



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

**RECOURS DES ÉTATS-UNIS À L'ARTICLE 21:5 DU MÉMORANDUM
D'ACCORD SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS**

AB-2016-6

Rapport de l'Organe d'appel

Addendum

Le présent *addendum* contient les annexes A à D du rapport de l'Organe d'appel distribué sous la cote WT/DS316/AB/RW.

Les déclarations d'appel et d'un autre appel et les résumés analytiques des communications écrites figurant dans le présent addendum sont reproduits tels qu'ils ont été reçus des participants et des participants tiers. Leur contenu n'a pas été révisé ni édité par l'Organe d'appel, si ce n'est que, le cas échéant, les paragraphes et les notes de bas de page qui ne commençaient pas au numéro un dans l'original ont été renumérotés et le texte a été formaté pour être conforme au style de l'OMC. Les résumés analytiques ne remplacent pas les communications des participants et des participants tiers dans le cadre de l'examen de l'appel par l'Organe d'appel.

LISTE DES ANNEXES**ANNEXE A****DÉCLARATIONS D'APPEL ET D'UN AUTRE APPEL**

Table des matières		Page
Annexe A-1	Déclaration d'appel présentée l'Union européenne	4
Annexe A-2	Déclaration d'un autre appel présentée par les États-Unis	9

ANNEXE B**ARGUMENTS DES PARTICIPANTS**

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant	11
Annexe B-2	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant	32
Annexe B-3	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant qu'intimé	35
Annexe B-4	Résumé analytique de la communication de l'Union européenne en tant qu'intimé	42

ANNEXE C**ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS**

Table des matières		Page
Annexe C-1	Résumé analytique de la communication du Brésil en tant que participant tiers	49
Annexe C-2	Résumé analytique de la communication du Canada en tant que participant tiers	50
Annexe C-3	Résumé analytique de la communication de la Chine en tant que participant tiers	53
Annexe C-4	Résumé analytique de la communication du Japon en tant que participant tiers	55

ANNEXE D**DÉCISIONS PROCÉDURALES**

Table des matières		Page
Annexe D-1	Décision procédurale du 25 octobre 2016 concernant des procédures additionnelles pour la protection des renseignements commerciaux confidentiels (RCC) et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles (RCES)	57
Annexe D-2	Décision procédurale du 21 novembre 2016 concernant l'inclusion d'une personne sur la liste des personnes habilitées RCC/RCES de l'Union européenne	66
Annexe D-3	Décision procédurale du 21 novembre 2016 concernant la désignation des RCC dans la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant	68
Annexe D-4	Décision procédurale du 11 janvier 2017 concernant la demande de l'Union européenne visant à ce que le délai pour le dépôt de sa communication d'intimé soit modifié	70
Annexe D-5	Décision procédurale du 19 avril 2017 concernant l'ouverture de l'audience au public	72

ANNEXE A

DÉCLARATIONS D'APPEL ET D'UN AUTRE APPEL

Table des matières		Page
Annexe A-1	Déclaration d'appel présentée l'Union européenne	4
Annexe A-2	Déclaration d'appel présentée par les États-Unis	9

ANNEXE A-1**DÉCLARATION D'APPEL PRÉSENTÉE PAR L'UNION EUROPÉENNE***

Conformément à l'article 16:4 et à l'article 17:1 du *Mémoire 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 donné par celui-ci dans le différend *Union européenne – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends)* (WT/DS316/RW). 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.

L'Union européenne limite son appel aux erreurs qu'elle juge être de graves erreurs de droit et d'interprétation du droit qui doivent être corrigées. Le fait de ne pas faire appel d'une question n'a pas valeur de consentement.

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 que l'Organe d'appel les infirme, les modifie ou les déclare sans fondement et sans effet juridique, en ce qui concerne les erreurs de droit et interprétations du droit ci-après figurant dans le rapport du Groupe spécial¹:

I. QUESTION DE SAVOIR SI LE GROUPE SPÉCIAL A CORRECTEMENT INTERPRÉTÉ L'ARTICLE 7.8 DE L'ACCORD SMC (SECTIONS 6.6.2 ET 6.6.3 DU RAPPORT)

1. Le Groupe spécial a fait erreur en interprétant l'article 7.8 de l'*Accord SMC* comme exigeant qu'un Membre mettant en œuvre "élimin{e} les effets défavorables" d'une subvention pouvant donner lieu à une action constatés dans la procédure initiale, même si cette subvention a été "retir{ée}" et n'est plus "maint{enue}"².
2. Le Groupe spécial a de plus fait erreur dans son interprétation de l'article 7.8 (conjointement avec l'article 1.1 a)) de l'*Accord SMC* lorsqu'il a constaté que le fait de mettre fin à une contribution financière n'avait *pas* entraîné le retrait de la subvention.³ L'Union européenne demande à l'Organe d'appel d'examiner cet appel uniquement s'il infirme l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 7.8 et s'efforce de compléter l'analyse suivant une interprétation correcte de l'article 7.8.

II. QUESTION DE SAVOIR SI LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN REFUSANT D'ÉVALUER SI L'UNION EUROPÉENNE S'ÉTAIT MISE EN CONFORMITÉ S'AGISSANT DES SUBVENTIONS RELATIVES AU MÜHLENBERGER LOCH ET À LA PISTE DE L'AÉROPORT DE BRÈME (SECTIONS 5.10, 6.2.5 ET 6.6.3.4.4 DU RAPPORT)

3. Le Groupe spécial a fait erreur en interprétant l'article 21:5 du *Mémoire d'accord* comme accordant à un défendeur initial le droit de demander des constatations de mise en

* La présente notification, datée du 13 octobre 2016, a été distribuée aux Membres sous la cote WT/DS316/29.

¹ Les numéros de paragraphe indiqués dans les notes de bas de page de la description des erreurs du Groupe spécial présentée ci-après ont pour but de signaler la première occurrence de ces erreurs. Ces erreurs ont des conséquences dans l'ensemble du rapport et l'Union européenne fait aussi appel de toutes les constatations et conclusions qui découlent des erreurs faisant l'objet de l'appel ou qui reposent sur elles, et, en particulier, des constatations et conclusions pertinentes des sections 7.1, 7.2, 7.3 et 7.4 du rapport du Groupe spécial.

² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.803, 6.813, 6.819, 6.822, 6.838, 6.839 à 6.841, 6.1078, 6.1089, 6.1094, 6.1100, 6.1101, 6.1102, 6.1451, 6.1452, 6.1463, 6.1534, 6.1774, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) i), 7.1 d) viii), 7.1 d) ix), 7.1 d) xii) à xvii) et 7.2.

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1072 à 6.1074, 6.1451, 6.1452, 6.1463, 6.1534, 6.1774, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) i), 7.1 d) viii), 7.1 d) ix), 7.1 d) xii) à xvii) et 7.2.

conformité dans une procédure de mise en conformité au titre de l'article 21:5 uniquement dans les circonstances factuelles limitées du différend *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension*.⁴

4. Le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 21:5 du Mémoire d'accord en constatant qu'il n'y avait pas de désaccord, au sens de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, entre l'Union européenne et les États-Unis et, en conséquence, en ne formulant pas de constatations concernant le retrait par l'Union européenne des subventions relatives au Mühlenberger Loch et à la piste de l'aéroport de Brême.⁵
5. Par ailleurs, en s'abstenant de formuler des constatations sur une question dont il était dûment saisi, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.⁶

III. QUESTION DE SAVOIR SI L'AL/FEM POUR L'A350XWB EST UNE SUBVENTION (SECTION 6.5.2 DU RAPPORT)

6. Le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a identifié le moment approprié à partir duquel établir l'*élément taux d'emprunt de société* du point de repère du marché pour déterminer si chaque contrat d'aide au lancement/de financement des États membres ("AL/FEM") concernant l'A350XWB conférait un "avantage", et donc constituait une subvention, au titre de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.⁷ Spécifiquement, en identifiant le taux d'emprunt de société comme étant "les rendements moyens {de l'obligation EADS pertinente} sur le mois précédant et sur les six mois précédant la conclusion du contrat, sous la forme d'une fourchette"⁸, le Groupe spécial a fait erreur dans l'application des articles 1.1 b) et 7.8 de l'*Accord SMC*.⁹
7. Par ailleurs, en rejetant le rendement au jour de la conclusion de chaque contrat, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.¹⁰
8. Dans le cas où l'Organe d'appel ne serait pas d'accord avec l'Union européenne et rejetterait les appels exposés aux paragraphes 6 et 7, l'Union européenne fait appel de l'inclusion par le Groupe spécial, lors de sa construction du taux d'emprunt de société, du rendement moyen sur six mois de l'obligation EADS pertinente dans sa fourchette de rendements moyens.¹¹ Spécifiquement, en incluant le rendement moyen sur six mois dans sa fourchette, le Groupe spécial a fait erreur dans l'application des articles 1.1 b) et 7.8 de l'*Accord SMC*.¹²
9. Par ailleurs, en incluant le rendement moyen sur six mois dans sa fourchette, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.¹³
10. En outre, le Groupe spécial a fait erreur en identifiant l'*élément prime de risque par projet* du point de repère du marché pour déterminer si chaque contrat d'AL/FEM concernant l'A350XWB conférait un "avantage", et donc constituait une subvention, au titre de

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 5.76 à 5.78, note de bas de page 53 relative au paragraphe 6.3, note de bas de page 109 relative au paragraphe 6.42 et note de bas de page 1847 relative au paragraphe 6.1102.

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 5.76 à 5.78, note de bas de page 53 relative au paragraphe 6.3, note de bas de page 109 relative au paragraphe 6.42 et note de bas de page 1847 relative au paragraphe 6.1102.

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 5.76 à 5.78, note de bas de page 53 relative au paragraphe 6.3, note de bas de page 109 relative au paragraphe 6.42 et note de bas de page 1847 relative au paragraphe 6.1102.

⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.389, 6.430 (tableau 7) et 6.632 (tableau 10).

⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.389.

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.389, 6.430 (tableau 7) et 6.632 (tableau 10).

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.389, 6.430 (tableau 7) et 6.632 (tableau 10).

¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.389, 6.430 (tableau 7) et 6.632 (tableau 10).

¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.389, 6.430 (tableau 7) et 6.632 (tableau 10).

¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.389, 6.430 (tableau 7) et 6.632 (tableau 10).

l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.¹⁴ Il a choisi une prime de risque par projet unique indifférenciée pour chaque contrat d'AL/FEM concernant l'A350XWB, qui avait été élaborée pour un programme différent (à savoir l'A380) lors de la procédure initiale. Ce faisant, le Groupe spécial a commis trois séries d'erreurs.

11. Premièrement, le Groupe spécial n'a pas établi une prime de risque par projet afférente à l'AL/FEM pour l'A350XWB sur la base des risques associés au programme relatif à l'A350XWB. En conséquence, il a fait erreur dans l'application des articles 1.1 b) et 7.8 de l'*Accord SMC*.¹⁵
12. Par ailleurs, en n'examinant pas des points de repère plus appropriés et en s'écartant de l'approche des points de repère par projet suivie dans la procédure initiale, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.¹⁶
13. Deuxièmement, en n'établissant pas de similitude entre les risques présentés par le projet d'A350XWB et le projet d'AL/FEM pour l'A380, ainsi qu'entre les risques présentés par les contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB et les contrats d'AL/FEM concernant l'A380, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.¹⁷
14. Troisièmement, et finalement, le Groupe spécial a erronément adopté une prime de risque par projet unique comme point de repère pour les quatre contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB. En conséquence, il a fait erreur dans l'application des articles 1.1 b) et 7.8 de l'*Accord SMC*.¹⁸
15. Par ailleurs, en n'adoptant pas une prime de risque par projet différenciée tout en adoptant un taux d'emprunt de société différencié, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.¹⁹

IV. QUESTION DE SAVOIR SI LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN IDENTIFIANT LES MARCHÉS DE PRODUITS APPROPRIÉS (SECTION 6.6.4.4 DU RAPPORT)

16. Le Groupe spécial a fait erreur en interprétant le terme "marché" figurant à l'article 6.3 de l'*Accord SMC* comme permettant que deux produits soient placés sur le même marché de produits sur la base d'une quelconque concurrence entre eux, plutôt que sur la base de l'existence de contraintes concurrentielles significatives entre eux.²⁰
17. Dans le cas où l'Organe d'appel ne serait pas d'accord avec l'Union européenne et rejeterait l'appel exposé au paragraphe 16, le Groupe spécial a fait erreur dans l'application des articles 5 c), 6.3 et 7.8 de l'*Accord SMC* lorsqu'il a identifié les marchés de produits pertinents aux fins de l'évaluation des allégations d'effets défavorables des États-Unis d'une manière qui était incompatible avec son propre critère juridique.²¹

¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.435, 6.459, 6.487, 6.492, 6.527, 6.539 à 6.542, 6.579, 6.595, 6.607, 6.608 à 6.610, 6.632 (tableau 10), 6.633, 6.656, 6.1798, 6.1817, 6.1847, 7.1 c) i), 7.1 d) xiii) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.435, 6.459, 6.608 à 6.610, 6.632 (tableau 10), 6.633, 6.656, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 c) i), 7.1 d) xiii) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.435, 6.459, 6.608 à 6.610, 6.632 (tableau 10), 6.633, 6.656, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 c) i), 7.1 d) xiii) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.487, 6.492, 6.527, 6.539 à 6.542, 6.579, 6.595, 6.607, 6.608 à 6.610, 6.632 (tableau 10), 6.633, 6.656, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 c) i), 7.1 d) xiii) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.607, 6.608 à 6.610, 6.632 (tableau 10), 6.633, 6.656, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 c) i), 7.1 d) xiii) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.607, 6.608 à 6.610, 6.632 (tableau 10), 6.633, 6.656, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 c) i), 7.1 d) xiii) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1210, 6.1211, 6.1236, 6.1280, 6.1289, 6.1292, 6.1305, 6.1320, 6.1348, 6.1382, 6.1362, 6.1409, 6.1416, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xi), 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1292, 6.1305, 6.1320, 6.1348, 6.1382, 6.1362, 6.1409, 6.1416, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xi), 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

18. Par ailleurs, en limitant son évaluation de l'existence des marchés de produits pertinents aux fins de l'évaluation des allégations d'effets défavorables des États-Unis à la concurrence entre les seuls produits que les États-Unis avaient placés sur ces mêmes marchés de produits, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.²²

V. QUESTION DE SAVOIR SI LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN FORMULANT SES CONSTATATIONS CONCERNANT LES DISPOSITIONS RELATIVES AU "PRODUIT SIMILAIRE NON SUBVENTIONNÉ" DE L'ARTICLE 6.3, 6.4 ET 6.5 DE L'ACCORD SMC (SECTION 6.6.4.3 DU RAPPORT)

19. Le Groupe spécial a fait erreur en formulant ses constatations sur le point de savoir s'il y avait une question nouvelle. Spécifiquement, il a fait erreur dans son interprétation et son application du terme "question" figurant à l'article 11 du Mémoire d'accord.²³ Il a aussi fait erreur en ne procédant pas à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.²⁴
20. De plus, le Groupe spécial a fait erreur en formulant ses constatations concernant les raisons impérieuses. Spécifiquement, il a fait erreur dans son interprétation et son application de l'expression "la sécurité et la prévisibilité" au sens de l'article 3:2 du Mémoire d'accord telle qu'elle se rapporte à la règle des raisons impérieuses²⁵; et il a fait erreur en ne procédant pas à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.²⁶
21. Finalement, le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 6.3 a), 6.3 b), 6.3 c), 6.4 et 6.5 de l'Accord SMC.²⁷

VI. QUESTION DE SAVOIR SI LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN CONSTATANT L'EXISTENCE D'EFFETS DÉFAVORABLES (SECTION 6.6.4.4 DU RAPPORT)

A. EFFETS DE L'AL/FEM SUR LE LANCEMENT ET LA PRÉSENCE SUR LE MARCHÉ DES AÉRONEFS

22. Le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation de l'article 5 c) de l'Accord SMC en adoptant une approche "en l'absence de" du lien de causalité qui ne prenait pas en considération le temps écoulé, et les événements qui s'étaient produits pendant ce temps, et en imputant par conséquent la présence actuelle sur le marché des familles d'aéronefs A320, A330 et A380 à l'AL/FEM antérieure à l'A350XWB.²⁸
23. Dans le cas où l'Organe d'appel ne serait pas d'accord avec l'Union européenne et rejetterait l'appel exposé au paragraphe 22, le Groupe spécial a fait erreur dans l'application des articles 5 c) et 7.8 de l'Accord SMC en adoptant une approche "en l'absence de" du lien de causalité qui ne prenait pas en considération le temps écoulé, et les événements qui s'étaient produits pendant ce temps, et en imputant par conséquent la présence actuelle sur le marché des familles d'aéronefs A320 et A330 à l'AL/FEM antérieure à l'A350XWB.²⁹

²² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1292, 6.1305, 6.1320, 6.1348, 6.1382, 6.1362, 6.1409, 6.1416, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xi), 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1125 à 6.1138, 6.1154, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) x), 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1125 à 6.1138, 6.1154, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) x), 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1125 à 6.1153, 6.1154, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) x), 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1125 à 6.1153, 6.1154, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) x), 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1125 à 6.1154, 6.1798, 6.1817, 6.1847, 7.1 d) x), 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1515, 6.1527, 6.1534, 6.1774, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xii) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1527, 6.1534, 6.1774, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xii) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

24. Par ailleurs, dans la mesure où il a constaté que l'AL/FEM pour l'A380 avait des "effets directs" sur le lancement et la présence sur le marché de l'A380, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.³⁰
25. Le Groupe spécial a de plus fait erreur dans l'application des articles 5 c) et 7.8 de l'*Accord SMC* en imputant la présence sur le marché de l'A350XWB aux "effets indirects" de l'AL/FEM pour l'A380.³¹
26. Par ailleurs, dans la mesure où il a constaté que l'AL/FEM pour l'A350XWB avait des "effets directs" sur le lancement et la présence sur le marché de l'A350XWB, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.³²

B. CONSTATATIONS DE DÉTOURNEMENT, D'ENTRAVE ET DE PERTES DE VENTES

27. Le Groupe spécial a fait erreur dans l'application des articles 5 c), 6.3 et 7.8 de l'*Accord SMC* en ne prenant pas en compte, dans son évaluation des pertes de ventes, du détournement et de l'entrave, les différences concernant l'étroitesse de la concurrence entre divers aéronefs.³³
28. Le Groupe spécial a fait erreur dans l'application des articles 5 c), 6.3 et 7.8 de l'*Accord SMC* en ne prenant pas en compte, dans son évaluation des pertes de ventes, du détournement et de l'entrave, des facteurs de non-imputation.³⁴
29. Le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation de l'article 6.3 a) et 6.3 b) de l'*Accord SMC* en constatant que les subventions non retirées causaient un "détournement et/ou {une} entrave", amalgamant ainsi les deux formes distinctes de préjudice grave.³⁵
30. Le Groupe spécial a fait erreur en interprétant l'article 6.3 a) et 6.3 b) de l'*Accord SMC* comme permettant des constatations de "détournement" sans aucune évaluation des données sur les volumes de ventes et les parts de marché.³⁶
31. De plus, le Groupe spécial a aussi fait erreur dans l'application des articles 5 c), 6.3 a), 6.3 b) et 7.8 de l'*Accord SMC* en constatant qu'il y avait un "détournement" sans effectuer aucune évaluation des données sur les volumes de ventes et les parts de marché.³⁷
32. Le Groupe spécial a fait erreur en interprétant l'article 6.3 a) et 6.3 b) de l'*Accord SMC* comme permettant des constatations d'"entrave" sans aucune évaluation des données sur les volumes de ventes et les parts de marché.³⁸
33. De plus, le Groupe spécial a aussi fait erreur dans l'application des articles 5 c), 6.3 a), 6.3 b) et 7.8 de l'*Accord SMC* en constatant qu'il y avait une "entrave" sans effectuer aucune évaluation des données sur les volumes de ventes et les parts de marché.³⁹

³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1507, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xii) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1747, 6.1771, 6.1773, 6.1774, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xiii) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

³² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1717, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xiii) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

³⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

ANNEXE A-2**DÉCLARATION D'UN AUTRE APPEL PRÉSENTÉE PAR LES ÉTATS-UNIS***

Conformément à la règle 23 1) des Procédures de travail pour l'examen en appel, les États-Unis notifient à l'Organe d'appel leur décision de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial Communautés européennes et certains États Membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs: Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord (WT/DS316/RW et WT/DS316/RW/Add.1) ("rapport du Groupe spécial") et de certaines interprétations du droit données par celui-ci.

1. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la constatation du Groupe spécial selon laquelle ils n'ont pas établi que les subventions AL/FEM françaises, allemandes, espagnoles et britanniques pour l'A350 XWB d'Airbus constituaient des subventions au remplacement des importations prohibées au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("Accord SMC").¹ Bien que les États-Unis souscrivent à l'interprétation de l'article 3.1 b) donnée par le Groupe spécial, une interprétation concurrente est à l'examen dans un autre différend, États-Unis – Incitations fiscales conditionnelles pour les aéronefs civils gros porteurs (DS487). Si l'Organe d'appel devait déterminer que cette interprétation concurrente de l'article 3.1 b) est correcte, alors le Groupe spécial en l'espèce a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 3.1 b) et dans sa constatation selon laquelle les AL/FEM française, allemande, espagnole et britannique pour l'A350 XWB ne constituent pas des subventions au remplacement des importations prohibées par l'article 3.1 b). Les paragraphes en rapport avec ces erreurs comprennent les paragraphes 6.745 à 6.791 du rapport du Groupe spécial.

2. En outre, les États-Unis font appel, à titre conditionnel, des constatations du Groupe spécial selon lesquelles les durées de vie *ex ante* des subventions AL/FEM françaises, allemandes, espagnoles et britanniques pour l'A320, l'A330/A340 de base et l'A330-200 avaient passivement "expiré" avant le 1^{er} décembre 2011, du fait de l'amortissement de l'avantage.² Ces conclusions sont erronées et sont fondées sur des constatations de droit et des interprétations connexes du droit erronées, y compris une interprétation et une application erronées de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Les paragraphes en rapport avec ces erreurs comprennent les paragraphes 6.872 à 6.879 du rapport du Groupe spécial. Cependant, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'examiner cette question uniquement s'il modifie ou infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle les événements portant "expiration" passifs cités par l'Union européenne ne lui ont pas permis de s'acquitter de son obligation de "retirer la subvention" aux fins de l'article 7.8 de l'Accord SMC.³

* La présente notification, datée du 10 novembre 2016, a été distribuée aux Membres sous la cote WT/DS316/30.

¹ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.790, 7.1 c) ii).

² Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.879, 7.1 d) ii) et iii).

³ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1094, 7.1 d) viii).

ANNEXE B**ARGUMENTS DES PARTICIPANTS**

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la communication de l'Union européenne en tant qu'appelant	11
Annexe B-2	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant	32
Annexe B-3	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant qu'intimé	35
Annexe B-4	Résumé analytique de la communication de l'Union européenne en tant qu'intimé	42

ANNEXE B-1**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE L'UNION EUROPÉENNE
EN TANT QU'APPELANT****1 INTRODUCTION**

1. La communication d'appelant de l'Union européenne expose des appels concernant un certain nombre de graves erreurs de droit et d'interprétation du droit contenues dans le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends)* ("Groupe spécial de la mise en conformité" ou "Groupe spécial").

2 LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR DANS L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 7.8 DE L'ACCORD SMC¹

2. Le Groupe spécial a fait erreur en interprétant l'article 7.8 comme exigeant qu'un Membre mettant en œuvre, dont il avait été constaté dans la procédure initiale qu'il avait accordé ou maintenu des subventions causant des effets défavorables, "élimine{} les effets défavorables" des subventions, "*indépendamment du fait que ces subventions continuent ou non d'exister* pendant la période de mise en œuvre".² En d'autres termes, pour le Groupe spécial, l'obligation d'"éliminer les effets défavorables" s'applique même si le Membre mettant en œuvre n'"accorde ou {ne} maintient" plus la subvention en cause après la fin de la période de mise en œuvre, mais a plutôt "retir{é} la subvention".
3. Correctement interprétés, les termes de l'article 7.8, considérés dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord SMC, offrent à un Membre mettant en œuvre qui "*accorde ou maintient*" une subvention pouvant donner lieu à une action, dont il a été constaté dans la procédure initiale qu'elle causait des effets défavorables, l'*option* d'"éliminer les effets défavorables ou {de} retirer{} la subvention". Ainsi, comme c'est le cas dans l'ensemble des accords visés en ce qui concerne toute mesure incompatible avec les règles de l'OMC, le retrait de la mesure (en l'espèce, une subvention pouvant donner lieu à une action) constitue une mise en conformité, indépendamment de la question de savoir si les effets causés dans le passé par la mesure retirée persistent temporairement sur le marché. À cet égard, une mise en conformité conformément à l'Accord SMC suit les mêmes principes que ceux qui s'appliquent dans l'ensemble des accords visés.
4. Même si, dans le cas d'autres mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, une incidence défavorable est *présumée* aux termes de l'article 3:8 du Mémoire d'accord, s'agissant des allégations d'effets défavorables au titre de la Partie III de l'Accord SMC, un effet défavorable allégué doit être *démontré*. En d'autres termes, dans le contexte d'allégations d'effets défavorables, la charge d'établir l'existence d'effets sur le marché se déplace vers le plaignant. Cela impose *une charge additionnelle au plaignant*, dénotant le fait que, contrairement à d'autres mesures (y compris une subvention prohibée), une subvention pouvant donner lieu à une action est incompatible avec les règles de l'OMC uniquement s'il est démontré qu'elle cause des effets défavorables. Ainsi, à la différence d'une subvention prohibée, une subvention pouvant donner lieu à une action n'est "pas prohibée{} en soi".³ Ces considérations confirment qu'une mise en conformité avec des constatations d'effets défavorables peut être assurée par le retrait de la subvention ou l'élimination des effets défavorables.

¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.803, 6.813, 6.819, 6.822, 6.838, 6.839, 6.840, 6.1078, 6.1100, 6.1101, 6.1102, 7.1 d) i), 7.1 d) viii) et 7.1 d) ix).

² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.822 (italique dans l'original).

³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 238 (italique dans l'original).

