airbus*. Au lieu de cela, le Groupe spécial a estimé qu'il était dans l'impossibilité de cumuler ces effets uniquement parce qu'ils avaient été produits par des mécanismes de causalité différents. L'Union européenne allègue qu'un tel raisonnement constitue une erreur de droit et doit être infirmé. Elle a par ailleurs précisé à l'audience qu'elle ne demandait pas que nous achevions l'analyse et déterminions, nous-mêmes, si les effets des réductions du taux de l'impôt B&O complétaient et amplifiaient les effets défavorables dont le Groupe spécial avait constaté qu'ils étaient causés par les subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.

1306. Les États-Unis estiment que la décision du Groupe spécial d'examiner les effets des subventions pour la R&D aéronautique séparément de ceux des réductions du taux de l'impôt B&O était admissible au titre des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC*, compte tenu des propres arguments des Communautés européennes concernant la nature différente de ces deux groupes de subventions et leurs effets différents sur le comportement commercial de Boeing, et compatible avec l'affirmation de l'Organe d'appel selon laquelle les groupes spéciaux disposent "d'un certain pouvoir discrétionnaire pour choisir une méthode appropriée" afin de déterminer les effets défavorables, et qu'"il peut être nécessaire de déterminer le caractère approprié d'une méthode particulière au cas par cas".[2634]

1307. Les États-Unis ajoutent que l'approche du Groupe spécial concorde avec les vues exprimées par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Selon les États-Unis, l'analyse effectuée par l'Organe d'appel dans ce différend montre que, même lorsqu'ils utilisent une méthode de cumul, les groupes spéciaux devraient viser à déterminer si les différentes subventions fonctionnent selon le même mécanisme de causalité pour causer des effets défavorables. Cela permet de ne pas constater que des subventions ayant peu ou n'ayant pas de rapport de causalité causent des effets défavorables simplement parce qu'elles sont groupées avec des subventions qui ont effectivement un lien de causalité réel et substantiel avec les effets allégués. En réponse aux questions posées à l'audience, les États-Unis ont souligné que, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel avait constaté que le Groupe

[2634] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 194 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1376, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 436).

spécial était autorisé à cumuler les effets de subventions qui avaient un lien de causalité réel avec les effets produit des subventions AL/FEM, mais avait fait erreur en cumulant les effets de subventions pour la R&DT avec les effets des subventions AL/FEM, parce que les subventions pour la R&DT n'avaient pas de lien de causalité réel avec la capacité d'Airbus de lancer les modèles pertinents comme elle le faisait et au moment où elle le faisait. De même, dans l'affaire dont nous sommes saisis, le Groupe spécial a agrégé toutes les subventions dont il était allégué qu'elles fonctionnaient selon le mécanisme de causalité consistant à renforcer la capacité de Boeing de lancer le 787, à savoir les subventions pour la R&D aéronautique. En revanche, les réductions du taux de l'impôt B&O n'ont pas influé sur le lancement du 787 par Boeing, et il n'y a pas eu d'allégations en ce sens. Il a plutôt été allégué que les réductions du taux de l'impôt B&O avaient influé sur les prix de Boeing. Étant donné que le Groupe spécial n'a pas constaté que les subventions pour la R&D aéronautique avaient pour effet d'amener Boeing à réduire le prix de vente du 787, il s'ensuit, selon les États-Unis, que le Groupe spécial n'était pas tenu d'inclure les effets des réductions du taux de l'impôt B&O dans son analyse des effets des subventions pour la R&D aéronautique.

1308. Les États-Unis ajoutent que l'"interprétation extrêmement large des articles 5 et 6.3" de l'*Accord SMC* donnée par l'Union européenne n'a aucun fondement dans ces dispositions et revient à dire "que ces dispositions exigent une évaluation cumulative *dans tous les cas*".[2635] Les États-Unis estiment que l'Organe d'appel devrait rejeter "l'approche analytique uniforme {de l'Union européenne} selon laquelle l'agrégation ou le cumul est exigé dans tous les cas"[2636] et confirmer plutôt qu'un "rapport réel et substantiel de cause à effet" ou un "lien de causalité réel" doit être établi entre toute subvention particulière dont l'existence a été constatée et tout effet défavorable dont l'existence a été constatée.[2637]

ii) *Analyse*

1309. Nous commençons par formuler deux observations préliminaires. Premièrement, nous notons que le Groupe spécial s'est abstenu d'"agréger" les effets de ces deux groupes de subventions en raison de leurs "mécanismes de causalité différents".[2638] Bien que le raisonnement du Groupe spécial donne à penser qu'il s'abstenait de combiner les deux groupes de subventions afin d'effectuer une analyse agrégée de leurs effets collectifs, nous examinons également plus loin si la raison donnée par le

[2635] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 203 (faisant référence à la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphes 205 et 206). (italique dans l'original)
[2636] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 211.
[2637] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 204 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 438; et au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1376 et 1378).
[2638] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.

Groupe spécial aurait justifié un refus du cumul des effets des réductions du taux de l'impôt B&O et des effets des subventions pour la R&D aéronautique.

1310. Deuxièmement, nous rappelons que, devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont présenté des arguments distincts concernant la manière dont les subventions pour la R&D aéronautique avaient des effets sur la technologie, et la manière dont toutes les subventions (y compris les subventions pour la R&D aéronautique) avaient des effets sur les prix. Les Communautés européennes ont fait valoir que les subventions pour la R&D aéronautique avaient "deux effets simultanés" sur les prix, à savoir:

> 1) des effets *directs* sur les prix en permettant à Boeing de fixer les prix de manière plus agressive qu'elle n'aurait pu le faire autrement; et 2) des effets *indirects* sur les prix en raison de la disponibilité anticipée de produits novateurs sur le plan technologique comme le 787, ce qui oblige Airbus à abaisser, par exemple, les prix de son A330 pour être en mesure d'affronter la concurrence. Le deuxième effet indirect sur les prix découle des effets "technologie" ou "produit" des subventions pour la R&D des États-Unis.[2639] (italique dans l'original)

Par conséquent, les arguments des Communautés européennes concernant les effets *directs* sur les prix se rapportaient aux effets allégués sur la fixation des prix par *Boeing*, tandis que leurs arguments relatifs aux effets *indirects* sur les prix concernaient les effets allégués sur la fixation des prix par *Airbus* découlant des effets relatifs à la technologie que les subventions avaient sur l'offre de produits de Boeing.

1311. En définitive, le Groupe spécial a constaté que les subventions pour la R&D causaient, entre autres choses, un empêchement notable de hausses de prix de l'A330 et de l'A350 original sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. Le raisonnement du Groupe spécial donne à penser qu'il a accepté la théorie des Communautés européennes concernant les effets "indirects" sur les prix d'Airbus causés par les effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique qui influent sur l'offre de produits de Boeing.[2640] Bien que le Groupe spécial ait formulé une observation sur les prix de Boeing[2641], il n'apparaît pas qu'il a constaté que les subventions pour la R&D

[2639] Réponse des Communautés européennes à la question n° 285 du Groupe spécial, paragraphe 570.

[2640] Le Groupe spécial a expliqué pourquoi les prix de l'A330 pouvaient être appelés à baisser, et ont effectivement baissé, suite au lancement du 787, à savoir que "la technologie supérieure conjuguée aux coûts d'exploitation inférieurs du 787 a manifestement altéré la valeur comparative de l'A330 … ne laissant pas à Airbus d'autre choix que de réduire les prix de ses aéronefs afin d'affronter la concurrence". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1792)

[2641] Le Groupe spécial a estimé que les éléments de preuve relatifs aux résultats de campagnes de vente spécifiques démontraient que Boeing avait remporté les ventes avec son 787 soit parce que le client avait considéré que les produits concurrents d'Airbus étaient inférieurs sur le plan technologique, soit parce que,

aéronautique avaient *directement* entraîné une réduction des prix du 787 de Boeing, par exemple, du fait de la diminution des coûts de construction.[2642] En fait, la principale constatation du Groupe spécial était qu'Airbus était obligée d'abaisser ses prix en raison de la mise sur le marché, en 2004, du 787 de Boeing technologiquement supérieur.[2643]

1312. La section du rapport du Groupe spécial qui traite des effets allégués sur les prix de toutes les subventions est distincte et placée à la suite de la section du rapport qui traite des effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique. Dans son analyse des effets allégués sur les prix de toutes les subventions en cause, le Groupe spécial a posé la question de savoir s'il devrait "analyser de nouveau les effets des subventions pour la R&D aéronautique, cette fois au motif qu'elles {avaient} libéré des liquidités additionnelles que Boeing a{vait} pu utiliser afin de fixer de manière agressive les prix de ses trois familles de LCA".[2644] Le Groupe spécial a décidé de ne pas procéder de la sorte. Il a rappelé que, dans son analyse des effets sur la technologie de ce groupe de subventions, il avait exprimé l'avis qu'il n'était pas "approprié de ramener les effets des subventions pour la R&D aéronautique en cause dans le présent différend à leur valeur monétaire".[2645] Le Groupe spécial a estimé que:

> {a}yant analysé les effets des subventions pour la R&D aéronautique en fonction de leur contribution au développement par Boeing de technologies pour le 787, … ce serait les surestimer que d'analyser également leurs effets sur la base d'une autre interprétation de leur fonctionnement, à savoir qu'elles libèrent des liquidités additionnelles que Boeing peut utiliser pour réduire les prix de ses LCA.[2646]

1313. L'Union européenne n'a pas fait appel de cette constatation. Autrement dit, elle ne soutient pas en appel, comme elle l'avait fait devant le Groupe spécial, que les subventions pour la R&D aéronautique ont influé *directement* sur les *prix* de Boeing, en plus d'avoir des effets sur le développement par Boeing de technologies utilisées pour le 787. En fait, l'Union européenne affirme

---

même si l'offre d'Airbus était en mesure de répondre à ses exigences, il avait été "influencé par les prix extrêmement bas offerts par Boeing". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1786)

[2642] Bien que le Groupe spécial ait reconnu, et affirmé, qu'il n'avait "pas de raison de douter" de l'argument des États-Unis selon lequel "Boeing {avait} réduit dans une mesure notable les coûts de construction du 787 en utilisant des logiciels de conception et de gestion du cycle de vie des produits qui étaient disponibles sur le marché, en se procurant des matériaux courants auprès de différents fournisseurs et en normalisant les options sélectionnées par les clients", il a souligné que "l'un des principaux objectifs des subventions pour la R&D aéronautique était le développement de technologies novatrices permettant aux compagnies aériennes d'avoir des coûts d'exploitation directs moins élevés". (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3732 relative au paragraphe 7.1792)

[2643] À l'audience, les deux participants ont admis que le Groupe spécial n'avait pas formulé de constatations concernant les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur les prix de Boeing.

[2644] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1826.

[2645] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1826, faisant référence au paragraphe 7.1760.

[2646] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1826.

que, pour parvenir à sa constatation selon laquelle les subventions en cause ont eu pour effet de menacer de détourner et d'entraver les exportations des Communautés européennes sur les marchés de pays tiers, et de faire perdre des ventes et d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, le Groupe spécial aurait dû additionner les effets sur les prix des réductions du taux de l'impôt B&O et les effets sur la technologie dont il avait constaté qu'ils avaient été causés par les subventions pour la R&D aéronautique.

1314. Pour ce qui est du fond de ce motif de l'appel de l'Union européenne, nous rappelons d'abord que, même si le Groupe spécial a constaté qu'il y avait trois subventions fiscales liées, seulement deux d'entre elles – les réductions du taux de l'impôt B&O – ont été mises à la disposition de Boeing en relation avec la fabrication et la vente du 787 sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.[2647]

1315. Comme l'Union européenne, nous pensons que le raisonnement du Groupe spécial, dans son analyse des effets des subventions fiscales liées sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges, tend à indiquer que le Groupe spécial a estimé que les réductions du taux de l'impôt B&O avaient un lien de causalité réel avec les prix de Boeing et, par conséquent, les prix d'Airbus. Le Groupe spécial a mis en évidence le lien direct entre les trois mesures de subventionnement de ce groupe et les prix de Boeing[2648], qui découle du fait que chacune de ces subventions est directement liée aux ventes par Boeing de LCA particuliers.[2649] Lorsqu'il a décidé d'agréger ces subventions, le Groupe spécial a dit qu'à son avis, "leur structure, … leur conception et … leur fonctionnement {étaient tels} qu'elles influ{aient} sur le comportement de Boeing d'une façon semblable".[2650] Le Groupe spécial a expliqué ce qui suit:

> … parce qu'elles réduisent les impôts à acquitter sur les ventes de LCA, les subventions FSC/ETI et les subventions relatives à l'impôt B&O ont clairement un lien beaucoup plus direct et immédiat avec les prix et les ventes d'aéronefs que toutes autres subventions en cause dans le présent différend, comme les subventions pour la R&D aéronautique.[2651]

1316. Le Groupe spécial a ensuite constaté que les subventions FSC/ETI, conjuguées aux réductions du taux de l'impôt B&O, avaient "permis à Boeing de réduire ses prix en deçà du niveau qui aurait

[2647] Comme il est expliqué *supra*, à la note de bas de page 1882, les Communautés européennes n'ont pas allégué que les subventions FSC/ETI avaient des effets défavorables sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, et le Groupe spécial a procédé à son analyse en partant de l'idée que ces subventions n'avaient pas d'effets sur ce marché de produit.

[2648] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1807.

[2649] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1806.

[2650] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1805, énonçant le critère pertinent, que le Groupe spécial a par la suite appliqué dans son examen, aux paragraphes 7.1806 et 7.1807, de la structure, de la conception et du fonctionnement des subventions FSC/ETI et des réductions du taux de l'impôt B&O.

[2651] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1807.

normalement été justifiable sur le plan économique et que, dans certains cas, {elles} lui {avaient} permis de remporter des ventes qu'elle n'aurait normalement pas obtenues tandis que, dans d'autres cas, elle{s} {avaient} fait qu'Airbus n'{avait} pu remporter la vente qu'à un prix réduit".[2652] Cette constatation a ensuite été un élément clé à l'appui de la constatation finale du Groupe spécial selon laquelle "les effets des {subventions fiscales liées, y compris les subventions FSC/ETI} sur les prix et les ventes d'Airbus {étaient} une perte de ventes notable et un empêchement notable de hausses de prix, … ainsi qu'un détournement des exportations des marchés de pays tiers et une entrave à ces exportations" sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges.[2653] Il est vrai que le Groupe spécial avait présenté un raisonnement un peu plus étoffé sur la contribution des subventions FSC/ETI aux effets sur les prix de Boeing, que sur celle des réductions du taux de l'impôt B&O, par exemple, en mettant en évidence le fait que ces subventions étaient subordonnées aux exportations[2654] et leur importance stratégique pour la compétitivité de Boeing sur les marchés d'exportation.[2655] À notre avis, toutefois, ce raisonnement indique simplement que le Groupe spécial a considéré que la contribution des subventions FSC/ETI aux effets et phénomènes sur le marché dont il avait constaté l'existence était relativement plus importante. Nous ne voyons rien qui indique que l'évaluation faite par le Groupe spécial, du caractère direct du lien entre les subventions fiscales liées et les prix de Boeing aurait été d'une manière ou d'une autre différente s'il avait analysé uniquement les réductions du taux de l'impôt B&O.

1317. Le Groupe spécial a été d'avis que les subventions pour la R&D aéronautique étaient une cause réelle et substantielle de menace de détournement et d'entrave, de perte de ventes notable et d'empêchement notable de hausses de prix sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges, et nous avons confirmé une bonne partie de cette constatation en appel.[2656] Comme nous l'avons expliqué, nous croyons comprendre que le Groupe spécial a également constaté, bien qu'implicitement, que les réductions du taux de l'impôt B&O avaient un lien de causalité réel avec les prix de Boeing et, par conséquent, avec les prix d'Airbus. De prime abord, il nous semble que l'étape suivante pour le Groupe spécial aurait été d'examiner si les effets des réductions du taux de l'impôt B&O complétaient ou amplifiaient les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.

[2652] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1818.
[2653] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1822.
[2654] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1808 à 7.1810.
[2655] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1817.
[2656] Nous rappelons que nous avons infirmé la constatation de l'existence d'une menace de détournement et d'entrave formulée par le Groupe spécial en ce qui concerne trois des quatre marchés de pays tiers concernés. (*Supra*, paragraphe 1090)

1318. À l'audience, les participants et les participants tiers ont longuement débattu l'approche du cumul retenue par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Les États-Unis ont dit que l'approche de l'Organe d'appel dans ce différend montrait bien que les effets des subventions pouvaient être cumulés uniquement lorsqu'ils se manifestaient de la même manière. Ainsi, dans ce différend, le cumul avait été possible pour les deux groupes de subventions non AL/FEM qui, comme les subventions AL/FEM, avaient des effets "produit", en ce sens qu'ils ont contribuaient au lancement de modèles particuliers de LCA d'Airbus. Selon les États-Unis et le Japon, cette même approche n'est pas possible lorsque, comme dans le présent différend, certaines subventions influent sur les produits du bénéficiaire et d'autres subventions influent sur ses prix. L'Union européenne, appuyée par le Brésil, a soutenu que l'Organe d'appel n'avait pas parlé de telles limitations dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, mais avait plutôt dit que le cumul devrait être effectué chaque fois qu'il était constaté qu'un groupe de subventions contestées constituait une cause réelle et substantielle d'effets défavorables, et qu'il était constaté que d'autres subventions avaient un lien direct avec le même produit subventionné, quelle que soit la manière dont les effets de ces subventions se manifestaient. Le Canada a semblé dire que cette question n'avait pas été entièrement réglée par l'Organe d'appel dans ce différend.

1319. À notre avis, la question de savoir si le cumul des effets de différents types de subventions est possible ou approprié est une question à laquelle il doit être répondu à la lumière des faits et circonstances particuliers d'une affaire donnée, y compris les subventions en cause et leur lien avec les produits subventionnés, les effets produits et leur lien avec les phénomènes de marché allégués relevant de l'article 6.3.[2657] Nous ne voyons aucune raison *a priori* – par exemple, le fait que différentes subventions fonctionnent selon des mécanismes de causalité différents – qui empêcherait totalement le cumul. Nous hésitons particulièrement à énoncer un point de repère rigide au regard duquel les groupes spéciaux devraient examiner si le cumul est ou non approprié sur la base des faits dans le présent différend ou dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Chacun de ces différends concernait des marchés duopolistiques très particuliers, sur lesquels les participants jouissaient d'un certain pouvoir commercial pour prendre leurs décisions en matière de produits et de prix. Sur de tels marchés, il est possible que les effets "produit" ou "technologie" des subventions puissent être examinés séparément de leurs effets sur les "prix". Nous nous demandons toutefois si une telle analyse segmentée peut faire pleinement apparaître la dynamique du marché et tenir compte de la possibilité d'interaction des subventions et de leurs effets sur ces types de marchés. De plus, sur de nombreux autres marchés, la structure de la concurrence

[2657] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1376.

sera telle qu'il sera tout simplement impossible de réaliser véritablement une analyse distincte des effets "produit" et des effets sur les "prix", ou d'établir une distinction entre ces effets.