5. En revanche, avec son interprétation de l'article 7.8, le Groupe spécial a imposé une charge *additionnelle en matière de mise en conformité à un défendeur* dont il a été constaté dans la procédure initiale qu'il avait accordé une subvention pouvant donner lieu à une action. Selon l'interprétation de l'article 7.8 donnée par le Groupe spécial, les défendeurs ont une *obligation de mise en conformité unique et exigeante* en ce qui concerne une subvention pouvant donner lieu à une action – obligation qui n'est associée à aucune autre mesure incompatible avec les règles de l'OMC, y compris les subventions prohibées. Selon l'interprétation du Groupe spécial, une mise en conformité avec des recommandations et décisions concernant une subvention pouvant donner lieu à une action exige l'élimination des éventuels effets qui persistent temporairement sur le marché, même si la subvention a déjà été retirée.
6. Le Groupe spécial n'est pas arrivé à son interprétation erronée de l'article 7.8 en appliquant correctement les règles de la Convention de Vienne sur l'interprétation des traités. En revanche, son approche interprétative était *explicitement* déterminée par le résultat, à savoir "*éviter un ... résultat*"⁴ qui, à son avis, rendrait la décision obtenue par les États-Unis dans la procédure initiale "purement déclaratoire" en ce qui concerne une subvention arrivée à expiration.⁵ Pour "éviter un résultat" qu'il jugeait indésirable, le Groupe spécial a élaboré une interprétation peu crédible qui contredit non seulement le sens ordinaire des termes employés à l'article 7.8, mais aussi le contexte de la disposition ainsi que l'objet et le but généraux de l'*Accord SMC*.
7. Le Groupe spécial a reconnu que son interprétation n'était pas fondée sur les termes de l'article 7.8. En revanche, il a admis que la mention à l'article 7.8 du membre de phrase "qui accorde ou maintient" une subvention donnait à penser que les obligations de mise en conformité concernant une subvention pouvant donner lieu à une action étaient déclenchées chaque fois qu'"un Membre mettant en œuvre *continu{ait}* d'accorder ou de maintenir une subvention dont il {avait} été constaté qu'elle causait des effets défavorables dans une procédure initiale".⁶ Par ailleurs, il a reconnu qu'"on {pouvait} d'une certaine façon considérer que, lu isolément, le texte de l'article 7.8 donn{ait} à penser qu'un Membre dont il {avait} été constaté qu'il causait des effets défavorables en recourant à une subvention ne serait pas obligé de "prendre des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables" ou de "retirer la subvention" si la subvention en cause n'existait plus au moment de l'adoption des constatations de l'ORD concernant les effets défavorables".⁷ Bien que le Groupe spécial ait reconnu qu'il s'agissait de l'interprétation découlant du membre de phrase "qui accorde ou maintient", il a adopté une interprétation qui n'était pas étayée par les termes effectivement employés à l'article 7.8, dans leur contexte, et conformément à l'objet et au but de l'*Accord SMC*.
8. L'interprétation du Groupe spécial donne également de l'option de "retirer{" la subvention" une lecture qui l'exclut du texte de l'article 7.8. Selon cette interprétation, le "{retrait de} la subvention" assure la mise en conformité seulement s'il permet *aussi* d'"éliminer les effets défavorables".⁸ En conséquence, l'interprétation du Groupe spécial rend inutile le membre de phrase "retirera la subvention" et la conjonction "ou" figurant à l'article 7.8. Selon cette interprétation, il ne reste plus qu'une option pour se mettre en conformité au titre de l'article 7.8, à savoir l'élimination des effets défavorables. L'interprétation du Groupe spécial est incompatible avec les termes mêmes de l'article 7.8.
9. L'interprétation du Groupe spécial va également à l'encontre du contexte de l'article 7.8, y compris le contexte le plus immédiat (c'est-à-dire les articles 7.9, 5 et 4.7 de l'*Accord SMC*), la structure et la conception de l'*Accord SMC* ainsi que le Mémoire d'accord.
10. Pour évaluer le contexte, le Groupe spécial a commencé non pas par le contexte *immédiat* fourni par l'*Accord SMC* lui-même, mais bien par celui du Mémoire d'accord. Il a eu

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.819 (pas d'italique dans l'original).

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.840 et 6.1094. Voir aussi *idem*, le paragraphe 6.819 ("simplement un "caractère déclaratoire""); le paragraphe 6.830 ("aussi rendrait les disciplines de l'article 5 complètement inefficaces").

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.802 (italique dans l'original).

⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.802 (italique dans l'original).

⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.813, 6.819, 6.840, 6.1078, 6.1088, 6.1098 et 6.1099.

recours au Mémorandum d'accord non pas pour appuyer le sens découlant des termes de l'article 7.8, mais bien pour remplacer les termes de cet article par ceux de l'article 5 de l'Accord SMC. Spécifiquement, il a dit que, conformément à plusieurs dispositions du Mémorandum d'accord, la mise en œuvre devait "{mettre} {l'}accent ... sur la mise en conformité avec les accords visés".⁹ Selon lui, cela voulait dire qu'une subvention dont il avait été constaté qu'elle causait des effets défavorables dans la procédure initiale devait être mise en "conformité ... avec l'article 5" de l'Accord SMC.¹⁰

11. Le Groupe spécial a mal interprété le Mémorandum d'accord et sa pertinence en tant que contexte. *Premièrement*, il n'a pas tenu compte du fait que, comme il est énoncé à l'article 3:7 du Mémorandum d'accord, la mise en conformité au titre du Mémorandum d'accord est axée sur le retrait de la mesure incompatible avec les règles de l'OMC. Dans les cas où une mesure incompatible avec les règles de l'OMC est retirée, le Mémorandum d'accord n'impose pas de prescription additionnelle concernant l'élimination d'éventuels effets qui persistent sur le marché. De l'avis du Groupe spécial, les constatations dans la procédure initiale sont donc toujours "purement déclaratoires" en ce qui concerne les effets d'une mesure incompatible avec les règles de l'OMC qui persistent temporairement sur le marché. Cette caractéristique du règlement des différends à l'OMC n'a pas empêché des Membres de l'OMC de contester des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC et de demander leur retrait, malgré la possibilité que la mesure retirée ait une incidence persistant temporairement sur les possibilités de concurrence sur le marché.
12. *Deuxièmement*, le Groupe spécial s'est fondé sur le Mémorandum d'accord d'une manière qui prive l'article 7.8 d'un sens indépendant, distinct de celui de l'article 5 de l'Accord SMC. Il a supposé à tort que, s'agissant d'une subvention pouvant donner lieu à une action dans une procédure de mise en conformité, la "conformité" avec l'Accord SMC était définie exclusivement par rapport à l'article 5, l'article 7.8 étant englobé dans l'article 5 et interprété exclusivement à travers le prisme de cet article. La supposition du Groupe spécial est erronée. L'Organe d'appel a expliqué que "*l'article 7.8 précise{ait} les mesures que le Membre défendeur {devait} prendre lorsqu'il {était} constaté qu'une subvention accordée ou maintenue par ce Membre {avait} entraîné des effets défavorables pour les intérêts d'un autre Membre*".¹¹ Ainsi, pour assurer la mise en conformité, l'article 7.8 – et non l'article 5 – "précise les mesures que le défendeur doit prendre".
13. S'agissant de l'article 5 en tant que contexte, le Groupe spécial ne s'est pas explicitement fondé sur les termes de cette disposition pour éclairer l'interprétation de l'article 7.8. Au lieu de cela, il s'est tourné vers le Mémorandum d'accord pour parvenir à la conclusion erronée que l'article 7.8 devait être englobé dans l'article 5 et interprété exclusivement à travers le prisme de cet article. Ce faisant, il a amalgamé les obligations de fond énoncées à l'article 5 avec les obligations de mise en œuvre énoncées à l'article 7.8, malgré les différences textuelles entre les dispositions. L'article 5 (comme l'article 6) concerne l'action de "*causer des effets défavorables*" en recourant à une quelconque subvention. L'article 7.8 est formulé différemment et offre explicitement au Membre mettant en œuvre l'option d'éliminer les effets défavorables ou de retirer une subvention qu'il accorde ou maintient. Ainsi, contrairement à l'article 5, l'article 7.8 ne met pas "*l'accent*" sur l'action de causer des effets défavorables en recourant à une quelconque subvention".¹²
14. L'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 7.8 est également contredite par le contexte fourni par l'article 4.7 de l'Accord SMC – disposition qui énonce l'obligation de mise en œuvre pour les constatations relatives aux subventions prohibées. L'article 4.7 prévoit une seule option de mise en œuvre, à savoir "*retirer{}* la subvention". Bien que le Groupe spécial ait convenu qu'il fallait donner du membre de phrase "*retirer{}* la subvention" un sens "parallèle" et "uniforme" aux articles 4.7 et 7.8, son interprétation de l'article 7.8 n'a pas permis d'aboutir à ce résultat.¹³ En effet, l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 7.8 donne au membre de phrase "*retirer{}* la subvention" un sens très différent

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.813 (pas d'italique dans l'original).

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.813 (pas d'italique dans l'original).

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 235 (pas d'italique dans l'original).

¹² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 712 (pas d'italique dans l'original).

¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1098.

et incompatible par rapport à celui qu'il donne au même membre de phrase employé à l'article 4.7, ce qui entraîne des obligations de mise en conformité plus exigeantes pour les subventions pouvant donner lieu à une action que pour les subventions prohibées. Conformément à l'interprétation du Groupe spécial, l'expiration d'une subvention assure le "retrait" de cette subvention au titre de l'article 4.7.¹⁴ Au titre de l'article 7.8, toutefois, l'expiration d'une subvention n'assure pas le "retrait" de cette subvention, à moins que l'expiration assure aussi l'élimination des effets défavorables.¹⁵

15. Cela montre aussi que l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 7.8 gomme la distinction entre les subventions à l'exportation *prohibées* et les subventions à la production *pouvant donner lieu à une action*, ce qui est, comme l'Organe d'appel l'a expliqué, contraire à la conception et la structure globales de l'*Accord SMC*.¹⁶ L'approche interprétative adoptée par le Groupe spécial rend la mise en conformité avec des recommandations relatives à des subventions pouvant donner lieu à une action *plus exigeante* que la mise en conformité avec des recommandations relatives à des subventions prohibées au titre de l'article 4.7, en dépit du fait que cet article se rapporte aux subventions qui sont *prohibées* en soi, alors que l'article 7.8 se rapporte aux subventions qui *peuvent* simplement *donner lieu à une action* et ne sont *"pas prohibées en soi"*.¹⁷
16. Enfin, l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 7.8 est également contraire à l'objet et au but de l'*Accord SMC*, du fait qu'elle ne tient pas compte de la flexibilité textuelle qui est accordée pour la mise en œuvre des constatations concernant des subventions pouvant donner lieu à une action. Selon l'interprétation du Groupe spécial, une subvention *pouvant donner lieu à une action* ferait l'objet d'une obligation de mise en conformité unique et exigeante, qui n'existerait pas pour une *subvention prohibée*, *ni pour une quelconque autre mesure incompatible avec les règles de l'OMC visée par les disciplines de l'Accord SMC*. Ce résultat ne peut pas être concilié avec l'objet et le but de l'*Accord SMC*.
17. L'Union européenne note que l'interprétation erronée donnée par le Groupe spécial de l'article 7.8 a été directement à la base de son refus erroné de reconnaître que, s'agissant de chaque subvention retirée par suite de l'expiration de la durée de vie de la subvention ou autrement, la mesure corrective en matière de mise en conformité prévue à l'article 7.8 avait été appliquée. En conséquence, l'interprétation erronée donnée par le Groupe spécial de l'article 7.8 a également compromis ses constatations relatives aux effets défavorables.¹⁸ L'Union européenne fait également appel de plusieurs de ces constatations directement, pour des motifs distincts et non liés.
18. Si l'Organe d'appel infirme l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 7.8 et tente de compléter l'analyse, l'Union européenne forme un appel conditionnel. Spécifiquement, le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article 7.8 (conjointement avec l'article 1.1 a)) lorsqu'il a constaté que le remboursement d'une contribution financière ne constituait pas le retrait de la subvention.¹⁹
19. Le Groupe spécial a reconnu que le remboursement intégral du principal d'un prêt subventionné, majoré des éventuels intérêts dus conformément aux modalités de ce prêt, "mettrait fin à la contribution financière, en ce sens qu'il n'existerait *plus aucune contribution financière*".²⁰ Autrement dit, il a admis que, dans ce scénario, l'une des composantes de la subvention (c'est-à-dire une contribution financière) n'était plus présente. Dans le même temps, il a constaté que mettre fin à la contribution financière ne suffisait pas à mettre fin à la subvention et, de ce fait, à la retirer.

¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1097. Voir aussi *idem*, paragraphes 6.1085 et 1086.

¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1086 et 6.1098.

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1054 (italique dans l'original).

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 708.

¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1451, 6.1452, 6.1463, 6.1534, 6.1774, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) xii) à xvii) et 7.2.

¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1072 à 6.1074.

²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1073 (pas d'italique dans l'original).

20. En formulant cette constatation, le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation des articles 1^{er} et 7.8 de l'*Accord SMC*. Mettre fin à l'une des composantes d'une "subvention", au sens de l'article premier, met également fin à la durée de vie de la subvention, ce qui implique que cette subvention n'est plus maintenue et est, au lieu de cela, retirée au sens de l'article 7.8. Dans la procédure initiale, l'Organe d'appel a formulé une constatation expresse en ce sens lorsqu'il a dit que la "durée de vie" d'une subvention pouvait "prendre fin, par la suppression de la contribution financière et/ou l'expiration de l'avantage".²¹

3 LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN REFUSANT D'ÉVALUER SI L'UNION EUROPÉENNE S'ÉTAIT MISE EN CONFORMITÉ S'AGISSANT DES SUBVENTIONS RELATIVES AU MÜHLENBERGER LOCH ET À LA PISTE DE L'AÉROPORT DE BRÊME²²

21. Dans sa communication sur la mise en conformité, l'Union européenne a indiqué qu'elle avait adopté des "mesures prises pour se conformer" qui avaient entraîné le retrait des subventions résultant i) des locations des terrains et des installations spéciales au Mühlenberger Loch et ii) des redevances de décollage et d'atterrissage à l'aéroport de Brême. Spécifiquement, les mesures prises pour se conformer alignaient les conditions des contrats de location et des redevances de décollage et d'atterrissage sur les points de repère du marché pertinents.²³ Les États-Unis ont indiqué ces mesures prises pour se conformer dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial.²⁴ Pendant toute la procédure du Groupe spécial, les parties ont continué d'être en désaccord sur le point de savoir si les deux mesures prises par l'UE pour se conformer avaient assuré la mise en conformité avec les recommandations et décisions dans la procédure initiale²⁵, tandis que les États-Unis se refusaient à étayer leur avis selon lequel elles ne l'avaient pas fait.
22. Dans ces circonstances, la question a été soumise à bon droit au Groupe spécial. De plus, l'Union européenne était en droit d'obtenir qu'il soit constaté qu'elle avait retiré les subventions relatives au Mühlenberger Loch et à la piste de l'aéroport de Brême, compte tenu des éléments *prima facie* non réfutés qu'elle avait présentés pour attester le retrait. Toutefois, le Groupe spécial a refusé de formuler une telle constatation en raison d'une série d'erreurs commises dans l'interprétation et l'application de l'article 21:5 du Mémoire d'accord. Il n'a pas non plus procédé à une évaluation objective de la question dont il était dûment saisi, conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.
23. *Premièrement*, le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, constatant que le droit d'un défendeur dans la procédure initiale de demander une détermination de mise en conformité se limitait aux situations dans lesquelles i) un *défendeur* initial engageait une procédure au titre de l'article 21:5; ii) le *plaignant* initial refusait de participer à cette procédure au titre de l'article 21:5; et iii) le plaignant initial avait déjà *suspendu des concessions à l'égard* du défendeur initial au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord.²⁶
24. Les termes employés à l'article 21:5 n'appuient pas cette interprétation. Le "désaccord" qui doit être réglé dans une procédure de mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord se rapporte "{à} l'existence ou {à} la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer". Ce désaccord peut se produire – et de fait se produit régulièrement dans une procédure de mise en conformité au titre de l'article 21:5 – *avant* la suspension de concessions au titre de l'article 22.

²¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 709 (pas d'italique et non souligné dans l'original).

²² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 5.76 à 5.78, note de bas de page 53 relative au paragraphe 6.3, note de bas de page 109 relative au paragraphe 6.42 et note de bas de page 1847 relative au paragraphe 6.1102.

²³ Communication de l'Union européenne à l'ORD, 1^{er} décembre 2011, WT/DS316/17, points 28 et 29, page 4.

²⁴ États-Unis, demande d'établissement d'un groupe spécial de la mise en conformité, WT/DS316/23, paragraphes 5 j), 6 a) et 6 e).

²⁵ États-Unis, première communication écrite, paragraphes 5 et 97, et note de bas de page 13; deuxième communication écrite, paragraphe 265 et intitulé 4; observations du 12 février 2016 sur les observations de l'UE concernant le rapport intérimaire du Groupe spécial, paragraphe 48.

²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.77.

25. L'interprétation du Groupe spécial est également incompatible avec l'objectif d'un "règlement rapide" indiqué à l'article 3:3 du Mémoire d'accord et avec l'objectif consistant à "donner suite dans les moindres délais" indiqué à l'article 21:1 de cet accord. Allant à l'encontre de ces objectifs, l'interprétation du Groupe spécial prolonge le différend et force le défendeur initial à subir une suspension de concessions, ce qui constitue une "situation anormale"²⁷, avant de pouvoir recourir à l'article 21:5. Cette interprétation perturbe aussi le "juste équilibre entre les droits et obligations des Membres" que le système de règlement des différends est chargé de préserver.²⁸
26. *Deuxièmement*, le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 21:5 du Mémoire d'accord en constatant qu'il n'y avait pas de "désaccord" entre les parties en ce qui concerne les deux mesures prises pour se conformer en cause.²⁹ Selon l'Organe d'appel, un "désaccord" au sens de l'article 21:5 "se produit en raison de l'existence d'avis contradictoires: l'avis du plaignant initial selon lequel une telle mesure est incompatible avec les Accords de l'OMC ou ne réalise qu'une mise en conformité partielle, et l'avis du défendeur initial selon lequel la mesure est compatible avec les Accords de l'OMC et réalise pleinement la mise en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD".³⁰ Les parties ont exprimé à maintes reprises des "avis contradictoires" sur l'efficacité des deux mesures prises pour se conformer s'agissant d'assurer le retrait des subventions relatives au Mühlenberger Loch et à l'aéroport de Brême. En particulier, bien que les États-Unis aient refusé d'étayer leur point de vue selon lequel la mise en conformité n'avait pas été assurée par les deux mesures prises par l'UE pour se conformer, ils ont néanmoins maintenu ce point de vue pendant toute la procédure du Groupe spécial et n'ont pas admis que, sur la base des faits, l'alignement sur les points de repère du marché avait assuré le retrait des subventions. Le Groupe spécial a fait erreur en confondant le *refus* des États-Unis d'étayer leurs points de vue avec une *absence de désaccord* entre les parties.
27. *Troisièmement*, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.
28. Dans une procédure initiale, où seul le plaignant a le droit de soumettre une question au groupe spécial et de demander des constatations, un groupe spécial peut renoncer à formuler des constatations concernant une allégation abandonnée par le plaignant. En tant qu'unique détenteur du droit de demander des constatations dans une procédure initiale, le plaignant a toute latitude pour renoncer à ce droit. Par contre, dans une procédure de mise en conformité, le plaignant initial n'a plus le droit *exclusif* de soumettre des questions à un groupe spécial et de demander une décision sous la forme de constatations et conclusions du groupe spécial concernant l'adéquation des efforts de mise en conformité du Membre défendeur. Par contre, comme l'Organe d'appel l'a précisé, "l'une ou l'autre partie au différend initial {a} la possibilité d'engager la procédure".³¹ Ce principe traduit le fait que les deux parties ont un intérêt commun dans le règlement des désaccords au sujet de la mise en conformité.
29. Par conséquent, dans une procédure de mise en conformité, même si le plaignant initial renonce à son propre droit d'obtenir une décision concernant une question particulière dûment soumise à un groupe spécial de la mise en conformité, cette renonciation n'affecte pas le *droit du défendeur initial* d'obtenir une décision concernant la même question. Dans le présent différend, le Groupe spécial a indûment "décliné" l'exercice de sa compétence établie à bon escient et s'est abstenu de formuler la moindre constatation sur la question dont il était saisi³², malgré la demande expresse contraire de l'Union européenne, et ce faisant il n'a pas procédé à une évaluation objective d'une question dont il était dûment saisi.

²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 310; rapport de l'Organe d'appel *Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 310.

²⁸ Article 3:3 du Mémoire d'accord.

²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 5.76 à 5.78.

³⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 347; rapport de l'Organe d'appel *Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 347.

³¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 347; rapport de l'Organe d'appel *Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 347.

³² Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 51.

30. L'Union européenne demande que l'Organe d'appel complète l'analyse et constate, sur la base des éléments de preuve non réfutés figurant dans le dossier, qu'elle a retiré les subventions relatives au Mühlenberger Loch et à l'aéroport de Brême.

4 LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN DÉTERMINANT L'ÉLÉMENT TAUX D'EMPRUNT DE SOCIÉTÉ DU POINT DE REPÈRE DU MARCHÉ POUR L'AL/FEM POUR L'A350XWB³³

31. Pour déterminer si l'AL/FEM pour l'A350XWB conférait un "avantage", le Groupe spécial a adopté un taux de rendement servant de point de repère constitué de deux éléments: i) un taux d'emprunt de société et ii) une prime de risque par projet. Le présent appel concerne le premier élément du point de repère, tandis que l'appel exposé plus loin dans la section V concerne le deuxième élément.
32. S'agissant de l'élément taux d'emprunt de société du point de repère, le Groupe spécial a fait erreur en identifiant comme point de repère "les rendements moyens {d'une obligation EADS} sur le mois précédant et sur les six mois précédant la conclusion du contrat, sous la forme d'une fourchette".³⁴ En choisissant une *fourchette* de rendements *moyens* au lieu d'adopter le rendement au jour de la conclusion de chaque contrat³⁵, le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 1.1 b) et par ailleurs n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.
33. Le Groupe spécial a commencé par identifier correctement le critère juridique énoncé à l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué, les coûts d'emprunt "devraient être observés *au moment* où chaque contrat particulier a été *conclu*"³⁶, ce qui exige que "l'évaluation {soit} *axée sur le moment auquel le prêteur et l'emprunteur engagent la transaction*".³⁷
34. La première erreur du Groupe spécial a été commise dans l'application de ce critère aux faits de la cause. Spécifiquement, le Groupe spécial a rejeté l'utilisation des données réelles concernant le rendement au moment auquel chaque contrat avait été conclu (c'est-à-dire au jour de la conclusion de chaque contrat), qui était "le moment auquel le prêteur et l'emprunteur engag{eaient} la transaction". Il a remplacé le rendement au moment auquel chaque contrat était conclu par une *fourchette* fondée sur les rendements *moyens* sur le mois et sur les six mois *précédant le moment* auquel chaque contrat avait été conclu. Du fait de l'utilisation d'une fourchette de rendements *moyens*, l'approche du Groupe spécial risque d'augmenter ou de diminuer artificiellement le taux d'emprunt du marché, ce qui crée le risque que de fausses constatations positives ou de fausses constatations négatives de subventionnement soient formulées.
35. Le Groupe spécial a commis une deuxième erreur en rejetant le rendement au jour de la conclusion de chaque contrat sans disposer d'une base d'éléments de preuve suffisante pour le faire, en contravention à l'article 11 du Mémoire d'accord. La justification du Groupe spécial pour rejeter le rendement au jour de la conclusion de chaque contrat était la possibilité que le taux "{*puisse*}" refléter des fluctuations atypiques".³⁸ Toutefois, des éléments de preuve non contestés dont disposait le Groupe spécial démontraient que cette distorsion n'existait pas.³⁹
36. À la lumière de l'évolution à la baisse démontrée des rendements pendant la période ayant précédé la conclusion des contrats, la sélection par le Groupe spécial d'une fourchette de rendements *moyens antérieurs* à la conclusion de chaque contrat – et non au moment de la conclusion de chaque contrat – ne pouvait avoir qu'un résultat, dont le Groupe spécial devait sûrement être conscient: une *augmentation artificielle* du point de repère. Ces circonstances

³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.389, 6.430 (tableau 7) et 6.632 (tableau 10).

³⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.389.

³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.389, 6.430 (tableau 7) et 6.632 (tableau 10).

³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.385 (pas d'italique dans l'original).

³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.388 (pas d'italique dans l'original), faisant référence au rapport de l'Organe d'appel CE – *Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 706 et 825 à 836.

³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.389 (pas d'italique dans l'original).

³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.382 (tableau 6).

portent à croire que le Groupe spécial a manqué d'objectivité et d'impartialité dans son identification de l'élément taux d'emprunt de société du point de repère.

37. Si l'Organe d'appel devait ne pas souscrire à son principal argument concernant ces deux erreurs, l'Union européenne fait appel de l'inclusion erronée par le Groupe spécial, dans sa fourchette de rendements moyens, du rendement moyen sur six mois de l'obligation EADS pertinente. Ce faisant, le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC et par ailleurs n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.⁴⁰
38. *Premièrement*, le rendement moyen sur six mois ne rend pas compte du rendement "au moment où chaque contrat particulier a été conclu"⁴¹ et n'est pas "axé" sur le moment auquel le prêteur et l'emprunteur *engagent la transaction*.⁴² D'ailleurs, le Groupe spécial lui-même a constaté que la moyenne sur six mois était "moins susceptible de refléter les attentes au cours de la période de finalisation" de chaque contrat que la moyenne sur un mois.⁴³ L'inclusion du rendement moyen sur six mois dans la fourchette équivaut donc à une erreur dans l'application de l'article 1.1 b).
39. *Deuxièmement*, le Groupe spécial n'a donné aucune explication, sans parler d'une explication motivée et adéquate, quant à sa décision d'adopter une fourchette de valeurs incluant la moyenne sur six mois lorsque – selon le Groupe spécial lui-même⁴⁴ – l'autre partie de la fourchette était constituée d'un indicateur supplétif plus approprié (c'est-à-dire la moyenne sur un mois). Le raisonnement du Groupe spécial présente également des incompatibilités internes. D'une part, le Groupe spécial a critiqué l'utilisation d'un rendement moyen sur sept mois, en raison de la *possibilité* que cette approche *puisse* aboutir à un taux d'emprunt du marché "artificiellement" plus bas (ou plus élevé) et *puisse* ainsi amener à constater "à tort" qu'il y avait subventionnement (ou non-subventionnement).⁴⁵ D'autre part, il a adopté un rendement moyen sur six mois en tant que composante de la fourchette utilisée pour cet élément du point de repère alors même que la moyenne sur six mois *avait visiblement abouti* à une augmentation "artificielle" du taux d'emprunt du marché et à un risque accru de constater "à tort" qu'il y avait subventionnement. Pour ces raisons, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11.
40. Lorsque le choix erroné fait par le Groupe spécial du taux d'emprunt de société est corrigé, sur la base du principal argument de l'UE en appel ou de ses arguments subsidiaires en appel, les constatations du Groupe spécial concernant l'"avantage" se prêtent davantage à l'identification correcte du deuxième élément du point de repère du marché, soit la prime de risque. L'Union européenne résume son appel concernant l'identification par le Groupe spécial de l'élément prime de risque par projet du point de repère dans la section suivante.

5 LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN UTILISANT LA PRIME DE RISQUE PAR PROJET AYANT SERVI À ÉVALUER L'"AVANTAGE" DE L'AL/FEM POUR L'A380 EN TANT QUE PRIME DE RISQUE PAR PROJET POUR L'AL/FEM POUR L'A350XWB⁴⁶

41. En plus d'avoir identifié le mauvais élément taux d'emprunt de société du point de repère, le Groupe spécial a aussi fait erreur en identifiant le deuxième élément du point de repère relatif à l'AL/FEM pour l'A350XWB, c'est-à-dire la prime de risque par projet, et a donc fait erreur en constatant l'existence d'un "avantage" conféré par l'AL/FEM pour l'A350XWB.
42. Les constatations du Groupe spécial concernant l'"avantage" telles qu'elles sont illustrées dans le tableau 10 de son rapport, sont *fortement tributaires de la précision et de*

⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.389, 6.430 (tableau 7) et 6.632 (tableau 10).

⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.385 (pas d'italique dans l'original).

⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.388 (pas d'italique dans l'original).

⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.389 (pas d'italique dans l'original).

⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.389.

⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.385.

⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1210, 6.1211, 6.1236, 6.1280, 6.1289, 6.1292, 6.1305, 6.1320, 6.1348, 6.1382, 6.1362, 6.1409, 6.1416, 6.1798, 6.1817, 7.1 d) xi), 7.1 d) xiv), 7.1 d) xv), 7.1 d) xvi) et 7.1 d) xvii).

l'exactitude de l'exercice d'établissement de points de repère, une *faible* modification de la prime de risque par projet pouvant modifier les résultats de telle sorte qu'une constatation selon laquelle un prêt AL/FEM particulier constitue une subvention se transforme en une constatation selon laquelle il ne constitue pas une subvention. Or la prime de risque par projet choisie par le Groupe spécial ne découlait pas d'un exercice d'établissement de points de repère précis et exact qui était adapté aux risques afférents au projet d'A350XWB assumés par les prêteurs d'AL/FEM, selon les modalités de chacun des quatre contrats d'AL/FEM.

43. Au lieu de cela, pour les quatre contrats d'AL/FEM pour l'A350XWB, le Groupe spécial a choisi une prime de risque unique indifférenciée, qui avait été élaborée, dans la procédure initiale, pour un *projet différent*, c'est-à-dire l'A380, lancé à un *moment différent* et comportant des *risques différents*. En d'autres termes, pour établir un point de repère pour les quatre contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB, le Groupe spécial a appliqué la prime de risque élaborée en vue de l'établissement d'un point de repère pour un *autre* projet d'aéronef – l'A380 – et une autre série de contrats d'AL/FEM. Il l'a fait sans apporter le moindre ajustement au point de repère, *malgré* le fait qu'il avait reconnu l'existence de différences de risques entre le projet d'A380 et le projet d'A350XWB, ainsi que de différences de risques entre les quatre contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB.
44. L'approche suivie par le Groupe spécial de la mise en conformité est particulièrement surprenante, compte tenu des préoccupations exprimées par le Groupe spécial initial concernant cette *même* approche. Le Groupe spécial initial s'est dit très préoccupé par l'utilisation d'une prime de risque par projet unique *indifférenciée* pour tous les programmes de LCA bénéficiaires d'une AL/FEM, précisément parce que cette approche faisait abstraction des risques *différenciés* supportés par les prêteurs pour chaque programme de LCA spécifique et dans chaque contrat d'AL/FEM spécifique.⁴⁷ L'Organe d'appel a repris cette préoccupation, ajoutant que le Groupe spécial "avait le devoir d'évaluer, sur la base des éléments de preuve versés au dossier, si l'application d'une *prime de risque par projet constante* était l'approche la plus appropriée et, dans la mesure où ce n'était pas le cas, d'*envisager d'autres approches*".⁴⁸
45. Par conséquent, le Groupe spécial de la mise en conformité aurait dû obliger les États-Unis à établir la prime de risque par projet sur la base des risques associés *au projet d'A350XWB lui-même* et à la lumière *des modalités de chaque contrat d'AL/FEM spécifique*. Au lieu de cela, il a souscrit à l'approche des États-Unis, qui prétendait établir l'existence d'un "avantage" sur la base d'une prime de risque par projet unique indifférenciée appliquée à deux programmes de LCA distincts, lancés à *six ans* d'intervalle, et à huit contrats d'AL/FEM distincts, conclus sur une période de *dix ans*.
46. La mesure dans laquelle cette approche exigeait du Groupe spécial qu'il gomme les différences entre les deux programmes de LCA distincts et les huit contrats d'AL/FEM distincts est étonnante, et particulièrement flagrante compte tenu, encore une fois, de la précision illusoire des résultats de l'établissement du point de repère présentés dans le tableau 10 du Groupe spécial. Même avec l'utilisation d'une prime de risque par projet unique indifférenciée, à laquelle le Groupe spécial n'a pas apporté le moindre ajustement pour tenir compte des différences dans les profils de risque de huit contrats d'AL/FEM conclus à des moments différents sur une période de *dix ans*, ayant servi à financer le développement de deux aéronefs distincts lancés à *six ans* d'intervalle, le tableau 10 du Groupe spécial ne donne rien de plus que de minces "avantages". Ces constatations sont sensibles à de faibles modifications de la prime de risque par projet, et à des modifications potentielles du résultat, de telle sorte qu'une constatation selon laquelle un prêt AL/FEM particulier constitue une subvention se transforme en constatation selon laquelle il ne constitue pas une subvention.
47. En formulant ses constatations concernant l'"avantage", le Groupe spécial a commis trois séries d'erreurs.

⁴⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel CE – *Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 870 (résumé par l'Organe d'appel des principales préoccupations exprimées par le Groupe spécial initial).

⁴⁸ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 883 (pas d'italique dans l'original).

5.1 Le Groupe spécial n'a pas établi une prime de risque par projet afférente à l'AL/FEM pour l'A350XWB sur la base des risques associés au programme relatif à l'A350XWB⁴⁹

48. Le Groupe spécial n'a pas établi une prime de risque par projet afférente à l'AL/FEM pour l'A350XWB sur la base des risques associés au programme relatif à l'A350XWB et a donc fait erreur dans l'application de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*. Pour des raisons distinctes, l'approche du Groupe spécial constitue également une erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord.
49. S'agissant tout d'abord de l'erreur commise par le Groupe spécial dans l'application de l'article 1.1 b), l'Organe d'appel a expliqué qu'il fallait identifier un prêt servant de point de repère en effectuant "une *recherche progressive*", qui devait *commencer* par une évaluation du prêt commercial ayant "autant d'éléments que possible en commun avec le prêt visé par l'enquête", *avant* de passer à des prêts commerciaux moins semblables.⁵⁰ Le Groupe spécial n'a pas effectué de "*recherche progressive*" du point de repère, ni adopté le point de repère, qui avait "autant d'éléments que possible en commun avec" les prêts AL/FEM pour l'A350XWB et qui était le plus étroitement adapté aux risques associés au programme relatif à l'A350XWB.⁵¹ En fait, il n'a effectué *aucune* recherche, progressive ou autre, pour identifier la prime de risque par projet. Il ne l'a pas fait alors même qu'il était bien conscient de l'existence d'un point de repère plus approprié qui était plus étroitement adapté aux risques associés au programme relatif à l'A350XWB – c'est-à-dire les contrats conclus avec des fournisseurs partageant les risques concernant l'A350XWB. Il a formulé d'autres constatations au sujet des contrats conclus avec des fournisseurs partageant les risques concernant l'A350XWB, ce qui démontrait qu'il était au courant de leur existence. De plus, il a manifestement pensé que le financement par des fournisseurs partageant les risques était un point de repère approprié parce que les contrats conclus avec des fournisseurs partageant les risques concernant l'A380 avaient servi de base à la prime de risque par projet pour l'A380 que le Groupe spécial avait finalement appliquée.
50. L'Organe d'appel a en outre expliqué que, lorsqu'il fallait recourir à un prêt commercial moins semblable comme point de repère, des *ajustements* devaient être effectués pour assurer la comparabilité avec le prêt visé par l'enquête.⁵² Le Groupe spécial n'a apporté *aucun ajustement* à la prime de risque par projet élaborée pour le projet d'A380, malgré ses propres constatations concernant les différences de risques entre le projet d'A380 et le projet d'A350XWB.
51. L'approche du Groupe spécial constitue également une erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord. Pour paraphraser les indications fournies par l'Organe d'appel dans la procédure initiale, le Groupe spécial de la mise en conformité n'a *pas* évalué "si l'application d'une prime de risque par projet constante {fondée sur l'A380} {comme les États-Unis l'avaient proposé} était *l'approche la plus appropriée* et, dans la mesure où ce n'était pas le cas, ... *envisag{é} d'autres approches*".⁵³ De plus, en s'écartant à tort de l'approche suivie par le Groupe spécial initial à cet égard, le Groupe spécial de la mise en conformité a commis une autre erreur distincte au regard de l'article 11.

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.608, 6.610, 6.632 (tableau 10), 6.633, 6.656, 6.1798, 6.1817, 7.1 c) i), 7.1 d) xiv), 7.1 d) xv) et 7.1 d) xvii).

⁵⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 486.

⁵¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphes 476 et 486 (pas d'italique dans l'original). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, paragraphe 4.345.

⁵² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 486.

⁵³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 883 (pas d'italique dans l'original).

5.2 Le Groupe spécial n'a pas établi de similitude entre i) les risques présentés par le projet d'A350XWB et les contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB, et ii) les risques présentés par le projet d'A380 et les contrats d'AL/FEM concernant l'A380, et n'a donc pas procédé à une évaluation objective de la question⁵⁴

52. Le Groupe spécial a constaté à tort que la prime de risque par projet élaborée pour le projet d'A380 était un point de repère adéquat pour le projet d'A350XWB, au motif que les risques présentés par les projets d'A380 et d'A350XWB étaient censément semblables. Toutefois, la constatation du Groupe spécial selon laquelle les risques présentés par les projets d'A380 et d'A350XWB étaient semblables ne repose *pas* sur une évaluation objective de la question, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord.
53. Les erreurs du Groupe spécial concernent son évaluation de chacun des trois aspects du risque qu'il a jugés pertinents pour l'évaluation de la similitude des profils de risque du projet d'A380 et du projet d'A350XWB, respectivement.

5.2.1 Prix du risque

54. Le Groupe spécial a constaté que les États-Unis n'avaient *pas* démontré la similitude du prix du risque au moment de l'octroi des AL/FEM pour l'A380 et l'A350XWB. De ce fait, sa conclusion selon laquelle les risques (y compris le prix du risque) liés à l'octroi d'un financement pour le projet d'A380 étaient suffisamment semblables aux risques liés à l'octroi d'un financement pour le projet d'A350XWB repose à l'évidence sur un raisonnement présentant des incompatibilités et n'est pas étayée par des éléments de preuve suffisants.

5.2.2 Risque lié au programme

55. Le Groupe spécial a ensuite examiné le risque lié au programme, qui est constitué du risque de "développement" et du risque de "marché". À partir de sa constatation selon laquelle les projets d'A380 et d'A350XWB avaient entraîné des risques liés au programme *différents*, le Groupe spécial a conclu à tort que les projets supportaient des risques liés au programme *semblables*. Passer des risques "différents" aux risques "semblables" était une erreur parce que les éléments de preuve à l'appui n'étaient pas suffisants et aussi parce qu'aucune explication motivée et adéquate n'a été donnée. Plus spécifiquement, le Groupe spécial n'a pas réduit les différences dans le risque lié au programme à des modalités communes qui étaient pertinentes au titre de l'article 1.1 b) et qui permettaient d'effectuer la comparaison nécessaire pour déterminer la similitude. Autrement dit, il n'a pas exprimé les différences dans les risques liés au programme entre le projet d'A380 et le projet d'A350XWB du point de vue de l'*incidence* que les risques liés au programme de chaque projet avait *sur le prix du marché* qui serait exigé par un prêteur sur le marché comme prime de risque pour assumer ces risques.
56. Le Groupe spécial a également commis une erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord dans son évaluation des risques de développement respectifs de chaque projet. *Premièrement*, il n'a pas tenu compte des différences dans l'atténuation des risques de développement entre le projet d'A350XWB et le projet d'A380. Spécifiquement, pour constater une similitude entre les risques de développement de chaque projet, il a dû faire abstraction de ses propres constatations selon lesquelles, au moment où les contrats concernant l'A350XWB avaient été signés, le risque de développement du projet d'A350XWB était déjà atténué dans une certaine mesure, alors que le risque de développement de l'A380 ne l'était pas. *Deuxièmement*, il a formulé des constatations présentant des incompatibilités lorsqu'il a évalué les questions de l'"avantage" et des "effets défavorables" de l'AL/FEM pour l'A350XWB, ce qui semble indiquer un manque d'impartialité. Spécifiquement, lors de son évaluation de l'"avantage" le Groupe spécial a souligné la *nouveauté* du projet d'A350XWB (ce qui a facilité ses constatations concernant l'"avantage"), alors que lors de son évaluation des "effets des subventions", il a souligné la *continuité* du projet d'A350XWB par rapport au projet d'A380 (ce qui a facilité ses

⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.487, 6.492, 6.527, 6.539, 6.542, 6.579, 6.595, 6.608, 6.609, 6.610, 6.632 (tableau 10), 6.633, 6.656, 6.1798, 6.1817, 7.1 c) i), 7.1 d) xiv), 7.1 d) xv) et 7.1 d) xvii).

constatations concernant les "effets défavorables"). Il n'a pas exposé la raison de ce traitement inégal des éléments de preuve.

5.2.3 Risque lié aux contrats

57. En dernier lieu, s'agissant *du risque lié aux contrats*, le Groupe spécial n'a pas dûment comparé les modalités des contrats concernant l'A350XWB avec celles des contrats concernant l'A380. Pour plusieurs raisons, la comparaison effectuée par le Groupe spécial entre les contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB et les contrats d'AL/FEM concernant l'A380 ne reposait pas sur une base d'éléments de preuve suffisante.
58. *Premièrement*, la constatation du Groupe spécial concernant la similitude des modalités réduisant les risques de certains contrats d'AL/FEM concernant l'A380 et de certains contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB est contredite par le fait non contesté que les modalités réduisant les risques de certains contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB étaient *plus complètes* que celles de n'importe lequel des contrats d'AL/FEM concernant l'A380. *Deuxièmement*, les éléments de preuve non contestés montrent que *davantage* de *contrats* d'AL/FEM concernant l'A350XWB contenaient certaines modalités réduisant les risques par rapport aux contrats d'AL/FEM concernant l'A380. *Troisièmement*, et en dernier lieu, il ressort d'éléments de preuve non contestés que les modalités réduisant les risques des contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB *ont plus de conséquences* que les modalités réduisant les risques des contrats d'AL/FEM concernant l'A380, étant donné que, selon le Groupe spécial, le risque de développement du projet d'A350XWB serait légèrement supérieur à celui du projet d'A380.
59. Qui plus est, et cette fois en ce qui concerne les risques liés aux contrats, le Groupe spécial n'a pas du tout comparé les modalités des contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB avec celles des contrats conclus avec des fournisseurs partageant les risques concernant l'A380, qui avaient été utilisés dans la procédure initiale pour le calcul de la prime de risque par projet pour les contrats d'AL/FEM concernant l'A380. La raison est simple: les contrats conclus avec des fournisseurs partageant les risques concernant l'A380 ne faisaient pas partie du dossier. Sans un examen approprié des modalités des contrats conclus avec des fournisseurs partageant les risques concernant l'A380, le Groupe spécial ne pouvait pas savoir si les modalités des contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB étaient *dissemblables* par rapport aux modalités des contrats conclus avec des fournisseurs partageant les risques concernant l'A380.

5.3 Le Groupe spécial a adopté à tort une prime de risque par projet unique comme point de repère pour les quatre prêts AL/FEM pour l'A350XWB⁵⁵

60. Le Groupe spécial a constaté à tort qu'une prime de risque par projet unique pouvait être appliquée comme point de repère pour chacun des quatre contrats d'AL/FEM distincts concernant l'A350XWB. Il s'agit d'une erreur dans l'application de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*. Les propres constatations factuelles du Groupe spécial montrent qu'il y a des différences importantes dans les modalités des quatre prêts qui ont un effet sur le profil de risque – et donc sur le prix du marché – de chaque prêt. Toutefois, en sélectionnant une prime de risque par projet unique indifférenciée, le Groupe spécial n'a pas examiné, et encore moins effectué des ajustements pour prendre en compte, ces différences.
61. Le Groupe spécial n'a pas non plus procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord. Spécifiquement, il a adopté des approches incompatibles concernant l'identification de l'élément taux d'emprunt de société de son point de repère et de l'élément prime de risque par projet de ce point de repère. Censément pour ne pas risquer de formuler de fausses constatations positives ou de fausses constatations négatives de subventionnement, le Groupe spécial a été amené, en raison des différences dans les dates de conclusion des divers contrats d'AL/FEM, à adopter un taux d'emprunt de société différent pour chacun des quatre contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB.⁵⁶ Par contre, s'agissant de l'élément prime de risque par projet de son point de

⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.607, 6.608, 6.609, 6.610, 6.632 (tableau 10), 6.633, 6.656, 6.1798, 6.1817, 7.1 c) i), 7.1 d) xiv), 7.1 d) xv) et 7.1 d) xvii).

⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.385 à 6.388.

repère, les différences entre les quatre contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB n'ont *pas* amené le Groupe spécial à adopter une prime de risque différente pour chaque contrat, malgré le risque similaire de formuler des fausses constatations de subventionnement.

6 LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR DANS SON IDENTIFICATION DES MARCHÉS DE PRODUITS APPROPRIÉS⁵⁷

62. L'Union européenne fait appel de la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 6.1411 de son rapport, selon laquelle:

les États-Unis {ont} démontré qu'il serait approprié d'évaluer le bien-fondé de leurs allégations de préjudice grave dans le présent différend sur la mise en conformité sur la base des trois marchés distincts de produits suivants: a) le marché de produits des LCA monocouloir sur lequel Airbus et Boeing vendent les familles de LCA A320neo, A320ceo, 737MAX et 737ng; b) le marché de produits des aéronefs bicouloirs sur lequel Airbus et Boeing vendent les familles de LCA A330, A350XWB, 767, 777 et 787; et c) le marché de produits des VLA sur lequel Airbus et Boeing vendent l'A380 et le 747.

63. Cette constatation repose sur plusieurs erreurs dans l'interprétation et l'application des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC*; par ailleurs, le Groupe spécial n'a pas non plus procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.
64. *Premièrement*, le Groupe spécial a fait erreur en interprétant le terme "marché" employé à l'article 6.3 comme exigeant le placement de deux produits sur le même marché de produits sur la base uniquement de l'existence d'une concurrence entre ces produits, sans égard à la nature ou au degré du rapport de concurrence. En d'autres termes, le Groupe spécial a dit que, pour que deux produits soient sur le même marché de produits, il n'était pas nécessaire "que {ces} deux produits s'imposent mutuellement des "contraintes concurrentielles significatives" ou {qu'ils soient} "en concurrence étroite"⁵⁸. Cette interprétation porte atteinte au concept même de "marché" prévu à l'article 6.3 de l'*Accord SMC* et constitue une erreur d'interprétation. Cette erreur d'interprétation compromet également l'identification par le Groupe spécial des marchés de produits pertinents et les constatations d'effets défavorables qui en découlent.
65. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, le sens ordinaire du terme "marché" est "secteur de l'activité économique dans lequel des acheteurs et des vendeurs se rencontrent et dans lequel les forces de l'offre et de la demande influencent les prix".⁵⁹ L'Organe d'appel a également précisé, dans la procédure initiale en l'espèce, que "le champ du marché de produits pertinent dans toute affaire donnée dépendrait de la *nature et du degré de la concurrence* entre les produits du Membre plaignant et les produits du Membre défendeur dont il {était} allégué qu'ils {étaient} subventionnés".⁶⁰ Il serait erroné de grouper les produits sur le même marché de produits sur la base uniquement de l'existence d'une concurrence entre eux, sans tenir compte de la "nature et du degré" du rapport de concurrence.
66. Dans la procédure initiale, l'Organe d'appel s'est référé au critère des "{a}ugmentations légères mais significatives et non provisoires du prix" ou "SSNIP" pour trouver l'équilibre approprié, dans la définition du marché de produits, entre l'absence totale de contraintes concurrentielles (ou de substituabilité), d'une part, et la substituabilité parfaite, d'autre part.⁶¹ Cet outil conceptuel met en évidence l'affirmation selon laquelle la simple existence d'une concurrence entre deux produits est insuffisante pour les grouper sur le même marché de produits. À l'inverse, deux produits peuvent être dûment placés sur le même marché

⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1210, 6.1211, 6.1236, 6.1280, 6.1289, 6.1292, 6.1305, 6.1320, 6.1348, 6.1382, 6.1362, 6.1409, 6.1416 et 7.1 d) xi).

⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1211.

⁵⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 408.

⁶⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1123.

⁶¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, note de bas de page 2468, citant M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, pages 102 et 103.

lorsque la "nature et le degré de la concurrence" entre les produits montrent qu'ils s'imposent mutuellement des "*contraintes concurrentielles significatives*". Bien que les circonstances puissent compromettre la capacité d'appliquer le critère SSNIP dans une situation donnée, le choix de cet outil conceptuel par l'Organe d'appel étaye l'affirmation selon laquelle les marchés de produits devraient être définis sur la base de "contraintes concurrentielles significatives" et pas simplement de l'existence d'une concurrence.

67. L'approche du Groupe spécial concernant l'identification de marchés de produits sur la base de la simple existence d'une concurrence donnerait lieu à des définitions inapplicables des marchés de produits qui rendraient l'identification des effets des subventions pratiquement impossible, compromettant de ce fait l'utilité de l'exercice même de délimitation des marchés de produits aux fins d'une évaluation du préjudice grave. Par exemple, selon le critère relatif aux marchés de produits du Groupe spécial, un marché de produits pourrait aisément être constitué, par exemple, de petits aéronefs régionaux, de gros aéronefs régionaux, d'aéronefs monocouloirs, d'aéronefs bicouloirs et d'aéronefs très gros porteurs, et pourrait même inclure d'autres moyens de transport.
68. *Deuxièmement*, si l'Organe d'appel constatait que le Groupe spécial n'a *pas* fait erreur dans son interprétation du terme "marché" figurant à l'article 6.3, et à la place convenait que deux produits appartiennent au même marché de produits dès lors qu'il existe une concurrence entre eux (indépendamment de la nature ou du degré de ce rapport de concurrence), le Groupe spécial a échoué dans son application des articles 5 c) et 6.3 aux faits de la cause.⁶² Spécifiquement, au vu des faits, le critère relatif aux marchés de produits du Groupe spécial aurait dû aboutir inexorablement à la conclusion que *tous* les LCA relèvent du même marché de produits *unique*. Les constatations factuelles du Groupe spécial montrent qu'une concurrence existe *entre tous les produits* visés par la contestation des États-Unis, de sorte que l'application de son propre critère aurait dû amener le Groupe spécial à constater l'existence d'un marché de produits unique. En fait, en formulant sa conclusion sur les marchés de produits, le Groupe spécial a souligné que "des rapports de concurrence importants {pouvaient} aussi exister entre des paires ou combinaisons d'aéronefs à cheval sur deux, voire sur les trois, marchés de produits".⁶³ En conséquence, même à supposer que le critère juridique qu'il a identifié soit correct, ce qui n'est pas le cas, le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de ce critère. Cette erreur compromet son identification des marchés de produits pertinents et les constatations d'effets défavorables qui en découlent.
69. *Troisièmement*, et en dernier lieu, le fait que le Groupe spécial n'a pas vérifié la validité de son critère relatif aux marchés de produits erroné au regard de la dynamique concurrentielle entre des produits dont les États-Unis avaient allégué qu'ils relevaient de marchés de produits différents constitue un manquement à l'obligation de procéder à une évaluation objective de la question qui est énoncée à l'article 11 du Mémoire d'accord.⁶⁴ Le Groupe spécial a limité son analyse à un examen de la question de savoir s'il existait un certain rapport de concurrence entre les aéronefs placés par les États-Unis *sur* chacun des trois marchés de produits dont ils alléguaient l'existence, sans aussi examiner s'il existait un rapport de concurrence entre des aéronefs que les États-Unis avaient placé sur des marchés de produits *distincts*. Par exemple, au seul motif que les États-Unis avaient allégué que ces aéronefs étaient sur des marchés de produits différents, le Groupe spécial ne s'est pas du tout préoccupé d'examiner si l'A321neo exerçait des contraintes concurrentielles sur le 767, ou si le 777-300ER ou l'A350XWB-1000 exerçaient des contraintes concurrentielles sur le 747-8. Ce faisant, tout comme dans la procédure initiale, le Groupe spécial de la mise en conformité a adopté une approche de l'identification des marchés de produits peu judicieuse, acceptant sans réserve les marchés proposés par les États-Unis.
70. Dans ces circonstances, l'Union européenne demande que l'Organe d'appel infirme les constatations du Groupe spécial concernant les marchés de produits. Du fait de l'erreur commise dans l'identification des marchés de produits en cause, ces constatations doivent

⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1292, 6.1305, 6.1320, 6.1348, 6.1382, 6.1362, 6.1409, 6.1416 et 7.1 d) xi).

⁶³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1416.

⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1292, 6.1305, 6.1320, 6.1348, 6.1382, 6.1362, 6.1409, 6.1416 et 7.1 d) xi).

être infirmées, tout comme les constatations de détournement, d'entrave et de pertes de ventes notables que le Groupe spécial a formulées sur la base des marchés de produits qu'il a identifiés de façon erronée.