1320. Nous sommes d'avis que le Groupe spécial aurait dû, dans le présent différend, examiner si les effets des réductions du taux de l'impôt B&O complétaient et amplifiaient les effets des subventions pour la R&D aéronautique sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges ou, autrement dit, s'il aurait été approprié de cumuler leurs effets. Nous n'estimons pas que le simple fait que les deux groupes de subventions fonctionnaient selon des mécanismes de causalité différents aurait pu, à lui seul, régler les questions de savoir si chaque groupe avait des effets pertinents pour le préjudice grave allégué et si ces effets pouvaient être combinés dans l'analyse du préjudice grave effectuée par le Groupe spécial parce qu'ils contribuaient de la même manière aux phénomènes sur le marché pertinents. Il en est ainsi parce que, comme nous l'avons expliqué, aux fins du cumul, le lien de causalité réel requis peut être établi même lorsque les autres subventions ne fonctionnent pas selon le même enchaînement de causalité que la subvention dont il a été constaté qu'elle était une cause réelle et substantielle de phénomènes sur le marché relevant de l'article 6.3, sous réserve que ces subventions contribuent de manière significative aux mêmes phénomènes sur le marché que ceux qui sont causés par la première subvention. Dans ce cas, les effets de ces subventions complètent et amplifient ceux de la subvention qui est une cause réelle et substantielle de ces phénomènes, et devraient être cumulés avec ceux-ci.

1321. En n'envisageant pas une telle approche, "en raison de la manière très différente" dont les deux groupes de subventions fonctionnaient et de leurs "mécanismes de causalité entièrement différents"[2658], le Groupe spécial n'a pas pleinement étudié la possibilité de cumuler les effets de ces deux groupes de subventions. Nous *constatons* donc que le Groupe spécial a fait erreur en n'examinant pas si les effets sur les prix des réductions du taux de l'impôt B&O complétaient et amplifiaient les effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique en causant des pertes de ventes notables et un empêchement notable de hausses de prix, et une menace de détournement et d'entrave, sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges. L'Union européenne ne nous demande pas de compléter l'analyse sur cette question.

[2658] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1824.

e) Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en s'abstenant d'évaluer collectivement les effets des subventions fiscales liées et les effets des subventions restantes

i) *Question de savoir si le Groupe spécial aurait dû agréger les subventions restantes avec les subventions fiscales liées ou cumuler les effets de ces deux groupes de subventions*

1322. L'Union européenne nous demande également d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle:

> … {en} évalu{ant} les effets sur la fixation des prix des LCA par Boeing d'environ 550 millions de dollars de subventions dont l'obtention n'était pas directement liée à la production ou à la vente de LCA particuliers … {le Groupe spécial n'a pas été} convaincu{} que des subventions de cette nature et de ce montant aient influé sur les prix de Boeing d'une manière qui pourrait être décrite comme causant un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes.[2659]

1323. Selon l'Union européenne, le Groupe spécial a fait erreur en formulant cette constatation parce qu'il a évalué les subventions restantes isolément, au lieu de les agréger avec les subventions fiscales liées, ou de cumuler leurs effets avec ceux des subventions fiscales liées. Étant donné que, comme les subventions fiscales liées, les subventions restantes avaient un lien avec les LCA subventionnés et avec la fixation des prix par Boeing, l'Union européenne affirme que, soit le Groupe spécial aurait dû réaliser une évaluation agrégée de leurs effets, soit, après avoir déterminé que les subventions fiscales liées causaient un préjudice grave, il aurait dû cumuler les effets de ces deux groupes de subventions. L'Union européenne souligne, à cet égard, que l'Organe d'appel a reconnu, dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, que les subventions non liées (non subordonnées aux prix) pouvaient avoir des effets sur les prix.

1324. Les États-Unis estiment que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en s'abstenant d'effectuer une évaluation collective des subventions restantes et des subventions liées dans son analyse des effets défavorables. À leur avis, ce motif d'appel de l'Union européenne repose sur une interprétation incorrecte des rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Coton upland* et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, et sur une interprétation viciée des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* selon laquelle ces articles imposent l'évaluation collective de "*toutes* les subventions apportant des avantages au produit subventionné sur le marché en question".[2660] Les États-Unis soulignent qu'aucun lien suffisant entre les subventions restantes et les produits subventionnés n'a été

[2659] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1828.
[2660] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 219 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant, paragraphe 205 (italique dans l'original)).

établi. Ils font valoir que le Groupe spécial ne disposait de presque aucun élément de preuve concernant la manière dont les subventions restantes étaient utilisées[2661], et qu'il n'a jamais souscrit à l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle les subventions restantes conféraient l'équivalent de liquidités additionnelles ni constaté que les subventions restantes avaient une influence sur la même "variable axée sur les effets" que les subventions fiscales liées – à savoir le prix. Pour les États-Unis, les circonstances du présent différend sont comparables à celles de l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, dans laquelle l'Organe d'appel a constaté que le groupe spécial avait fait erreur en cumulant les effets des subventions pour la R&DT avec les effets des subventions AL/FEM parce qu'"une constatation générale selon laquelle elles avaient permis à Airbus de développer "des caractéristiques et des aspects" de ses LCA en suivant un calendrier qu'elle n'aurait sinon pas pu respecter ne fourni{ssait} pas une base suffisante pour déterminer que les subventions pour la R&DT "complétaient et amplifiaient" l'"effet produit" de l'AL/FEM en permettant à Airbus de lancer des modèles particuliers de LCA".[2662] Les États-Unis affirment donc que l'approche suivie par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* confirme que le Groupe spécial dans le présent différend a eu raison de s'abstenir d'effectuer une évaluation collective des subventions fiscales liées et des subventions restantes, ou de leurs effets.

1325. Comme il est indiqué plus haut, le Groupe spécial n'a pas explicitement examiné la question de savoir s'il *aurait* dû évaluer collectivement ces deux groupes de subventions et leurs effets. Cela est étonnant étant donné que les Communautés européennes avaient toujours fait valoir que *toutes* les subventions avaient des effets sur la fixation des prix par Boeing, et que le Groupe spécial aurait dû évaluer collectivement ces effets. Par conséquent, nous ne savons absolument pas si le Groupe spécial n'a pas évalué collectivement ces deux groupes de subventions ou leurs effets parce que, comme pour les subventions pour la R&D aéronautique et les réductions du taux de l'impôt B&O, il a estimé que les deux groupes de subventions fonctionnaient selon des "mécanismes de causalité différents", ou pour une quelque autre raison.

1326. Bien que l'absence de tout raisonnement par le Groupe spécial pose problème, nous estimons qu'il y a dans le dossier des éléments qui étayent le point de vue selon lequel le Groupe spécial n'a pas outrepassé les limites de son pouvoir discrétionnaire en ne réalisant pas une analyse *agrégée* de ces deux groupes de subventions. Qui plus est, les explications données par le Groupe spécial au sujet du fonctionnement des subventions fiscales liées, d'une part, et des subventions restantes, d'autre part,

[2661] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 214 (citant le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3786 relative au paragraphe 7.1828, qui fait référence aux observations des États-Unis sur la réponse des Communautés européennes à la question n° 301 du Groupe spécial, paragraphes 601 et 602).

[2662] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 218 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1407).

donnent fortement à penser que le Groupe spécial a estimé qu'elles étaient de nature différente. Le Groupe spécial a explicitement mis en contraste les deux groupes, expliquant que les subventions restantes, "contrairement aux subventions FSC/ETI et aux {réductions du taux de} l'impôt B&O … ne se rapport{aient} pas directement à la production ou à la vente de LCA par Boeing".[2663] Par ailleurs, dans leurs communications au Groupe spécial, les Communautés européennes ont elles-mêmes admis que ces subventions étaient, tout au moins dans une certaine mesure, de nature différente.[2664] De plus, en cherchant à quantifier les effets sur les prix de ces deux groupes de subventions, les Communautés européennes ont établi une distinction entre l'*ampleur* des effets sur les prix de Boeing qui découleraient des subventions fiscales liées (les Communautés européennes ont allégué qu'il s'agirait d'une réduction au dollar près par LCA produit ou vendu) et celle des subventions restantes (les Communautés européennes ont allégué, en s'appuyant sur le rapport Cabral, que cette réduction serait un peu moins importante). Pour ces raisons, nous ne sommes pas en mesure de souscrire à l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en ne procédant pas à une analyse *agrégée ex ante* de ces deux groupes de subventions et de leurs effets.

1327. Nous jugeons plus convaincant l'argument subsidiaire de l'Union européenne selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en ne procédant pas à une évaluation *cumulative* de la question de savoir si les subventions restantes influaient sur les prix de Boeing d'une façon semblable aux subventions fiscales liées, de sorte qu'elles complétaient et amplifiaient les effets des subventions fiscales liées dont le Groupe spécial avait constaté qu'elles étaient une cause réelle et substantielle de détournement et d'entrave, de perte notable de ventes et d'empêchement notable de hausses de prix sur les marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges. Les Communautés européennes ont toujours affirmé devant le Groupe spécial que *toutes* les subventions – les subventions fiscales liées, les subventions restantes et les subventions pour la R&D aéronautique – contribuaient à la capacité de Boeing de réduire les prix de ses LCA, et à la réduction effective de ces prix, et aux effets défavorables qui en résultaient pour Airbus sur le marché. Comme il est expliqué plus haut, le Groupe spécial a indiqué – quoique brièvement – la raison pour laquelle il n'avait pas évalué les effets sur les prix du 787 de Boeing qui, d'après les allégations, avaient découlé des subventions pour la

[2663] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1827.

[2664] Les Communautés européennes ont souligné que, comme elles étaient subordonnées à la production et à la vente de chaque LCA, les subventions fiscales liées réduisaient les coûts marginaux unitaires de Boeing. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1608) En revanche, les Communautés européennes ont admis que les subventions restantes n'étaient pas liées aux ventes ni à la production unitaires, mais ont allégué qu'elles augmentaient les liquidités hors exploitation de Boeing. (*Ibid.*, paragraphes 7.1609 et 7.1827)

R&D aéronautique[2665], et il n'a pas été fait appel de cet aspect de l'approche suivie par le Groupe spécial.

1328. Le Groupe spécial n'a effectué qu'une analyse sommaire des effets allégués des subventions restantes. Il a reconnu qu'une subvention de la nature des subventions restantes *pouvait* "influer sur le comportement de son bénéficiaire *d'une manière qui cause un préjudice grave*, selon le contexte dans lequel elle {était} utilisée "même si l'obtention d'une telle subvention" n'{était} pas directement liée à la production ou à la vente de LCA particuliers".[2666] Après avoir mentionné le montant de 550 millions de dollars de subventions, toutefois, le Groupe spécial a dit qu'il n'était "pas convaincu{} que des subventions de cette nature et de ce montant aient influé sur les prix de Boeing *d'une manière qui pourrait être décrite comme causant un préjudice grave* aux intérêts des Communautés européennes".[2667] Toutefois, il n'aurait pas dû limiter son analyse à la question de savoir si ces subventions constituaient une cause réelle et substantielle de préjudice grave *à elles seules*. Au lieu de cela, il aurait dû examiner s'il y avait un lien de causalité réel entre les subventions restantes et les effets constatés des subventions fiscales liées sur la fixation des prix des LCA de Boeing, c'est-à-dire si les subventions restantes contribuaient de manière réelle ou significative à ces effets, de sorte qu'il pourrait être considéré que ces subventions restantes complétaient et amplifiaient ces effets et, partant, le préjudice grave causé aux intérêts des Communautés européennes. Au lieu de cela, après avoir constaté que les subventions fiscales liées étaient une cause réelle et substantielle des phénomènes relevant de l'article 6.3, le Groupe spécial n'a pas vérifié s'il existait un lien de causalité réel entre ces phénomènes et les subventions restantes, et n'a pas examiné si les effets des subventions fiscales liées et ceux des subventions restantes pouvaient ou devraient être cumulés.

1329. Pour ces raisons, nous *constatons* que le Groupe spécial a fait erreur en concluant, aux paragraphes 7.1828 et 7.1855 de son rapport, qu'il n'avait pas été montré que les subventions restantes avaient influé sur les prix de Boeing d'une manière causant un préjudice grave, sans avoir examiné si ces subventions avaient un lien réel avec ces prix et des effets sur ceux-ci. Par conséquent, nous *infirmons* cette constatation, qui a été formulée sans que l'allégation présentée par les Communautés européennes n'ait été pleinement examinée.

[2665] Le Groupe spécial a jugé que, "{a}yant analysé les effets des subventions pour la R&D aéronautique en fonction de leur contribution au développement par Boeing de technologies pour le 787", "ce serait les surestimer que d'analyser également leurs effets sur la base d'une autre interprétation de leur fonctionnement, à savoir qu'elles libèrent des liquidités additionnelles que Boeing peut utiliser pour réduire les prix de ses LCA". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1826)

[2666] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1828. (pas d'italique dans l'original)

[2667] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1828. (pas d'italique dans l'original)

1330. Nous soulignons qu'en parvenant à cette conclusion, nous ne laissons pas entendre que le simple fait que le Groupe spécial a constaté que les subventions fiscales liées influaient sur les prix de Boeing et étaient une cause réelle et substantielle d'effets défavorables signifie que les subventions restantes avaient nécessairement des effets semblables.[2668] En revanche, nous reprochons au Groupe spécial de n'avoir pas du tout examiné cette question, alors en particulier que la position des Communautés européennes a toujours été que les deux groupes de subventions avaient eu des effets semblables sur la fixation des prix de Boeing et avaient contribué aux mêmes phénomènes sur le marché.

ii) *Demande de l'Union européenne visant à compléter l'analyse*

1331. L'Union européenne nous demande de compléter l'analyse et de constater que, prises conjointement avec les subventions fiscales liées, les subventions restantes causent des effets défavorables. Elle demande que nous procédions à une évaluation agrégée de ces deux groupes de subventions et que nous constations qu'ils apportaient tous deux à Boeing des avantages en matière de prix et causaient les mêmes effets sur le marché. À titre subsidiaire, l'Union européenne demande que nous cumulions les effets de ces deux groupes de subventions ou, en d'autres termes, que nous constations que les effets des subventions restantes complétaient et amplifiaient les effets sur les prix dont le Groupe spécial a constaté qu'ils avaient été causés par les subventions fiscales liées.[2669]

1332. En réponse, les États-Unis soulignent les différences entre les faits en l'espèce et ceux de l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Ils font valoir que l'Union européenne n'indique pas les constatations factuelles ou les faits non contestés pertinents qui nous

[2668] De même, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a averti que "{l}e fait que les mesures d'AL/FEM {avaient} permis certains lancements de produits, et étaient donc une cause réelle et substantielle du détournement et des pertes de ventes pendant la période de référence, n'établi{ssait} pas en lui-même et à lui seul que les subventions non AL/FEM avaient des effets semblables". (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1379)

[2669] Comme pour ses arguments au sujet de l'erreur alléguée du Groupe spécial, les arguments de l'Union européenne ont un peu évolué entre sa communication en tant qu'appelant (présentée avant la distribution du rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*) et les arguments présentés dans sa communication en tant qu'intimé et à l'audience. Dans sa communication en tant qu'appelant, l'Union européenne demande que l'analyse soit complétée au moyen de l'application de l'approche utilisée dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* et met l'accent sur le lien entre les subventions et le produit et entre les subventions et l'effet sur le marché pertinent. Bien que l'Union européenne n'ait pas abandonné ces arguments, ses communications ultérieures mettent davantage l'accent sur l'approche utilisée dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. S'appuyant sur le rapport de l'Organe d'appel dans cette affaire, l'Union européenne demande que nous constations que, puisque les subventions restantes ont un lien de causalité réel avec le même effet (sur les prix) allégué et puisque le Groupe spécial a constaté que les subventions fiscales liées avaient causé, en elles-mêmes et à elles seules, un préjudice grave, les subventions restantes complétaient et amplifiaient les effets sur les prix de ces subventions fiscales liées.

permettraient de compléter l'analyse et ils affirment qu'il n'existe pas de telles constatations ou de tels faits non contestés versés au dossier.

1333. Nous commençons par examiner si nous pouvons ou devrions chercher à agréger les subventions restantes avec les subventions fiscales liées. Nous rappelons les différences entre ces deux groupes de subventions qui ont été relevées par le Groupe spécial[2670] et, en fait, par les Communautés européennes elles-mêmes.[2671] Nous rappelons en outre que nous avons déjà constaté que le Groupe spécial n'avait pas fait erreur en n'effectuant pas une analyse agrégée de ces deux groupes de subventions.[2672] Par conséquent, nous ne considérons pas qu'il serait approprié d'examiner nous-mêmes à nouveau la même question.

1334. Nous examinons donc la demande subsidiaire de l'Union européenne visant à ce que nous constations que les effets des subventions restantes complétaient et amplifiaient les effets des subventions fiscales liées sur les prix pratiqués par Boeing ainsi que les effets défavorables corollaires dont le Groupe spécial a constaté qu'ils avaient été causés. Nous avons infirmé les constatations du Groupe spécial concernant les effets des subventions fiscales liées.[2673] En outre, en complétant l'analyse de l'allégation de l'Union européenne, nous avons constaté que les subventions FSC/ETI et la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington étaient, par le biais de leurs effets sur les prix pratiqués par Boeing pour son 737NG, une cause réelle et substantielle de pertes de ventes notables sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges.[2674] Par conséquent, la question que nous devons examiner est celle de savoir si les effets des subventions restantes complétaient et amplifiaient ces effets.

[2670] *Supra*, paragraphe 1326.

[2671] Nous rappelons que, devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont établi une distinction entre la façon dont chaque groupe de subventions influait sur les prix pratiqués par Boeing et la mesure dans laquelle chaque groupe de subventions était utilisé par Boeing pour réduire les prix de ses LCA. Bien que les Communautés européennes aient fait valoir que *toutes* les subventions, des *deux* catégories, avaient amené Boeing à fixer les prix de ses LCA à un niveau moins élevé qu'elle ne l'aurait fait normalement, elles ont qualifié les subventions fiscales liées de subventions qui réduisaient directement les coûts de production marginaux de Boeing et les subventions restantes de subventions qui augmentaient les liquidités hors exploitation de Boeing. S'agissant des subventions dont il était allégué qu'elles réduisaient directement les coûts marginaux unitaires de Boeing, les Communautés européennes ont estimé que ces subventions avaient des "effets sur les prix particulièrement forts", à savoir l'effet de réduire les prix des LCA de Boeing sur une base d'"un dollar pour un dollar". Afin de calculer les effets de réduction des prix des subventions dont il est allégué qu'elles augmentent les liquidités hors exploitation de Boeing, les Communautés européennes se sont appuyées sur un modèle élaboré par leur expert économique, Luís Cabral, qui a estimé les effets sur les prix de telles subventions. (Voir la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1302, 1370, 1477 et 1571; le rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.2 – Le modèle Cabral; et le rapport Cabral.)

[2672] *Supra*, paragraphe 1326.

[2673] *Supra*, paragraphes 1249 et 1274.

[2674] *Supra*, paragraphe 1274.

1335. Nous rappelons que, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a accepté qu'il puisse uniquement être constaté que les effets d'un groupe de subventions complétaient et amplifiaient les effets d'un deuxième groupe de subventions lorsqu'il a été montré que ce premier groupe de subventions avait un lien de causalité *réel* avec les effets et les phénomènes sur le marché pertinents causés par le deuxième groupe de subventions.[2675] La raison en est que le fait que le premier groupe de subventions n'est pas, en lui-même, une cause substantielle d'effets défavorables n'exclut pas qu'il ait eu des effets semblables à ceux d'un autre groupe de subventions qui était une cause tant réelle que substantielle de ces effets. Un cumul de ce type n'exige toutefois pas qu'il soit montré d'une manière affirmative qu'il existe un lien de causalité réel entre le premier groupe de subventions et les effets et phénomènes sur le marché auxquels il est allégué qu'il contribue.

1336. Il n'est pas contesté qu'aucune des subventions restantes n'était subordonnée à la production ou à la vente de LCA particuliers.[2676] Le Groupe spécial a noté que les deux parties acceptaient l'idée que l'obtention de telles subventions "{pouvait} quand même influer sur le comportement de son bénéficiaire d'une manière qui caus{ait} un préjudice grave, selon le contexte dans lequel elle {était} utilisée".[2677] Il a fait observer en outre que les Communautés européennes avaient indiqué un certain nombre d'éléments qui démontraient que, dans le contexte du présent différend, les subventions restantes influaient effectivement sur les prix fixés par Boeing, y compris: des "facteurs du marché des LCA", "la dynamique de la production" et "la concurrence duopolistique intense qui existe sur les marchés des LCA".[2678] Nous avons examiné plusieurs de ces facteurs en complétant l'analyse de l'allégation de l'Union européenne selon laquelle, par le biais de leurs effets sur les prix, les subventions fiscales liées causaient un préjudice grave.[2679] Nous avons admis que le marché des LCA de 100 à 200 sièges fonctionnait comme un duopole dans lequel Airbus et Boeing possédaient chacune la capacité, par le biais de leurs décisions en matière d'approvisionnement et de fixation des prix, d'influencer les prix fixés par l'autre. Nous avons en outre fait observer qu'il apparaissait que le prix avait été une considération particulièrement importante sur le marché des LCA de 100 à

[2675] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1378 et 1379.

[2676] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1827 et 7.1828.

[2677] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1828. Les États-Unis ont toutefois considéré qu'il était "improbable" que des subventions qui n'étaient pas liées à la production d'un produit particulier influent sur la production. (*Ibid*., paragraphes 7.1827 et 7.1828) Nous rappelons aussi que, s'agissant de la *capacité* d'une subvention non liée à influer sur les décisions relatives aux prix et à la production, l'Organe d'appel a indiqué dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* qu'il "n'exclu{ait} pas la possibilité que les subventions contestées qui n'{étaient} pas "subordonnées aux prix" … aient certains effets sur la production et les exportations, et contribuent à l'empêchement de hausses de prix". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, note de bas de page 589 relative au paragraphe 450)

[2678] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1827.

[2679] Voir la section X.D.4 d) du présent rapport.

200 sièges en raison du degré relativement élevé de substituabilité entre l'A320 et le 737NG et du fait que de nombreux clients sur ce marché de produit étaient des transporteurs à bas coûts, qui sont particulièrement sensibles au prix. Nous avons pris note de la constatation du Groupe spécial selon laquelle, à la fin de 2004 ou au début de 2005, Boeing avait modifié sa stratégie globale en matière de prix pour devenir plus "aggressive" à cet égard.[2680] En outre, nous avons fait référence à la constatation du Groupe spécial selon laquelle certaines campagnes de vente de LCA étaient plus concurrentielles et plus sensibles au prix que d'autres.[2681] Enfin, sur la base de notre examen des faits non contestés relatifs aux éléments de preuve concernant des campagnes de vente spécifiques, nous avons déterminé que Boeing avait été particulièrement mise sous pression pour réduire ses prix afin d'obtenir des ventes de 737NG au cours des campagnes JAL et SALE de 2005 et nous avons conclu qu'elle utilisait les subventions FSC/ETI et la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington pour le faire.[2682]

1337. Ces constatations sont également pertinentes pour notre analyse de la question de savoir si les subventions restantes avaient un lien de causalité réel avec les prix fixés par Boeing pour son 737NG au cours de ces deux campagnes parce qu'elles incitaient fortement Boeing à utiliser les moyens disponibles pour baisser les prix de son 737NG et obtenir ces ventes. Par conséquent, nous considérons que, dans les circonstances de ces deux campagnes de vente, le lien de causalité nécessaire sera établi s'il y a des faits non contestés ou des constatations factuelles du Groupe spécial établissant un lien entre les subventions restantes, ou l'une quelconque d'entre elles, et le 737NG. Cela suffira à établir que les avantages de ces subventions faisaient partie des moyens dont disposait Boeing au cours de ces campagnes et, partant, à démontrer l'existence d'un lien réel entre ces subventions restantes et le 737NG.

1338. Les subventions restantes comprenaient huit mesures prises dans plusieurs juridictions différentes, à la fois au niveau local et au niveau de l'État, et dans le cadre de plusieurs programmes de subventions différents. Plusieurs des contributions financières prenaient la forme de crédits d'impôt ou de réductions d'impôt[2683], certaines étaient des transferts directs de fonds[2684], et il a été constaté que

[2680] Rapport du Groupe spécial, Appendice VII.F.2 – Le modèle Cabral, pages 885 et 886, paragraphe 68 et note de bas de page 4250 y relative.

[2681] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1694 et 7.1820.

[2682] Voir *supra*, le paragraphe 1271.

[2683] S'agissant des mesures fiscales de l'État de Washington, les subventions sont les crédits d'impôt B&O pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatiques et les impôts sur la propriété, ainsi que les exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour le matériel, les périphériques et les logiciels informatiques. S'agissant des mesures fiscales de l'État du Kansas, la subvention consiste en des abattements de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes découlant des IRB. S'agissant des mesures fiscales de l'État de l'Illinois, les subventions sont une réduction de l'impôt sur les bénéfices exigible due à certains crédits d'impôt ainsi que des abattements partiels des impôts sur la propriété.

d'autres encore consistaient en la fourniture à la fois de biens et de services.[2685] Le montant des différentes subventions était compris entre 0,5 million et 475,8 millions de dollars.[2686] S'agissant des périodes au cours desquelles elles ont été obtenues, la plupart des mesures consistaient en contributions financières disponibles sur une base annuelle au cours d'une période définie et il a été constaté qu'elles avaient été obtenues chaque année sur des périodes pouvant aller jusqu'à 17 ans[2687], bien qu'une subvention ait consisté en un versement unique pour la résiliation d'un bail.[2688]

1339. Le Groupe spécial a fait observer que le montant des subventions restantes était "relativement faible, soit environ 550 millions de dollars" et qu'aucune de ces subventions "ne se rapport{ait} {…} directement à la production ou à la vente de LCA par Boeing".[2689] Bien que nous souscrivions à ces affirmations dans une certaine mesure, nous considérons qu'elles sont trop générales. Par exemple, comme il est indiqué plus haut, la taille de chaque subvention variait considérablement, de 0,5 million à 475,8 millions de dollars. En outre, l'importance de la subvention, tout en restant une considération pertinente, porte un peu moins à conséquence lorsque la question est de savoir si les effets de la subvention peuvent être *cumulés* avec les effets d'un autre groupe de subventions dont il a été constaté qu'il était une cause réelle et substantielle de préjudice grave, plutôt que de savoir si la subvention elle-même *causait* le préjudice grave. De plus, le fait non contesté que les subventions ne sont pas "liées" n'implique pas nécessairement qu'aucune d'entre elles ne "se rapport{e}{…} directement à la production ou à la vente de LCA par Boeing".[2690] Il est vrai, comme il apparaît que le Groupe spécial l'a reconnu[2691], qu'aucune des subventions restantes n'était "liée" à la production ou à la vente de LCA

[2684] Ces subventions sont le remboursement par l'État de l'Illinois de jusqu'à 50 pour cent des frais de relocalisation de Boeing et le versement de 1 million de dollars pour la résiliation du bail du locataire précédent du bâtiment abritant le siège de Boeing. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.907)

[2685] Ces subventions sont le Centre de ressources d'emploi et le programme de perfectionnement de la main-d'œuvre de l'État de Washington. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.588)

[2686] Le Groupe spécial a déterminé que l'avantage apporté à la division des LCA de Boeing par les abattements de l'impôt sur la propriété accordés à Boeing en vertu des IRB émises par l'État du Kansas et les municipalités s'y trouvant était le montant que Boeing avait reçu directement au cours de la période de 1989 à 2006, à savoir 475,8 millions de dollars. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.818) Il a aussi déterminé que la ville de Chicago avait versé 1 million de dollars pour la résiliation du bail du locataire précédent du bâtiment abritant le nouveau siège de Boeing, et a imputé 50 pour cent de ce montant de 1 million de dollars à la division des LCA de Boeing. (*Ibid*., paragraphes 7.902 et 7.932)

[2687] Le Groupe spécial a constaté que les abattements de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes accordés en vertu des IRB émises par l'État du Kansas et les municipalités s'y trouvant avaient été obtenus par la division des LCA de Boeing au cours de la période de 1989 à 2006. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.818)

[2688] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.902.

[2689] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1827. Le Groupe spécial a en outre fait référence au fait que les Communautés européennes ont reconnu que les subventions ne "vis{aient} explicitement à réduire les coûts de production de modèles de LCA spécifiques de Boeing". (*Ibid.*, citant la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 1303)

[2690] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1827.

[2691] Le Groupe spécial a indiqué que l'obtention des subventions restantes "n'{était} pas directement liée à la production ou à la vente de LCA particuliers". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1828)

spécifiques, dans le sens où nous avons utilisé ce terme dans le présent rapport. En d'autres termes, l'obtention de la subvention n'était pas subordonnée à la production ou à la vente d'un produit particulier sur une base unitaire.[2692] Pourtant, toutes les subventions restantes sont des subventions destinées à couvrir une partie des coûts fixes supportés par Boeing, par exemple les coûts liés à l'achat ou à l'amélioration des installations de fabrication des composants, à l'achat de matériel et de logiciels informatiques, à la formation des employés ou à l'obtention de l'accès anticipé au bâtiment abritant son nouveau siège social à Chicago. En outre, comme il est expliqué plus en détail ci-après, certaines de ces subventions se rapportent plus directement à la production de LCA par Boeing, et en particulier à sa production du 737NG, que d'autres.

1340. En effet, devant le Groupe spécial, les Communautés européennes ont elles-mêmes fait valoir que certaines de ces subventions étaient plus étroitement liées que d'autres à la production de LCA et, dans certains cas, à la production de modèles particuliers de LCA. Elles ont établi une distinction entre les subventions qui apportaient des avantages uniquement au 787 (catégorie A); les subventions qui apportaient des avantages à de multiples familles d'aéronefs, y compris le 737NG (catégorie C); et les subventions qui apportaient des avantages aux activités de Boeing relatives aux LCA en général (catégorie E).[2693]

1341. Point important, les Communautés européennes ont classé le programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et le Centre de ressources d'emploi de l'État de Washington en tant que

[2692] Le Groupe spécial a noté en outre que les Communautés européennes n'employaient pas le terme "liée" de cette manière. Elles employaient plutôt cette notion "pour démontrer l'imputation d'un montant de subvention à des produits particuliers, et non pour démontrer qu'une subvention {était} "liée" à un produit en ce sens que sa réception {était} d'une certaine manière subordonnée à la production ou à la vente d'un produit particulier". (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 3783 relative au paragraphe 7.1827; voir aussi la réponse des Communautés européennes à la question n° 374 du Groupe spécial, paragraphes 297 et 298 et note de bas de page 392 y relative) Les Communautés européennes ont expliqué qu'elles considéraient qu'une subvention était "liée"" lorsqu'elle "visait des produits spécifiques, de sorte que l'avantage de la subvention pouvait raisonnablement être réputé bénéficier à ces produits" et que, dans le contexte du présent différend, elles considéraient qu'une subvention était "liée" lorsqu'"elle *apportait des avantages* à une ou plusieurs *familles d'aéronefs particulières – par exemple*, la réduction de l'impôt B&O de la ville d'Everett qui apportait un avantage au 777 et au 787 de Boeing ainsi qu'à son 747 et à son 767, mais pas aux 717, 737 ou 757 de Boeing". (Réponse des Communautés européennes à la question n° 374 du Groupe spécial, paragraphe 298 (italique dans l'original))

[2693] Réponse des Communautés européennes à la question n° 374 du Groupe spécial, note de bas de page 396 relative au paragraphe 298; International Trade Resources LLC, "Calculating on a Per-Aircraft Basis the Magnitude of the Subsidies Provided to US Large Civil Aircraft" (20 février 2007) (pièce EC-13 présentée au Groupe spécial), paragraphe 32 et tableaux 7 et 10. Voir aussi la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphes 1226 à 1278. Les Communautés européennes ont fait référence aux subventions qui apportaient des avantages: au 787 seulement (catégorie A); à toutes les familles d'aéronefs de Boeing à l'exception du 787 (catégorie B); à toutes les familles d'aéronefs à l'exception du 717 (catégorie C); à toutes les familles d'aéronefs à l'exception du 717, du 737NG et du 757 (catégorie D); et à toutes les familles d'aéronefs (catégorie E). (International Trade Resources LLC, "Calculating on a Per-Aircraft Basis the Magnitude of the Subsidies Provided to US Large Civil Aircraft" (20 février 2007) (pièce EC-13 présentée au Groupe spécial), tableau 10)

subventions de la catégorie A, c'est-à-dire en tant que subventions apportant des avantages *uniquement* au 787. Ainsi, elles n'ont pas, dans leur première communication écrite au Groupe spécial, soutenu que le programme de perfectionnement de la main-d'œuvre et le Centre de ressources d'emploi de l'État de Washington apportaient des avantages au 737NG de Boeing ou influaient sur les prix fixés par Boeing pour ce modèle.[2694] De plus, bien que les Communautés européennes aient affirmé initialement que tous les crédits d'impôt B&O de l'État de Washington étaient des subventions de la catégorie C qui apportaient des avantages à plusieurs familles d'aéronefs, y compris le 737NG, lorsqu'elles ont quantifié ultérieurement le montant du crédit d'impôt B&O pour les impôts sur la propriété, elles ont indiqué que l'intégralité du montant se rapportait à "la nouvelle construction relative à l'avion 7E7" sur le site de Boeing à Everett – c'est-à-dire aux installations de production du 787.[2695] En d'autres termes, les propres communications des Communautés européennes montrent que ce crédit d'impôt B&O apportait des avantages uniquement au 787. Pour ces raisons, nous ne pouvons pas maintenant chercher à savoir si le programme de perfectionnement de la main-d'œuvre, le Centre de ressources d'emploi de l'État de Washington ou le crédit d'impôt B&O de l'État de Washington pour les impôts sur la propriété apportaient des avantages à la production du 737NG, ni si les effets de ces trois subventions peuvent être cumulés avec ceux des subventions fiscales liées sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges.

1342. Les Communautés européennes ont aussi classé en tant que subventions de la catégorie E apportant des avantages aux activités de Boeing relatives aux LCA en général, les quatre subventions qui ont été accordées en relation avec la relocalisation par Boeing de son siège social dans l'État de l'Illinois.[2696] Elles ont reconnu que des subventions de cette nature "ne visaient pas un produit particulier, mais plutôt l'ensemble de la société ou de l'unité d'entreprise en cause", mais elles ont soutenu que ces subventions "pouvaient raisonnablement être réputées apporter des avantages à tous les produits de la société ou de l'unité d'entreprise".[2697] À notre avis, ces arguments des Communautés européennes ne suffisent pas pour établir clairement un lien entre ces quatre mesures et la production par Boeing du 737NG. Nous notons aussi que ces subventions ont été obtenues par la société Boeing et que le Groupe spécial a imputé un pourcentage du montant global obtenu à la division des LCA de

[2694] Voir la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, Figure 41 – Subventions des États-Unis apportant des avantages au LCA 737NG de Boeing, au paragraphe 1475.

[2695] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.217.

[2696] Ces subventions étaient constituées par: i) le remboursement par l'État de l'Illinois d'une partie des frais de relocalisation de Boeing; ii) les crédits d'impôt EDGE sur une durée de 15 ans accordés par l'État de l'Illinois; iii) l'abattement ou le remboursement par l'État de l'Illinois d'une partie des impôts sur la propriété de Boeing; et iv) le versement en vue de la résiliation du bail du locataire précédent du bâtiment du nouveau siège social de Boeing à Chicago.

[2697] Réponse des Communautés européennes à la question n° 374 du Groupe spécial, paragraphe 298.

Boeing.[2698] Pour ces raisons, nous ne sommes pas persuadés qu'il a été montré que ces subventions avaient contribué d'une manière significative à une quelconque baisse des prix pratiqués par Boeing pour ses 737NG, ou, en d'autres termes, qu'il existe un lien de causalité réel entre ces subventions et les effets sur le marché pertinents. Pour cette raison, nous ne pouvons pas cumuler les effets de ces subventions avec ceux des subventions fiscales liées sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges.

1343. Les Communautés européennes ont soutenu que les autres subventions restantes apportaient des avantages à des familles d'aéronefs particulières, y compris la famille du 737NG. Ces subventions, et leurs montants, sont les suivants: i) les crédits d'impôt B&O de l'État de Washington pour le développement préproduction, les logiciels et le matériel informatiques (41,3 millions de dollars[2699]); ii) les exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour le matériel, les périphériques et les logiciels informatiques de l'État de Washington (8,3 millions de dollars[2700]); et iii) les abattements de l'impôt sur la propriété et de la taxe sur les ventes accordés à Boeing en vertu des IRB émises par la ville de Wichita (475,8 millions de dollars[2701]).

1344. Boeing a obtenu des crédits d'impôt B&O de l'État de Washington pour certaines dépenses de développement préproduction, c'est-à-dire les dépenses correspondant aux activités de recherche, de conception et d'ingénierie en relation avec l'aéronautique[2702], ainsi que pour certaines dépenses correspondant aux logiciels et au matériel informatiques de conception et de développement préproduction utilisés pour la conception et le développement numériques d'avions commerciaux.[2703] Ces crédits d'impôt étaient appliqués sur les impôts B&O que Boeing, comme nous l'avons indiqué, devait acquitter en relation avec la construction et la vente de tous les LCA de Boeing produits dans l'État de Washington, y compris le 737NG. Cependant, nous ne voyons rien dans le dossier qui

[2698] Le Groupe spécial a accepté que 50 pour cent du total des montants versés soient imputés à la division des LCA de Boeing. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.932) Les Communautés européennes ont expliqué dans leur première communication écrite qu'elles avaient imputé 50 pour cent à la division des LCA de Boeing "parce que les LCA {avaient} fini par représenter, avec le temps, en moyenne, environ 50 pour cent des ventes totales de Boeing". (Première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 384) Les États-Unis ont répondu ce qui suit: "{b}ien que l'imputation par les CE de 50 pour cent aux aéronefs civils gros porteurs ne soit pas nécessairement exacte, les États-Unis l'acceptent uniquement aux fins des mesures de l'État de l'Illinois parce que les valeurs monétaires en jeu sont peu élevées et une imputation plus exacte, telle que celle qui est fondée sur les recettes, n'entraînerait ainsi pas nécessairement une modification significative des chiffres". (Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, note de bas de page 852 relative au paragraphe 663)

[2699] En particulier, le Groupe spécial a constaté que, jusqu'en 2006, le montant du crédit d'impôt B&O pour le développement préproduction s'élevait à 21,3 millions de dollars et le montant du crédit d'impôt B&O pour les logiciels et le matériel informatiques s'élevait à 20 millions de dollars. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.257)

[2700] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.258.