7 PRODUIT SIMILAIRE NON SUBVENTIONNÉ⁶⁵

71. Le Groupe spécial a fait erreur dans la section de son rapport qui traite du subventionnement du produit similaire. Il aurait dû procéder à une évaluation objective de l'allégation des États-Unis et des arguments de l'UE au regard de l'article 6.3 b) et 6.4, compte tenu des faits et éléments de preuve présentés par les parties, ainsi que des indications de l'Organe d'appel selon lesquelles l'article 6.4 constituait un contexte pour l'interprétation et l'application de l'article 6.3 b). Il aurait dû évaluer non seulement l'argument de l'UE selon lequel tout subventionnement du produit similaire empêchait ou déjouait l'allégation des États-Unis (l'argument initial relatif aux "mains propres"), mais aussi la nouvelle thèse interprétative de l'UE selon laquelle le Groupe spécial de la mise en conformité était tenu de prendre en compte ce subventionnement dans son évaluation du lien de causalité (l'argument relatif au "lien de causalité"). Le Groupe spécial était également tenu de prendre en compte la détermination multilatérale faite dans le différend DS353 selon laquelle les LCA de Boeing étaient subventionnés à hauteur de plusieurs milliards de dollars.
72. Le Groupe spécial a donc fait erreur en déclarant que les arguments de l'UE étaient "{les} même{s} ... à peu près" que ceux formulés dans la procédure initiale, ainsi qu'en réduisant la question à deux éléments: le point de savoir s'il y avait ou non une question nouvelle; et le point de savoir s'il y avait ou non des raisons impérieuses. Il a en outre fait erreur dans son évaluation du point de savoir s'il y avait ou non une question nouvelle, parce qu'il n'a pas tenu compte des changements dans le droit et les faits, a fait erreur dans son interprétation du terme "question" figurant à l'article 11 du Mémoire d'accord et n'a pas procédé à une évaluation objective. Il a également fait erreur dans son évaluation du point de savoir s'il y avait ou non des raisons impérieuses, y compris en ne procédant pas à une évaluation objective conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.
73. Par conséquent, l'Union européenne demande que l'Organe d'appel infirme les constatations du Groupe spécial qui se rapportent à ses constatations concernant le produit similaire subventionné ou s'appuient dessus, et qu'il complète l'analyse juridique concernant l'interprétation de l'article 6.3 b) et 6.4. Elle affirme en outre que l'Organe d'appel ne peut pas compléter l'analyse concernant les allégations de détournement et d'entrave des États-Unis. Elle demande par ailleurs que l'Organe d'appel tienne compte de ces questions au moment d'examiner et d'infirmier d'autres aspects des constatations du Groupe spécial au titre de l'article 6, en particulier l'article 6.3 a) et 6.3 c).

8 LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN CONSTATANT QUE LES PRÊTS AL/FEM CONSTITUAIENT UNE CAUSE RÉELLE ET SUBSTANTIELLE D'EFFETS DÉFAVORABLES LIÉS AUX FAMILLES DE LCA A320, A330, A380 ET A350XWB D'AIRBUS⁶⁶

74. L'Union européenne fait appel de plusieurs erreurs dans les constatations du Groupe spécial concernant le lien de causalité.
75. *Premièrement*, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que, malgré le temps écoulé et les événements qui s'étaient produits pendant cette période, "les effets directs et indirects des subventions AL/FEM pour l'A350XWB continu{aient} d'être une cause réelle et substantielle de la présence actuelle sur le marché des familles A320, A330 et A380".⁶⁷ Cette constatation repose sur une approche "en l'absence de" du lien de causalité qui, dans les circonstances du présent différend, n'a pas permis de tenir compte du temps écoulé et des événements qui s'étaient produits pendant cette période, y compris l'expiration de la plupart des subventions antérieures à l'A350XWB, ce qui a donné lieu à une erreur dans l'interprétation de l'article 5 c) de l'Accord SMC.

⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1125 à 6.1138, 6.1154, 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847, 7.1 d) x), 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii) et 7.2.

⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1515, 6.1527, 6.1534, 6.1774 et 7.1 d) xii) et 7.1 d) xiii).

⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1534.

76. Le Groupe spécial a pris note des indications de l'Organe d'appel concernant la pertinence du temps écoulé et des événements qui s'étaient produits pendant cette période – en particulier, le fait que l'effet de toute subvention devait "diminuer" et finalement cesser".⁶⁸ Toutefois, selon l'approche qu'il a suivie pour le lien de causalité, les effets défavorables continuent d'être imputables à la subvention aussi longtemps que le produit subventionné existe (ainsi que tous produits ultérieurs présentant des effets d'"apprentissage", de "gamme" ou "financiers" découlant du produit subventionné), étant donné que la subvention continuera d'être la cause nécessaire "en l'absence de" de sa présence sur le marché. Cet examen était donc inapproprié et insuffisant pour permettre de déterminer si, actuellement, et compte tenu du temps écoulé et des événements qui s'étaient produits pendant cette période, y compris l'expiration des subventions et les investissements non subventionnés massifs d'Airbus, les subventions continuaient d'être une cause "réelle et substantielle" d'effets défavorables.
77. L'approche "en l'absence de" suivie par le Groupe spécial pour le lien de causalité, conjuguée à son approche de l'interprétation de l'article 7.8, a créé une situation anormale dans laquelle il est pratiquement impossible pour un Membre de se mettre en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD en relation avec une subvention pouvant donner lieu à une action. Selon l'approche du Groupe spécial concernant l'article 7.8, la mise en conformité ne peut pas être assurée par le retrait de la subvention, bien que ce retrait soit expressément reconnu comme une option permettant d'assurer la mise en conformité, à moins qu'il ne s'accompagne de l'élimination des effets défavorables. De plus, selon l'approche "en l'absence de" du Groupe spécial, la constatation issue de la procédure initiale selon laquelle les subventions étaient dans le passé une cause "nécessaire" d'effets défavorables est étendue indéfiniment, ce qui veut dire que le lien de causalité avec les effets défavorables allégués ne "diminue" {pas} et finalement {ne} cesse {pas}.
78. De plus, l'Union européenne fait appel de l'erreur que le Groupe spécial a commise dans l'application des articles 5 c) et 7.8 de l'*Accord SMC*, en n'examinant pas si les investissements non subventionnés d'Airbus avaient dilué le lien de causalité entre les subventions et les effets défavorables allégués liés aux familles de LCA A320 et A330 d'Airbus, de sorte que les subventions ne constituaient plus une cause "réelle et substantielle" d'effets défavorables actuels.⁶⁹ Ayant déterminé que les subventions étaient dans le passé la cause "nécessaire" de la présence sur le marché de ces aéronefs, le Groupe spécial a totalement exclu la possibilité que ces investissements puissent jamais avoir une incidence sur l'existence d'un lien de causalité "réel et substantiel" *actuel*. Pour lui, les investissements non subventionnés postérieurs au lancement prouvaient simplement que les effets défavorables des subventions persistaient, parce qu'"en l'absence de" subventions, les programmes auxquels les investissements non subventionnés étaient destinés n'auraient même pas existé.⁷⁰
79. *Deuxièmement*, il se peut que le Groupe spécial ait donné à entendre que l'AL/FEM pour l'A380 avait eu des "effets directs".⁷¹ Dans la mesure où il a effectivement formulé une telle constatation, elle constitue une erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord. Le Groupe spécial a défini l'expression "effets directs" comme désignant "les effets de tel ou tel prêt AL/FEM sur la capacité d'Airbus de lancer et mettre sur le marché le modèle particulier de LCA d'Airbus spécifiquement financé par ce prêt AL/FEM".⁷² Ayant i) expressément constaté que l'AL/FEM pour l'A380 n'était "pas cruciale pour l'existence même" de l'A380⁷³ et ii) n'ayant pas constaté qu'en l'absence de l'AL/FEM pour l'A380 Airbus aurait retardé le lancement de l'A380, ou que la technologie de l'A380 aurait été différente, le Groupe spécial ne disposait pas d'une base d'éléments de preuve suffisante pour constater que l'AL/FEM pour l'A380 avait eu des "effets directs".
80. *Troisièmement*, en imputant à l'AL/FEM la présence sur le marché de l'A350XWB, le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 5 et au regard de l'article 11 du

⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1487, citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1236 à 1238.

⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1527, 6.1534, 6.1774 et 7.1 (d) xii) et 7.1 d) xiii).

⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1525.

⁷¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1507.

⁷² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1492.

⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1507 et note de bas de page 2597.

Mémoire d'accord. Spécifiquement, il apparaît que le Groupe spécial a imputé la présence sur le marché de l'A350XWB aux "effets indirects" de l'AL/FEM pour des avions antérieurs, y compris l'AL/FEM pour l'A380.⁷⁴ De plus, certaines déclarations du Groupe spécial pouvaient être interprétées comme impliquant que la présence sur le marché de l'A350XWB était imputable aux "effets directs" de l'AL/FEM pour l'A350XWB.⁷⁵

81. En imputant la présence sur le marché de l'A350XWB aux "effets indirects" de l'AL/FEM pour l'A380, le Groupe spécial a commis une erreur dans l'application de l'article 5 c). La constatation du Groupe spécial selon laquelle l'AL/FEM pour l'A380 n'était "pas cruciale pour l'existence même"⁷⁶ de l'A380 exclut une constatation selon laquelle cette subvention a eu des "effets directs" sur l'existence de l'A380. Dans ces circonstances, les éventuels effets d'"apprentissage", effets "de gamme et d'échelle" et effets "financiers" pour l'A350XWB associés à l'A380 auraient existé même en l'absence de l'AL/FEM pour l'A380, et ne sont pas imputables à ces prêts. Par conséquent, comme l'AL/FEM pour l'A380 n'a pas eu d'"effets directs" sur l'A380, ces prêts ne pouvaient en toute logique pas avoir d'"effets indirects" sur des LCA ultérieurs comme l'A350XWB. Or il apparaît que le Groupe spécial a inclus à tort l'AL/FEM pour l'A380 dans le groupe agrégé de subventions ayant eu des "effets indirects" sur le lancement et la présence sur le marché de l'A350XWB.⁷⁷
82. Dans la mesure où le Groupe spécial a imputé la présence sur le marché de l'A350XWB aux "effets directs" de l'AL/FEM pour l'A350XWB, sa constatation repose sur son affirmation selon laquelle "sans l'AL/FEM pour l'A350XWB, la société Airbus qui *existait effectivement* aurait pu poursuivre ce programme uniquement avec une marge étroite et une probabilité élevée qu'elle doive, dans une certaine mesure, faire certains compromis en ce qui concerne l'avancée du programme et/ou les caractéristiques de l'avion".⁷⁸ Cette simple phrase – qui est étonnamment la dernière phrase du dernier paragraphe d'une section de 182 paragraphes du rapport du Groupe spécial consacrée à l'évaluation des effets de l'AL/FEM pour l'A350XWB – est la seule base sur laquelle le Groupe spécial s'est manifestement appuyé pour constater l'existence d'"effets directs" de l'AL/FEM pour l'A350XWB sur le lancement et la présence sur le marché de l'A350XWB.
83. L'affirmation du Groupe spécial selon laquelle sans AL/FEM pour l'A350XWB, il y avait une "probabilité élevée" qu'Airbus ait dû "faire certains compromis" en ce qui concerne le calendrier et les caractéristiques de cet avion, n'est pas étayée par le moindre élément dans la section de 182 paragraphes du rapport du Groupe spécial consacrée à l'évaluation des effets de l'AL/FEM pour l'A350XWB. En effet, le Groupe spécial ne cite pas un seul élément de preuve à l'appui d'une telle constatation; il ne fournit pas non plus d'ailleurs de raisonnement à l'appui d'une telle constatation. En fait, l'hypothèse du Groupe spécial est *contredite* par un certain nombre de ses propres constatations factuelles, qui démontrent collectivement qu'Airbus n'aurait pas fait de compromis concernant le calendrier ou les caractéristiques de l'A350XWB.⁷⁹ Par conséquent, la constatation du Groupe spécial concernant les "effets directs" pour l'A350XWB constitue une erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord.
84. *Quatrièmement*, et en dernier lieu, le Groupe spécial a fait erreur dans son application de la prescription voulant qu'il y ait un lien de causalité "réel et substantiel", au titre des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*, en ne prenant pas en compte, dans son analyse du lien de causalité, les différences dans le degré de concurrence entre des paires d'avions ainsi que des facteurs de non-imputation propres aux marchés et aux ventes.⁸⁰
85. Le Groupe spécial a précisé qu'"il ne considér{ait} pas que le degré de concurrence existant sur chacun de ces marchés sera{it} identique entre toutes les paires ou

⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1747, 6.1771, 6.1773 et 7.1 d) xiii).

⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1717 et 7.1 d) xiii).

⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1507 et note de bas de page 2597.

⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1771, 6.1773 et 7.1 d) xiii).

⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1717 et 7.1 d) xiii).

⁷⁹ Comparer le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1717 avec le rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1542 à 6.1544, 6.1546, 6.1547, 6.1548, 6.1555, 6.1569, 6.1572 et 6.1579.

⁸⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1798, 6.1817, 6.1838, 6.1846, 6.1847 et 7.1 d) xiv) à 7.1 d) xvii).

combinaisons d'aéronefs".⁸¹ Il a également reconnu que "lorsque les éléments de preuve montraient que le rapport de concurrence n'était pas direct et était "au plus, indirect{} ou lointain{}", *il fallait en tenir dûment compte dans l'analyse {des effets défavorables ultérieurs}*".⁸² Toutefois, il n'a pas tenu compte des différences dans le degré de concurrence entre les LCA pertinents dans le cadre de son évaluation des allégations de détournement, d'entrave et de pertes de ventes des États-Unis.

86. De même, dans le contexte du détournement, de l'entrave et des pertes de ventes, le Groupe spécial n'a pas tenu compte des facteurs de non-imputation propres aux marchés et aux ventes dont l'Union européenne avait démontré qu'ils causaient les phénomènes sur le marché observés (ou y contribuaient). Ayant déterminé que, dans le passé, les subventions AL/FEM avaient été la cause "nécessaire" de la présence sur le marché de certains aéronefs d'Airbus, le Groupe spécial a dit que tout examen plus poussé des facteurs de non-imputation était "évidemment" dénué de pertinence.⁸³ Ce faisant, il a fait erreur dans son application de la prescription voulant qu'il y ait un lien de causalité "réel et substantiel", au titre des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*.

9 LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN CONSTATANT L'EXISTENCE D'UN "DÉTournement ET/OU {D'UNE} ENTRAVE" SUR DIVERS MARCHÉS NATIONAUX ET MARCHÉS DE PRODUITS⁸⁴

87. Les constatations de "détournement et/ou {d'}entrave" reposent sur trois séries d'erreurs.
88. *Premièrement*, le Groupe spécial a formulé des constatations indifférenciées de "détournement et/ou {d'}entrave" en ce qui concerne chacun des marchés de pays et de produits en cause, sans préciser s'il avait constaté, pour un marché de pays ou de produits donné, à la fois un détournement et une entrave, ou bien *l'une ou l'autre* de ces deux formes distinctes d'effets défavorables. L'article 6.3 a) et 6.3 b) emploie les termes "détourner" et "entraver", séparés par la conjonction "ou", ce qui confirme que le détournement et l'entrave sont deux formes distinctes de préjudice grave. D'ailleurs, l'Organe d'appel a défini le terme "détourner" comme dénotant un "effet de substitution"⁸⁵ et le terme "entraver" comme dénotant des importations/exportations auxquelles il a été "fait obstacle" ou que l'on a "gênées".⁸⁶ L'Organe d'appel a également précisé, dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs*, que ""détournement" et "entrave" {n'étaient} donc pas des concepts interchangeable".⁸⁷ Les constatations indifférenciées de "détournement et/ou {d'}entrave" formulées par le Groupe spécial constituent une erreur dans l'interprétation de l'article 6.3 a) et 6.3 b) et reviennent à traiter le détournement et l'entrave comme des concepts interchangeables.
89. *Deuxièmement*, à supposer pour les besoins de l'argumentation que les constatations de "détournement" du Groupe spécial s'appliquent à chaque marché de pays et de produits en cause, l'Union européenne démontre que toutes les constatations de "détournement" du Groupe spécial sont erronées.
90. Correctement interprété, le terme "détournement" dénote un effet de substitution. L'Organe d'appel a précisé que pour se prononcer sur une allégation de détournement, un groupe spécial devait "évaluer si l'on {pouvait} 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".⁸⁸ Le Groupe spécial a cherché à tort à établir l'inapplicabilité des indications de l'Organe d'appel en postulant qu'elles se rapportaient uniquement à une analyse "en deux étapes" du lien de causalité, et non au type d'analyse

⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1416.

⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1169 (pas d'italique dans l'original).

⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1814.

⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1817, 7.1 d) xiv) et 7.1 d) xv).

⁸⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1160. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1071.

⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1161. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1071 et 1086.

⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1071. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1160 à 1162.

⁸⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1071.

"unitaire" qu'il effectuait. L'application du droit aux faits par le Groupe spécial confirme que ce dernier a interprété l'article 6.3 a) et 6.3 b) comme permettant une constatation de détournement sans aucun examen des données sur les volumes de ventes et les parts de marché, et sans constatation de tendances clairement discernables et identifiables à la diminution des volumes de ventes ou des parts de marché pour chacun des marchés de pays et de produits en cause. Cela constitue une erreur dans l'interprétation de l'article 6.3 a) et 6.3 b) de l'*Accord SMC*.

91. Le Groupe spécial a en outre fait erreur dans l'application des articles 5 c), 6.3 a), 6.3 b) et 7.8 en limitant effectivement son analyse à deux points de données (les données annuelles pour 2012 et 2013) qui, comme l'Organe d'appel l'a précisé dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs*, "de toute évidence, ne {pouvaient} pas constituer une tendance".⁸⁹
92. Le Groupe spécial a également fait erreur dans l'application des articles 5 c), 6.3 a), 6.3 b) et 7.8 en formulant des constatations de détournement complètement dissociées des données. Il n'a pas examiné les données, pour déterminer si elles faisaient ressortir une tendance "discernable" ou "manifeste" à un "effet de substitution" sur les marchés en cause. Dans plusieurs cas, les constatations de détournement du Groupe spécial visaient des marchés sur lesquels la part de marché de Boeing *s'était accrue* pendant la période considérée, ce qui attestait exactement l'inverse d'un effet de substitution.
93. *Troisièmement*, à supposer pour les besoins de l'argumentation que les constatations d'"entrave" du Groupe spécial s'appliquent à chaque marché de pays et de produits en cause, l'Union européenne démontre que toutes les constatations d'"entrave" du Groupe spécial sont erronées.
94. Contrairement au sens donné au terme "entraver" et aux indications fournies par l'Organe d'appel, le Groupe spécial a interprété l'article 6.3 a) et 6.3 b) comme étayant une constatation d'entrave sans aucun examen des données sur les volumes de ventes et les parts de marché, et sans constatation de tendances clairement discernables et identifiables dans les volumes de ventes et les parts de marché pour chacun des marchés de pays et de produits en cause. Cela constitue une erreur dans l'interprétation de l'article 6.3 a) et 6.3 b).
95. De plus, le Groupe spécial a fait erreur dans l'application des articles 5 c), 6.3 a) et 6.3 b) en limitant effectivement son analyse à deux points de données (les données annuelles pour 2012 et 2013) et en formulant des constatations d'entrave qui sont complètement dissociées des données.

10 CONSIDÉRATIONS QUI S'APPLIQUENT SI L'ORGANE D'APPEL DEVAIT TENTER DE COMPLÉTER L'ANALYSE DES EFFETS DÉFAVORABLES

96. Ayant exposé les motifs pour lesquels l'Organe d'appel devrait infirmer i) les constatations du Groupe spécial concernant le retrait des subventions, au titre de l'article 7.8 de l'*Accord SMC*, et ii) les constatations du Groupe spécial concernant le lien de causalité, au titre des articles 5 et 6.3 de l'*Accord SMC*, l'Union européenne expose les considérations qui s'appliqueraient si l'Organe d'appel devait tenter de compléter l'analyse concernant l'affirmation par les États-Unis de l'existence d'effets défavorables.
97. Le Groupe spécial a utilisé les outils que sont l'agrégation et le cumul pour effectuer une évaluation *collective* des effets des subventions AL/FEM et non AL/FEM. Spécifiquement, il a constaté que le groupe agrégé de subventions AL/FEM constituait une cause "réelle et substantielle" d'effets défavorables et a ensuite cumulé les effets des subventions non AL/FEM, dont il a constaté qu'elles constituaient une cause "réelle" d'effets défavorables.⁹⁰
98. Au cas où l'Organe d'appel infirmerait l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 7.8 ou ses constatations relatives au lien de causalité, l'ensemble de subventions

⁸⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1087.

⁹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.1838, 6.1846, 6.1847 et 7.1 d) xvii).

visé par l'analyse de l'Organe d'appel concernant les effets défavorables dont l'existence est affirmée par les États-Unis sera différent de l'ensemble examiné par le Groupe spécial. Dans l'ensemble reconstitué, il n'y aura plus une seule subvention AL/FEM ou un groupe agrégé de subventions AL/FEM constituant une cause "réelle et substantielle" d'effets défavorables. Les constatations factuelles du Groupe spécial ne fournissent pas de base permettant de conclure qu'autre chose que le groupe tout entier de subventions AL/FEM examiné par le Groupe spécial constitue une cause "réelle et substantielle" d'effets défavorables.

99. Sans une subvention (ou un groupe agrégé de subventions) d'"ancrage" dont il a été constaté qu'elle constitue une cause "réelle et substantielle" d'effets défavorables, le cumul ne sera plus un outil approprié pour l'évaluation collective des effets des subventions AL/FEM et non AL/FEM. Les subventions non AL/FEM ne peuvent pas non plus être agrégées aux subventions AL/FEM, étant donné les différences dans "la conception, la structure et le fonctionnement" de ces mesures. Ni l'agrégation ni le cumul ne sont appropriés pour l'évaluation collective des effets des subventions AL/FEM et non AL/FEM non retirées, au cas où l'Organe d'appel chercherait à compléter l'analyse.
100. Bien que l'Union européenne ne pense pas que l'inapplicabilité de l'agrégation et du cumul empêchent une évaluation collective des effets des subventions, elle estime que l'Organe d'appel ne sera pas en mesure de compléter l'analyse pour formuler des constatations d'effets défavorables dûment imputables à de quelconques subventions non retirées pour d'autres raisons:
 - a. Le Groupe spécial a fait erreur dans son identification des marchés de produits pertinents.⁹¹ Ce faisant, il n'a pas examiné la dynamique concurrentielle entre les produits dont il est allégué par les États-Unis qu'ils se trouvent sur des marchés de produits différents. Cette omission du Groupe spécial fait que son rapport ne contient pas de constatations factuelles qui permettraient à l'Organe d'appel de compléter l'analyse en identifiant les marchés de produits appropriés. Il n'y a pas non plus de données de fait non contestées figurant dans le dossier qui rendraient possible l'identification de marchés de produits appropriés par l'Organe d'appel.
 - b. Le Groupe spécial n'a, à tort, pas examiné si les États-Unis avaient présenté leur allégation par rapport à un "produit similaire non subventionné", au sens de l'article 6.4 de l'*Accord SMC*.⁹² Il n'y a pas de constatations du Groupe spécial ni de données de fait non contestées figurant dans le dossier qui permettraient à l'Organe d'appel d'identifier lesquels des aéronefs de Boeing, si tant est qu'il y en ait, pour lesquels les États-Unis allèguent l'existence d'effets défavorables, sont "non subventionnés".
 - c. Dans son analyse du lien de causalité, le Groupe spécial n'a pas tenu compte du temps écoulé et des événements qui s'étaient produits pendant cette période.⁹³ Il n'y a pas de constatations du Groupe spécial ni de données de fait non contestées figurant dans le dossier qui permettraient à l'Organe d'appel de tenir compte de ces facteurs pour compléter l'analyse.
 - d. La nature de l'analyse des effets défavorables préconisée par les États-Unis, et acceptée par le Groupe spécial, s'est soldée par l'absence dans le dossier d'éléments de preuve nécessaires à l'évaluation correcte du lien de causalité entre un *ensemble reconstitué* de subventions et de quelconques effets défavorables. Les États-Unis n'ont présenté aucun argument ou élément de preuve qui aurait pu aider le Groupe spécial, ou qui pourrait aider l'Organe d'appel, à évaluer si un *ensemble reconstitué* de subventions, auquel il manquerait ne serait-ce qu'une des subventions que les États-Unis ont incluses dans leur ensemble, constituerait quand même une cause "réelle et substantielle" de quelconques effets défavorables.
 - e. La reconstitution de l'ensemble de subventions en cause exigerait qu'il soit dûment tenu compte des effets des subventions qui ont été retirées, et qui sont de ce fait exclues de l'ensemble de subventions en cause, *en tant que facteurs de non-imputation*. Il n'y a pas de constatations du Groupe spécial ni de données de fait non contestées figurant dans le dossier qui permettraient à l'Organe d'appel de le faire.
 - f. En ce qui concerne les allégations de détournement et d'entrave, le Groupe spécial n'a pas identifié, ni même recherché, des tendances claires et discernables à même

⁹¹ Section 6, plus haut.

⁹² Section 7, plus haut.

⁹³ Section 8, plus haut.

d'attester un détournement ou une entrave.⁹⁴ Bien que le Groupe spécial ait présenté sous forme de tableaux dans son rapport les données sur les volumes et les parts de marché pour deux points de données annuelles, deux points de données ne sont pas suffisants pour constituer une tendance. Pour ce qui est des données pour les années antérieures à 2011, il n'y a pas de constatations du Groupe spécial ni de données de fait non contestées figurant dans le dossier qui concernent l'existence de tendances ou les données sur la base desquelles ces tendances doivent être établies.

- g. Dans son évaluation du détournement, de l'entrave et des pertes de ventes, le Groupe spécial n'a pas tenu compte de l'étroitesse de la concurrence entre les produits qu'il avait placés sur le même marché de produits sur la base uniquement de l'*existence* d'une concurrence, ou de la substituabilité de ces produits, sans égard à la nature ou au degré de ce rapport de concurrence.⁹⁵ Il n'y a pas de constatations du Groupe spécial ni de données de fait non contestées figurant dans le dossier qui permettraient à l'Organe d'appel d'effectuer un tel exercice.
- h. Dans le contexte du détournement, de l'entrave et des pertes de ventes, le Groupe spécial n'a, à tort, pas examiné les facteurs de non-imputation propres aux marchés et aux ventes dont l'Union européenne avait démontré qu'ils causaient ou contribuaient à causer les phénomènes sur le marché observés.⁹⁶ Il n'y a pas de constatations du Groupe spécial ou de données de fait non contestées figurant dans le dossier qui permettraient à l'Organe d'appel de tenir compte de ces facteurs s'il tentait de compléter l'analyse.

11 CONCLUSION

101. Pour les raisons qui précèdent, l'Union européenne demande que l'Organe d'appel infirme ou modifie les constatations et conclusions évoquées dans la présente communication d'appelant.

⁹⁴ Section 9, plus haut.

⁹⁵ Section 9, plus haut.

⁹⁶ Section 9, plus haut.