[2701] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.818.

[2702] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.51 et 7.52, résumant et reproduisant les parties pertinentes de l'article 7 du Projet de loi n° 2294 de la Chambre des représentants.

[2703] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.53 et 7.54, résumant et reproduisant les parties pertinentes de l'article 8 du Projet de loi n° 2294 de la Chambre des représentants.

indique que les crédits d'impôt B&O ont été obtenus en relation avec des dépenses liées au 737NG. En fait, les renseignements limités versés au dossier laissent plutôt entendre que les dépenses donnant lieu aux crédits d'impôt se rapportaient à des familles d'aéronefs de Boeing autres que celle du 737NG.[2704]

1345. Passant aux exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation de l'État de Washington, nous notons que Boeing a bénéficié d'éxonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation en relation avec ses achats de matériel, de périphériques et de logiciels informatiques, lorsque ceux-ci ont été achetés ou utilisés pour le développement d'avions commerciaux ou de leurs composants.[2705] Comme les crédits d'impôt B&O examinés plus haut, ces exonérations fiscales faisaient partie de l'ensemble de mesures prévues dans le Projet de loi n° 2294 de la Chambre des représentants. Bien que cet ensemble de mesures vise à inciter Boeing à localiser ses installations de production du 787 dans la ville d'Everett, les mesures fiscales qu'il comportait étaient, en principe, disponibles pour tous les aéronefs de Boeing construits dans l'État de Washington, et pas uniquement pour le 787.[2706] Là encore, toutefois, nous ne voyons rien dans le dossier qui indique que les exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation ont été obtenues ou étaient censées être obtenues en relation avec des dépenses liées au 737NG, et les renseignements limités versés au dossier laissent plutôt entendre que

[2704] Lorsqu'il a calculé le montant de ces deux crédits d'impôt, le Groupe spécial s'est appuyé principalement sur une note fiscale de l'Administration fiscale de l'État de Washington. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.255 à 7.257 (faisant référence à Washington State Department of Revenue, "Final HB 2294 Fiscal Note – 20-Year Spreadsheet: Commercial Airplane/Component Industry Tax Incentives" (pièce US-184 présentée au Groupe spécial)) Cette feuille de calcul fait référence à "Everett" et il apparaît donc qu'elle donne à penser que les montants estimés des crédits d'impôt B&O de l'État de Washington reçus pour des dépenses correspondant à des logiciels et à du matériel informatiques de développement préproduction se rapportaient aux installations de Boeing à Everett, Washington. La ville d'Everett abrite les installations de Boeing pour l'assemblage final de ses familles de LCA bicouloir (au cours de la période de référence, Everett était le futur site des installations d'assemblage du 787 et le site actuel des installations où l'assemblage final des familles du 747, 767 et 777 de Boeing se produisait). En revanche, l'assemblage final du 737NG monocouloir de Boeing a lieu à Renton, Washington. (Voir la première communication écrite des Communautés européennes au Groupe spécial, paragraphe 46 et la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 852) Nous notons également que, à première vue, les articles 7 et 8 du Projet de loi n° 2294 de la Chambre des représentants laissent entendre que ces deux crédits d'impôt se rapportent aux dépenses de "préproduction" et que, pendant la période de référence, le 737NG étaient déjà en cours de production, alors que le 787 était encore au stade de la "préproduction". L'article 7 prévoit un crédit d'impôt B&O "pour les dépenses de développement préproduction" et définit le "développement préproduction" comme "les activités de recherche, de conception et d'ingénierie réalisées en relation avec le développement d'un produit", alors que l'article 8 fait référence à "un crédit … pour les investissements relatifs aux logiciels et au matériel informatiques de conception et de développement préproduction acquis … et utilisés par une personne admissible essentiellement pour la conception et le développement numériques d'avions commerciaux". (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.52 et 7.54.)

[2705] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.59 et 7.60, résumant et reproduisant les articles 9 1) et 10 1) du Projet de loi n° 2294 de la Chambre des représentants.

[2706] Voir le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 1057 relative au paragraphe 7.43.

les exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation ont été accordées en relation avec des dépenses liées à des familles d'aéronefs de Boeing autres que celle du 737NG.[2707]

1346. Pour ces raisons, nous considérons que ni les constatations du Groupe spécial ni les faits non contestés versés au dossier ne démontrent l'existence d'un lien réel entre le 737NG de Boeing et les crédits d'impôt B&O relatifs à certaines dépenses de développement préproduction et aux logiciels et au matériel informatiques, ou entre le 737NG et les exonérations des taxes sur les ventes et sur l'utilisation pour le matériel, les logiciels et les périphériques informatiques.

1347. Enfin, nous examinons si les IRB de la ville de Wichita ont un lien réel avec le 737NG de Boeing. Le Groupe spécial a constaté que le programme d'IRB visait à aider à lever des fonds pour financer l'achat, la construction ou l'amélioration de biens industriels utilisés à des fins de fabrication[2708], y compris les biens immobiliers ainsi que les machines et équipements commerciaux et industriels.[2709] Les IRB émises en faveur de Boeing visaient spécifiquement à améliorer les installations de fabrication de Wichita et étaient utilisées dans ce but.[2710] Ces installations de fabrication produisaient des parties pour les LCA de Boeing, y compris, notamment, le 737NG.[2711] En effet, en juin 2005, Boeing a indiqué sur son site Web que ses installations de Wichita produisaient "75 pour cent des cellules du 737, l'avion de ligne le plus vendu de l'histoire. Pour la nouvelle

[2707] Lorsqu'il a calculé le montant de cette subvention, le Groupe spécial s'est appuyé sur une présentation PowerPoint présentée par les Communautés européennes. Les montants qui, selon les estimations du Groupe spécial, seraient obtenus par Boeing au cours de la période de référence (8,3 millions de dollars de 2004 à 2006) étaient tirés d'un graphique projetant que, jusqu'en 2024, Boeing obtiendrait un avantage net de 56 millions de dollars. Le même chiffre – 56 millions de dollars – a été désigné antérieurement dans la même présentation comme "la valeur Everett" de l'exonération de la taxe sur les ventes pour le matériel, les périphériques et les logiciels informatiques. Étant donné que, comme nous l'avons indiqué, l'assemblage du 737NG par Boeing se produisait à Renton et non à Everett, Washington, cela pourrait donner à penser que cette exonération des taxes sur les ventes et sur l'utilisation était liée à la production de modèles de Boeing autres que le 737NG. (Voir "Washington State and the Boeing Company: Working Together for the Boeing 7E7 Dreamliner, Continuing Support and Collaborative Actions", PowerPoint presentation, Greenville, SC (septembre 2003) (pièce EC-65 présentée au Groupe spécial), page 55 et l'Appendice y relatif intitulé "HB 2294 (through FY2024) Superefficient Commercial Airplane Production in Washington State – Sales Tax Exemption for Computers") En outre, le Groupe spécial a fait observer que les estimations figurant dans la présentation étaient "fondée{s} sur une indication donnée par Boeing des *besoins en matière de site pour une installation d'assemblage du 787*". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.142 (pas d'italique dans l'original)) Ainsi, rien n'indique dans cette pièce présentée au Groupe spécial ni dans le rapport du Groupe spécial qu'il existe un lien quelconque entre la production par Boeing du 737NG et les avantages qui devraient découler pour Boeing de l'exonération de la taxe sur les ventes et sur l'utilisation.

[2708] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.651 et 7.652.

[2709] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.708.

[2710] Le Groupe spécial a constaté que des IRB étaient émises "dans le but de fournir des fonds pour l'acquisition, la construction, la reconstruction et l'amélioration de certaines installations industrielles et de fabrication de la *Division de Wichita de Boeing Commercial Airplanes*". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.815)

[2711] Le Groupe spécial a expliqué que, pendant 70 ans, Boeing avait produit, dans l'installation de fabrication de Wichita, des parties pour chacun de ses LCA à l'exception du 717. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.857)

génération de 737-600/ -700/ -800/-900 et les modèles d'avions d'affaires à réaction de Boeing, Wichita assemble en une seule unité le fuselage avant et le fuselage arrière avant de les expédier par voie ferrée vers sa division sœur de Renton, Wash., où l'assemblage final et la livraison ont lieu".[2712] À notre avis, ces considérations montrent qu'il existe un lien étroit entre les IRB et la production par Boeing du 737NG.

1348. Comme le Groupe spécial et, d'ailleurs, les participants, nous n'avons aucune difficulté à accepter l'idée générale que des subventions qui ne sont pas directement subordonnées à la production ou à la vente *peuvent* néanmoins influer sur les décisions en matière de prix dans certaines circonstances.[2713] Nous avons aussi expliqué plus haut le fondement de notre point de vue selon lequel les circonstances des campagnes JAL et SALE étaient telles que nous étions convaincus que Boeing avait utilisé les subventions FSC/ETI et la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington pour baisser les prix du 737NG quelle pratiquait.[2714] Sur ce marché de produit et dans les circonstances de ces campagnes, nous sommes en outre convaincus que Boeing aurait utilisé tous les moyens disponibles pour réduire ses prix dans la mesure nécessaire pour obtenir ces ventes, y compris les avantages conférés par les subventions qui étaient directement liées à la production du 737NG. Les IRB ne peuvent pas être considérées comme négligeables au regard de leur importance ou durée globales et elles ont un lien réel avec la production par Boeing du 737NG. Pour ces raisons, nous considérons que les avantages IRB conférés à Boeing renforçaient la flexibilité en matière de prix dont elle bénéficiait grâce aux subventions fiscales liées dans les circonstances de ces deux campagnes de vente. Par conséquent, nous *constatons* que les effets des IRB de la ville de Wichita complétaient et amplifiaient les effets sur les prix des subventions FSC/ETI et de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, causant ainsi un préjudice grave, sous la forme de pertes de ventes notables, au sens des articles 5 c) et 6.3 c) de l'*Accord SCM*, sur le marché des LCA de 100 à 200 siéges.

3. Conclusion

1349. Dans notre examen de l'appel de l'Union européenne, nous avons constaté que le Groupe spécial avait fait erreur en n'examinant pas si les effets sur les prix des réductions du taux de l'impôt B&O complétaient et amplifiaient les effets sur la technologie des subventions pour la R&D

[2712] Wichita Overview, "Boeing Commercial Airplanes, Wichita Division", version imprimée le 1er juin 2005 depuis l'adresse suivante: <http://www.boeing.com/commercial/wichita/commercial.htm> (pièce EC-157 présentée au Groupe spécial).

[2713] Le Groupe spécial a noté qu'il apparaissait que les deux parties acceptaient l'idée que "si une subvention n'{était} pas liée à la production d'un produit particulier, elle {pouvait} quand même influer sur le comportement de son bénéficiaire d'une manière qui caus{ait} un préjudice grave, selon le contexte dans lequel elle {était} utilisée". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1828)

[2714] Voir *supra*, le paragraphe 1271.

aéronautique en causant des pertes de ventes notables et un empêchement notable de hausses de prix ainsi qu'une menace de détournement et d'entrave sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.[2715] Nous avons en outre infirmé la constatation formulée par le Groupe spécial, aux paragraphes 7.1828 et 7.1855 de son rapport selon laquelle il n'avait pas été montré que les subventions restantes avaient influé sur les prix pratiqués par Boeing d'une manière causant un préjudice grave, parce que le Groupe spécial a formulé cette constatation sans avoir examiné si ces subventions avaient un rapport réel avec ces prix, et des effets sur eux, de sorte que l'on pouvait dire qu'elles complétaient et amplifiaient les effets sur les prix des subventions fiscales liées sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges et sur le marché des LCA de 300 à 400 sièges. Enfin, nous avons complété l'analyse et constaté que les effets des IRB de la ville de Wichita complétaient et amplifiaient les effets sur les prix des subventions FSC/ETI et de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, causant ainsi un préjudice grave, sous la forme de pertes de ventes notables, au sens des articles 5 c) et 6.3 c) de l'*Accord SMC*, sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges.

XI. Constatations et conclusions

1350. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, l'Organe d'appel:

a) s'agissant de la décision préliminaire du Groupe spécial concernant l'absence de procédure de collecte de renseignements au titre de l'Annexe V de l'*Accord SMC* en l'espèce:

i) constate que le Groupe spécial a fait erreur, et n'a pas réglé d'une manière adéquate les questions de droit présentées, en rejetant les diverses demandes formulées par les Communautés européennes en ce qui concerne une procédure au titre de l'Annexe V;

ii) constate que, conformément au paragraphe 2 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*, l'engagement d'une procédure de collecte de renseignements par l'ORD dans un différend relatif à un préjudice grave a lieu automatiquement lorsqu'il y a une demande d'engagement d'une telle procédure et que l'ORD établit un groupe spécial; et

iii) s'abstient de constater que toutes les conditions de l'engagement d'une procédure au titre de l'Annexe V étaient remplies en l'espèce, et ne formule

[2715] L'Union européenne ne demande pas que nous complétions l'analyse et que nous cumulions les effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique avec les effets sur les prix des réductions du taux de l'impôt B&O sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges.

aucune constatation sur le point de savoir si les États-Unis ne se sont pas acquittés de leurs obligations au titre de la première phrase du paragraphe 1 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*, si les Communautés européennes étaient en droit de présenter leur thèse de l'existence d'un préjudice grave en se fondant sur les éléments de preuve dont elles disposaient, si le Groupe spécial était en droit de compléter le dossier selon qu'il était nécessaire en se fondant sur les meilleurs renseignements disponibles par ailleurs, ou si le Groupe spécial était en droit de faire des inférences défavorables;

b) s'agissant des constatations du Groupe spécial concernant la contribution financière et l'avantage:

i) déclare sans fondement et sans effet juridique l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* donnée par le Groupe spécial et la constatation qu'il a formulée au paragraphe 7.970 de son rapport, selon lesquelles "les transactions *qualifiées à juste titre* d'achats de services" étaient exclues du champ de cette disposition;

ii) en relation avec les mesures au titre des huit programmes de R&D de la NASA en cause:

A) constate que les versements et l'accès aux installations, équipements et employés accordés à Boeing dans le cadre des contrats d'achat de la NASA constituent des transferts directs de fonds et la fourniture de biens ou de services, et par conséquent des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1) i) et iii) de l'*Accord SMC*, et constate que rien ne justifie d'examiner l'allégation connexe des États-Unis au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord;

B) confirme, quoique pour des raisons différentes, la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.1040 de son rapport, selon laquelle les versements et l'accès aux installations, équipements et employés accordés en vertu des contrats d'achat de la NASA conféraient un avantage à Boeing au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*; et

C) rejette l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en estimant le montant de la subvention accordée à Boeing dans le cadre des contrats et accords de la NASA au titre des huit programmes de R&D en cause et, par conséquent, confirme les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1081 et 7.1109 de son rapport, selon lesquelles le montant estimé des versements faits à Boeing par le biais des contrats d'achat de la NASA s'est élevé à 1,05 milliard de dollars; et confirme la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1099 et 7.1109 de son rapport, selon laquelle la valeur estimée de l'accès gratuit aux installations, équipements et employés accordé à Boeing par le biais des contrats d'achat et accords de la NASA s'est élevée à 1,55 milliard de dollars;

iii) en relation avec les mesures au titre des 23 programmes RDT&E de l'USDOD en cause:

A) constate que les versements et l'accès aux installations accordés à Boeing dans le cadre des instruments d'aide de l'USDOD constituent des transferts directs de fonds et la fourniture de biens ou de services, et par conséquent des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1) i) et iii) de l'*Accord SMC*;

B) confirme, quoique pour des raisons différentes, la constatation formulée par le Groupe spécial dans la première phrase du paragraphe 7.1187 de son rapport, selon laquelle les versements et l'accès aux installations accordés en vertu des instruments d'aide de l'USDOD conféraient un avantage à Boeing au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*; et

C) constate que le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord lorsqu'il a indiqué, au paragraphe 7.1205 de son rapport, qu'il "ne jug{eait} pas crédible que moins de 1 pour cent des 45 milliards de dollars de financement pour la R&D aéronautique que {l'US}DOD {avait} accordés à Boeing au cours de la période de 1991 à 2005 ait été susceptible de concerner les LCA"; et

iv) en relation avec la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington:

A) confirme la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.133 de son rapport, selon laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington applicable aux fabricants d'aéronefs commerciaux et de composants constitue l'abandon de recettes normalement exigibles, et par conséquent une contribution financière, au sens de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*;

c) s'agissant des constatations du Groupe spécial concernant la spécificité:

i) en relation avec la répartition des droits de brevet en vertu de contrats et d'accords entre la NASA/l'USDOD et Boeing, et à supposer que cette répartition soit une subvention autonome:

A) constate que cette subvention n'est pas expressément limitée à certaines entreprises au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*;

B) constate que le Groupe spécial a fait erreur en n'examinant pas les arguments des Communautés européennes selon lesquels cette répartition était "en fait" spécifique au titre de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC* et, par conséquent, constate que la constatation globale du Groupe spécial au titre de l'article 2.1 ne peut pas être maintenue; et

C) s'abstient de constater que cette répartition est spécifique au sens de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*; et

ii) en relation avec la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington et les subventions IRB accordées par la ville de Wichita, au Kansas:

A) confirme la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.205 de son rapport, selon laquelle la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington est une subvention spécifique au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*; et

B) confirme, quoique pour des raisons différentes, la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.779 de son rapport, selon laquelle les subventions IRB accordées par la ville de Wichita en faveur de Boeing et Spirit sont spécifiques au sens de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*; et

d) s'agissant des constatations du Groupe spécial concernant les effets défavorables:

i) en relation avec les effets sur la technologie:

A) modifie et confirme la conclusion globale formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1797, 7.1854 a) et 8.3 a) i) de son rapport, selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont causé un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes au sens de l'article 5 c) et de l'article 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC* s'agissant du marché des LCA de 200 à 300 sièges; et en particulier:

1) constate que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant, au paragraphe 7.1773 de son rapport, que "les subventions pour la R&D aéronautique {avaient} contribué d'une manière réelle et substantielle au développement par Boeing de technologies pour le 787" en 2004;

2) constate que le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord, ni ne manquait de base factuelle, lorsqu'il a dit au paragraphe 7.1772 de son rapport que l'"aptitude à définir et gérer l'interaction complexe des processus, de l'organisation et des outils relatifs à la conception pour permettre le développement et la construction efficaces d'un aéronef en un minimum de temps et pour un coût minimal ... {était} un défi que Boeing {pouvait} relever grâce en grande partie au financement ... de la NASA et {de l'US}DOD";

3) constate que le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son analyse hypothétique;

4) confirme la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1797, 7.1854 a) et 8.3 a) i) de son rapport, selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont pour effet de faire perdre des ventes dans une mesure notable au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC* s'agissant du marché des LCA de 200 à 300 sièges;

5) infirme la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1797, 7.1854 a) et 8.3 a) i) de son rapport, dans la mesure où elle concerne le Kenya, l'Islande et l'Éthiopie (mais pas en ce qui concerne l'Australie), selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont pour effet de menacer de détourner et d'entraver les exportations des CE sur les marchés de pays tiers au sens de l'article 6.3 b) de l'*Accord SMC* s'agissant du marché des LCA de 200 à 300 sièges; et

6) confirme la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1797, 7.1854 a) et 8.3 a) i) de son rapport, selon laquelle les subventions pour la R&D aéronautique ont pour effet d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC* s'agissant du marché des LCA de 200 à 300 sièges;

ii) constate, en ce qui concerne le traitement par le Groupe spécial des effets des programmes RDT&E de l'USDOD, que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec son obligation, au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, de procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi en constatant, au paragraphe 7.1701 de son rapport, qu'"il n'y {avait} pas dans le dossier d'éléments de preuve suffisants indiquant que {les 21 programmes RDT&E de l'USDOD autres que ManTech et DUS&T} finançaient surtout des instruments d'aide, par opposition à des contrats d'achat, ou un mélange d'instruments d'aide et de contrats d'achat" sans avoir exercé son pouvoir de demander des renseignements pertinents sur l'utilisation des instruments d'aide dans le cadre de tous les programmes de l'USDOD;

iii) en relation avec les effets sur les prix:

A) infirme les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.1823, 7.1833, 7.1854 b) et c) et 8.3 a) ii) et iii) de son rapport, selon lesquelles les subventions FSC/ETI et les réductions du taux de l'impôt B&O ont causé un préjudice grave aux intérêts des Communautés européennes au sens de l'article 5 c) et de l'article 6.3 b) et c) de l'*Accord SMC* s'agissant des marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges, et juge inutile de se prononcer sur l'allégation additionnelle des États-Unis au titre de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord; et

B) complète l'analyse et constate que les subventions FSC/ETI et la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington ont causé un préjudice grave au sens de l'article 5 c) et de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC* s'agissant du marché des LCA de 100 à 200 sièges; et en particulier, constate que, lors de deux campagnes de vente, les subventions FSC/ETI et la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington ont causé, par le biais de leurs effets sur les prix pratiqués par Boeing pour le 737NG, des pertes de ventes notables au sens de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*; et

iv) en relation avec l'évaluation collective des subventions et de leurs effets:

A) constate que le Groupe spécial a fait erreur en n'examinant pas si les effets sur les prix des réductions du taux de l'impôt B&O complétaient et amplifiaient les effets sur la technologie des subventions pour la R&D aéronautique en causant des pertes de ventes notables et un empêchement notable de hausses de prix, ainsi qu'une menace de détournement et d'entrave, sur le marché des LCA de 200 à 300 sièges;

B) infirme la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphes 7.1828 et 7.1855 de son rapport, selon laquelle il n'avait pas été montré que les subventions restantes avaient influé sur les prix de Boeing d'une manière qui causait un préjudice grave

s'agissant des marchés des LCA de 100 à 200 sièges et de 300 à 400 sièges; et

C) complète l'analyse et constate que les effets des IRB de la ville de Wichita complétaient et amplifiaient les effets sur les prix des subventions FSC/ETI et de la réduction du taux de l'impôt B&O de l'État de Washington, causant ainsi un préjudice grave, sous la forme de pertes de ventes notables, au sens de l'article 5 c) et de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC*, sur le marché des LCA de 100 à 200 sièges.

1351. Nous sommes conscients qu'après plus de cinq années de travaux du Groupe spécial et onze mois d'examen en appel, un certain nombre de questions ne sont toujours pas réglées dans le présent différend. D'aucuns pourraient considérer qu'il ne s'agit pas d'un résultat entièrement satisfaisant. Notre mandat au titre de l'article 17 du Mémorandum d'accord ne nous permet pas de procéder à l'établissement des faits. Cependant, dans tous les cas où nous avons constaté qu'il y avait suffisamment de constatations de fait du Groupe spécial ou de faits non contestés pour compléter l'analyse, nous l'avons fait en vue de favoriser le règlement rapide du présent différend, conformément à l'article 3:3 du Mémorandum d'accord.

1352. L'Organe d'appel recommande que l'ORD demande aux États-Unis de mettre leurs mesures, dont il a été constaté dans le présent rapport, et dans le rapport du Groupe spécial modifié par le présent rapport, qu'elles étaient incompatibles avec l'*Accord SMC*, en conformité avec leurs obligations au titre de cet accord. Plus précisément, compte tenu de la recommandation faite par le Groupe spécial au paragraphe 8.9 de son rapport et des dispositions de l'article 7.8 de l'*Accord SMC*, l'Organe d'appel recommande que les États-Unis prennent des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables dont il a été constaté qu'ils avaient été causés par leur recours à des subventions, ou pour retirer ces subventions.[2716]

[2716] L'Organe d'appel note la constatation du Groupe spécial selon laquelle, dans la mesure où les États-Unis n'ont pas déjà retiré les subventions à l'exportation FSC/ETI accordées à Boeing, la recommandation faite par le Groupe spécial *États-Unis – FSC* au titre de l'article 4.7 de l'*Accord SMC* reste "exécutoire". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.7 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*, paragraphe 8.2; et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*))

Texte original signé à Genève le 27 janvier 2012 par:

_____

Lilia R. Bautista
Présidente de la section

_____ _____

David Unterhalter
Membre

Yuejiao Zhang
Membre

ANNEXE I

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS353/8
4 avril 2011

(11-1662)

Original: anglais

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

Notification d'un appel présentée par l'Union européenne au titre de l'article 16:4 et de l'article 17 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémorandum d'accord) et de la Règle 20 1) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*

La notification ci-après, datée du 1er avril 2011 et adressée par la délégation de l'Union européenne, est distribuée aux Membres.

Conformément à l'article 16:4 et à l'article 17:1 du *Mémorandum d'accord*, l'Union européenne notifie à l'Organe de règlement des différends sa décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci dans le différend *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)* (WT/DS353). Conformément à la Règle 20 1) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, l'Union européenne dépose simultanément la présente déclaration d'appel auprès du Secrétariat de l'Organe d'appel.

Pour les raisons qu'elle développera dans ses communications à l'Organe d'appel, l'Union européenne fait appel des constatations, conclusions et recommandations du Groupe spécial, et demande à l'Organe d'appel de les infirmer, de les modifier ou de les déclarer sans fondement et sans effet juridique, en ce qui concerne les erreurs de droit et les interprétations du droit ci-après figurant dans le rapport du Groupe spécial, et qu'il complète l'analyse dans les cas où cela est indiqué[1]:

I. Question préliminaire: procédure prévue à l'Annexe V de *l'Accord SMC*

1. Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 7.4 et des paragraphes 1, 2 et/ou 6 à 9 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*, et/ou n'a pas procédé à une évaluation objective conformément à l'article 11 du *Mémorandum d'accord*, et/ou a appliqué à tort le principe

[1] Conformément à la Règle 20 2) d) iii) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, la présente déclaration d'appel comprend une liste indicative des paragraphes du rapport du Groupe spécial contenant les erreurs alléguées, sans préjudice de la capacité de l'Union européenne de mentionner d'autres paragraphes du rapport du Groupe spécial dans le contexte de son appel.

d'économie jurisprudentielle, lorsqu'il a rejeté les allégations et arguments de l'UE selon lesquels une procédure au titre de l'Annexe V était engagée par consensus négatif, selon lesquels les conditions d'une telle procédure étaient réunies en l'espèce et selon lesquels la non-coopération des États-Unis entraînait les conséquences visées aux paragraphes 6 à 9 de l'Annexe V de l'*Accord SMC*.[2] L'Union européenne demande à l'Organe d'appel de compléter l'analyse.

II. Subventions

2. Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 2.1 de l'*Accord SMC* lorsqu'il a constaté que l'Union européenne n'avait pas démontré que toute subvention associée à la répartition des droits de brevet en vertu des contrats et accords de R&D de la NASA et du DOD avec Boeing était spécifique au sens de l'article 2 de l'*Accord SMC*.[3]

3. Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* lorsqu'il a constaté que les transactions qualifiées à juste titre d'achats de services étaient exclues du champ de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.[4]

III. Subventions subordonnées en fait aux exportations

4. Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 3.1 a) et de la note de bas de page 4 de l'*Accord SMC*, et/ou n'a pas procédé à une évaluation objective, y compris une évaluation objective des faits, conformément à l'article 11 du *Mémorandum d'accord*, lorsqu'il a constaté que l'Union européenne n'avait pas démontré que les réductions du taux de l'impôt B&O au titre du HB 2994 et les cas où elles s'appliquaient étaient des subventions subordonnées en fait aux exportations.[5] L'Union européenne demande à l'Organe d'appel de compléter l'analyse.

IV. Effets défavorables

5. Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* lorsqu'il a constaté qu'il n'était pas approprié d'agréger les effets des subventions relatives à l'impôt B&O et les effets des subventions pour la R&D aéronautique pour évaluer si un préjudice grave était causé à l'Union européenne sur le marché des LCA 200-300 sièges.[6]

6. Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC* lorsqu'il n'a pas analysé les effets des subventions pour la R&D aéronautique, les subventions FSC/ETI, les subventions relatives à l'impôt B&O *et les subventions restantes* des États-Unis sur une base agrégée, mais a plutôt évalué les *subventions restantes* séparément, concluant qu'elles n'avaient pas eu d'effets sur le comportement commercial de Boeing et/ou les prix d'une manière entraînant un préjudice grave pour les intérêts de l'Union européenne.[7]

7. Le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec le principe de la régularité de la procédure, avec le principe selon lequel des inférences raisonnables peuvent et doivent être faites

[2] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.19 à 7.22, en particulier les première et dernière phrases du paragraphe 7.22.

[3] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1276 à 7.1294, en particulier le paragraphe 7.1294.

[4] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.953 à 7.970 et paragraphe 7.1136, en particulier la dernière phrase du paragraphe 7.970.

[5] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1513 à 7.1590, en particulier les paragraphes 7.1543, 7.1583, 7.1589, 7.1590 et 8.2 b).

[6] Rapport du Groupe spécial, dernière phrase du paragraphe 7.1824.

[7] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1825 à 7.1828, en particulier les avant-dernière et dernière phrases du paragraphe 7.1828.

quant aux cas de non-coopération, avec l'article 11 du *Mémorandum d'accord* et avec les paragraphes 6 à 9 de l'Annexe V de l'*Accord SMC* lorsque, sans ménager aux parties une autre possibilité de formuler des observations, sans poser d'autres questions aux États-Unis conformément à l'article 13 du *Mémorandum d'accord* ou autrement et sans faire des inférences appropriées quant à la non-coopération des États-Unis, il a exclu de son évaluation des effets défavorables les effets des instruments d'aide financés par le biais des programmes RDT&E autres que les programmes ManTech et DUS&T.[8]

[8] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1701, en particulier les sixième et neuvième à onzième phrases.

ANNEXE II

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS353/10
29 avril 2011

(11-2233)

Original: anglais

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

Notification d'un autre appel présentée par les États-Unis au titre de l'article 16:4 et de l'article 17 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémorandum d'accord) et de la règle 23 1) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*

La notification ci-après, datée du 28 avril 2011 et adressée par la délégation des États-Unis, est distribuée aux Membres.

Conformément à la règle 23 1) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, les États-Unis notifient par la présente leur décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)* (WT/DS353/R) ("rapport du Groupe spécial") et de certaines interprétations du droit données par le Groupe spécial dans ce différend.

1. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la constatation du Groupe spécial selon laquelle les versements effectués par l'Administration nationale de l'aéronautique et de l'espace des États-Unis ("NASA") à la société Boeing ("Boeing") dans le cadre des contrats conclus pour l'exécution de travaux de recherche aéronautique étaient une contribution financière.[1] Cette constatation est erronée et repose sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit, y compris une interprétation incorrecte de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* ("Accord SMC"). Les États-Unis demandent aussi à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial n'a pas procédé à "une évaluation objective de la question dont il [était] saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions" comme l'exige l'article 11 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ("Mémorandum d'accord") en ne tenant pas compte des éléments de preuve indiquant que les travaux de recherche menés dans le cadre des contrats conclus entre la NASA et Boeing étaient à l'avantage ou pour l'usage des pouvoirs publics des États-Unis et de tierces parties non liées.[2] Les États-Unis demandent également à l'Organe d'appel de

[1] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.981.
[2] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1027 et 8.3.

modifier l'approche erronée du Groupe spécial concernant la question de droit relative à la portée du terme "services".[3]

2. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'accès aux installations, équipements et employés de la NASA qui a été accordé à Boeing dans le cadre des contrats et accords de recherche en cause constituait une fourniture de biens ou de services. Cette constatation est erronée et repose sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit, y compris une interprétation incorrecte de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC. Les États-Unis demandent aussi à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial n'a pas "expos[é] […] [ses] constatations de fait, l'applicabilité des dispositions en la matière et les justifications fondamentales de [ses] constatations et recommandations" comme l'exige l'article 12:7 du Mémorandum d'accord en ne fournissant pas d'explication pour les constatations mentionnées dans le présent paragraphe.[4]

3. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la constatation du Groupe spécial selon laquelle les versements faits à Boeing par la NASA dans le cadre des contrats pour l'exécution de travaux de recherche aéronautique ainsi que les installations, équipements et employés fournis à Boeing dans le cadre des contrats et accords de recherche en cause conféraient un avantage. Cette constatation est erronée et repose sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit, y compris une interprétation incorrecte de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.[5]

4. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la constatation du Groupe spécial selon laquelle les versements effectués par le Département de la Défense ("DoD") des États-Unis en vertu de certains accords étaient une contribution financière. Cette constatation est erronée et repose sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit, y compris une interprétation incorrecte de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC.[6]

5. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'accès aux installations du DoD accordé à Boeing en vertu de certains accords constitue une fourniture de biens ou de services. Cette constatation est erronée et repose sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit, y compris une interprétation incorrecte de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.[7]

6. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la constatation du Groupe spécial selon laquelle les versements et l'accès aux installations accordés en vertu de certains accords conféraient un avantage. Cette constatation est erronée et repose sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit, y compris une interprétation incorrecte de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.[8] Les États-Unis demandent aussi à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial n'a pas procédé à "une évaluation objective de la question dont il [était] saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions" comme l'exige l'article 11 du Mémorandum d'accord en concluant, sans qu'il n'y ait de fondement dans les éléments de preuve figurant dans le dossier du Groupe spécial, qu'il "ne jug[eait] pas crédible que moins de 1 pour cent des 45 milliards de dollars de financement pour la R&D aéronautique que le

[3] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.978.
[4] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1027 et 8.3.
[5] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1037 à 7.1040 et 8.3.
[6] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1171 et 8.3.
[7] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1171 et 8.3.
[8] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1185, 7.1187 et 8.3.

DOD a accordés à Boeing au cours de la période de 1991 à 2005 ait été susceptible de concerner les LCA."[9]

7. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la constatation du Groupe spécial selon laquelle les réductions par l'État de Washington des taux de l'impôt sur les activités ("impôt B&O") applicables pour la fabrication ou la vente, de détail ou de gros, d'aéronefs commerciaux étaient une contribution financière. Cette constatation est erronée et repose sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit, y compris une interprétation incorrecte de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'Accord SMC.[10]

8. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la constatation du Groupe spécial selon laquelle les réductions de l'impôt B&O accordées à l'industrie aérospatiale par l'État de Washington étaient spécifiques. Cette constatation est erronée et repose sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit, y compris une interprétation incorrecte de l'article 2.1 a) de l'Accord SMC.[11]

9. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la constatation du Groupe spécial selon laquelle Boeing et Spirit Aero Systems se sont vu octroyer des montants disproportionnés des abattements fiscaux disponibles par le biais des obligations industrielles émises par la ville de Wichita. Cette constatation est erronée et repose sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit, y compris une interprétation incorrecte de l'article 2.1 c) de l'Accord SMC.[12]

10. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la constatation du Groupe spécial selon laquelle les subventions pour la recherche et développement aéronautique accordées par la NASA et le DoD, telles qu'elles sont décrites dans le rapport du Groupe spécial, ont pour effet de menacer de détourner les exportations de l'Union européenne ("UE")[13] des marchés de pays tiers et de menacer d'entraver ces exportations, ainsi que de faire perdre des ventes et d'empêcher des hausses de prix dans une mesure notable s'agissant du marché des aéronefs civils gros porteurs à fuselage large de 200 à 300 sièges.[14] En particulier, le Groupe spécial a constaté de manière erronée que les subventions pour la recherche et développement aéronautique avaient eu pour effet:

a) des pertes de ventes de l'A330 dans une mesure notable, au sens de l'article 6.3 c), à Qantas, Ethiopian Airlines, Icelandair et Kenya Airways[15];

b) un détournement des exportations de l'A330 des marchés de l'Australie, de l'Éthiopie, de l'Islande et du Kenya ou une entrave à ces exportations au sens de l'article 6.3 b)[16];

c) des pertes de ventes de l'A350 original dans une mesure notable, au sens de l'article 6.3 c), à Ethiopian Airlines, Icelandair et Kenya Airways[17];

d) un détournement des exportations de l'A350 original des marchés de l'Éthiopie, de l'Islande et du Kenya ou une entrave à ces exportations au sens de l'article 6.3 b), et[18];

[9] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1205.
[10] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.133, 7.138 et 8.3.
[11] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.205 et 8.3.
[12] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.770, 7.779 et 8.3.
[13] Dans la présente procédure, les États-Unis considèrent que l'expression "Union européenne" est synonyme de l'expression "Communautés européennes".
[14] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1797.
[15] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1787 et 7.1794.
[16] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1791.
[17] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1787 et 7.1788.

e) un empêchement notable de hausses des prix de l'A330 sur le marché mondial[19];

f) un empêchement notable de hausses des prix de l'A350 original sur le marché mondial[20]; et

g) un empêchement notable de hausses des prix des aéronefs civils gros porteurs de 200 à 300 sièges d'Airbus sur le marché mondial.[21]

Ces constatations sont erronées et reposent sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit, y compris une interprétation incorrecte des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'Accord SMC.[22] Les États-Unis demandent aussi à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial n'a pas procédé à "une évaluation objective de la question dont il [était] saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions" comme l'exige l'article 11 du Mémorandum d'accord en concluant, sans qu'il n'y ait de fondement dans les éléments de preuve figurant dans le dossier du Groupe spécial, que "[l']aptitude à définir et gérer l'interaction complexe des processus, de l'organisation et des outils relatifs à la conception pour permettre le développement et la construction efficaces d'un aéronef en un minimum de temps et pour un coût minimal … [était] un défi que Boeing [pouvait] relever grâce en grande partie au financement et au soutien de la NASA et du DOD".[23]

11. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine les constatations du Groupe spécial selon lesquelles:

a) les subventions concernant les sociétés de ventes à l'étranger/les revenus extraterritoriaux et les subventions relatives à l'impôt B&O de l'État de Washington ont eu pour effet, sur le marché des aéronefs civils gros porteurs de 100 à 200 sièges i) d'empêcher dans une mesure notable des hausses des prix d'Airbus et de faire perdre à Airbus des ventes dans une mesure notable; et ii) de détourner des marchés de pays tiers les exportations de l'UE et d'entraver ces exportations;

b) les subventions concernant les sociétés de ventes à l'étranger/les revenus extraterritoriaux, les subventions relatives à l'impôt B&O de l'État de Washington et les subventions relatives à l'impôt B&O de la ville d'Everett ont eu pour effet, sur le marché des aéronefs civils gros porteurs de 300 à 400 sièges i) d'empêcher dans une mesure notable des hausses des prix d'Airbus et de faire perdre à Airbus des ventes dans une mesure notable; et ii) de détourner des marchés de pays tiers les exportations de l'UE et d'entraver ces exportations.