ANNEXE B-2**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES
ÉTATS-UNIS EN TANT QU'AUTRE APPELANT**

1. Si l'Organe d'appel devait infirmer ce que le Groupe spécial a dit et constater que l'expiration passive des subventions AL/FEM pouvait satisfaire à l'obligation énoncée à l'article 7.8 au moins dans certains cas, alors les États-Unis font appel à titre conditionnel des constatations séparées du Groupe spécial selon lesquelles les durées de vie *ex ante* des subventions AL/FEM antérieures à l'A380 ont passivement "expiré" avant le 1^{er} décembre 2011.
2. Conformément aux indications données par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, la période d'existence d'un avantage devrait être basée sur une évaluation *ex ante* de facteurs comme la nature, le montant et l'utilisation projetée de la subvention contestée. Si, au moment de l'octroi, les éléments de preuve indiquent que l'entité accordant la subvention s'attend à ce que l'avantage se manifeste pendant une période dont la durée est définie comme étant subordonnée à un autre événement variable, alors logiquement la durée de vie de la subvention devrait être mesurée en conséquence.
3. De toute évidence, le Groupe spécial a supposé que la durée de vie *ex ante* des subventions devait être exprimée par un chiffre fixe. Il a fait erreur en se focalisant sur les mauvaises attentes. Il a cherché à prévoir rétrospectivement une durée de vie attendue pour chaque programme d'aéronef. Il n'a pas reconnu que, lorsqu'Airbus a accepté un engagement conditionnel et que les pouvoirs publics sont convenus de rendre les versements conditionnels, ils s'attendaient à ce que l'avantage conféré par des remboursements à des conditions plus favorables que celles du marché ait une durée variable définie par des facteurs externes.
4. De plus, les États-Unis font appel d'une question d'interprétation du droit concernant l'article 3.1 b). Ils ont démontré, ce que l'UE n'a pas contesté, que les AL/FEM française, allemande, espagnole et britannique étaient chacune subordonnées à la production sur le territoire de l'entité accordant la subvention de produits devant être utilisés par Airbus dans la construction de l'A350XWB. Le Groupe spécial a constaté que les subventions subordonnées à la production nationale d'intrants devant être utilisés dans la construction de l'A350XWB n'étaient pas prohibées par l'article 3.1 b). Il a déterminé que les subordinations prévues dans les contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB "[faisaient] en sorte que les États membres subventionnent un producteur national. L'article 3.1 b) ne les soumet[tait] donc pas à des disciplines".
5. Selon une interprétation concurrente également examinée dans un autre différend, dans les cas où une subvention est subordonnée à la production nationale d'un produit qui est un intrant dans un processus de fabrication et où le remplacement par une version importée entraîne la perte d'un droit à la subvention, la subvention est subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Clairement, les États-Unis considèrent qu'il ne s'agit pas de la meilleure interprétation. Toutefois, ils ont intérêt à faire en sorte que la même approche juridique soit appliquée dans les deux procédures.
6. Par ailleurs, si l'Organe d'appel devait déterminer que cette interprétation concurrente est effectivement correcte, il ne fait aucun doute que le Groupe spécial a fait erreur en ne constatant pas l'existence d'une violation de l'article 3.1 b). De plus, en appliquant l'interprétation concurrente aux faits non contestés et aux constatations se rapportant à la présente procédure, l'Organe d'appel serait en mesure de compléter l'analyse et de conclure que les quatre cas d'AL/FEM pour l'A350XWB contreviennent à l'article 3.1 b).
7. L'interprétation concurrente – qui contredit l'interprétation adoptée par le Groupe spécial – est la suivante: i) si l'octroi d'une subvention à un producteur national est subordonné à l'implantation dans le pays d'activités de production d'un intrant national dans un processus industriel, et ii) si le remplacement de ces intrants par des produits importés fait perdre au producteur le droit à la subvention, la subvention est subordonnée à l'utilisation de produits

nationaux de préférence à des produits importés et est donc incompatible avec l'article 3.1 b). De plus, l'interprétation concurrente de l'article 3.1 b) repose sur l'hypothèse que tout produit fini sur un territoire national est "national" aux fins de l'article 3.1 b), sans qu'il soit d'examiner l'importance des opérations menées sur le territoire national, la teneur en éléments d'origine étrangère du produit, les règles d'origine ou toutes autres considérations.

8. Si les produits qu'Airbus doit utiliser pour la construction de l'A350XWB doivent être produits dans l'UE, alors ce sont des "produits nationaux" et qu'Airbus est donc tenue d'utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés pour recevoir la subvention.
9. Le Groupe spécial a toutefois constaté que cette logique dénotait une interprétation incorrecte de l'article 3.1 b). Un élément essentiel à sa constatation était la nécessité d'interpréter l'article III du GATT de 1994 et l'article 3.1 b) de l'Accord SMC de manière cohérente. Le Groupe spécial a constaté qu'un examen des deux dispositions "donn[ait] à penser que l'acte consistant à octroyer des subventions à des entreprises pour autant qu'elles mènent des activités de production nationale, sans rien d'autre, ne devrait pas être assimilé à une subordination de ces subventions à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, qui en {faisait} des subventions prohibées".
10. Cela soulève une question liminaire d'interprétation que l'Organe d'appel n'a pas encore examinée. Lorsqu'une subvention est subordonnée non seulement à la production d'un produit fini, mais aussi à la production, sur le territoire de l'entité accordant la subvention, de produits intermédiaires devant être utilisés comme intrants (ou de produits utilisés pour produire d'autres produits, c'est-à-dire des instruments de production) – dont il est ensuite présumé qu'ils sont "nationaux" – dans la fabrication du produit d'aval, la subvention contrevient-elle à l'article 3.1 b)? On peut soutenir que la subvention pourrait être considérée comme subordonnée à l'utilisation d'un produit national parce que l'utilisation d'un produit importé au lieu du produit national ferait perdre le droit à la subvention.
11. Si l'Organe d'appel considère que cette "interprétation concurrente" de l'article 3.1 b) – qui est également examinée dans l'affaire *États-Unis – Incitations fiscales conditionnelles pour les aéronefs civils gros porteurs* – est correcte, alors le Groupe spécial a commis une erreur.
12. Chaque cas d'AL/FEM pour l'A350XWB est subordonné à l'implantation dans le pays d'activités de production de produits devant être utilisés par Airbus dans la construction de l'A350XWB, et un remplacement contrefactuel de ces produits par des versions importées ferait perdre à Airbus le droit à l'AL/FEM. Les États-Unis passent en revue ci-après les faits non contestés tirés de chacun des contrats d'AL/FEM contenant les subordinations et d'autres éléments de preuve pertinents.
13. La France a accordé une AL/FEM pour l'A350XWB subordonnée au respect par Airbus de certaines prescriptions figurant dans le *Protocole* français concernant l'A350XWB qui requéraient l'utilisation de produits nationaux pour la construction de l'A350XWB. Si l'Organe d'appel détermine que l'interprétation concurrente de l'article 3.1 b) est correcte, les faits non contestés établissent que la subvention est subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.
14. L'Allemagne a accordé une AL/FEM pour l'A350XWB subordonnée au respect par Airbus de certaines prescriptions qui requéraient l'utilisation de produits nationaux pour la construction de l'A350XWB. Par conséquent, si l'Organe d'appel détermine que l'interprétation concurrente de l'article 3.1 b) est correcte, les faits non contestés établissent que la subvention est subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.
15. L'Espagne a accordé une AL/FEM pour l'A350XWB subordonnée au respect par Airbus de certaines prescriptions figurant dans le *Convenio* espagnol concernant l'A350XWB qui requéraient l'utilisation de produits nationaux pour la construction de l'A350XWB. Par conséquent, si l'Organe d'appel détermine que l'interprétation concurrente de l'article 3.1 b) est correcte, les faits non contestés établissent que la subvention est subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

16. Le Royaume-Uni a accordé une AL/FEM pour l'A350XWB subordonnée au respect par Airbus de certaines prescriptions figurant dans l'accord britannique d'investissement remboursable concernant l'A350XWB qui requéraient l'utilisation de produits nationaux pour la construction de l'A350XWB. Par conséquent, si l'Organe d'appel détermine que l'interprétation concurrente de l'article 3.1 b) est correcte, les faits non contestés figurant dans l'accord britannique d'investissement remboursable concernant l'A350XWB établissent que la subvention est subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

ANNEXE B-3**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES ÉTATS-UNIS
EN TANT QU'INTIMÉ****I. INTRODUCTION ET RÉSUMÉ ANALYTIQUE**

1. Avant de commencer à réfuter point par point les erreurs commises par l'Union européenne ("UE") dans son appel des constatations du Groupe spécial, il est utile de rappeler comment, après 12 années de procédure de règlement du différend à l'OMC, nous en sommes arrivés là. En 2004, les États-Unis ont demandé l'ouverture de consultations au sujet du subventionnement massif par l'UE de sa branche de production d'aéronefs civils gros porteurs. Dans le rapport qu'il a remis en 2010, le Groupe spécial initial a constaté que l'UE avait manqué à ses obligations au titre des articles 5 et 6.3 de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* (l'*"Accord SMC"*), qui étaient de ne pas recourir à des subventions de manière à causer des effets défavorables pour les intérêts des États-Unis. L'Organe d'appel a confirmé la constatation finale du Groupe spécial en 2011.¹ L'Organe de règlement des différends ("ORD") a adopté les recommandations et décisions de l'Organe d'appel dans le présent différend le 1^{er} juin 2011.²
2. Les principales mesures, qui sont également les plus essentielles pour les constatations du Groupe spécial initial et de l'Organe d'appel, sont les prêts subventionnés sous forme d'aide au lancement "AL/FEM" totalisant approximativement 15 *milliards* de dollars EU qui ont été octroyés par les pouvoirs publics français, allemands, espagnols et britanniques à chacun des programmes de développement d'aéronefs civils gros porteurs ("LCA") d'Airbus: l'A300/310, l'A320, l'A330/340, l'A340-500/600 et l'A380.³ Les effets défavorables causés par ces subventions et d'autres ont été plus importants encore, vu la perte de plus de 300 commandes d'aéronefs d'une valeur de plusieurs dizaines de milliards de dollars et le détournement des exportations vers les marchés de sept grands pays pendant la seule période 2001-2006.⁴ Les subventions dont l'existence a été constatée par le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel étaient sans précédent, aussi bien par leur ampleur que par leurs effets dommageables sur le marché. Comme le Groupe spécial initial l'a constaté:

Compte tenu du montant de financement transféré à Airbus au titre des différents contrats d'AL/FEM, et au vu des énormes risques liés au marché des LCA et des effets relatifs à la courbe d'apprentissage qui sont nécessaires pour réussir dans ce secteur, nous avons constaté qu'Airbus n'aurait pas pu lancer tous ces modèles, tels qu'ils avaient été initialement conçus et aux époques où elle l'a fait, sans AL/FEM. Même à supposer que ce soit une possibilité, et qu'Airbus ait effectivement été capable de lancer ces aéronefs en recourant uniquement à un financement aux conditions du marché, l'augmentation de

¹ CE – *Aéronefs civils gros porteurs (Organe d'appel)*, paragraphe 1416.

² Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 1^{er} juin 2011, WT/DSB/M/297, paragraphe 28 (11 juillet 2011).

³ Voir, par exemple, CE – *Aéronefs civils gros porteurs (Groupe spécial)*, paragraphe 7.525 (constatant qu'"il ne fait aucun doute que tous les contrats d'AL/FEM contestés peuvent être qualifiés de prêts non garantis accordés à Airbus à des conditions de remboursement différé et subordonné au succès, à des taux d'intérêt inférieurs à ceux du marché, dans le but de développer divers nouveaux modèles de LCA"); États-Unis, première communication écrite, paragraphe 353.

⁴ Le Groupe spécial initial a constaté, et l'Organe d'appel a confirmé, que Boeing avait perdu des ventes concernant 342 commandes fermes. CE – *Aéronefs civils gros porteurs (Groupe spécial)*, paragraphes 7.1803 à 7.1832; CE – *Aéronefs civils gros porteurs (Organe d'appel)*, paragraphe 1414 p). La valeur totale de ces commandes perdues s'élève à plusieurs milliards de dollars quelle que soit la méthode de calcul raisonnable utilisée. L'Organe d'appel a constaté qu'il y avait eu détournement sur les marchés suivants: le marché des produits monocouloirs en Australie et les marchés des produits monocouloirs et bicouloirs dans les Communautés européennes, en Chine et en Corée. CE – *Aéronefs civils gros porteurs (Organe d'appel)*, paragraphe 1414 p).

l'endettement qu'Airbus aurait accumulé au cours des années aurait été énorme.⁵

En confirmant les constatations du Groupe spécial initial, l'Organe d'appel a conclu ce qui suit: "Sans les subventions, Airbus n'aurait pas existé selon ces scénarios et il n'y aurait pas d'aéronefs Airbus sur le marché. Aucune des ventes que la société subventionnée Airbus a réalisées n'aurait eu lieu."⁶

3. Le Groupe spécial initial a recommandé que "le Membre qui accord{ait} chaque subvention dont il {avait} été constaté qu'elle {avait} causé de tels effets défavorables "pren{ne} des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables ou retire{ } la subvention"". ⁷ Conformément à l'article 19:1 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ("Mémoire d'accord"), l'Organe d'appel a recommandé en outre que "l'ORD demande à l'Union européenne de rendre ses mesures, dont il {avait} été constaté dans le présent rapport, et dans le rapport du Groupe spécial, modifié par le présent rapport, qu'elles étaient incompatibles avec l'Accord SMC, conformes à ses obligations au titre de cet accord".⁸ L'ORD a adopté les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel.⁹ Conformément à l'article 7.9 de l'Accord SMC, si l'UE ne se conformait pas aux recommandations de l'ORD dans un délai de six mois, les États-Unis pouvaient demander à ce dernier l'autorisation de prendre des contre-mesures.
4. Les réponses de l'UE et d'Airbus au rapport de l'Organe d'appel signalaient dès le départ qu'elles ne prenaient pas ce rapport, ou la demande de mise en conformité de l'ORD, au sérieux. Lorsque l'Organe d'appel a constaté que, sans les subventions, il serait fort probable qu'Airbus n'existerait pas du tout¹⁰, l'UE a dit que "l'impact économique de ces mesures de soutien sur le marché des aéronefs civils de grande capacité {avait} été jugé très limité".¹¹ Pour sa part, Airbus a estimé que "la décision de ce jour n'{avait} aucune conséquence importante pour Airbus ou le système de soutien européen".¹² En fait, elle a interprété les décisions comme étant une confirmation des pratiques de financement antérieures – une "grande victoire pour l'Europe".¹³ Le Directeur général d'Airbus, M. Tom Enders, a réagi aux constatations de l'Organe d'appel en déclarant ce qui suit:

Il est encourageant de voir que l'OMC a *donné sans réserve le feu vert* aux instruments de partenariat public-privé avec la France, l'Allemagne, l'Espagne et le Royaume-Uni. Nous pouvons désormais poursuivre, et nous poursuivrons, cette sorte de partenariat pour les programmes de développement futurs.¹⁴

5. Conformément à ces déclarations, l'UE et ses États membres n'ont pris *aucune* mesure positive pour retirer les subventions AL/FEM. Il ne s'agit pas d'un argument procédurier avancé par les États-Unis. Le Groupe spécial a formulé la constatation de fait selon laquelle seules 2 des 36 mesures que l'UE avait dit avoir prises pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD étaient liées à un subventionnement en cours, et se

⁵ CE – *Aéronefs civils gros porteurs (Groupe spécial)*, paragraphe 7.1948.

⁶ CE – *Aéronefs civils gros porteurs (Organe d'appel)*, paragraphe 1264.

⁷ CE – *Aéronefs civils gros porteurs (Groupe spécial)*, paragraphe 8.7.

⁸ CE – *Aéronefs civils gros porteurs (Organe d'appel)*, paragraphe 1418.

⁹ Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 1^{er} juin 2011, WT/DSB/M/297, paragraphe 28 (11 juillet 2011).

¹⁰ CE – *Aéronefs civils gros porteurs (Groupe spécial)*, paragraphe 7.1984.

¹¹ *WTO Airbus Case – Appellate Body overturns key findings of the Panel in favour of the EU*, communiqué de presse de l'UE (18 mai 2011) (pièce USA-3).

¹² *WTO final ruling: Decisive victory for Europe*, communiqué de presse d'Airbus (18 mai 2011) (pièce USA-4).

¹³ *WTO final ruling: Decisive victory for Europe*, communiqué de presse d'Airbus (18 mai 2011) (pièce USA-4).

¹⁴ *WTO final ruling: Decisive victory for Europe*, déclaration d'EADS (18 mai 2011) (pièce USA-5) (pas d'italique dans l'original). De même, M. Ranier Ohler, Directeur des affaires publiques et de la communication d'Airbus, a indiqué: "La confirmation par l'OMC du système de prêts européen est une grande victoire pour l'Europe. Nous estimons que la décision de ce jour n'a aucune conséquence importante pour Airbus ou le système de soutien européen, car l'OMC a maintenant rejeté en totalité et de manière définitive la plupart des allégations des États-Unis. Par conséquent, il est probable que les constatations de l'OMC nécessiteront seulement des modifications mineures des politiques et pratiques européennes." *WTO final ruling: Decisive victory for Europe*, communiqué de presse d'Airbus (18 mai 2011) (pièce USA-4).

rapportaient exclusivement à la subvention relative à l'aéroport de Brême et à la subvention relative au Mühlenberger Loch. S'agissant des autres subventions, y compris *toutes* les AL/FEM, "les 34 autres "mesures" de mise en conformité alléguées {n'étaient} pas des "actions" ayant trait au subventionnement actuel (ni même antérieur) des LCA d'Airbus".¹⁵

6. L'UE n'a pas fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle seules 2 des 36 mesures alléguées – et aucune des mesures relatives à l'AL/FEM – étaient des actions de mise en conformité positives. Par conséquent, aux fins de la présente procédure, il n'est pas contesté que l'UE n'a pas pris de mesures pour retirer les subventions AL/FEM ou éliminer leurs effets défavorables. L'appel de l'UE ne concerne donc pas l'absence alléguée de reconnaissance par le Groupe spécial de la mise en conformité de l'efficacité de sa mise en conformité inexistante en ce qui concerne les subventions AL/FEM, mais bien la question de savoir si le Groupe spécial a eu raison de s'abstenir de souscrire à une série de simples affirmations et arguments qui remplaçaient des mesures positives qui auraient rendu les mesures de l'UE conformes.
7. Pour aggraver encore les choses, les quatre États membres d'Airbus ont en réalité accordé une *autre* série d'AL/FEM à Airbus, cette fois-ci pour le lancement de son tout dernier modèle, l'A350 XWB, ce qui représentait un montant supplémentaire de 4,8 milliards de dollars EU¹⁶, pour un total d'environ 20 milliards de dollars EU en tant que principal au titre de l'AL/FEM.
8. Après littéralement des milliers de pages de communications écrites, 292 questions aux parties et près de 7 années de procédure de règlement du différend à l'OMC, l'UE n'a rien fait pour retirer les énormes montants d'AL/FEM visés par les demandes initiales de consultations et d'établissement d'un groupe spécial présentées par les États-Unis. Ceux-ci ont considéré que cette inaction concernant les AL/FEM antérieures et l'octroi de nouvelles AL/FEM n'avaient fait qu'éloigner l'UE d'une mise en conformité avec les articles 5 et 6.3 de l'Accord SMC. C'est pourquoi ils ont engagé la présente procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord. Il n'est donc pas étonnant que, après encore des milliers de pages de communications écrites, 166 questions additionnelles aux parties et une évaluation approfondie, le Groupe spécial de la mise en conformité soit arrivé à la conclusion que l'UE ne s'était pas conformée aux recommandations et décisions de l'ORD. Il a en outre constaté que, comme pour les avions Airbus antérieurs, l'AL/FEM d'une valeur de 4 milliards de dollars EU accordée pour l'A350 XWB avait conféré une subvention et causé des effets défavorables pour les intérêts des États-Unis, y compris des pertes de ventes de 50 avions d'une valeur de plusieurs milliards de dollars.¹⁷ Dans l'ensemble, le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté la perte de 375 commandes d'une valeur de plusieurs dizaines de milliards de dollars¹⁸, ainsi qu'un détournement et/ou une entrave sur huit marchés différents, y compris dans l'UE, en Chine, en Inde et en Australie.¹⁹
9. Cela nous amène à aujourd'hui. L'UE a fait appel des constatations du Groupe spécial de la mise en conformité, affirmant que ce dernier avait mal interprété et appliqué les dispositions pertinentes de l'Accord SMC et du Mémoire d'accord, et qu'il n'avait pas procédé à une évaluation objective de la question aux fins de l'article 11 du Mémoire d'accord. Aucune de ses allégations n'est fondée.

¹⁵ *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des avions civils gros porteurs, recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS316/RW, distribué le 22 septembre 2016, paragraphe 6.42 ("rapport du Groupe spécial de la mise en conformité").

¹⁶ *Airbus set to gain aid for A350*, Kevin Done and Peggy Hollinger, Financial Times (June 15, 2009) (pièce USA-7).

¹⁷ Rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, paragraphe 6.1781. Les prix catalogue des avions pertinents en 2011 sont indiqués au paragraphe 6.1295 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité. La valeur de ces commandes perdues totalise plusieurs milliards de dollars quelle que soit l'hypothèse raisonnable utilisée concernant les remises par rapport au prix catalogue.

¹⁸ Rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, paragraphe 6.1781. Les prix catalogue des avions pertinents sont indiqués aux paragraphes 6.1239, 6.1295 et 6.1373 du rapport du Groupe spécial de la mise en conformité. La valeur de ces commandes perdues totalise plusieurs dizaines de milliards de dollars quelle que soit l'hypothèse raisonnable utilisée concernant les remises par rapport au prix catalogue.

¹⁹ Rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, paragraphes 6.1817 et 7.1 d) xv).

10. La **section II** porte sur le critère appliqué pour évaluer si une partie s'est conformée à une recommandation de se mettre en conformité avec l'obligation que lui impose l'article 5 de l'Accord SMC de ne pas causer d'effets défavorables en recourant à des subventions. Le Groupe spécial a noté que l'article 5 définissait l'incompatibilité avec les règles de l'OMC du point de vue des effets des subventions et que l'Organe d'appel avait constaté qu'"{i}l {pouvait} être constaté qu'une subvention antérieure qui n'exist{ait} plus caus{ait} ou {avait} causé des effets défavorables qui rest{aient} actuels pendant la période de référence".²⁰ Il a donc constaté que l'expiration passive alléguée de certaines subventions AL/FEM ne dispensait pas l'UE de son obligation de se mettre en conformité avec l'article 5 en ce qui concerne les effets de ces subventions. L'article 7.8 de l'Accord SMC définit la mesure corrective en cas d'incompatibilité avec l'article comme étant l'alternative suivante: le retrait de la subvention *ou* l'élimination de ses effets défavorables. L'UE a fait valoir devant le Groupe spécial, et fait maintenant valoir en appel, que l'expiration passive alléguée des subventions pouvant donner lieu à une action assurait le "retrait" de ces subventions, et qu'elle n'avait dès lors pas d'obligation en ce qui concerne leurs effets défavorables actuels. Cet argument ne tient pas compte de la constatation de l'Organe d'appel dans la procédure initiale, fondée sur un raisonnement qui s'applique en l'occurrence, selon laquelle les subventions AL/FEM de l'UE causent des effets défavorables s'agissant de tous les aéronefs existants de Boeing. De ce fait, l'interprétation donnée par l'UE de l'article 7.8 lui permettrait de continuer d'agir d'une manière incompatible avec l'article 5. Cette interprétation contredit l'interprétation correcte de l'article 7.8, conformément aux règles coutumières d'interprétation applicables aux accords visés, et minimise indûment les pertes de ventes massives actuelles ainsi que le détournement et l'entrave que l'AL/FEM a causés pendant au moins une décennie en les qualifiant d'effet "temporaire" sur le marché. Elle ne fournit pas de base permettant de modifier ou d'infirmer les constatations du Groupe spécial.
11. La **section III** examine l'argument de l'UE selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'il n'y avait pas de désaccord entre les parties sur le point de savoir si l'UE respectait actuellement ses obligations dans le cadre de l'OMC concernant les subventions relatives au Mühlenberger Loch et à la piste de l'aéroport de Brême, et qu'il n'y avait donc pas lieu de formuler une constatation sur cette question. Les États-Unis ont précisé pendant toute la procédure qu'ils ne formulaient pas d'allégation de non-mise en conformité concernant la subvention relative à la piste de l'aéroport de Brême et, depuis leur deuxième communication écrite, qu'ils ne maintenaient pas d'allégation concernant la subvention relative au Mühlenberger Loch. L'UE a adopté le point de vue selon lequel une allégation semblable serait sans fondement. Il n'y a donc pas de désaccord entre les parties sur le point de savoir si les mesures prises par l'UE pour se mettre en conformité sont compatibles avec les disciplines pertinentes de l'Accord SMC, et une constatation du Groupe spécial n'est pas nécessaire.
12. Les **sections IV et V** répondent aux allégations d'erreur de l'UE concernant le choix par le Groupe spécial d'un point de repère commercial afférent à l'AL/FEM pour l'A350 XWB. La section IV porte plus particulièrement sur l'élément taux d'emprunt de société du point de repère. L'UE fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en utilisant le rendement moyen sur un mois et sur six mois d'une obligation EADS pour établir le taux d'emprunt de société. Selon elle, le Groupe spécial était tenu de se limiter à la période de 24 heures coïncidant avec la finalisation des modalités et conditions de l'AL/FEM pour choisir les données relatives au point de repère commercial. Toutefois, aucune disposition des accords visés n'impose une telle limitation aux groupes spéciaux – en fait, les indications de l'Organe d'appel donnent à penser que les groupes spéciaux devraient construire les points de repère commerciaux en s'appuyant sur n'importe quel renseignement pertinent disponible au moment de la finalisation des modalités et conditions d'une subvention, y compris les renseignements qui sont antérieurs à la finalisation.²¹ Cette approche plus large est particulièrement appropriée compte tenu des faits en l'espèce, parce que les modalités et conditions de l'AL/FEM pour

²⁰ Rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, paragraphe 6.820, citant *CE – Aéronefs civils gros porteurs (Organe d'appel)*, paragraphe 712.