Ces constatations sont erronées et reposent sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit, y compris une interprétation incorrecte des articles 5 c) et 6.3 b) et c) de l'Accord SMC.[24] Les États-Unis demandent aussi à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial n'a pas "expos[é] […] [ses] constatations de fait, l'applicabilité des dispositions en la matière et les justifications fondamentales de [ses] constatations et recommandations" comme l'exige l'article 12:7 du Mémorandum d'accord en formulant des constatations génériques concernant l'existence d'un détournement des exportations "des marchés de

[18] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1791.
[19] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1792.
[20] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1792.
[21] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1797 et 7.1799.
[22] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1773, 7.1780, 7.1785 à 7.1788, 7.1791 à 7.1797 et 8.3.
[23] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1772.
[24] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1823, 7.1854 b) et c) et 8.3.

pays tiers" ou d'une entrave à ces exportations ainsi qu'une "perte de ventes notable", sans indiquer de quels marchés de pays ni de quelles ventes il s'agissait.[25]

[25] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1817 et 7.1818 et 7.1822 et 7.1823.

ANNEXE III

15 avril 2011

États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)

AB-2011-3

Décision procédurale

1. Le 1er avril 2011, le Directeur du Secrétariat de l'Organe d'appel a reçu de l'Union européenne une lettre dans laquelle elle demandait que la section de l'Organe d'appel connaissant du présent appel adopte une décision procédurale sur la confidentialité et la protection additionnelle provisoire des renseignements commerciaux sensibles dans l'appel concernant l'affaire *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)* (WT/DS353) ("*États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*"). Dans sa lettre, l'Union européenne a fait référence aux procédures additionnelles adoptées par l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs* (WT/DS316) ("*CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*"). Elle a noté que les circonstances de la présente affaire étaient très semblables à celles de l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* et a demandé une décision procédurale libellée en des termes pour l'essentiel identiques et pour les mêmes motifs. L'Union européenne a fait valoir que, entre autres choses, la divulgation de certains renseignements sensibles versés au dossier de la procédure du Groupe spécial risquait d'être "extrêmement préjudiciable" à ceux dont émanaient les renseignements, c'est-à-dire les constructeurs d'aéronefs civils gros porteurs, et peut-être aux clients et aux fournisseurs des constructeurs.

2. Le même jour, la section connaissant du présent appel a invité les États-Unis et les participants tiers à présenter par écrit des observations sur la demande de l'Union européenne; en particulier, sur les arrangements spécifiques proposés par celle-ci.

3. En attendant une décision définitive sur la demande de l'Union européenne, la section a décidé d'accorder une protection additionnelle provisoire pour tous les RCC et RCES transmis à l'Organe d'appel dans le cadre du présent différend dans les conditions énoncées ci-après:

a) Seuls les membres de l'Organe d'appel et le personnel du Secrétariat de l'Organe d'appel désigné pour travailler sur le présent appel pourront avoir accès aux RCC et RCES figurant dans le dossier du Groupe spécial en attendant une décision définitive sur la demande présentée par l'Union européenne. Les membres de l'Organe d'appel et le personnel du Secrétariat de l'Organe d'appel ne divulgueront pas de RCC ou de RCES, ni ne permettront qu'ils soient divulgués, à quiconque hormis les personnes identifiées dans la phrase précédente.

b) Les RCC seront conservés sous clé lorsqu'ils ne seront pas utilisés. Lorsqu'ils seront utilisés par les membres de l'Organe d'appel et le personnel du Secrétariat de l'Organe d'appel désigné pour travailler sur le présent appel, toutes les précautions nécessaires seront prises pour protéger leur confidentialité.

c) Tous les RCES seront conservés dans un coffre à combinaison dans un lieu sûr désigné situé dans les bureaux du Secrétariat de l'Organe d'appel. Les membres de l'Organe d'appel et le personnel du Secrétariat de l'Organe d'appel désigné pour

travailler sur le présent appel pourront consulter les RCES uniquement dans le lieu sûr désigné dans les bureaux du Secrétariat de l'Organe d'appel. Les RCES ne devront pas sortir de ce lieu.

d) Ni les RCC ni les RCES ne seront transmis électroniquement, que ce soit par courriel, télécopie ou par tout autre moyen.

4. Le mercredi 6 avril 2011, nous avons reçu des observations écrites des États-Unis. Ceux-ci se sont dits généralement favorables à la demande de l'Union européenne et ont dit qu'ils partageaient son point de vue selon lequel la décision procédurale adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* constituerait une base appropriée pour une décision procédurale sur la protection additionnelle des renseignements sensibles dans le cadre du présent appel, certaines modifications étant apportées compte tenu de l'expérience tirée du fonctionnement de la décision procédurale adoptée dans ce différend.

5. Le même jour, l'Union européenne a indiqué dans une communication envoyée par courriel qu'elle ne contestait pas les observations des États-Unis concernant les modifications qui pourraient être apportées à la décision procédurale adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Le mardi 12 avril 2011, l'Australie, le Brésil, le Canada, la Chine et le Japon ont présenté des observations concernant la demande de l'Union européenne et les observations des États-Unis. Ils sont généralement convenus que l'Organe d'appel devrait adopter des procédures relatives aux RCC/RCES fondées sur celles adoptées dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, compte tenu des similitudes existant entre les deux appels. L'Australie, le Brésil, le Canada et le Japon souscrivaient également à la proposition visant l'ajout d'une disposition concernant les modifications des listes des personnes autorisées à avoir accès aux renseignements sensibles. Plus particulièrement, l'Australie a fait observer qu'une disposition spécifique sur les modifications de la liste des personnes autorisées apporterait une certitude et une clarté additionnelles. Pour sa part, le Brésil a demandé que chaque participant tiers puisse désigner jusqu'à huit "personnes habilitées RCC des participants tiers" au lieu des six prévues dans les procédures adoptées dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Cependant, si le nombre de personnes assistant à l'audience devait poser problème, le Brésil a proposé de limiter le nombre des personnes autorisées à être présentes à l'audience à six à la fois pour chaque participant tiers. Le Canada a demandé que les procédures additionnelles, quelles qu'elles soient, pour la modification des listes des personnes habilitées RCC des participants tiers n'affectent pas la capacité des participants tiers d'apporter des modifications pour autant que chacun d'entre eux ne soit pas autorisé à inscrire plus de six personnes sur sa liste à quelque moment que ce soit. Le Japon a demandé que le nombre de personnes que chaque participant tiers pourrait désigner comme personnes habilitées RCC des participants tiers passe de six à sept. En outre, il a fait observer que la désignation de personnes sur les listes initiales, ainsi que sur les listes modifiées, devrait être soumise au même critère s'agissant des objections. Ainsi, il a proposé de modifier la proposition des États-Unis pour apporter davantage de clarté en ce qui concerne les objections à la désignation d'une nouvelle personne sur la liste modifiée d'un participant tiers. La Chine n'a pas exprimé d'avis au sujet des questions soulevées dans la demande de l'Union européenne, mais a demandé que l'Organe d'appel veille à ce que les droits de participant tiers de la Chine soient entièrement protégés.

6. Nous jugeons nécessaire de nous prononcer sans tarder sur la demande présentée par l'Union européenne. Par conséquent, nous rendons la décision suivante après avoir examiné attentivement les arguments présentés par l'Union européenne à l'appui de sa demande ainsi que les observations reçues des États-Unis et des participants tiers. Ces motifs pourront être développés davantage dans le rapport de l'Organe d'appel sur le présent appel.

7. Nous rappelons que l'Organe d'appel a adopté des procédures additionnelles pour protéger la confidentialité des renseignements sensibles dans la procédure d'appel dans l'affaire *CE et certains*

États membres – Aéronefs civils gros porteurs. Dans le présent appel, les participants conviennent que les circonstances de l'affaire sont très semblables et l'Union européenne a demandé une décision procédurale libellée en des termes pour l'essentiel identiques et pour les mêmes motifs. Nous notons en outre que les participants et les participants tiers prenant part à la présente affaire sont les mêmes que ceux qui ont pris part à l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs.* Dans la décision procédurale adoptée dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a exposé les considérations pertinentes pour décider s'il convenait d'accorder une protection additionnelle pour certains renseignements sensibles. Nous estimons que ces considérations sont également pertinentes pour notre évaluation de la demande présentée par l'Union européenne dans le présent appel et nous les rappelons brièvement avant d'examiner les points spécifiques soulevés dans la demande et dans les observations formulées par les États-Unis et les participants tiers.

8. Les prescriptions en matière de confidentialité énoncées dans le Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le "Mémorandum d'accord") et dans les Règles de conduite relatives au Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (les "Règles de conduite")[1] sont établies à un niveau de généralité élevé qu'il conviendra peut-être de préciser dans les situations où la nature des renseignements fournis requiert des arrangements plus détaillés pour en protéger la confidentialité d'une manière adéquate. L'adoption de tels arrangements relève du pouvoir de l'Organe d'appel de connaître de l'appel et d'en réglementer les procédures d'une manière propre à en assurer le déroulement équitable et ordonné. Dans la mesure où les arrangements précisent les prescriptions du Mémorandum d'accord en matière de confidentialité, leur adoption dans le cadre d'une "procédure appropriée" doit être conforme à la prescription de la règle 16 1) des Procédures de travail voulant qu'une "procédure appropriée" additionnelle ne soit pas incompatible avec le Mémorandum d'accord, les autres accords visés et les Procédures de travail elles-mêmes.

9. La détermination sur le point de savoir si des arrangements particuliers sont appropriés dans une affaire donnée suppose essentiellement une mise en balance: les risques associés à la divulgation des renseignements dont la protection est demandée doivent être soupesés par rapport au degré d'incidence des arrangements particuliers sur les droits et devoirs établis dans le Mémorandum d'accord, les autres accords visés ou les *Procédures de travail*. En outre, il doit exister un rapport de proportionnalité entre les risques associés à la divulgation et les mesures adoptées. Les participants demandant des arrangements particuliers ont la charge de justifier que ceux-ci sont nécessaires dans une affaire donnée pour protéger certains renseignements de manière adéquate, compte tenu des droits et devoirs reconnus dans le Mémorandum d'accord, les autres accords visés et les *Procédures de travail*. Cette charge augmentera d'autant plus que les arrangements proposés affecteront l'exercice par l'Organe d'appel de ses devoirs juridictionnels, l'exercice par les participants de leur droit à une procédure régulière et à l'obtention d'une décision concernant le différend, l'exercice par les participants tiers de leurs droits de participation, et les droits et les intérêts systémiques de l'ensemble des Membres de l'OMC.

10. Une protection additionnelle de la confidentialité met en jeu le pouvoir de l'Organe d'appel ainsi que les droits et devoirs des participants, des participants tiers et de l'ensemble des Membres. Dans l'affaire *UE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a adopté des procédures additionnelles qui, selon lui, établissaient un juste équilibre entre les risque de divulgation de renseignements sensibles, d'une part, et le pouvoir juridictionnel de l'Organe d'appel et les droits et devoirs des participants, des participants tiers et de l'ensemble des Membres de l'OMC, d'autre part. Nous estimons que l'équilibre établi par l'Organe d'appel dans l'affaire *UE et certains*

[1] Les *Règles de conduite*, adoptées par l'ORD le 3 décembre 1996 (WT/DSB/RC/1), sont incorporées dans les *Procédures de travail pour l'examen en appel* (WT/AB/WP/5) en tant qu'annexe II relative à ce document. (Voir les documents WT/DSB/RC/2, WT/AB/WP/W/2.)

États membres – Aéronefs civils gros porteurs est également approprié en l'espèce. L'Union européenne, les États-Unis et les participants tiers conviennent que les procédures additionnelles adoptées dans l'affaire *UE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* fournissent un cadre approprié et demandent que nous appliquions les mêmes pratiques en l'espèce, avec des modifications mineures.

11. Il n'appartient pas aux parties de déterminer si une protection additionnelle est nécessaire. C'est au groupe spécial et, maintenant, à l'Organe d'appel de le faire. En effet, c'est à l'organe juridictionnel qu'il appartient de décider si les renseignements concernés nécessitent une protection additionnelle. De la même façon, c'est à l'organe juridictionnel qu'il appartient de décider si et dans quelle mesure des arrangements spécifiques sont nécessaires, tout en sauvegardant les divers droits et devoirs qui sont mis en jeu dans toute décision visant à adopter une protection additionnelle. Comme dans l'affaire *UE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, nous sommes préoccupés par la manière dont les parties ont désigné et dont le Groupe spécial a traité les renseignements sensibles. Il n'apparaît pas qu'un effort significatif a été fait pendant la procédure du Groupe spécial pour énoncer des critères objectifs quant aux caractéristiques des renseignements qui pouvaient appeler une protection additionnelle, de façon à éclairer la détermination sur le point de savoir si les renseignements particuliers qui avaient été communiqués méritaient une protection additionnelle et quel devait être le degré particulier de cette protection. Cependant, aucun des deux participants n'a fait appel des décisions du Groupe spécial sur la protection de ces renseignements et il y a aussi des questions de faisabilité à prendre en considération. Nous procéderons donc d'après la manière dont les renseignements ont été traités devant le Groupe spécial. Néanmoins, nous n'excluons pas de revoir si un renseignement particulier remplit les critères objectifs justifiant une protection additionnelle, ou le degré particulier de cette protection, si un différend sur la catégorisation de ces renseignements survenait devant nous ou que nous estimions nécessaire de faire référence à ces renseignements dans notre rapport pour faire un exposé suffisant de notre raisonnement et nos constatations.

12. Nous notons en outre qu'il apparaît que les participants se sont conjointement imposés certains arrangements dont il apparaît qu'ils n'affectent pas la capacité de l'Organe d'appel de rendre une décision concernant le différend, les droits des participants tiers ou les droits et intérêts de l'ensemble des Membres de l'OMC.[2] Cela inclut, par exemple, les arrangements qui permettent à chaque participant d'avoir accès aux renseignements les plus sensibles fournis par l'autre participant. Ces arrangements, en principe, n'échappent pas à notre examen en vue de vérifier qu'ils ne portent pas atteinte à notre fonction juridictionnelle ni aux droits et intérêts des participants tiers et des autres Membres. Néanmoins, à ce stade de la procédure, nous ne sommes guère disposés à procéder à un examen exhaustif desdits arrangements, étant donné qu'à première vue ils ne semblent pas avoir d'incidences défavorables pour les droits ou intérêts de ceux que nous avons identifiés précédemment. En outre, aucun des participants tiers n'a exprimé de préoccupations concernant cet aspect de la question.

13. Ayant réaffirmé les considérations pertinentes qui éclairent notre décision, nous passons aux modifications spécifiques demandées par les participants et les participants tiers.

14. L'Union européenne suggère de prévoir, dans toute décision procédurale en l'espèce, une disposition pour la modification des listes des personnes habilitées RCC et des personnes habilitées RCES. Les États-Unis sont d'accord. Ils font valoir que, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, en raison de l'absence, dans la décision procédurale, de toute disposition concernant la modification des listes RCC/RCES, on ne savait pas clairement si la modification de ces listes était admissible et, dans l'affirmative, quelles étaient les procédures à suivre

[2] Voir les Procédures de travail additionnelles pour l'affaire DS353 – Procédures pour la protection des renseignements commerciaux confidentiels et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles, rapport du Groupe spécial *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, Annexe D.

pour les modifier. D'après les États-Unis, "une certitude et une clarté additionnelles seraient profitables aux participants et aux participants tiers dans le présent appel". Nous avons apporté certaines modifications aux procédures additionnelles afin d'autoriser la modification des listes des personnes habilitées RCC, des personnes habilitées RCES et des personnes habilitées RCC des participants tiers dans le présent appel. Comme pour les listes initiales, des objections pourront être formulées dans les cas où la modification se rapportera à la désignation de conseillers extérieurs.

15. L'Union européenne signale que la décision procédurale adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* ménage aux participants la possibilité de formuler des observations sur l'inclusion de RCC et RCES dans le rapport de l'Organe d'appel et indique qu'il sera permis de formuler des observations "dans un délai qui sera précisé par la section". Elle fait valoir que le délai approprié devrait être fonction de la longueur et de la teneur du rapport et que, par conséquent, aucune précision supplémentaire n'est exigée à ce stade. L'Union européenne ajoute qu'elle laisse volontiers cette question à l'appréciation de l'Organe d'appel. Elle considère qu'une courte période d'examen suffirait, mais indique qu'il serait plus utile que l'examen soit effectué par l'administration centrale. Les États-Unis indiquent qu'ils savent gré à l'Organe d'appel d'avoir bien voulu, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, permettre aux participants d'examiner le rapport de l'Organe d'appel pour vérifier si des RCC/RCES y avaient été inclus par mégarde avant que ce rapport ne soit distribué et rendu public, et ils demandent à l'Organe d'appel de permettre également cet examen dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)* car ils estiment "qu'une clarté et une certitude additionnelles en ce qui concerne les procédures relatives à cet examen seraient profitables aux participants s'agissant de la prévision et de l'affectation de ressources pour cet examen". Les États-Unis pensent en outre comme l'Union européenne que "le délai nécessaire pour l'examen dépendra de la longueur et de la teneur du rapport de l'Organe d'appel et qu'un examen par l'administration centrale serait préférable si la période d'examen est courte". Tout en reconnaissant qu'il n'est peut-être pas possible à ce stade de prévoir le délai qui sera nécessaire pour cet examen, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'indiquer, dans sa décision procédurale, que des indications supplémentaires seront fournies aux participants à un stade ultérieur de la procédure afin de leur donner le temps de prévoir et d'affecter des ressources.

16. Comme dans l'affaire *CE et certains États membres*, nous ferons tout notre possible pour rédiger notre rapport sans inclure de renseignements sensibles. Les procédures additionnelles que nous adoptons ci-dessous prévoient que les participants se verront remettre au préalable un exemplaire du rapport de l'Organe d'appel destiné à être distribué aux Membres de l'OMC et auront la possibilité de demander la suppression de tous renseignements sensibles qui auront été inclus par mégarde dans le rapport. Si nous devions juger nécessaire d'inclure des renseignements sensibles dans le raisonnement qui sera exposé dans notre rapport, les participants se verront ménager une possibilité de présenter des observations. Nous rappelons que les participants auront en temps utile la possibilité de présenter des observations au sujet de l'inclusion de tous renseignements sensibles dans le rapport; nous fournirons des indications supplémentaires sur les détails d'une telle procédure à un stade ultérieur de la présente procédure.

17. L'Union européenne et les États-Unis rappellent que, dans la décision procédurale qu'il a adoptée dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel disposait qu'il conserverait "indéfiniment" les RCC et RCES dans le dossier d'appel. Bien que les participants se soient opposés à ces mesures dans cette affaire, ils considèrent que l'Organe d'appel devrait traiter les renseignements présentés dans les deux différends d'une manière identique. Nous avons pris note de cette observation des participants mais nous considérons qu'il est utile de conserver un exemplaire papier et une version électronique de tous les documents contenant des RCC et RCES dans le dossier d'appel dans l'éventualité d'une procédure de mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord. L'Organe d'appel est un organe juridictionnel travaillant à partir de dossiers et il est donc impératif qu'un exemplaire du dossier soit conservé dans le cadre du processus juridictionnel.