²¹ *CE – Aéronefs civils gros porteurs (Organe d'appel)*, paragraphe 836.

l'A350 XWB ont été négociées par le biais de **[RCC]**²² sur une période d'environ **[RCC]** ou plus.²³

13. La **section V** porte sur le choix par le Groupe spécial de l'élément prime de risque par projet du point de repère afférent à l'AL/FEM pour l'A350 XWB. L'UE fait valoir que le Groupe spécial aurait dû entreprendre une "recherche progressive" d'un instrument de prêt servant de point de repère commercial, ce qui l'aurait censément amené à définir une prime de risque par projet fondée sur les contrats d'Airbus conclus avec ses fournisseurs partageant les risques pour le projet d'A350 XWB, au lieu d'utiliser la prime de risque par projet afférente à l'AL/FEM pour l'A380 issue du différend initial, que le Groupe spécial a effectivement utilisée. Toutefois, le Groupe spécial n'était pas tenu d'effectuer la "recherche progressive" préconisée par l'UE. Au contraire, la prescription relative à la "recherche progressive" s'applique aux autorités nationales qui mènent des enquêtes en matière de droits compensateurs, alors que, dans les différends soumis à l'OMC qui relèvent des parties II et III de l'Accord SMC, c'est aux parties – et non au Groupe spécial – qu'incombe la charge d'établir le point de repère commercial approprié. Les États-Unis se sont acquittés de cette charge en établissant l'adéquation de la prime de risque par projet afférente à l'A380 pour l'AL/FEM pour l'A350 XWB, et l'UE n'a pas proposé d'autre solution. D'ailleurs, l'UE n'a même pas présenté les contrats conclus avec des fournisseurs partageant les risques dont elle fait maintenant valoir, tardivement, qu'ils sont si essentiels pour l'analyse du point de repère par le Groupe spécial. En tout état de cause, une "recherche progressive" aurait vraisemblablement amené le Groupe spécial à choisir la prime de risque par projet pour l'A380, exactement comme il l'a effectivement fait, parce que l'AL/FEM pour l'A380 a des modalités plus proches de celles de l'AL/FEM pour l'A350 XWB que ne le sont celles des contrats conclus avec des fournisseurs partageant les risques concernant l'A350 XWB, selon ce que les éléments de preuve disponibles indiquent.
14. La **section VI** porte sur la contestation par l'UE de la constatation du Groupe spécial selon laquelle les effets défavorables devraient être évalués par rapport à trois marchés de produits: les aéronefs monocouloirs, les aéronefs bicouloirs et les aéronefs très gros porteurs ("VLA"). L'UE allègue que le Groupe spécial "a remplacé le critère des "contraintes concurrentielles significatives" de l'Organe d'appel" par un critère fondé sur la simple existence d'un rapport de concurrence, indépendamment de la nature ou du degré de ce rapport.²⁴ Les deux hypothèses de l'UE sont erronées.
15. Comme le Groupe spécial l'a constaté, l'Organe d'appel n'a pas souscrit à un "critère des contraintes concurrentielles significatives" lorsqu'il a employé ce membre de phrase une seule fois dans une note de bas de page, et "il n'y a aucun élément textuel permettant d'interpréter le mot "marché" qui apparaît à l'article 6.3 a), b) et c) de l'Accord SMC d'une manière qui signifierait que l'existence d'un "préjudice grave" pourrait être constatée uniquement dans le contexte de marchés de produits où il y a une concurrence vive ("significative" ou "étroite)".²⁵
16. Par ailleurs, le Groupe spécial n'a pas appliqué un critère qui traitait les produits comme étant en concurrence sur le même marché dans les cas où il existait un quelconque rapport de concurrence. C'est ce qui ressort de la reconnaissance par le Groupe spécial du fait que, même si les trois marchés de produits retenus rendaient compte de la plupart des interactions concurrentielles, une certaine concurrence s'exerçait entre des aéronefs sur des marchés différents. En fait, l'analyse de 90 pages respectait strictement les indications de l'Organe d'appel et évaluait soigneusement les arguments détaillés et les très nombreux éléments de preuve, y compris maints rapports d'experts et RCES concernant les stratégies de commercialisation et les campagnes de vente. Par conséquent, le Groupe spécial a interprété et appliqué correctement l'article 6.3 et a procédé à une évaluation objective de la question comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord. Les allégations d'erreur de l'UE sont donc dénuées de fondement, ainsi qu'il est démontré plus avant dans la section VI.

²² Rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, paragraphe 6.644 (citant M. Tom Williams, Vice-Président exécutif d'Airbus SAS chargé des programmes, 17 mai 2013 (pièce EU-354 (RCC)), paragraphe 3).

²³ Voir le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, paragraphes 6.55 et 6.645.

²⁴ UE, communication en tant qu'appelant, paragraphes 602 et 624.

²⁵ Rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, paragraphe 6.1211.

17. La **section VII** porte sur l'argument de l'UE voulant que la constatation formulée dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* selon laquelle les aéronefs civils gros porteurs de Boeing étaient subventionnés crée une question factuelle "nouvelle". Sur cette base, l'UE soutient que des "raisons impérieuses", centrées sur ce qu'elle qualifie d'indications de l'Organe d'appel intervenues entre-temps, prescrivent un examen de la constatation du Groupe spécial initial selon laquelle l'article 6.4 de l'Accord SMC n'empêche pas de constater qu'il y a eu détournement au sens de l'article 6.3 b) lorsque les exportations du Membre plaignant ont elles-mêmes été subventionnées. La mesure dans laquelle les aéronefs de Boeing étaient subventionnés n'a joué aucun rôle dans l'analyse et la constatation juridiques du Groupe spécial initial. Il n'a pas été fait appel de la constatation du Groupe spécial initial, de sorte que l'Organe d'appel n'a pas examiné cette question de droit pendant la procédure initiale. L'ORD a adopté le rapport du Groupe spécial initial modifié par l'Organe d'appel. L'UE n'est pas autorisée dans la présente procédure de mise en conformité à demander à l'Organe d'appel d'examiner, conformément à l'article 17:13 du Mémoire d'accord, si la constatation juridique du Groupe spécial et les recommandations et décisions de l'ORD concernant l'article 6.4 de l'Accord SMC devraient être confirmées, modifiées ou infirmées. Par conséquent, le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que l'argument de l'UE ne justifiait pas la modification ou l'infirmerie de la constatation du Groupe spécial initial selon laquelle l'article 6.4 ne décrit pas l'unique fondement qui permet de démontrer le bien-fondé d'une allégation de détournement ou d'entrave au titre de l'article 6.3 b).
18. La **section VIII** porte sur la contestation par l'UE de l'analyse du lien de causalité du Groupe spécial. Selon l'UE, l'approche incorrecte du Groupe spécial concernant le lien de causalité l'a empêché de prendre en considération les effets du temps écoulé et des investissements postérieurs au lancement d'Airbus dans les programmes relatifs à l'A320 et l'A330 qui, selon l'UE, ont rompu tout lien de causalité entre l'AL/FEM et la présence sur le marché de l'A320, de l'A330 et de l'A380. Ces allégations sont manifestement fausses. Le Groupe spécial a explicitement souscrit à l'approche contrefactuelle privilégiée par l'Organe d'appel. Utilisant les constatations initiales comme point de départ, il a fait un examen exhaustif des éléments de preuve et arguments concernant la situation contrefactuelle pendant la période postérieure à la mise en œuvre. Ce faisant, il a soigneusement évalué les arguments de l'UE concernant le temps écoulé et les causes intermédiaires. Il les a trouvés insuffisants parce qu'ils n'étaient pas étayés par les faits et le droit, et non en raison d'une approche analytique incorrecte.
19. Le Groupe spécial a suivi les indications de l'Organe d'appel selon lesquelles les effets des subventions AL/FEM prendraient fin à un moment donné, tout en reconnaissant que la détermination du moment où cela se produirait dépendrait des éléments de preuve et non des attentes concernant la "durée de vie" de la subvention. Par conséquent, il a constaté que les effets indirects des premières séries d'AL/FEM n'avaient pas de lien réel avec le lancement et la présence sur le marché de l'A350 XWB. Cela réfute l'affirmation de l'UE selon laquelle l'approche analytique du Groupe spécial ne permettait pas de tenir compte de la façon dont les effets des subventions disparaissaient avec le temps. Bien que l'UE ait affirmé à maintes reprises que le temps écoulé avait privé les subventions AL/FEM antérieures de tout effet actuel, il s'agissait de simples affirmations ne reposant sur aucun élément de preuve ou dépourvues de fondement logique.
20. Une faille semblable entachait la critique de l'analyse des investissements d'Airbus postérieurs au lancement formulée par l'UE. Le Groupe spécial a reconnu l'importance de ces investissements, mais a constaté qu'ils ne rendaient pas les effets des subventions AL/FEM insignifiants, surtout compte tenu du fait que l'existence des investissements postérieurs au lancement était subordonnée à ces effets des subventions.
21. Dans l'ensemble, l'UE n'a présenté au Groupe spécial aucun élément permettant de constater que, en l'absence des subventions AL/FEM, Airbus aurait remporté les ventes et la part de marché qu'elle a remportées pendant la période postérieure à la mise en œuvre.²⁶ L'UE soutient en outre que le Groupe spécial n'avait pas de fondement pour constater

²⁶ Voir le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, paragraphe 6.1526 ("[L']Union européenne ne fait pas valoir dans la présente procédure qu'une société Airbus non subventionnée aurait commencé à exister à un moment donné après la fin de 2006.").

l'existence d'effets de l'AL/FEM octroyée pour l'A380 et l'A350 XWB mais ces arguments reposent sur des qualifications erronées des constatations formulées dans la procédure initiale et dans la présente procédure. En résumé, le Groupe spécial a constaté que l'AL/FEM et d'autres subventions continuaient de causer un préjudice grave parce c'est ce qui ressortait des éléments de preuve examinés à la lumière des constatations formulées dans la procédure initiale. Les pouvoirs publics soutenant Airbus ont accordé d'énormes subventions destinées à permettre la création de programmes de production d'une durée de plusieurs décennies et à jeter les bases financière, technologique et industrielle de programmes de production ultérieurs qui sont également directement subventionnés sur une très grande échelle. Cette situation a perduré pendant le déroulement de la procédure initiale et de la présente procédure de mise en conformité, avec l'octroi d'encore plus de subventions AL/FEM pour l'A350 XWB.²⁷ Le Groupe spécial n'a pas fait erreur en prenant conscience de ce schéma de subventionnement de longue date et de ses effets défavorables pour les intérêts des États-Unis.

22. La **section IX** porte sur la critique par l'UE des constatations du Groupe spécial concernant le détournement et/ou l'entrave, qui dénotent une interprétation incorrecte de l'Accord SMC et vont à l'encontre des faits constatés par le Groupe spécial. Le Groupe spécial a correctement examiné les allégations des États-Unis concernant le détournement et l'entrave au moyen d'une analyse contrefactuelle unitaire.²⁸ Considérée conjointement avec ses constatations concernant l'absence de LCA d'Airbus sur le marché dans les scénarios contrefactuels plausibles, l'évaluation des données effectuée par le Groupe spécial démontrait que les subventions AL/FEM et autres contestées avaient empêché la branche de production des LCA des États-Unis d'améliorer ses positions sur le marché, soit en substituant les LCA d'Airbus subventionnés aux exportations de LCA des États-Unis (détournement), soit en empêchant les volumes d'exportation et la part de marché des LCA des États-Unis d'être plus élevés ou même de se matérialiser (entrave). L'UE n'a donc indiqué aucune raison valable d'infirmer ou de modifier les constatations du Groupe spécial.
23. La **section X** porte sur l'argument de l'UE selon lequel si l'Organe d'appel infirme ou modifie certaines constatations du Groupe spécial, il n'y a pas de base permettant de compléter l'analyse du Groupe spécial. Comme les sections II à IX le montrent, l'UE n'a pas fourni de base permettant de le faire. Néanmoins, à supposer pour les besoins de l'argumentation que l'Organe d'appel infirme une ou plusieurs constatations du Groupe spécial, l'UE fait erreur en faisant valoir que les constatations de fait et les données de fait non contestées ne sont pas suffisantes pour permettre à l'Organe d'appel de compléter l'analyse des effets défavorables. L'erreur la plus flagrante est l'affirmation selon laquelle l'infirmerie partielle des constatations du Groupe spécial concernant le non-retrait par l'UE des subventions AL/FEM "*reconstituerait l'ensemble des subventions* visées par l'évaluation des effets défavorables faite par l'Organe d'appel"²⁹ et transformerait les effets de toutes subventions retirées en *facteurs de non-imputation* empêchant des constatations d'effets défavorables en ce qui concerne les subventions non retirées.³⁰ Dans les faits, il est demandé par cet argument à l'Organe d'appel de constater que les effets de subventions incompatibles avec les règles de l'OMC ont eux-mêmes permis à l'UE de se mettre pleinement en conformité.

²⁷ Voir le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, paragraphe 6.145.

²⁸ CE – Aéronefs civils gros porteurs (Organe d'appel), paragraphe 1163.

²⁹ UE, communication en tant qu'appelant, paragraphe 1074.

³⁰ UE, communication en tant qu'appelant, paragraphe 1097.

ANNEXE B-4**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE L'UNION EUROPÉENNE
EN TANT QU'INTIMÉ****1 INTRODUCTION**

1. Dans leur communication d'autre appelant, les États-Unis soulèvent ce qu'ils appellent "deux questions limitées" concernant le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends)* ("Groupe spécial de la mise en conformité" ou "Groupe spécial").¹ L'Union européenne demande que l'Organe d'appel rejette l'appel des États-Unis concernant ces deux questions.

2 L'ORGANE D'APPEL DEVRAIT REJETER L'APPEL DES ÉTATS-UNIS SELON LEQUEL LE GROUPE SPÉCIAL A CONSTATÉ À TORT QUE LES DURÉES DE VIE DES SUBVENTIONS AL/FEM ANTÉRIEURES À L'A380 AVAIENT EXPIRÉ

2. Les États-Unis font appel de certains éléments des constatations du Groupe spécial selon lesquelles les durées de vie des subventions AL/FEM antérieures à l'A380 ont expiré avant ou peu après la fin de la période de mise en œuvre le 1^{er} décembre 2011.² L'appel des États-Unis est subordonné à l'information par l'Organe d'appel de l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 7.8 de l'*Accord SMC*.³
3. Selon les États-Unis, le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* en ce qui concerne une partie (mais pas la totalité) des subventions AL/FEM antérieures à l'A380 dont il avait constaté l'expiration des durées de vie *ex ante* attendues.⁴ Bien que la position des États-Unis ne soit pas tout à fait claire, pour eux, cette erreur semble résulter du fait que le remboursement *effectif* du principal et des intérêts n'avait pas été effectué, et/ou du fait que la durée de vie commerciale *effective* de l'aéronef correspondant n'avait pas expiré, à la fin de la période de mise en œuvre.
4. L'Organe d'appel devrait rejeter l'appel des États-Unis. Bien que les États-Unis expriment une adhésion de pure forme au principe fermement établi selon lequel la durée de vie d'une subvention doit être déterminée *ex ante* au moment de l'octroi de la subvention, leur appel repose en fait sur le principe fermement rejeté selon lequel la durée de vie d'une subvention dépend de la façon dont la subvention fonctionne *effectivement* après son octroi. Pour l'essentiel, le Groupe spécial a correctement interprété et appliqué l'article 1.1 b) en constatant que les durées de vie de toutes les subventions AL/FEM antérieures à l'A380 en cause dans le présent appel avaient expiré, sur la base de considérations *ex ante* concernant la durée de vie attendue de chaque subvention.
5. *Premièrement*, le Groupe spécial a correctement interprété l'article 1.1 b). Sur la base du texte de l'article 1.1 b) et à la lumière de son contexte (l'article 14 de l'*Accord SMC*), l'Organe d'appel dans la procédure initiale a constaté que l'analyse de l'"avantage" supposait une "analyse *ex ante* qui ne dépend{ait} pas de la façon dont la contribution financière particulière {avait} effectivement fonctionné après qu'elle {avait} été accordée".⁵

¹ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 1.

² Les États-Unis ne font pas appel des constatations du Groupe spécial selon lesquelles les sept subventions sous forme d'apports de capitaux étaient arrivées à expiration avant la fin de la période de mise en œuvre ou selon lesquelles deux dons régionaux pour le développement avaient expiré en 2014. Ils ne font pas non plus appel des constatations du Groupe spécial selon lesquelles la durée de vie des subventions AL/FEM liées à l'A300 et à l'A310 a pris fin.

³ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, section II.

⁴ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 17 et 18.

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 706 (italique dans l'original). Rapport de l'Organe d'appel *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1241 (non souligné dans

6. Conformément aux indications de l'Organe d'appel, le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté qu'il était tenu de déterminer la durée de vie de chacune des subventions AL/FEM sur la base d'une évaluation *ex ante*.⁶ Les États-Unis ne présentent aucun argument indiquant pourquoi cette interprétation de l'article 1.1 b) est erronée. Au contraire, ils semblent convenir avec le Groupe spécial – et avec l'Union européenne – que l'article 1.1 b), correctement interprété, exige la détermination de la durée de vie d'une subvention sur la base d'une "évaluation *ex ante*".⁷ Il apparaît ainsi que les deux participants conviennent que le Groupe spécial a correctement interprété l'article 1.1 b).⁸ Il n'y a donc pas d'appel relatif à l'"interprétation".
7. *Deuxièmement*, l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 1.1 b) devrait aussi être rejeté. Bien que les États-Unis conviennent que l'article 1.1 b) appelle une évaluation *ex ante*, ils appliquent à tort une évaluation *a posteriori*, axée sur la façon dont la subvention particulière *a effectivement fonctionné après avoir été accordée*.
8. Les États-Unis affirment que les attentes *ex ante* de l'entité accordant la subvention et du bénéficiaire doivent être déterminées *a posteriori*, à la lumière i) de la durée de vie *effective* du prêt; et/ou ii) de la durée de vie commerciale *effective* du programme d'aéronef. Spécifiquement, à leur avis, le Groupe spécial n'a pas reconnu que "l'entité accordant la subvention et le bénéficiaire s'attendaient à ce que l'avantage subsiste *tant que des versements seraient dus*"⁹, ce qui, comme ils l'affirment, est un "événement variable" qui dépend du remboursement effectif et qui n'est pas susceptible de détermination *ex ante*.¹⁰ Dans d'autres cas, les États-Unis affirment que "les parties s'attendaient à ce que l'avantage conféré par l'AL/FEM persiste *pendant toute la durée de vie des programmes d'aéronef subventionnés*".¹¹
9. L'argument des États-Unis selon lequel la durée de vie d'une subvention AL/FEM doit être déterminée à la lumière de la façon dont la durée de vie de la subvention ou la durée de vie commerciale de l'aéronef financé évolue *a posteriori* est contredit par leur reconnaissance du fait que les attentes *ex ante* devaient constituer le fondement de la détermination de la durée de vie d'une subvention.
10. Contrairement à ce que l'Organe d'appel a indiqué, chacune des deux approches conseillées par les États-Unis par définition "dépend ... de la façon dont la subvention particulière *a effectivement fonctionné après qu'elle a été accordée*".¹² Sans la proverbiale boule de cristal, la durée de vie commerciale *effective* et la durée de vie *effective* du prêt ne sont pas des

l'original). Voir aussi *id.*, paragraphes 707 ("une analyse de l'avantage au titre de l'article 1.1 b) est prospective et est axée sur des projections futures"; "analyse *ex ante* de l'avantage"; "période pendant laquelle on s'attend à ce que la subvention soit utilisée pour la production future") (italique dans l'original, non souligné dans l'original), 709 ("{a}u moment où une subvention est accordée, il sera nécessairement projeté qu'elle aura une durée de vie déterminée et qu'elle sera utilisée pendant cette période déterminée"; un groupe spécial "doit prendre en considération la trajectoire de la subvention, tel qu'il a été projeté, au moment de l'octroi, qu'elle se matérialiserait pendant une certaine période"; "un groupe spécial doit tenir compte du fait qu'une subvention accordée se déploie et diminue avec le temps, et aura une durée de vie déterminée"; "des "événements intermédiaires" ... qui peuvent affecter la valeur projetée de la subvention telle que déterminée dans le cadre de l'analyse *ex ante*) (italique dans l'original, non souligné dans l'original), 710 ("l'amortissement de la subvention qui a été projeté ex ante"), 1236 ("un groupe spécial {doit} prendre en compte dans son analyse *ex ante* la façon dont on s'attend à ce qu'une subvention se matérialise dans le temps"; "{u}n groupe spécial est également tenu d'examiner si la durée de vie d'une subvention a pris fin, par exemple, du fait de l'amortissement de la subvention sur la période considérée ou parce que la subvention a été retirée au bénéficiaire") (italique dans l'original).

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.876 à 6.879 et 6.890.

⁷ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 9 et 10.

⁸ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 9.

⁹ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 12 (pas d'italique dans l'original).

¹⁰ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 10 et 14.

¹¹ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 15. Voir aussi *id.*, paragraphes 8 (note de bas de page 15) ("continuent d'être commercialisés"), 18 ("les AL/FEM pour l'A320, l'A330-200 et l'A330/A340 de base n'étaient pas arrivées à expiration le 1^{er} décembre 2011, étant donné que les programmes de production d'aéronefs civils gros porteurs correspondants étaient toujours en cours à l'époque (et le sont encore)"), 17 (note de bas de page 35) ("continuent d'être commercialisés").

¹² Rapport de l'Organe d'appel CE – *Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 706 (pas d'italique dans l'original). Voir aussi *id.*, paragraphe 1241.

périodes qui peuvent être déterminées *ex ante*. Il s'agit de périodes qui, par définition, peuvent être déterminées uniquement *a posteriori*, une fois que la durée de vie commerciale effective du programme de LCA a pris fin, ou une fois que le remboursement final effectif a eu lieu, souvent des décennies après l'octroi de la subvention.

11. L'Union européenne note que dans un cas, à savoir celui de l'AL/FEM pour l'A340-500/600, les États-Unis adoptent une approche différente. Comme, selon eux, ce programme "a été un échec avant le remboursement intégral", ils affirment que la durée de vie des subventions ne prend pas fin avec la durée de vie commerciale effective du programme relatif à l'A340/500-600, mais se prolonge loin dans l'avenir, c'est-à-dire jusqu'à ce que la durée de vie d'une soi-disant éventuelle "annulation de dette" prenne fin.¹³ Pour au moins deux raisons distinctes, l'argument des États-Unis doit être rejeté. *Premièrement*, et une fois de plus, l'argument des États-Unis rejette effectivement une évaluation *ex ante* de la durée de vie d'une subvention en faveur d'une approche fondée sur une évaluation *a posteriori* du fonctionnement d'une subvention après son octroi. *Deuxièmement*, les États-Unis déforment la nature de la subvention AL/FEM en affirmant qu'elle donne lieu à une deuxième subvention, sous la forme d'une "annulation de dette", dans les situations où des prêts remboursables sous condition demeurent non remboursés parce que la condition (c'est-à-dire la livraison d'un aéronef) du remboursement n'est pas déclenchée. L'approche des États-Unis entraîne un "double comptage" de l'avantage conféré au bénéficiaire.¹⁴
12. De plus, et aussi en ce qui concerne l'AL/FEM pour l'A340-500/600, les États-Unis font valoir que les constatations du Groupe spécial étaient en tout état de cause "dénuées de pertinence" pour l'évaluation de la mise en conformité de l'UE, parce que ces subventions avaient expiré *après* la fin de la période de mise en œuvre, quoique bien avant que le Groupe spécial ne formule ses constatations et ne remette son rapport.¹⁵ Les États-Unis font erreur.
13. Il est bien établi qu'un groupe spécial, y compris un groupe spécial de la mise en conformité, doit évaluer la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une mesure qui lui est soumise au regard de l'intégralité des éléments de preuve.¹⁶ Dans la présente affaire, compte tenu de la nature *ex ante* de l'analyse, tous les éléments de preuve concernant l'expiration d'une quelconque subvention AL/FEM antérieure à l'A380 sont même *antérieurs, de plus d'une décennie*, à l'établissement du Groupe spécial. Rien ne s'oppose donc à leur évaluation. En tout état de cause, même dans les cas où des éléments de preuve sont *postérieurs* à l'établissement du Groupe spécial, il faut prendre ces faits nouveaux en compte pour évaluer la mise en conformité, car ne pas le faire irait à l'encontre de l'objectif du Mémoire d'accord consistant à assurer le règlement rapide des différends.
14. Enfin, l'Union européenne note que les États-Unis ne demandent pas à l'Organe d'appel d'infirmar les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les durées de vie des subventions AL/FEM pour les programmes d'aéronefs qui n'étaient plus commercialisés le 1^{er} décembre 2011, à savoir les modèles A300 et A310, avaient expiré.¹⁷ Cela veut dire que, même si l'Organe d'appel devait souscrire à l'appel conditionnel des États-Unis, il serait quand même obligé d'infirmar la plupart des constatations du Groupe spécial relative aux effets défavorables.

¹³ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 17 (note de bas de page 35). Voir aussi *id.*, paragraphes 10 (note de bas de page 17) et 12.

¹⁴ *Premièrement*, au moment où le prêt est conclu, parce que la rentabilité attendue du prêt est inférieure à ce qu'un prêteur commercial aurait exigé pour assumer le risque que les livraisons soient en deçà du nombre requis pour le remboursement intégral du principal et des intérêts; et, *deuxièmement*, lorsque le nombre d'aéronefs effectivement livrés est inférieur aux projections faites par les parties au moment où les accords de prêt ont été conclus (auquel cas les États-Unis considèrent qu'une subvention supplémentaire est accordée au bénéficiaire sous la forme d'une "annulation" de dette).

¹⁵ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, notes de bas de page 14 et 35.

¹⁶ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1443; le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphes 10.18, 10.105 et 10.248; le rapport du Groupe spécial *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 7.1694 et 7.1714; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (Japon) (article 21:5 – Japon)*, paragraphes 121 à 130.

¹⁷ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 17 et 18.

15. En effet, ayant infirmé l'interprétation erronée donnée par le Groupe spécial de l'article 7.8 de l'Accord SMC (qui est la condition imposée par les États-Unis pour que l'Organe d'appel examine cet aspect de leur autre appel), l'Organe d'appel devrait constater que ces constatations relatives aux effets défavorables sont erronées, étant donné que les effets défavorables dont l'existence a été constatée par le Groupe spécial sont entretenus par les subventions dont les États-Unis eux-mêmes admettent qu'elles ont expiré, et ont donc été retirées, au sens de l'article 7.8.

3 L'ORGANE D'APPEL DEVRAIT REJETER LES AFFIRMATIONS DES ÉTATS-UNIS CONCERNANT LES CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL AU TITRE DE L'ARTICLE 3.1 B) DE L'ACCORD SMC

16. Les États-Unis font également un certain nombre d'affirmations concernant les constatations du Groupe spécial de la mise en conformité selon lesquelles les États-Unis n'ont pas démontré que les AL/FEM française, allemande, espagnole et britannique pour l'A350XWB constituaient des subventions prohibées au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC.¹⁸
17. Les États-Unis n'allèguent toutefois pas l'existence d'une erreur concernant ces constatations.¹⁹ Ils se bornent plutôt à faire des affirmations en lien avec ce qu'ils appellent une "interprétation concurrente" de l'article 3.1 b) dont ils allèguent qu'elle a été examinée par le Groupe spécial *États-Unis – Incitations fiscales conditionnelles pour les aéronefs civils gros porteurs* ("DS487"). En particulier, ils demandent que l'Organe d'appel détermine la justesse de cette "interprétation concurrente" alléguée de l'article 3.1 b).²⁰ Sous réserve que l'Organe d'appel souscrive à cette "interprétation concurrente" alléguée, les États-Unis demandent qu'il infirme les constatations du Groupe spécial dans le présent différend et complète l'analyse juridique.²¹
18. Avant toute chose, l'Union européenne juge nécessaire de préciser que l'intégralité de l'"appel" des États-Unis repose sur une hypothèse erronée inscrite dans le choix qu'ils ont fait de certains termes. Les États-Unis allèguent que des "interprétations concurrentes" de l'article 3.1 b) sont en cause dans le présent différend et le différend DS487. Pour formuler cette allégation, ils supposent que des *résultats différents* dans deux affaires différentes, relevant de la même disposition conventionnelle, dénotent nécessairement l'existence d'"interprétations concurrentes" de la disposition. Cette supposition est erronée – des résultats différents peuvent tout à fait être le résultat de différences dans l'application de la même interprétation à *deux configurations factuelles différentes* en cause dans les deux différends.
19. C'est précisément ce qui s'est produit dans le présent différend et le différend DS487. L'*interprétation* de l'article 3.1 b) avancée par l'Union européenne dans les deux affaires et admise par les deux groupes spéciaux est la même: une subvention subordonnée à la production d'un produit particulier ne contrevient pas, sans rien de plus, à l'article 3.1 b), indépendamment de la question de savoir si en fait, ce produit devient ou non plus tard un intrant; mais une subvention subordonnée à la production d'un LCA et, en plus, à une prescription imposant qu'un intrant particulier (l'aile) soit fabriqué dans le pays contrevient bel et bien à la disposition. La différence dans le résultat entre les deux affaires est due non pas à des interprétations différentes, mais bien à des *configurations factuelles* (à des arguments y relatifs) différentes.
20. L'Organe d'appel devrait rejeter l'"appel" des États-Unis pour trois motifs distincts. *Premièrement*, pour plusieurs raisons, les affirmations sur lesquelles les États-Unis se fondent pour demander à l'Organe d'appel d'examiner les constatations du Groupe spécial ne constituent pas à proprement parler un "appel" au sens du Mémoire d'accord. Tout d'abord, pour l'essentiel, l'Organe d'appel devrait rejeter l'"appel" des États-Unis comme n'étant pas valable parce que ces derniers n'ont allégué aucune erreur ayant trait à des "questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial" ou à des "interprétations du droit données par celui-ci", au sens de l'article 17:6 du Mémoire d'accord. En fait, les

¹⁸ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, section III.