18. Le Brésil et le Japon ont demandé une légère augmentation du nombre maximal de personnes habilitées RCC des participants tiers pouvant être désignées par chaque participant tiers. Nous admettons que la limitation du nombre de représentants pouvant avoir accès à des renseignements sensibles rend difficile la pleine participation des participants tiers à la présente procédure. Ainsi, nous avons porté à huit le nombre maximal de personnes pouvant être désignées par chaque participant tiers et nous ne pensons pas que cet ajustement minime accroîtra le risque de divulgation non autorisée de renseignements sensibles.

19. Pour les raisons qui sont exposées ci-dessus, nous avons décidé d'accorder une protection additionnelle de la confidentialité dans les conditions exposées ci-après. En conséquence, nous adoptons les procédures additionnelles suivantes aux fins du présent appel:

Procédures additionnelles pour la protection des renseignements sensibles

Généralités

i) Les présentes procédures additionnelles s'appliqueront aux renseignements qui ont été traités comme des renseignements commerciaux confidentiels ("RCC") ou des renseignements commerciaux extrêmement sensibles ("RCES") dans la procédure du Groupe spécial et qui figurent dans des documents ou supports électroniques versés au dossier du Groupe spécial. Les procédures additionnelles s'appliquent aux communications écrites et orales présentées dans la procédure d'appel seulement dans la mesure où celles-ci incorporent des renseignements qui ont été traités comme des RCC ou des RCES dans la procédure du Groupe spécial.

ii) Dans la mesure où les renseignements versés au dossier seront communiqués à l'Organe d'appel sous une forme qui diffère de celle sous laquelle ils ont été présentés au Groupe spécial et où il y aura désaccord entre les participants sur le traitement approprié de ces renseignements, l'Organe d'appel se prononcera après avoir entendu l'avis des participants.

iii) Chaque participant pourra à tout moment demander que les renseignements qu'il a communiqués et qui ont été précédemment traités comme des RCC ou des RCES ne soient plus traités comme tels.

iv) Les participants et participants tiers déposeront leurs communications écrites auprès du Secrétariat de l'Organe d'appel conformément au plan de travail établi par la section pour le présent appel. Dans le cas où une communication écrite contiendra des RCC ou des RCES, une version caviardée de la communication (c'est-à-dire une version sans RCC ni RCES) sera déposée simultanément auprès du Secrétariat de l'Organe d'appel. La version caviardée sera suffisante pour permettre une compréhension raisonnable de sa substance. La section pourra prendre toute mesure appropriée pour assurer qu'il soit satisfait à cette obligation. Les participants et participants tiers fourniront également au Secrétariat de l'Organe d'appel une version électronique de toutes les communications, y compris les versions caviardées. La transmission des communications de chaque participant à l'autre participant et aux participants tiers et celle des communications des participants tiers aux participants et aux autres participants tiers sont réglementées en détail ci-dessous.

Membres de l'Organe d'appel et personnel du Secrétariat de l'Organe d'appel

v) Seuls les membres de l'Organe d'appel et le personnel du Secrétariat de l'Organe d'appel qui a été désigné par l'Organe d'appel pour travailler sur le présent appel pourront avoir accès aux RCC et RCES versés au dossier du Groupe spécial et figurant dans les communications écrites et orales présentées dans le cadre de la présente procédure d'appel. Les membres de

l'Organe d'appel et le personnel désigné du Secrétariat de l'Organe d'appel ne divulgueront pas de RCC ni de RCES, ni ne permettront qu'ils soient divulgués, à quiconque hormis les personnes identifiées à la phrase précédente ou les personnes habilitées des participants et des participants tiers dans le contexte des audiences. Les membres de l'Organe d'appel et le personnel désigné du Secrétariat de l'Organe d'appel sont visés par les *Règles de conduite*. Comme les *Règles de conduite* le prévoient, les éléments de preuve d'une violation de ces règles pourront être communiqués à l'Organe d'appel, qui prendra les mesures appropriées.

vi) Les RCC seront conservés sous clé lorsqu'ils ne seront pas utilisés.

vii) Les membres de l'Organe d'appel qui siègent à la section connaissant du présent appel pourront conserver sur leur lieu de résidence hors de Genève un exemplaire de tous les documents pertinents contenant des RCC. Les membres de l'Organe d'appel qui ne siègent pas à la section pourront conserver sur leur lieu de résidence hors de Genève un exemplaire de la version RCC du rapport du Groupe spécial, un exemplaire de la version RCC des communications écrites présentées dans le cadre de la présente procédure d'appel, une version RCC des transcriptions des audiences, tous documents internes contenant des RCC et, si nécessaire, des pièces RCC particulières figurant dans le dossier du Groupe spécial. Les documents et éléments contenant des RCC conservés par les membres de l'Organe d'appel sur leur lieu de résidence hors de Genève seront conservés sous clé lorsqu'ils ne seront pas utilisés. Les documents et éléments contenant des RCC seront envoyés aux membres de l'Organe d'appel par courriel ou courrier sécurisé uniquement.

viii) Les participants fourniront des exemplaires de leurs communications et autres documents contenant des RCC qui sont destinés à être utilisés par les membres de l'Organe d'appel ou le personnel désigné du Secrétariat de l'Organe d'appel imprimés sur du papier couleur, portant individuellement en filigrane la mention "Appellate Body" et numérotés successivement ("Appellate Body No. 1", "Appellate Body No. 2", etc.).

ix) Tous les RCES seront conservés dans un coffre à combinaison dans un lieu sûr désigné dans les locaux du Secrétariat de l'Organe d'appel. Tout ordinateur dans cette salle sera un ordinateur autonome, c'est-à-dire non connecté à un réseau. Les membres de l'Organe d'appel et le personnel désigné du Secrétariat de l'Organe d'appel pourront consulter les RCES uniquement dans le lieu sûr désigné susmentionné. Les RCES ne devront pas sortir de ce lieu, exception faite de ce qui est prévu à l'alinéa x) ou sauf sous forme de notes manuscrites qui pourront être utilisées uniquement dans les locaux du Secrétariat de l'Organe d'appel et seront détruites lorsqu'elles ne seront plus utilisées.

x) Sous réserve des précautions appropriées, les RCC et RCES pourront être emportés hors des locaux du Secrétariat de l'Organe d'appel, sur papier ou sous forme électronique, aux fins de toute audience qui pourra être tenue en relation avec le présent appel.

xi) Exception faite de ce qui est prévu à l'alinéa xii), tous les documents et fichiers électroniques contenant des RCC et RCES seront détruits ou supprimés lorsque le rapport de l'Organe d'appel sur le présent différend aura été adopté par l'ORD.

xii) L'Organe d'appel conservera un exemplaire papier et une version électronique de tous les documents contenant des RCC et RCES dans le dossier d'appel. Les documents et supports électroniques contenant des RCC seront conservés sous clé dans des cartons scellés dans les locaux du Secrétariat de l'Organe d'appel. Les documents et supports électroniques contenant des RCES seront placés dans un conteneur scellé qui sera conservé dans un coffre à combinaison dans les locaux susmentionnés.

Rapport de l'Organe d'appel

xiii) La section fera tout son possible pour rédiger un rapport de l'Organe d'appel qui ne divulgue pas de RCC ni de RCES en se limitant à faire des déclarations ou tirer des conclusions fondées sur des RCC et RCES. Un exemplaire du rapport de l'Organe d'appel destiné à être distribué aux Membres de l'OMC sera préalablement remis aux participants, à une date qui sera précisée par la section. Les participants se verront ménager la possibilité de demander la suppression de tout RCC ou RCES qui aura été inclus par mégarde dans le rapport. La section indiquera aussi aux participants si elle a jugé nécessaire d'inclure dans le rapport de l'Organe d'appel des renseignements qui avaient été traités comme des RCC ou RCES par le Groupe spécial et elle leur ménagera la possibilité de présenter des observations. Les observations sur l'inclusion de renseignements précédemment traités comme des RCC ou RCES et les demandes de suppression de RCC ou RCES inclus par mégarde dans le rapport seront déposées au Secrétariat de l'Organe d'appel dans un délai qui sera précisé par la section. Il ne sera pas accepté d'autres observations ou communications. Pour arriver à une décision sur la nécessité d'inclure des RCC ou RCES afin d'assurer que le rapport final sera compréhensible, la section établira un juste équilibre entre le droit de l'ensemble des Membres de l'OMC d'obtenir un rapport donnant un exposé suffisant de son raisonnement et ses constatations, d'une part, et le souci légitime des participants de protéger les renseignements sensibles, d'autre part.

Participants

xiv) Les participants fourniront une liste des "personnes habilitées RCC" et des "personnes habilitées RCES". Ces listes seront communiquées au Secrétariat de l'Organe d'appel d'ici le mardi 19 avril 2011, à midi, et signifiées à l'autre participant et aux participants tiers. Toute objection à la désignation d'un conseiller extérieur comme personne habilitée RCC ou personne habilitée RCES devra être déposée au Secrétariat de l'Organe d'appel et signifiée à l'autre participant d'ici le mercredi 20 avril 2011, à 17 heures. Les participants pourront soumettre des modifications de leurs listes de personnes habilitées RCC ou de personnes habilitées RCES en déposant une liste modifiée au Secrétariat de l'Organe d'appel et en la signifiant à l'autre participant et aux participants tiers. Un participant pourra faire objection à la désignation, sur la liste modifiée, d'un conseiller extérieur par un autre participant. Toute objection devra être déposée au Secrétariat de l'Organe d'appel dans un délai de deux jours et être signifiée simultanément à l'autre participant et aux participants tiers. La section ne rejettera une demande de désignation d'un conseiller extérieur comme personne habilitée RCC ou personne habilitée RCES que sur exposé de raisons contraignantes, eu égard, entre autres choses, aux principes pertinents énoncés dans les *Règles de conduite* et à la liste exemplative figurant à l'annexe 2 y relative. Les personnes habilitées RCC et les personnes habilitées RCES ne divulgueront pas de RCC ni de RCES, ni ne permettront qu'ils soient divulgués, hormis à l'Organe d'appel, au personnel désigné du Secrétariat de l'Organe d'appel, aux autres personnes habilitées RCC et personnes habilitées RCES, ainsi qu'aux personnes habilitées RCC des participants tiers.

xv) Tout participant faisant référence à des RCC ou RCES dans ses communications écrites identifiera clairement comme tels les renseignements dans lesdites communications. Les communications contenant des RCC seront transmises uniquement aux personnes habilitées RCC. Si les communications contiennent des RCES, ceux-ci figureront dans un appendice. En ce cas, la version de la communication qui inclut l'appendice RCES sera transmise uniquement aux personnes habilitées RCES. L'appendice RCES ne devra pas être transmis par courrier électronique. Chaque participant communiquera simultanément une version caviardée de ses communications à l'autre participant, qui aura deux jours pour s'opposer à l'inclusion d'un RCC. S'il y a des objections, la section réglera la question et transmettra la

version correctement caviardée à l'autre participant et aux participants tiers, à moins que le participant présentant la communication n'accepte de supprimer les renseignements visés par l'objection. S'il n'y a aucune objection, la version caviardée sera transmise le lendemain aux participants tiers.

Participants tiers

xvi) Les participants tiers pourront désigner jusqu'à huit personnes comme "personnes habilitées RCC d'un participant tiers". À cette fin, chaque participant tiers fournira au Secrétariat de l'Organe d'appel une liste de personnes habilitées RCC d'un participant tiers d'ici le mardi 19 avril 2011, à midi. Une copie de la liste de personnes habilitées RCC d'un participant tiers sera signifiée à chaque participant et à chaque autre participant tiers. Les participants pourront s'opposer à la désignation d'un conseiller extérieur comme personne habilitée RCC d'un participant tiers. Les objections devront être déposées au Secrétariat de l'Organe d'appel d'ici le mercredi 20 avril 2011, à 17 heures. Les participants tiers pourront soumettre des modifications de leurs listes de personnes habilitées RCC ou de personnes habilitées RCES en déposant une liste modifiée au Secrétariat de l'Organe d'appel et en la signifiant aux participants et aux autres participants tiers. Un participant pourra faire objection à la désignation, sur une liste modifiée, d'un conseiller extérieur par un participant tiers. Toute objection devra être déposée au Secrétariat de l'Organe d'appel dans un délai de deux jours et être signifiée simultanément à l'autre participant et aux participants tiers. La section ne rejettera la désignation d'un conseiller extérieur comme personne habilitée RCC d'un participant tiers que sur exposé de raisons contraignantes, eu égard, entre autres choses, aux principes pertinents énoncés dans les *Règles de conduite* et à la liste exemplative figurant à l'annexe 2 y relative. Les personnes habilitées RCC d'un participant tiers ne divulgueront pas de RCC, ni ne permettront qu'ils soient divulgués, hormis à l'Organe d'appel, au personnel désigné du Secrétariat de l'Organe d'appel, aux personnes habilitées RCC, ainsi qu'aux personnes habilitées RCC, des autres participants tiers.

xvii) Les participants transmettront la version RCC de toutes leurs communications aux participants tiers en en fournissant un exemplaire au Secrétariat de l'Organe d'appel afin qu'il soit placé dans la salle de lecture désignée située dans les locaux de l'OMC. Les personnes habilitées RCC d'un participant tiers seront autorisées à consulter dans la salle de lecture désignée la version RCC du rapport du Groupe spécial et la version RCC des communications déposées dans le cadre de la présente procédure d'appel. Elles ne pourront apporter dans cette salle aucun dispositif d'émission ou d'enregistrement électronique, ni ne pourront emporter hors de cette salle des exemplaires de la version RCC du rapport du Groupe spécial ou de la version RCC des communications. S'il en fait la demande, chaque participant tiers se verra remettre un exemplaire du rapport du Groupe spécial distribué aux Membres de l'OMC et un exemplaire de la version caviardée des communications qu'il pourra consulter dans la salle de lecture. Les personnes habilitées RCC des participants tiers pourront prendre des notes manuscrites sur les exemplaires du rapport du Groupe spécial distribué et de la version caviardée des communications qui auront été mis à leur disposition, et elles pourront emporter ces exemplaires. Ces documents seront imprimés sur du papier couleur filigrané; porteront les noms des personnes habilitées RCC des participants tiers; porteront la mention: "Ce document ne doit pas être reproduit"; et la page de couverture de chacun des documents indiquera qu'un RCC ajouté à la main sur le document pourra être examiné ou partagé uniquement avec d'autres personnes habilitées RCC d'un participant tiers. Le contenu des notes manuscrites ne devra pas être incorporé, électroniquement ou à la main, dans un autre exemplaire du rapport du Groupe spécial ou des communications. Ces documents et toute autre note manuscrite prise par les personnes habilitées RCC d'un participant tiers dans la salle de lecture seront enfermés dans un conteneur sécurisé lorsqu'ils ne seront pas utilisés.

Ces documents et notes manuscrites devront être retournés au Secrétariat de l'Organe d'appel après l'audience finale qui sera tenue dans le cadre du présent appel.

xviii) Chaque personne habilitée RCC d'un participant tiers qui consultera la version RCC du rapport du Groupe spécial et des communications dans la salle de lecture désignée remplira et signera un registre. Le Secrétariat de l'Organe d'appel conservera ce registre dans le dossier de l'appel.

xix) Si un participant tiers souhaite faire référence à des RCC dans sa communication de participant tiers, il identifiera clairement ces renseignements et il transmettra la communication aux participants et aux autres participants tiers en en fournissant un exemplaire au Secrétariat de l'Organe d'appel afin qu'il soit placé dans la salle de lecture désignée visée à l'alinéa xvii) ci-dessus. Il présentera aussi simultanément aux participants une version caviardée de sa communication. Les participants auront deux jours pour s'opposer à l'inclusion d'un RCC dans la version caviardée de la communication du participant tiers. S'il y a des objections, la section réglera la question et transmettra la version correctement caviardée aux participants et aux autres participants tiers, à moins que le participant tiers présentant la communication n'accepte de supprimer les renseignements visés par l'objection. S'il n'y a aucune objection, la communication caviardée sera transmise le lendemain aux participants et aux autres participants tiers.

Audience

xx) Des procédures appropriées seront adoptées pour protéger les RCC et RCES contre une divulgation non autorisée lors de toute audience qui sera tenue dans le présent appel.

ANNEXE IV

26 juillet 2011

États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)

AB-2011-3

Décisions procédurale

Introduction

1. Le 1er avril 2011, le Directeur du Secrétariat de l'Organe d'appel a reçu de l'Union européenne une lettre dans laquelle elle demandait que la section de l'Organe d'appel connaissant du présent appel adopte une décision procédurale sur la confidentialité et la protection additionnelle provisoire des renseignements commerciaux sensibles dans l'appel susmentionné. Après avoir reçu des États-Unis et des participants tiers des observations concernant la demande présentée par l'Union européenne, la section a rendu le 15 avril 2011 une décision procédurale adoptant des procédures additionnelles pour protéger les renseignements sensibles versés au dossier du présent appel. Le paragraphe 19 xx) de la décision procédurale dispose que des procédures appropriées seront adoptées pour protéger les renseignements sensibles contre une divulgation non autorisée lors de toute audience qui sera tenue dans le présent appel.

2. Le 11 juillet 2011, la section a reçu une demande conjointe de l'Union européenne et des États-Unis proposant l'adoption de procédures additionnelles pour la protection des renseignements commerciaux confidentiels (RCC) et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles (RCES) au cours des deux séances de l'audience tenues dans le présent appel et l'ouverture au public de ces deux séances de l'audience.

3. En particulier, les participants proposent que, s'agissant de l'audience, l'Organe d'appel adopte les mêmes procédures additionnelles que celles qu'il avait adoptées dans l'affaire *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs* ("*CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*")[1], conformément à la décision procédurale du 27 octobre 2010 adoptée dans le cadre de cet appel. Les participants ont indiqué que les motifs justifiant cette demande et cette proposition étaient essentiellement les mêmes que ceux qui étaient indiqués dans leur lettre conjointe du 5 octobre 2010 demandant l'adoption de telles procédures additionnelles dans l'appel concernant l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, lesquelles sont résumées ci-après.

- Seules les personnes habilitées RCC sont autorisées à avoir accès aux RCC et tant les participants que les participants tiers ont désigné un nombre limité de personnes comme étant habilitées RCC. Seules les personnes habilitées RCES sont autorisées à avoir accès aux RCES et les participants ont désigné un nombre limité de personnes comme étant habilitées RCES. Les participants tiers ne peuvent pas désigner de personnes habilitées RCES.

- S'agissant des RCC qui pourraient être mentionnés au cours d'une audience, les participants rappellent qu'il est interdit à chacun d'eux de divulguer à des personnes

[1] Document WT/DS316/AB/R, adopté le 1er juin 2011. Les procédures additionnelles en ce qui concerne l'audience sont énoncées dans l'annexe IV de ce rapport.

non habilitées RCC des renseignements désignés comme RCC par l'autre participant. De même, s'agissant des RCES qui pourraient être mentionnés au cours d'une audience, les participants rappellent qu'il est interdit à chacun d'eux de divulguer à des personnes non habilitées RCES des renseignements désignés comme RCES par l'autre participant. Il est interdit aux participants tiers de divulguer des RCC à des personnes non habilitées RCC.

- Par conséquent, les participants considèrent que, comme il est prévu dans la décision procédurale du 15 avril 2011, la section peut et devrait adopter une autre décision procédurale conformément à la règle 16 1) des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "*Procédures de travail*")[2] pour réglementer ces questions pour les deux séances de l'audience. Il faudra pour cela établir entre l'intérêt systémique de la protection des renseignements sensibles et celui de la transparence un équilibre semblable à celui qui a été établi dans la décision procédurale du 15 avril 2011 en l'espèce et dans la décision procédurale du 27 octobre 2010 dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Les participants rappellent, à cet égard, que la décision procédurale du 15 avril 2011 consigne le fait que les participants tiers sont satisfaits de l'accès qui leur est donné et n'ont pas fait objection au fait de ne pas avoir accès aux RCES.

- D'après les participants, il apparaît qu'il y a deux options en ce qui concerne les RCES. Selon la première option, si, au cours de l'audience, un des participants ou un membre de la section souhaite faire référence à des RCES, l'audience serait temporairement suspendue et les participants tiers, de même que les membres des délégations des participants qui ne sont pas habilités RCES, seraient priés de quitter temporairement la salle. La deuxième option consiste à diviser l'audience en deux parties. La première partie porterait sur l'examen aussi complet que possible de toutes les questions sans qu'il soit mentionné de RCES. Dans la deuxième partie, l'examen serait complété, dans la mesure nécessaire, par l'étude des RCES. Même s'ils reconnaissent qu'aucune de ces options n'est idéale à tous égards, les participants, tout bien considéré, préconisent la deuxième option. Ils estiment que cela permettrait de ne pas perturber inutilement l'audience. Les participants estiment aussi qu'une conduite rigoureuse de la première partie de l'audience (de sorte que seuls les participants et les membres de la section auraient un document devant eux et l'examineraient sans que des RCES soient mentionnés) pourrait rendre inutile une deuxième partie de l'audience consacrée aux RCES. Dans l'éventualité où une deuxième partie de l'audience à huis clos serait nécessaire, elle pourrait être organisée à la fin de chaque journée. Les participants notent que l'Organe d'appel a suivi cette deuxième approche au cours de la procédure relative à l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, et qu'il apparaît qu'elle a été efficace.

- Les participants suggèrent en outre que l'Organe d'appel établisse des règles concernant le segment public de l'audience. Ils rappellent que, jusqu'à présent, les déclarations orales et les réponses orales aux questions faites par un participant ou un participant tiers n'ont eu lieu au cours du segment public que si le participant ou le participant tiers a donné son accord. En l'absence d'un tel accord, il a été possible et efficace sur le plan opérationnel de diviser l'audience en un segment ouvert (pour les Membres qui souhaitaient rendre leurs déclarations publiques) et un segment à huis clos (pour les Membres qui ne souhaitaient pas rendre leurs déclarations publiques). L'Union européenne et les États-Unis sont d'avis que la plus grande partie possible de l'audience devrait être ouverte. Cependant, ils reconnaissent que vu le volume des

[2] WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

RCC dans le présent différend, et le fait qu'ils sont au cœur de bon nombre des questions examinées, il n'est peut-être pas faisable de diviser les questions de l'Organe d'appel et les réponses des participants en segments publics et en segments RCC, comme pour les déclarations orales. Pour cette raison, l'Union européenne et les États-Unis proposent d'adopter dans le présent appel la même approche que celle qui a été adoptée dans l'appel concernant l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*.

- Ainsi, s'agissant du segment public de l'audience, les participants proposent que les participants et les participants tiers (s'ils sont d'accord) fassent des déclarations liminaires ne contenant pas de RCC ni de RCES. Ces déclarations seraient enregistrées sur support vidéo et les enregistrements seraient examinés si nécessaire par les participants qui vérifieraient qu'aucun RCC ni RCES n'a été mentionné (tout désaccord devant être réglé par l'Organe d'appel), puis transmis au public à une date ultérieure. Les participants proposent aussi que la même approche soit utilisée pour les déclarations finales, ou du moins les parties des déclarations finales où il n'est pas fait référence à des RCC ni à des RCES.

4. Le 12 juillet 2011, la section a invité les participants tiers à formuler, s'ils le souhaitaient, des observations sur la demande de l'Union européenne et des États-Unis visant à ce que l'audience soit ouverte au public ainsi que sur les modalités spécifiques proposées.

5. Le Canada et la Chine ont présenté des observations sur la demande des participants. Le Canada souscrit à la proposition conjointe de l'Union européenne et des États-Unis visant à ce que l'Organe d'appel adopte les mêmes procédures additionnelles que celles qu'il avait adoptées dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. La Chine indique aussi qu'elle est généralement d'accord avec cette proposition et elle est d'avis que, conformément à l'article 17:10 du Mémorandum d'accord, les participants et les participants tiers à un appel ont chacun le droit de déterminer s'ils souhaitent ou non permettre au public d'assister aux déclarations qu'ils font à l'audience. Elle encourage l'Organe d'appel à suivre la pratique adoptée dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* qui permettait à chaque participant tiers de demander un traitement confidentiel pour sa déclaration orale. Aucune observation n'a été reçue de l'Australie, du Brésil, de la Corée ou du Japon.

6. La demande présentée par l'Union européenne et les États-Unis soulève des questions semblables à celles dont a été saisi l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Dans le présent appel, nous avons déjà adopté des procédures additionnelles pour la protection des renseignements sensibles. Compte tenu de la quantité de renseignements traités comme RCC ou RCES durant la procédure du Groupe spécial, nous estimons que l'audience au cours du présent appel pourrait difficilement se dérouler sans qu'il soit fait référence à des renseignements sensibles. Pour exercer notre fonction juridictionnelle, nous devrons conduire l'audience d'une manière qui nous permette d'étudier les questions qui font intervenir des renseignements sensibles, tout en veillant à ce que ces renseignements sensibles ne soient pas indûment divulgués. Par conséquent, et pour des motifs semblables à ceux invoqués par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, nous avons décidé d'accorder une protection additionnelle de la confidentialité pour certains renseignements sensibles au cours de l'audience qui se tiendra dans le cadre du présent appel dans les conditions exposées ci-dessous. Nous autorisons également le public à assister à certains segments de l'audience comme indiqué ci-dessous.

Demande de procédures additionnelles pour la protection des renseignements sensibles au cours de l'audience

7. Nous sommes d'avis que les procédures additionnelles adoptées dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* accordaient une protection adéquate pour les renseignements sensibles, tout en permettant à l'Organe d'appel de remplir sa fonction juridictionnelle et aux participants tiers d'exercer leurs droits au titre du Mémorandum d'accord et des *Procédures de travail*. Les participants partagent ce point de vue et nous demandent expressément d'adopter des procédures semblables dans le présent appel. C'est également le point de vue des participants tiers qui ont présenté des observations sur la demande des participants. Ainsi, comme dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, nous jugeons approprié d'adopter les arrangements suivants pour protéger les renseignements sensibles au cours de l'audience:

- Les participants ont indiqué qu'ils comptaient s'abstenir de mentionner des RCC ou RCES dans leurs déclarations liminaires et suggèrent que les participants tiers pourraient aussi convenir de ne pas mentionner de RCC dans leurs déclarations liminaires. Aucun participant tiers n'a indiqué qu'il comptait faire référence à des RCC dans sa déclaration liminaire. Dans ces circonstances, il est peu probable que des renseignements sensibles soient mentionnés dans ce segment de l'audience.

- Par conséquent, tous les membres des délégations des participants et des participants tiers pourront assister au segment initial de l'audience.

- De même, dans la mesure où les participants confirment – et où également les participants tiers indiquent – qu'il ne sera pas fait référence à des renseignements sensibles dans les déclarations finales, tous les membres des délégations des participants et des participants tiers pourront assister au segment final de l'audience.

- Conformément au paragraphe 19 xiv) et 19 xvi) de notre décision procédurale du 15 avril 2011, les participants et les participants tiers ont chacun désigné des personnes habilitées RCC et les participants ont désigné des personnes habilitées RCES.

- Seuls les membres des délégations des participants et des participants tiers autorisés à avoir accès aux RCC sont invités à assister aux segments de l'audience au cours desquels des RCC pourront être examinés.

- Seules les personnes habilitées RCES des participants sont invitées à assister aux segments de l'audience au cours desquels des RCES seront examinés.

- Les participants tiers auront accès à la version RCC des communications déposées dans le cadre du présent appel et à la version RCC du rapport du Groupe spécial dans la salle d'audience pendant les segments RCC. Un exemplaire unique de ces documents, individuellement filigrané, sera fourni aux participants tiers. L'accès à ces documents sera limité aux personnes habilitées RCC d'un participant tiers. Il ne sera pas possible de sortir ces documents de la salle d'audience.

8. Les participants ont proposé deux options pour l'examen des RCES au cours des audiences. La première consiste à interrompre les segments RCC de l'audience chaque fois qu'il va être fait référence à des RCES, la deuxième consiste à prévoir des segments spéciaux pour examiner les RCES. Il nous semble important que toutes procédures additionnelles visant à protéger les renseignements sensibles perturbent le moins possible la conduite normale de l'audience et permettent à la section d'organiser ses questions par thème. Par conséquent, dans la mesure du possible, nous

préférons nous concentrer sur les RCES dans des segments spéciaux afin d'éviter d'interrompre le déroulement normal de l'audience. Il se pourrait cependant que l'étude approfondie d'une question n'autorise pas le report de l'examen des RCES. Si une telle situation se présente, nous pourrons décider d'interrompre le segment RCC de l'audience pour examiner les RCES avec les personnes habilitées à y avoir accès.

Demande visant à permettre au public d'assister à l'audience

9. Passant à la demande des participants visant à permettre au public d'assister au segment liminaire de l'audience, nous rappelons que des demandes visant à permettre au public d'assister à l'audience ont été présentées, et approuvées, dans le cadre de sept appels antérieurs.[3] Dans ses décisions, l'Organe d'appel a estimé qu'il avait le pouvoir d'approuver de telles demandes présentées par les participants, à condition que cela n'affecte pas la confidentialité de la relation entre les participants tiers et l'Organe d'appel ni ne compromette l'intégrité de la procédure d'appel.

10. L'Organe d'appel a aussi noté que l'ouverture de l'audience au public dans des affaires précédentes s'était bien passée, et que les droits des participants tiers ne souhaitant pas que leurs communications orales soient suivies par le public avaient été entièrement protégés.

11. De même que dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, des questions particulières se posent dans le présent appel en relation avec l'ouverture de l'audience au public à cause de la nécessité d'éviter la divulgation de RCC et RCES. Nous estimons que les procédures additionnelles adoptées par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* constituent un moyen approprié de permettre au public d'assister à l'audience, tout en protégeant les renseignements sensibles et en sauvegardant la fonction juridictionnelle de l'Organe d'appel et les intérêts des participants tiers.

12. Par conséquent, et sous réserve de ce qui est prévu au paragraphe 13 ci-dessous, nous autorisons le public à assister uniquement aux déclarations liminaires. Nous autoriserons le public à assister aux déclarations finales si les participants et les participants tiers indiquent que leurs déclarations finales ne contiendront aucune référence à des renseignements sensibles.

13. Nous autorisons le public à assister uniquement aux déclarations liminaires des participants tiers qui n'ont pas formulé d'objections sur ce point. La confidentialité des déclarations finales des participants tiers qui ne souhaitent pas rendre leur déclaration publique sera préservée.

14. Dans le présent appel, les participants ont proposé que les segments pertinents de l'audience soient enregistrés sur support vidéo et que l'enregistrement soit montré au public après que les

[3] Ces procédures sont les suivantes: *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones* (WT/DS320/AB/R) et *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones* (WT/DS321/AB/R); *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (WT/DS27/AB/RW2/ECU) et *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (WT/DS27/AB/RW/USA); *États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro* (WT/DS350/AB/R); *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction à zéro") – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (WT/DS294/AB/RW); *États-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction – Recours du Japon à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (WT/DS322/AB/RW); *Australie – Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande* (WT/DS367/AB/R) et *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs* (WT/DS316/AB/R).

participants auraient eu la possibilité de l'examiner pour vérifier que des renseignements sensibles n'avaient pas été mentionnés par inadvertance. Une procédure semblable a été suivie dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*. Nous sommes d'accord avec les participants pour dire que la retransmission en différé au public d'un enregistrement sur support vidéo minimiserait le risque que des renseignements sensibles soient divulgués par inadvertance et nous donnerons aux participants la possibilité d'examiner l'enregistrement à cette fin avant qu'il ne soit montré au public. En cas de désaccord entre les participants concernant le caractère sensible de certains renseignements mentionnés dans les déclarations liminaires ou finales, ces renseignements ne seront pas montrés au public.

15. Pour les raisons exposées ci-dessus, nous adoptons les procédures additionnelles suivantes aux fins du présent appel:

Procédures additionnelles pour la conduite de l'audience

Protection des renseignements sensibles au cours de l'audience

i) Les présentes procédures additionnelles s'appliqueront à toutes les séances de l'audience qui se tiendront dans le cadre du présent appel et, en particulier, à tous renseignements mentionnés au cours de l'audience qui ont été traités comme des renseignements commerciaux confidentiels ("RCC") ou des renseignements commerciaux extrêmement sensibles ("RCES") dans la procédure du Groupe spécial et qui figurent dans des documents ou supports électroniques versés au dossier du Groupe spécial. Ces procédures additionnelles complètent les procédures additionnelles pour la protection des renseignements sensibles que nous avons adoptées dans le cadre de notre décision procédurale du 15 avril 2011.

ii) Dans la mesure où les renseignements versés au dossier seront présentés lors de l'audience sous une forme qui diffère de celle sous laquelle ils ont été présentés au Groupe spécial, et où il y aura désaccord entre les participants sur le traitement approprié du degré de confidentialité de ces renseignements, l'Organe d'appel se prononcera après avoir entendu l'avis des participants.

iii) Les membres de l'Organe d'appel, le personnel du Secrétariat désigné par l'Organe d'appel pour travailler sur le présent appel, ainsi que les interprètes et les sténographes judiciaires engagés pour cet appel, pourront être présents tout au long de l'audience, y compris pendant les segments consacrés à l'examen des RCC et RCES.

iv) Les RCC seront divulgués au cours de l'audience uniquement aux personnes habilitées RCC des participants et aux personnes habilitées RCC des participants tiers, en plus des personnes indiquées à l'alinéa iii) ci-dessus.[4]

v) Les RCES seront divulgués au cours de l'audience uniquement aux personnes habilitées RCES des participants, en plus des personnes indiquées à l'alinéa iii) ci-dessus.[5]

vi) Le segment de l'audience consacré aux déclarations liminaires des participants et participants tiers sera ouvert à tous les membres des délégations des participants et participants tiers. Les participants et participants tiers s'abstiendront de faire référence à des RCC ou RCES dans leurs déclarations liminaires.

[4] Les personnes habilitées RCC et les personnes habilitées RCC des participants tiers sont les personnes désignées comme telles aux alinéas 19 xiv) et 19 xvi) de notre décision procédurale du 15 avril 2011.

[5] Les personnes habilitées RCES sont les personnes désignées comme telles à l'alinéa 19 xiv) de notre décision procédurale du 15 avril 2011.

vii) Afin de protéger les RCC contre une divulgation non autorisée, seules les personnes habilitées RCC des participants et les personnes habilitées RCC des participants tiers sont invitées à assister aux segments consacrés aux questions et réponses.

viii) Des segments de l'audience pourront être réservés aux questions portant sur des points pouvant exiger qu'il soit fait référence à des RCES. Afin de protéger les RCES contre une divulgation non autorisée, seules les personnes habilitées RCES des participants sont invitées à assister à ces segments.

ix) Dans la mesure où un participant ou participant tiers indique qu'il fera référence à des RCC dans sa déclaration finale, seules les personnes habilitées RCC des participants et les personnes habilitées RCC des participants tiers seront invitées à assister au segment final de l'audience.

x) Si nécessaire, la section connaissant du présent appel pourra interrompre un segment RCC et tenir un segment consacré aux RCES.

xi) Au cours des segments de l'audience pendant lesquels des RCC seront examinés, il sera fourni à chaque participant tiers un exemplaire de la version RCC du rapport du Groupe spécial et un exemplaire de la version RCC des communications déposées dans le cadre du présent d'appel, qui auront été imprimés et individuellement filigranés conformément au paragraphe 19 xvii) de notre décision procédurale du 15 avril 2011. Seules les personnes habilitées RCC des participants tiers seront autorisées à consulter ces documents. Ceux-ci ne quitteront pas la salle d'audience et seront retournés au Secrétariat de l'Organe d'appel à la fin de chaque segment d'examen des RCC.

xii) Les parties de la transcription de l'audience contenant des RCC et RCES feront partie du dossier de l'appel et seront conservées conformément aux procédures additionnelles pour la protection des renseignements sensibles établies aux alinéas vi), vii) et ix) à xii) du paragraphe 19 de notre décision procédurale du 15 avril 2011.

Ouverture de l'audience au public

xiii) Le premier segment de l'audience, qui sera constitué par les déclarations liminaires des participants et participants tiers, sera ouvert au public, sous réserve des dispositions de l'alinéa xv) ci-dessous. Le segment final de l'audience, qui sera consacré aux déclarations finales, sera ouvert au public dans la mesure où les participants et participants tiers indiqueront que, dans leurs déclarations finales, ils ne feront pas référence à des renseignements sensibles et sous réserve des dispositions de l'alinéa xv) ci-dessous.

xiv) Les segments ouverts au public seront enregistrés sur support vidéo. Dans un délai de deux jours suivant la fin de chaque séance de l'audience, l'un ou l'autre des deux participants pourra demander à examiner les enregistrements pour s'assurer que des RCC ou RCES n'y auront pas été inclus par inadvertance ou d'une autre manière. Si une telle demande est faite, des membres du personnel du Secrétariat de l'Organe d'appel seront présents lorsque les participants examineront l'enregistrement. Si celui-ci contient des RCC ou RCES, une version caviardée de l'enregistrement sera réalisée dans laquelle les RCC ou RCES seront supprimés. En cas de désaccord entre les participants concernant le caractère sensible de certains renseignements mentionnés pendant les déclarations liminaires ou finales, le public ne pourra pas suivre le(s) segment(s) pertinent(s).

xv) Le public ne pourra pas suivre les déclarations liminaires et finales des participants tiers souhaitant maintenir la confidentialité de leurs communications. Tout participant tiers qui ne l'a pas encore fait pourra demander que ses déclarations orales demeurent confidentielles et que le public ne les suive pas. De telles demandes devront parvenir au Secrétariat de l'Organe d'appel au plus tard à 17 heures, heure de Genève, le mercredi 10 août 2011.

xvi) Le public sera informé de la tenue de l'audience sur le site Web de l'OMC. Les membres du public souhaitant assister à l'audience devront s'inscrire à l'avance auprès du Secrétariat de l'OMC. L'enregistrement, ou le cas échéant, la version caviardée de l'enregistrement, sera diffusé aux délégués des Membres de l'OMC et aux membres du public qui se seront inscrits pour assister à l'audience une fois que le processus d'examen mentionné à l'alinéa xiv) ci-dessus, s'il a été demandé, sera achevé. Le lieu et l'heure de la diffusion de l'enregistrement seront annoncés en temps voulu. Les délégués des Membres de l'OMC sont invités à faire savoir au Secrétariat de l'Organe d'appel, au plus tard à 17 heures, heure de Genève, le mercredi 10 août 2011, qu'ils souhaitent qu'une place leur soit réservée dans la salle où l'enregistrement sera diffusé.

ANNEXE V

Annexe RCES

[[RCES]]