¹⁹ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 22.

²⁰ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 21 à 23.

²¹ États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 23, section III.B.

États-Unis souscrivent à l'interprétation adoptée par le Groupe spécial.²² Sans une allégation d'erreur, il n'y a pas d'"appel" sur lequel l'Organe d'appel peut rendre une décision.

21. Par ailleurs, des considérations relatives au différend DS487 ne peuvent pas servir dans la présente procédure de fondement à un examen en appel de constatations en matière d'interprétation dont il est allégué qu'elles ont été examinées par un groupe spécial *différent* dans l'affaire différente, et ne peuvent pas servir de substitut à une allégation valable d'erreur commise par le Groupe spécial dans le présent différend. Une décision contraire porterait atteinte aux droits procéduraux i) de l'Union européenne (en la forçant à formuler des observations sur la justesse d'une position interprétative pertinente, d'après les allégations, pour le différend DS487 *sans le soutien du dossier de cette affaire*); et ii) des tierces parties au différend DS487 qui ne sont pas des participants tiers au présent appel.
22. De plus, l'"intérêt [qu'ont les États-Unis] à faire en sorte que la même approche juridique soit appliquée" dans les deux différends ne peut pas servir de fondement à un examen en appel par l'Organe d'appel dans la présente procédure de questions d'interprétation dont il est allégué qu'elles se sont posées dans le différend DS487. En lieu et place d'un appel préventif, la démarche appropriée consisterait pour les États-Unis à défendre, dans le cadre de leur appel du rapport du Groupe spécial dans le différend DS487, l'approche interprétative de l'article 3.1 b) adoptée par le Groupe spécial dans le présent différend, à laquelle ils "souscrivent" explicitement.²³
23. *Deuxièmement*, la règle 21 2) b) i) des Procédures de travail pour l'examen en appel prescrit qu'une communication d'appelant fournisse "un exposé précis des motifs de l'appel, y compris les allégations spécifiques d'erreurs dans les questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et les interprétations du droit données par celui-ci, et les arguments juridiques à l'appui".²⁴ L'"appel" des États-Unis ne satisfait pas à cette prescription.
24. *Troisièmement*, et en dernier lieu, l'"appel" des États-Unis doit être rejeté parce qu'il repose sur une thèse entièrement différente de celle qu'ils ont avancée devant le Groupe spécial. Les États-Unis cherchent à faire valoir devant l'Organe d'appel une thèse fondamentalement différente de celle qu'ils ont fait valoir devant le Groupe spécial. Une procédure d'appel n'est pas le cadre approprié pour qu'une partie apporte des modifications fondamentales à la thèse qu'elle a présentée, surtout lorsque, comme en l'espèce, cela nécessite de s'appuyer sur des affirmations factuelles qui ne font *pas l'objet de constatations du Groupe spécial* et qui *ne constituent pas des données de fait non contestées* figurant dans le dossier.
25. Dans la présente procédure d'appel, les États-Unis ont abandonné l'argument présenté au Groupe spécial selon lequel la prescription imposant de produire des composants dans le pays, conjuguée au *fait* que ces composants sont utilisés pour l'assemblage en aval de l'aéronef, démontre que les prêteurs d'AL/FEM "exigent *effectivement*" que le bénéficiaire de la subvention utilise des produits nationaux de préférence à des produits importés. Au lieu de cela, ils cherchent maintenant à identifier une prescription *de jure* expresse imposant d'"utiliser" des produits nationaux de préférence à des produits importés dans certaines dispositions des contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB. Pour défendre cette nouvelle thèse, les États-Unis font référence en appel à des clauses spécifiques de chacun des contrats d'AL/FEM concernant l'A350XWB et affirment que ces clauses ont un sens particulier. Or le sens de ces dispositions en droit interne n'a jamais été soulevé devant le Groupe spécial ni fait l'objet d'un échange d'arguments entre les parties, et a encore moins fait l'objet de constatations de fait du Groupe spécial ou d'un accord intervenu entre les parties.
26. Dans ces circonstances, la validité de l'"appel" des États-Unis ne peut pas être reconnue. Le pouvoir que l'article 17:6 du Mémoire d'accord confère à l'Organe d'appel l'"empêche manifestement" d'agir de la manière demandée par les États-Unis parce que cela reviendrait

²² États-Unis, déclaration d'un autre appel, paragraphe 1; États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 22.

²³ États-Unis, déclaration d'un autre appel, paragraphe 1; États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 22.

²⁴ La règle 23 3) rend cette prescription applicable à une communication d'autre appelant.

à "demander, recevoir et examiner des faits nouveaux dont le Groupe spécial n'était pas saisi et qu'il n'a pas examinés".²⁵

27. Enfin, même si l'Organe d'appel devait juger approprié d'examiner l'"appel" des États-Unis, il devrait néanmoins rejeter leurs affirmations sur le fond.
28. *Premièrement*, le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son interprétation de l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC*. Le sens ordinaire des termes employés dans cet article, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité, indiquent clairement qu'une subvention subordonnée uniquement à la production nationale de produits n'est pas prohibée. Par conséquent, le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que "l'acte consistant à octroyer des subventions à des entreprises pour autant qu'elles mènent des activités de production nationale, sans rien d'autre, ne devrait pas être assimilé à une subordination de ces subventions à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, qui en fait des subventions prohibées".²⁶
29. *Deuxièmement*, même si l'Organe d'appel devait constater que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article 3.1 b), ce qui n'est pas le cas, il ne serait pas en mesure de compléter l'analyse juridique aux conditions demandées par les États-Unis. Dans des différends antérieurs, l'Organe d'appel a entrepris de compléter l'analyse juridique uniquement lorsque les constatations factuelles du Groupe spécial ou les données de fait non contestées figurant dans le dossier lui permettaient de le faire.²⁷ Or la demande des États-Unis visant à ce que l'analyse juridique soit complétée repose sur des affirmations factuelles concernant le sens de dispositions figurant dans les accords d'AL/FEM concernant l'A350XWB qui ne sont pas étayées par des constatations factuelles du Groupe spécial ni par des données de fait non contestées figurant dans le dossier. Ces affirmations factuelles *n'ont jamais été faites par les États-Unis devant le Groupe spécial* et sont plutôt *nouvellement faites dans le présent appel*. L'Union européenne n'a jamais eu la *possibilité* de contester les affirmations factuelles que font maintenant les États-Unis; on ne peut pas dire que l'Union européenne n'a pas contesté des affirmations factuelles que les États-Unis ne lui ont pas présentées. Par conséquent, il n'y a pas de constatations de données de fait non contestées figurant dans le dossier qui permettraient à l'Organe d'appel de compléter l'analyse juridique de la manière demandée par les États-Unis.

²⁵ Paraphrasant le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 211; le rapport de l'Organe d'appel *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, paragraphes 240 à 242.

²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.785; États-Unis, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 27.

²⁷ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphes 117 et 118; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Section 211*, paragraphe 352; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 528; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 649; le rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.30.

ANNEXE C

ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS

Table des matières		Page
Annexe C-1	Résumé analytique de la communication du Brésil en tant que participant tiers	49
Annexe C-2	Résumé analytique de la communication du Canada en tant que participant tiers	50
Annexe C-3	Résumé analytique de la communication de la Chine en tant que participant tiers	53
Annexe C-4	Résumé analytique de la communication du Japon en tant que participant tiers	55

ANNEXE C-1

**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU BRÉSIL EN
TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. S'agissant de l'article 7.8 de l'Accord SMC, le Brésil souscrit au rejet par le Groupe spécial de l'argument de l'Union européenne selon lequel la fin de la durée de vie d'une subvention entraîne *ipso facto* l'extinction de l'obligation de mise en conformité incombant à un Membre au titre de l'article 7.8 de cet accord en ce qui concerne ces subventions.
2. Le Brésil rappelle qu'il n'a pas été fait appel des constatations du Groupe spécial initial au titre de l'article 6.3 b) et 6.4. Par conséquent, l'Organe d'appel ne devrait pas revenir sur cette interprétation dans la procédure de mise en conformité.
3. Le Brésil considère également que le Groupe spécial a procédé à une analyse correcte lors de son interprétation du "marché" visé à l'article 6.3 de l'Accord SMC. Rien dans la jurisprudence de l'OMC n'appuie la tentative de l'UE pour définir le "marché" de telle façon qu'il soit exigé d'un Membre plaignant qu'il effectue une évaluation quantitative du degré de concurrence pour déterminer si cette concurrence est "significative".
4. Enfin, le Groupe spécial a correctement interprété l'article 3.1 b) de l'Accord SMC lorsqu'il a constaté que les subventions subordonnées à la production nationale d'intrants devant être utilisés dans la construction d'un produit subventionné n'étaient pas prohibées. Pour le Brésil, cette disposition n'empêche pas un Membre de subordonner l'octroi d'une subvention à l'exécution d'étapes de production dans le pays accordant la subvention.

ANNEXE C-2**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU CANADA EN
TANT QUE PARTICIPANT TIERS****I. RÉSUMÉ ANALYTIQUE¹**

1. Le Canada affirme que l'Organe d'appel devrait confirmer l'interprétation donnée par le Groupe spécial des disciplines relatives aux subventions au remplacement des importations prohibées au titre de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, mais infirmer l'interprétation qu'il a donnée de l'obligation de mise en conformité au titre de l'article 7.8.

II. LE GROUPE SPÉCIAL A CORRECTEMENT INTERPRÉTÉ L'ARTICLE 3.1 B) DE L'ACCORD SMC

2. L'Organe d'appel devrait confirmer l'interprétation du Groupe spécial selon laquelle l'article 3.1 b) de l'Accord SMC ne prohibe pas des subventions simplement parce qu'elles imposent au bénéficiaire de mener des activités de production nationale de produits liés aux aéronefs.
3. L'article 3.1 b) ne soumet pas à des disciplines les subventions à la production nationale, indépendamment de la question de savoir si les activités prescrites par ces subventions entraînent la production d'intrants ou de produits finis. L'article III:8 b) du GATT, les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Automobiles* et les constatations du Groupe spécial *États-Unis – Incitations fiscales* étayent ce point de vue.
4. Par ailleurs, l'article 3:1 b) ne soumet pas à des disciplines les subventions à la production nationale même si les activités prescrites par ces subventions entraînent la production d'intrants spécialisés qui, du fait de leur caractère spécialisé, sont susceptibles d'être utilisés uniquement dans la production de produits finis par le bénéficiaire de la subvention. Dans l'affaire *CE et certains États Membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a constaté qu'une subvention ne serait pas subordonnée *de facto* aux exportations à moins d'inciter le bénéficiaire à exporter d'une manière qui ne reflétait pas simplement les conditions de l'offre et de la demande sur le marché. De même, une subvention n'est pas une subvention au remplacement des importations prohibée à moins de viser à modifier le comportement d'un producteur lorsqu'il choisit entre des intrants nationaux et des intrants importés d'une manière qui ne reflète pas les conditions du marché.

III. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR DANS SON INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 7.8 DE L'ACCORD SMC**A. Interprétation correcte de l'article 7.8 de l'Accord SMC**

5. L'article 7.8 de l'Accord SMC établit comment un Membre doit se conformer à ses obligations lorsqu'il est constaté qu'il a accordé une subvention ayant causé des effets défavorables pour les intérêts d'un autre Membre.
6. S'agissant du sens ordinaire des termes de l'article 7.8, le membre de phrase "accorde ou maintient" indique que l'existence d'une subvention pendant la période de mise en œuvre est une condition préalable à l'existence de l'obligation de mise en conformité énoncée à l'article 7.8. Comme des subventions arrivées à expiration ou retirées n'existent plus, elles n'entraînent aucune obligation de mise en conformité au titre de l'article 7.8.
7. Par ailleurs, le membre de phrase "prendra des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables ou retirera la subvention" indique que les options de mise en conformité ont un

¹ La communication du Canada en tant que participant tiers compte 13 558 mots. Le présent résumé analytique en compte 1 347 (dans leur version originale).

caractère disjonctif. Par conséquent, la mise en conformité au titre de l'article 7.8 peut être assurée par le retrait de la subvention incompatible avec les règles de l'OMC.

8. Les éléments suivants du contexte de l'article 7.8 étayaient cette interprétation.
9. Premièrement, le texte de l'article 7.9 de l'Accord SMC confirme que les options de mise en conformité visées à l'article 7.8 sont disjonctives.
10. Deuxièmement, la différence de libellé entre l'article 5 et l'article 7.8 met en évidence une asymétrie entre les circonstances dans lesquelles une constatation de l'existence d'une subvention pouvant donner lieu à une action peut être formulée et l'obligation de mise en conformité qui en résulte. Cette différence doit avoir un sens. Lorsque le fait de causer des effets défavorables est un élément constitutif d'une subvention pouvant donner lieu à une action, l'élimination de ces effets défavorables n'est pas la seule façon de se conformer à l'article 7.8. Les Membres peuvent également se conformer en retirant la subvention.
11. Troisièmement, l'obligation de mise en conformité concernant les subventions prohibées et les restrictions relatives à l'application de droits compensateurs confirment que le retrait de la subvention constitue une mise en conformité au titre de l'article 7.8. L'Organe d'appel a indiqué qu'un Membre pouvait se conformer à l'article 4.7 de l'Accord SMC en supprimant une subvention prohibée. De plus, si la suppression de la subvention annihile le droit d'appliquer des droits compensateurs, elle doit aussi annihiler le droit d'appliquer des contre-mesures – la mesure corrective pour les subventions pouvant donner lieu à une action.
12. Quatrièmement, la règle générale de mise en conformité prévue dans le Mémoire d'accord est la suppression de la mesure incompatible avec les règles de l'OMC. S'il n'y a pas de subvention, en raison de son expiration ou de son retrait, il ne subsiste pas d'obligation de mise en conformité.
13. S'agissant de l'objet et du but de l'Accord SMC, ce sont les subventions qui sont soumises aux disciplines de cet accord et non les effets défavorables qui persistent après que les subventions ont cessé d'exister. Limiter l'application de l'obligation de mise en conformité énoncée à l'article 7.8 aux subventions existantes est compatible avec cet objet et ce but. Cela est également compatible avec l'objectif général des accords de l'OMC consistant à favoriser la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral.

B. Erreurs dans l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 7.8

14. L'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 7.8, en vertu de laquelle les Membres sont tenus d'éliminer les effets défavorables de subventions qui ont cessé d'exister, est profondément erronée.
15. S'agissant du texte de l'article 7.8, le Groupe spécial a essentiellement fait abstraction de la prescription "accorde ou maintient" de l'article 7.8". Lorsqu'une subvention a expiré ou a été retirée, il ne peut plus être dit qu'un Membre accorde ou maintient la subvention. Dans ces circonstances, le Membre n'est plus assujéti à l'obligation de mise en conformité énoncée à l'article 7.8.
16. Le Groupe spécial a également privé le membre de phrase "retirera la subvention" de son sens indépendant. Si l'article 7.8 était censé *dans toutes les circonstances* exiger l'élimination des effets défavorables causés par la subvention, il n'y aurait pas de raison de mentionner la possibilité d'un retrait de la subvention.
17. S'agissant du contexte de l'article 7.8, le Groupe spécial s'est appuyé à tort sur l'article 5 de l'Accord SMC et plusieurs dispositions du Mémoire d'accord pour conclure que "retirer la subvention" au titre de l'article 7.8 exigeait aussi d'éliminer les effets défavorables. Le Groupe spécial ne reconnaît pas que se conformer à l'obligation de mise en conformité énoncée dans le Mémoire d'accord signifie supprimer la mesure incompatible avec les règles de l'OMC et que se conformer à l'obligation de mise en conformité pour une

subvention pouvant donner lieu à une action signifie exécuter l'une des deux options prévues à l'article 7.8 de l'Accord SMC.

18. Le Groupe spécial a également fait abstraction du fait que le retrait d'une subvention est une mesure corrective complète en matière de mise en conformité prévue par l'Accord SMC. L'imposition de disciplines plus contraignantes en matière de mesures correctives pour les subventions pouvant donner lieu à une action par rapport aux subventions prohibées ne cadrerait pas avec la structure générale de l'Accord SMC.
19. Enfin, s'agissant de l'objet et du but de l'Accord SMC, le Groupe spécial n'a pas tenu compte du fait que le retrait d'une subvention constituait une mise en conformité. Par ailleurs, l'interprétation du Groupe spécial crée une grande incertitude quant à la responsabilité des Membres à l'égard de subventions qui n'existent plus.

C. Approche correcte de l'analyse du préjudice grave dans une procédure de mise en conformité

20. Le Groupe spécial a indûment tenu compte des effets des subventions arrivées à expiration au moment de déterminer que les subventions causaient un préjudice grave et que l'Union européenne n'avait donc pas éliminé les effets défavorables des subventions.
21. La détermination sur le point de savoir si un Membre qui n'avait pas retiré certaines subventions s'est néanmoins conformé à l'article 7.8 du fait de l'élimination des effets défavorables de ces subventions devrait reposer sur une analyse contrefactuelle.
22. Une analyse contrefactuelle suppose une comparaison entre la situation actuelle du marché et une situation contrefactuelle sans subventions. L'analyse du Groupe spécial était fondée sur une situation contrefactuelle où l'AL/FEM contestée n'aurait pas été accordée.
23. Cette situation contrefactuelle n'est pas la bonne. La situation contrefactuelle correcte est plutôt une situation où seules les subventions présentes à la fin du délai raisonnable n'existent pas. En effet, il doit y avoir une cohérence entre les deux options dont dispose un Membre défendeur au titre de l'article 7.8. Un Membre doit soit retirer les subventions soit éliminer leurs effets défavorables avant la fin du délai raisonnable. Si une subvention donnée a été retirée ou a expiré, il ne peut pas être demandé à un Membre d'éliminer aussi ses effets défavorables.
24. C'est uniquement en comparant la situation contrefactuelle correcte avec la situation actuelle du marché que le Groupe spécial aurait pu dûment évaluer si les subventions qui restaient à la fin du délai raisonnable causaient un préjudice grave et, corrélativement, si l'Union européenne avait éliminé les effets défavorables de ces subventions. Le Groupe spécial ne l'a pas fait.

ANNEXE C-3**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA CHINE EN
TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. Dans sa communication de participant tiers, la Chine examine les trois questions suivantes soulevées en appel, qui revêtent selon elle une importance systémique.
2. **Premièrement**, la Chine affirme que selon l'interprétation correcte de l'article 7.8 de l'*Accord SMC* conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, les subventions qui cessent d'exister avant le début de la période de mise en œuvre n'entrent pas dans le champ de l'obligation d'un Membre mettant en œuvre au titre de l'article 7.8.
3. De l'avis de la Chine, les termes conventionnels explicites de l'article 7.8 indiquent que si une subvention n'existe plus, il n'y a rien à retirer et que le Membre concerné s'est conformé à son obligation au titre de l'article 7.8. Rien dans l'article 7.8 ne donne à penser que l'action de mise en œuvre consistant à retirer la subvention doit éliminer tout "effet persistant" de subventions antérieures qui n'existent plus. L'interprétation du Groupe spécial priverait d'un sens indépendant l'option consistant à "retirer la subvention" prévue à l'article 7.8 et rendrait le membre de phrase superflu.
4. L'interprétation de la Chine est étayée par des éléments contextuels figurant à l'article 4.7 de l'*Accord SMC*, qui prescrit que le Membre accordant des subventions prohibées "{les} retire sans retard". Il serait contraire à la logique d'interpréter la même option de mise en conformité prévue à l'article 7.8 d'une manière plus astreignante pour la forme de subventionnement moins dommageable. La Chine considère aussi que la Partie V de l'*Accord SMC* fournit un contexte pertinent pour l'interprétation de l'article 7.8. En particulier, l'article 19.4 dispose que des droits compensateurs ne peuvent pas être imposés lorsqu'une subvention n'est plus accordée pour le produit visé, indépendamment de tout effet persistant. Les limites des mesures correctives disponibles dans la Partie V devraient également éclairer l'interprétation correcte de l'article 7.8 figurant dans la Partie III de l'*Accord SMC*.
5. De plus, en examinant d'abord plusieurs dispositions du *Mémorandum d'accord* au lieu de l'article 7.8 de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial a permis que les dispositions générales du *Mémorandum d'accord* englobent les "règles spéciales et additionnelles" énoncées à l'article 7.8. De l'avis de la Chine, la différence textuelle importante entre l'article 4.7 et l'article 7.8 donne également à penser que l'article 7.8 n'exige pas nécessairement l'élimination de tout effet défavorable et peut être interprété d'une manière qui préserve son sens indépendant tout en étant en harmonie avec le *Mémorandum d'accord*.
6. Enfin, la Chine ne voit ni dans les affaires de l'OMC citées par le Groupe spécial ni où que ce soit dans les accords visés le fondement qui permettrait de désigner les subventions pouvant donner lieu à une action comme étant le seul type de mesures visé par une obligation de mise en œuvre exigeant l'élimination des effets sur le commerce causés par ces mesures après leur retrait, obligation plus astreignante que celles qui sont généralement applicables à l'ensemble des mesures visées aux articles 3:7 et 22:8 du *Mémorandum d'accord*.
7. **Deuxièmement**, la Chine affirme que selon l'interprétation et l'application correctes des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*, l'approche "en l'absence de" du Groupe spécial ne constitue pas une analyse appropriée pour déterminer si les subventions AL/FEM continuent de causer un préjudice grave dans les circonstances présentes en cause.
8. S'agissant de l'évaluation du lien de causalité, bien qu'un examen visant à identifier ce qui se serait produit "en l'absence de[s]" subventions constitue une approche possible suggérée par l'Organe d'appel, le Groupe spécial n'a pas examiné ou considéré si le scénario factuel qui lui était soumis était l'une des circonstances dans lesquelles l'analyse "en l'absence de" montrerait que la subvention était à la fois une cause nécessaire du phénomène sur le

marché et une cause substantielle. Sans un tel examen ou une telle considération, le Groupe spécial a assimilé à tort l'analyse "en l'absence de" au critère juridique approprié pour une constatation de l'existence d'un lien de causalité au titre des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC*, lequel exige l'existence d'une cause "réelle et substantielle".

9. L'approche du Groupe spécial aboutit effectivement à une chaîne de causalité durable entre les subventions et les effets défavorables sur les marchés de LCA qui est incompatible avec l'observation de l'Organe d'appel selon laquelle on peut s'attendre à ce que les effets de toute subvention diminuent et finalement cessent avec le temps. Par ailleurs, le Groupe spécial semble avoir réparti de manière inappropriée la charge de la preuve entre les parties dans son application des articles 5 c) et 6.3 de l'*Accord SMC* en exigeant de l'Union européenne qu'elle prouve qu'aucune cause "réelle et substantielle" n'existait pendant la période postérieure à la mise en œuvre.
10. **Troisièmement**, bien que la Chine doute qu'il soit possible de prédéfinir une règle ou un seuil général aux fins de la détermination du champ des marchés de produits, elle partage l'avis de l'Union européenne selon lequel des groupes spéciaux ne devraient pas constater que deux produits sont sur le même marché de produits au seul motif qu'ils exercent des contraintes concurrentielles l'un sur l'autre. Un groupe spécial doit plutôt examiner la nature et le degré de la concurrence de manière à déterminer le champ du marché de produits pertinent au cas par cas. Par ailleurs, la "nature et le degré" de la concurrence dont l'existence a été constatée sur un marché de produits donné devrait éclairer l'évaluation des allégations de préjudice grave.

ANNEXE C-4**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU JAPON EN
TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

1. Le Japon souhaite formuler des observations sur la manière dont il convient d'évaluer les effets des subventions, y compris les subventions pour la R&D, que l'Organe d'appel dans la procédure initiale a qualifiées de subventions ayant i) eu l'"effet sur les produits" sur les produits visés ou ii) "complété et amplifié" l'"effet sur les produits".
 2. L'Union européenne fait valoir dans le cadre de son appel que la suppression d'une subvention par la suppression de la "contribution financière" serait conforme à l'article 7.8.
 3. Toutefois, le Japon estime que lorsque des "avantages" sont supprimés, la subvention est de ce fait retirée et, par conséquent, les effets défavorables sont éliminés. La définition d'une subvention figurant à l'article 1.1 et d'autres constatations de l'Organe d'appel concernant la "durée de vie" d'une subvention donnent à penser que, lorsque le bénéficiaire n'est plus en mesure d'abaisser le prix des produits par le biais de l'avantage, il ne sera plus demandé à un Membre de supprimer quoi que ce soit d'autre. La fonction des subventions pour la R&D prévoit que l'avantage qui en découle sera généralement consommé car le bénéficiaire vend le produit qui en résulte et pour le développement duquel la subvention a été accordée à un niveau de prix qui est inférieur au niveau de prix prévu en l'absence d'un subventionnement.
 4. L'Organe d'appel doit examiner soigneusement si le fait que les subventions AL/FEM avaient "expiré" en raison de l'"amortissement de l'avantage", ainsi que l'a constaté le Groupe spécial de la mise en conformité, peut, en droit, être considéré comme équivalant à la suppression de l'avantage en relation avec la période ou le montant des ventes projetés qui étaient correctement prévus par le Membre accordant la subvention lorsque la subvention a été accordée.
-

ANNEXE D**DÉCISIONS PROCÉDURALES**

Table des matières		Page
Annexe D-1	Décision procédurale du 25 octobre 2016 concernant des procédures additionnelles pour la protection des renseignements commerciaux confidentiels (RCC) et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles (RCES)	57
Annexe D-2	Décision procédurale du 21 novembre 2016 concernant l'inclusion d'une personne sur la liste des personnes habilitées RCC/RCES de l'Union européenne	66
Annexe D-3	Décision procédurale du 21 novembre 2016 concernant la désignation des RCC dans la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant	68
Annexe D-4	Décision procédurale du 11 janvier 2017 concernant la demande de l'Union européenne visant à ce que le délai pour le dépôt de sa communication d'intimé soit modifié	70
Annexe D-5	Décision procédurale du 19 avril 2017 concernant l'ouverture de l'audience au public	72

ANNEXE D-1**DÉCISION PROCÉDURALE DU 25 OCTOBRE 2016**

1. Le 13 octobre 2016, le Président de l'Organe d'appel a reçu de l'Union européenne et des États-Unis une lettre conjointe dans laquelle ils demandaient que la section de l'Organe d'appel connaissant du présent appel adopte des procédures additionnelles pour la protection des renseignements commerciaux confidentiels (RCC) et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles (RCES) dans la présente procédure d'appel. Dans leur lettre, l'Union européenne et les États-Unis suggéraient que les procédures additionnelles adoptées par l'Organe d'appel dans l'appel concernant l'affaire *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)* (DS353), avec certaines modifications, servent de base à toute décision procédurale concernant la confidentialité rendue dans le cadre de la présente procédure d'appel. Ils ont fait valoir que, entre autres choses, la divulgation de certains renseignements sensibles versés au dossier de la procédure du Groupe spécial serait extrêmement préjudiciable aux constructeurs d'aéronefs civils gros porteurs concernés, et peut-être à leurs clients et fournisseurs.

2. Au nom de la section connaissant du présent appel, le Président de l'Organe d'appel a invité les participants tiers à présenter par écrit des observations sur la demande conjointe de l'Union européenne et des États-Unis pour le mercredi 19 octobre 2016 à midi. Il a aussi informé les participants et participants tiers qu'en attendant une décision définitive sur la demande conjointe des participants, la section avait 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 conjointe. Les membres de l'Organe d'appel et le personnel du secrétariat de l'Organe d'appel ne divulgueront pas de RCC ou 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) En attendant une décision sur la demande conjointe de protection des RCC/RCES dans la présente procédure, ni les RCC ni les RCES ne seront transmis électroniquement, que ce soit par courriel, télécopie ou par tout autre moyen.

3. Le mercredi 19 octobre 2016, des observations écrites ont été reçues de l'Australie, du Brésil, du Canada et de la Chine. L'Australie et le Brésil ne se sont pas opposés à la demande conjointe des participants mais ont demandé à l'Organe d'appel de s'assurer que les droits des participants tiers seraient pris en compte lors de l'établissement du plan de travail pour le présent appel. La Chine a dit n'avoir aucune observation concernant la demande de protection additionnelle des RCC/RCES. Le Canada, quant à lui, a dit que, tout en convenant que des procédures additionnelles pour la protection des renseignements confidentiels étaient justifiées par les faits spécifiques de la cause en l'espèce, il estimait que les procédures proposées par les participants risquaient de ne pas offrir aux participants tiers un accès effectif aux RCC dont ils avaient besoin pour préparer et présenter adéquatement leurs positions. En particulier, il a dit que les procédures établissaient une méthode trop pesante pour l'obtention par les personnes habilitées RCES des participants tiers en poste dans les capitales d'un accès aux RCC et que, lors de procédures antérieures où des procédures semblables avaient été adoptées, les personnes habilitées RCC canadiennes en poste à Genève avaient dû passer de longues heures à transcrire

des RCC dans la salle de lecture désignée puis autant de temps à examiner ces RCC avec les personnes habilitées RCC en poste dans la capitale. Le Canada proposait donc que toutes procédures additionnelles spécifient que, outre la "salle de lecture désignée" dans les locaux de l'OMC, il y aurait une "salle de lecture désignée" dans une ambassade ou une autre mission diplomatique d'un participant située dans la capitale de chacun des participants tiers, où les personnes habilitées RCC des participants tiers en poste dans les capitales pourraient accéder de façon effective aux RCC. Selon le Canada, cela garantirait la pleine protection du droit des participants tiers de participer valablement à la présente procédure d'appel.

4. Le vendredi 21 octobre 2016, la section a invité les participants et les autres participants tiers à présenter, s'ils le souhaitaient, des observations sur la demande du Canada concernant l'accès aux RCC pour le lundi 24 octobre 2016 à 17 heures. Des observations ont été reçues de l'Australie, du Brésil, des États-Unis, et de l'Union européenne.

5. L'Australie a appuyé la proposition du Canada. Elle a reconnu qu'il était important de protéger les renseignements sensibles, tout en facilitant la participation valable des participants tiers à la présente procédure d'appel. Le Brésil a indiqué ne pas avoir d'observations à faire sur la demande du Canada.

6. L'Union européenne a dit que la demande du Canada imposait 12 salles de lecture désignées supplémentaires dans les missions de l'Union européenne et des États-Unis situées dans les capitales de chaque participant tiers, en plus de la salle de lecture désignée située à l'OMC. Selon elle, cela ferait peser de lourdes charges supplémentaires sur les participants. En particulier, l'Union européenne a affirmé que l'ajustement proposé par le Canada exigerait que, pour chacun des six participants tiers, les participants: i) identifient une personne de référence compétente dans chaque mission; ii) désignent ces personnes compétentes comme étant habilitées RCC; iii) se mettent en rapport avec elles et leur expliquent ce qui est prévu; iv) obtiennent les autorisations internes appropriées et nécessaires; v) trouvent et réservent des lieux sûrs convenables; vi) trouvent et réservent des salles de lecture désignées convenables; vii) y fassent transférer en toute sécurité tous les documents pertinents; viii) fassent faire des copies des documents nécessaires; ix) prennent des dispositions pour une surveillance et un contrôle appropriés de la salle de lecture désignée pendant son utilisation; x) dispensent une formation adéquate au personnel concerné; et xi) prennent des dispositions additionnelles appropriées pour le retour ou la destruction des éléments visés en temps opportun. L'Union européenne a indiqué qu'elle s'opposait donc à la demande du Canada. Elle a toutefois convenu que les participants tiers pourraient se voir ménager un peu plus de temps pour préparer leurs communications. Selon elle, cela répondrait à la préoccupation mentionnée par le Canada, tout en évitant d'imposer des coûts importants et inutiles aux participants.

7. Les États-Unis, comme l'Union européenne, ont fait valoir que la proposition du Canada imposerait au total 12 nouvelles salles de lecture RCC – 1 pour chacun des 2 participants dans 6 villes différentes. Selon eux, cela obligerait à désigner dans chaque lieu des fonctionnaires chargés de contrôler les documents contenant des RCC et de surveiller les fonctionnaires des participants tiers pendant qu'ils examineraient ces documents, et à dispenser à ces personnes une formation relative à leurs responsabilités aux termes des procédures RCC/RCS. Les États-Unis ont estimé que cela ferait peser une lourde charge sur les participants et n'aurait que peu d'intérêt pour les participants tiers. En particulier, ils ont fait valoir que la proposition du Canada n'aurait pas d'effet notable sur la charge pesant sur les tierces parties parce que, en vertu de la proposition, un fonctionnaire en poste dans la capitale devrait quand même examiner les RCC et prendre note des renseignements pertinents dans la salle de lecture, tout comme en vertu des règles initiales. En outre, dans la mesure où il considérerait que des RCC sont pertinents pour la communication d'un participant tiers, le fonctionnaire devrait quand même examiner les renseignements annotés avec des collègues pour préparer et finaliser la communication du participant tiers, tout comme en vertu des règles initiales. Les États-Unis ont noté que la seule différence était que, en vertu de l'ajustement proposé par le Canada, ce serait des fonctionnaires en poste dans les capitales qui examineraient les RCC au lieu de fonctionnaires en poste à Genève. Selon eux, il apparaissait que, de ce fait, la proposition du Canada ne faisait que transférer la charge d'examiner les RCC des fonctionnaires en poste à Genève aux fonctionnaires en poste dans les capitales, au lieu de réduire notablement cette charge. C'est pourquoi les États-Unis se sont opposés à la demande du Canada et ont demandé à l'Organe d'appel d'adopter les mêmes procédures régissant l'accès des participants tiers aux RCC que celles qu'il avait adoptées dans la procédure d'appel initiale.

8. La section a rendu la décision suivante après avoir examiné les arguments présentés par l'Union européenne et les États-Unis à l'appui de leur demande et les observations reçues des participants et participants tiers:

9. Tout d'abord, 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 *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)* ainsi que dans la procédure initiale en l'espèce. Dans le présent appel, les participants ont suggéré que les procédures additionnelles adoptées par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)* servent de base à toute décision procédurale concernant la confidentialité et ont indiqué certaines modifications susceptibles d'être apportées à ces procédures additionnelles. Nous notons en outre que les participants et participants tiers prenant part à la présente affaire sont les mêmes que ceux qui ont pris part à l'affaire *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*. Dans la décision procédurale adoptée dans l'affaire *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, l'Organe d'appel a exposé les considérations pertinentes pour la décision d'accorder ou non une protection additionnelle pour certains renseignements sensibles.¹ Nous estimons que ces considérations sont également pertinentes pour notre évaluation de la demande présentée par l'Union européenne et les États-Unis dans le présent appel et nous les rappelons brièvement avant d'examiner les points spécifiques soulevés dans la demande conjointe et dans les observations des participants tiers.

10. Les prescriptions en matière de confidentialité énoncées dans le *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémoire d'accord") et dans les *Règles de conduite relatives au Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (les "Règles de conduite")² 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. L'adoption de tels arrangements relève du pouvoir de l'Organe d'appel de connaître l'appel et d'en régler les procédures d'une manière propre à en assurer le déroulement équitable et ordonné. Dans la mesure où les arrangements précisent les prescriptions du Mémoire 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 Mémoire d'accord, les autres accords visés et les *Procédures de travail* elles-mêmes.

11. 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 Mémoire 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 Mémoire 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 intérêts systémiques de l'ensemble des Membres de l'OMC.

12. 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 la procédure initiale en l'espèce et dans l'affaire *États-Unis – Mesures affectant le*

¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, décision procédurale et procédures additionnelles pour la protection des renseignements sensibles, Annexe III, paragraphes 8 et 9.

² 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/6) en tant qu'annexe II relative à ce document. (Voir les documents WT/DSB/RC/2, WT/AB/WP/W/2.)

commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte), l'Organe d'appel a adopté des procédures additionnelles qui, selon lui, établissaient un juste équilibre entre les risques associés à la 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. Des considérations analogues sont pertinentes dans la présente procédure d'appel. L'Union européenne, les États-Unis et les participants tiers conviennent que les procédures additionnelles adoptées dans l'affaire *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)* fournissent un cadre approprié et demandent que nous appliquions les mêmes pratiques en l'espèce, avec certaines modifications.

13. Nous rappelons que c'est à l'organe juridictionnel de décider si certains renseignements nécessitent une protection additionnelle de la confidentialité. De la même façon, c'est à l'organe juridictionnel 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 d'adopter une protection additionnelle. Nous relevons aussi, toutefois, qu'aucun des deux participants n'a fait appel des décisions du Groupe spécial concernant la protection des RCC/RCES et qu'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 de nos constatations.

14. Ayant réaffirmé les considérations pertinentes qui éclairent notre décision, nous passons aux modifications que les participants demandent d'apporter aux procédures RCC/RCES adoptées par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*. Les participants proposent, entre autres choses, que toutes procédures RCC/RCES additionnelles en l'espèce spécifient que les documents et éléments contenant des RCC seront envoyés aux membres de l'Organe d'appel par courriel ou courrier chiffré. Ils proposent également que les RCES figurant dans un quelconque appendice soient transmis non pas par courriel mais sur un CD-ROM, portant une étiquette indiquant qu'il contient des RCES. En outre, les participants suggèrent certains ajustements visant à clarifier la manière dont la version électronique de la version non caviardée d'une communication d'un participant et/ou d'un participant tiers sera corrigée et transmise, y compris un ajustement visant à éviter l'inclusion accidentelle de RCC dans les communications des participants tiers.

15. Il n'apparaît pas que les arrangements que les participants ont conjointement proposés affectent la capacité de l'Organe d'appel de rendre une décision concernant le différend, le droit des participants tiers de se faire entendre ou les droits et intérêts de l'ensemble des Membres de l'OMC. Nous les avons repris dans les procédures additionnelles que nous adoptons ci-après. Ces procédures garantissent aux membres de l'Organe d'appel un accès suffisant à l'intégralité du rapport du Groupe spécial, aux communications et au dossier du différend. Elles limitent aussi le risque de divulgation par inadvertance de renseignements sensibles et rendent plus efficace le processus de correction et de transmission des versions caviardées des communications.

16. Nous avons soigneusement examiné la proposition du Canada concernant l'accès des participants tiers aux RCC dans les capitales, ainsi que les observations reçues des participants et des autres participants tiers. Il nous incombe, lorsque nous adoptons de quelconques procédures additionnelles, d'établir un juste équilibre entre les risques associés à la divulgation de renseignements sensibles, les devoirs juridictionnels de l'Organe d'appel et les droits des participants et participants tiers. Même s'il est fort possible que l'adoption de procédures comme celles proposées par le Canada facilite l'accès aux RCC, nous rappelons que les droits des participants tiers sont plus limités que ceux des participants et que les intérêts des participants tiers touchent essentiellement à l'interprétation juridique correcte des dispositions des accords visés.³ En outre, comme il ressort des observations reçues des participants, il serait difficile de concevoir et mettre en œuvre un système prévoyant une "salle de lecture désignée" située dans une ambassade ou une autre mission diplomatique d'un participant dans la capitale de chacun des

³ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, décision procédurale et procédures additionnelles pour la protection des renseignements sensibles, Annexe III, paragraphe 11.

participants tiers. C'est pourquoi nous avons donc décidé de ne pas adopter l'ajustement proposé par le Canada. Toutefois, nous nous assurerons que les droits des participants tiers soient pris en compte dans le cadre de la présente procédure d'appel, y compris lorsque nous établirons le plan de travail pour le présent appel.

17. Enfin, nous notons, comme nous l'avons fait dans la procédure initiale et dans l'affaire *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, que nous ferons tout notre possible pour rédiger notre rapport sans inclure de renseignements sensibles. Les procédures additionnelles que nous adoptons ci-après 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 inadvertance dans le rapport. Si nous devons 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 modalités et détails d'une telle procédure à un stade ultérieur de la présente procédure.

18. 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 les 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 et résumés analytiques 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 et/ou un résumé analytique contiendra des RCC ou des RCES, une version caviardée de la communication et/ou du résumé analytique (c'est-à-dire une version sans RCC ni RCES) sera déposée simultanément auprès du secrétariat de l'Organe d'appel. Si un résumé analytique communiqué par un participant ou un participant tiers contient des RCC ou des RCES, la version caviardée du résumé analytique sera annexée en tant qu'addendum au rapport de l'Organe d'appel. La version caviardée sera suffisante pour permettre une compréhension raisonnable de la substance du document pertinent. 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 dans les dispositions ci-après, qui s'appliquent *mutatis mutandis* aux résumés analytiques des communications écrites.

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 ou RCES, ni ne permettront qu'ils soient divulgués, à quiconque hormis les personnes identifiées dans la phrase précédente ou les personnes habilitées des participants et participants tiers. 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 un ordinateur 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 au paragraphe 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 au paragraphe 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 et d'une façon qui seront précisées par la section. Les participants se verront ménager la possibilité de demander la suppression de tout RCC ou RCES qui aura été inclus par inadvertance 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 inadvertance 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 de 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 de "personnes habilitées RCC" et de "personnes habilitées RCES". Ces listes seront communiquées au secrétariat de l'Organe d'appel pour le jeudi 27 octobre 2016 à 17 heures, 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 pour le lundi 31 octobre 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 ou 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. 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 sera pas transmis par courriel mais seulement sur un CD-ROM portant une mention indiquant qu'il contient l'appendice RCES. Chaque participant communiquera simultanément une version caviardée de ses communications à l'autre participant. Les communications contenant des RCC, et les versions caviardées de ces communications, seront transmises uniquement aux personnes habilitées RCC de l'autre participant. L'autre participant aura deux jours pour s'opposer à l'inclusion d'un RCC. S'il y a des objections, la section réglera la question et donnera pour instruction, selon qu'il conviendra, au participant concerné de transmettre une version correctement caviardée de sa communication à l'autre participant et aux participants tiers, à moins que le participant concerné n'accepte de supprimer les renseignements visés par l'objection. L'exemplaire sous forme électronique de la version non caviardée de la communication sera corrigé par le participant conformément au règlement de la question par la section et retransmis au secrétariat de l'Organe d'appel et à l'autre participant; l'Organe d'appel ordonnera aux personnes habilitées RCC d'appliquer le traitement de la confidentialité modifié sur tout exemplaire papier de la communication et de remplacer les exemplaires sous forme électronique. 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 pour le jeudi 27 octobre 2016 à 17 heures. Un exemplaire de la liste de personnes habilitées RCC d'un participant tiers sera signifié à chaque participant et à chaque autre participant tiers. Les participants pourront faire objection 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 pour le lundi 31 octobre 2016 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) Les participants tiers transmettront leur communication au secrétariat de l'Organe d'appel et aux participants. Ils la transmettront aussi aux autres participants tiers en fournissant un exemplaire au secrétariat de l'Organe d'appel afin qu'il soit placé dans la salle de lecture désignée visée au paragraphe xvii) ci-dessus. Si un participant tiers souhaite faire référence à des RCC dans sa communication de participant tiers, il identifiera clairement ces renseignements. Un participant tiers faisant référence à des RCC présentera aussi simultanément aux participants une version caviardée de sa communication. Les communications des participants tiers contenant des RCC, et leurs versions caviardées, seront transmises uniquement aux personnes habilitées RCC des participants. Les participants auront deux jours pour s'opposer à l'inclusion d'un RCC dans la

communication d'un participant tiers. S'il y a des objections, la section réglera la question et donnera pour instruction, selon qu'il conviendra, au participant tiers concerné de transmettre une version correctement caviardée de sa communication à chacun des participants et aux autres participants tiers, à moins que le participant tiers concerné n'accepte de supprimer les renseignements visés par l'objection. L'exemplaire sous forme électronique de la version non caviardée de la communication sera corrigé par le participant tiers conformément au règlement de la question par la section et retransmis au secrétariat de l'Organe d'appel et aux participants; l'Organe d'appel ordonnera aux personnes habilitées RCC d'appliquer le traitement de la confidentialité modifié sur tout exemplaire papier de la communication et de remplacer les exemplaires sous forme électronique. S'il n'y a aucune objection, la communication ou la communication caviardée, selon le cas, sera transmise le lendemain aux autres participants tiers et à nouveau aux participants.

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 cadre du présent appel.

ANNEXE D-2**DÉCISION PROCÉDURALE DU 21 NOVEMBRE 2016**

1. Le 31 octobre 2016, la section de l'Organe d'appel connaissant de l'appel susmentionné a reçu des États-Unis une communication dans laquelle ils soulevaient provisoirement une objection concernant l'inclusion du professeur Andreas Klasen sur la liste des personnes habilitées RCC et RCES proposée par l'Union européenne. Ils ont prié la section de demander à l'Union européenne de fournir de plus amples renseignements concernant l'emploi du professeur Klasen par European Aeronautic Defence and Space Company N.V. (EADS), le point de savoir s'il collaborait régulièrement avec Airbus à son poste actuel et la raison pour laquelle il aurait besoin d'avoir accès aux RCC et RCES.
2. Le 1^{er} novembre 2016, la section a invité l'Union européenne à répondre à l'objection provisoire soulevée par les États-Unis et a informé les participants et participants tiers que, dans l'intervalle, l'accès de l'Union européenne aux RCC et RCES figurant dans le dossier du Groupe spécial et dans les communications écrites dans la présente procédure d'appel serait limité aux autres personnes figurant sur la liste des personnes habilitées RCC et personnes habilitées RCES de l'Union européenne, datée du 27 octobre 2016.
3. Le 2 novembre 2016, la section a reçu de l'Union européenne une réponse dans laquelle elle formulait des observations sur l'objection provisoire des États-Unis et fournissait certains renseignements additionnels sur le professeur Klasen, y compris son curriculum vitae complet. L'Union européenne indiquait, entre autres choses, que le professeur Klasen "fourni{ssait}" des avis externes à l'Union européenne et à ses parties prenantes concernées en l'espèce (Airbus)".
4. Le 3 novembre 2016, la section a invité les États-Unis à répondre à la lettre reçue de l'Union européenne. Le 7 novembre 2016, les États-Unis ont réitéré leur demande de plus amples renseignements concernant le professeur Klasen. Ils ont expliqué que "savoir si et dans quelle mesure le professeur Klasen continu{ait} à mener des travaux pour Airbus {était} fondamental pour comprendre si son accès aux RCC et RCES de Boeing donnerait à Airbus un avantage injuste dans des domaines extérieurs à la présente procédure". L'Union européenne a répondu à la lettre des États-Unis le 11 novembre 2016, à la demande de la section. Dans sa lettre, elle a répété que le professeur Klasen "{était} un expert qui fourni{ssait} des avis externes à l'Union européenne et à ses parties prenantes concernées en l'espèce (Airbus)" et qu'elle souhaitait conserver la possibilité de l'inclure dans sa délégation à cette fin. Elle a de nouveau demandé que nous confirmions la désignation du professeur Klasen comme personne habilitée RCC et RCES.
5. Le 16 novembre 2016, la section a invité l'Union européenne à indiquer si le professeur Klasen était assujéti à un code de déontologie exécutoire qui l'obligeait à protéger les renseignements confidentiels ou s'il avait été engagé par un conseiller extérieur qui était assujéti à un tel code de déontologie et était chargé d'assurer le respect des procédures RCC/RCES additionnelles adoptées par l'Organe d'appel dans la présente procédure.
6. Le 18 novembre 2016, l'Union européenne a confirmé que le professeur Klasen avait été engagé par un conseiller extérieur qui était assujéti à un code de déontologie exécutoire et était chargé d'assurer le respect des procédures RCC/RCES additionnelles adoptées par l'Organe d'appel dans la présente procédure. L'Union européenne a ajouté qu'elle était responsable, en vertu des règles applicables, de la constitution et de la conduite de sa délégation, y compris la totalité de ses représentants et conseillers extérieurs.
7. Nous rappelons que, conformément au paragraphe 18 xiv) de notre décision procédurale du 25 octobre 2016, 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 relatives au Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends et à la liste exemplative des renseignements à communiquer figurant à l'annexe 2 y relative. Nous rappelons en outre que le même paragraphe dispose que les personnes habilitées RCC et les personnes habilitées RCES ne divulguent pas de RCC ou 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.

8. Compte tenu des clarifications apportées par l'Union européenne, nous ne voyons aucune raison contraignante de rejeter sa demande visant à ce que le professeur Klasen soit désigné comme personne habilitée RCC et RCES. Nous jugeons donc approprié d'accéder à la demande de l'Union européenne. En conséquence, l'accès de l'Union européenne aux RCC et RCES figurant dans le dossier du Groupe spécial et dans les communications écrites dans la présente procédure d'appel est étendu au professeur Klasen en tant que personne habilitée RCC et RCES en plus des autres personnes figurant sur la liste des personnes habilitées RCC et personnes habilitées RCES de l'Union européenne, datée du 27 octobre 2016.

ANNEXE D-3**DÉCISION PROCÉDURALE DU 21 NOVEMBRE 2016**

1. Le 14 novembre 2016, nous avons reçu de l'Union européenne une lettre dans laquelle elle demandait que certains passages de la communication d'autre appelant des États-Unis soient désignés comme étant des renseignements commerciaux confidentiels (RCC). Le 15 novembre 2016, la section a invité les États-Unis à répondre à la demande de l'Union européenne. Les États-Unis ont répondu par écrit le 16 novembre 2016, indiquant qu'ils ne s'opposaient pas aux modifications que l'Union européenne proposait d'apporter aux paragraphes 36, 52, 64 et 69 de leur communication d'autre appelant. Toutefois, ils s'opposaient aux autres modifications proposées par l'Union européenne (concernant les paragraphes 35, 37, 41, 43, 45, 47, 49, 51, 53, 55 et 60), faisant valoir que l'Union européenne proposait de désigner certains renseignements comme RCC alors même que ces renseignements pouvaient déjà être déduits de renseignements versés au dossier du Groupe spécial que l'Union européenne n'avait pas antérieurement désignés comme RCC ou RCES. Les États-Unis ont indiqué qu'ils étaient prêts, dès que l'Organe d'appel aurait réglé cette question, à communiquer une version RCC révisée et une version sans RCC de leur communication d'autre appelant et que deux jours à compter de la décision de l'Organe d'appel leur suffiraient pour le faire.

2. Dans notre décision procédurale du 25 octobre 2016, nous avons étudié les considérations pertinentes pour la décision d'accorder ou non une protection additionnelle pour certains renseignements sensibles. Nous estimons que ces considérations sont également pertinentes pour notre évaluation de la demande de l'Union européenne visant à ce que certains passages de la communication d'autre appelant des États-Unis soient désignés comme RCC.

3. Tout d'abord, nous rappelons que, pour déterminer si des arrangements particuliers sont appropriés dans une affaire donnée, il convient de procéder à un exercice de 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 Mémoire d'accord et les autres accords visés. En outre, il doit exister un rapport de proportionnalité entre les risques associés à la divulgation et les mesures adoptées. C'est à l'organe juridictionnel de décider en dernier ressort si certains renseignements nécessitent une protection additionnelle de la confidentialité, tout en sauvegardant les divers droits et devoirs qui sont mis en jeu dans toute décision d'adopter une protection additionnelle. Cela suppose d'établir un juste équilibre entre les risques associés à la divulgation de renseignements sensibles, les devoirs juridictionnels de l'Organe d'appel et les droits des participants et participants tiers.

4. Il n'apparaît pas que les modifications proposées par l'Union européenne concernant la mise entre crochets des RCC influent sur notre capacité à connaître du présent appel ou sur les droits en matière de régularité de la procédure des participants, qui ont tous les deux accès aux RCC et RCES. S'agissant des droits des participants tiers, nous rappelons en outre que, conformément au paragraphe 18 xvii) de notre décision procédurale du 25 octobre 2016, les personnes habilitées RCC des participants tiers peuvent consulter dans la salle de lecture désignée la version RCC des communications déposées dans le cadre de la présente procédure d'appel. Selon nous, cela garantit aux participants tiers un accès suffisant à l'intégralité des renseignements figurant dans la communication d'autre appelant des États-Unis dont l'Union européenne estime qu'ils devraient faire l'objet d'une protection additionnelle.

5. Nous notons en outre que les États-Unis ne s'opposent pas aux modifications que l'Union européenne propose d'apporter aux paragraphes 36, 52, 64 et 69 de leur communication d'autre appelant. En particulier, ils ne s'opposent pas à la demande de l'Union européenne visant à ce que soient désignés comme RCC les quatre mots qu'elle a placés entre des crochets additionnels dans chacun des alinéas du paragraphe 69 de la version RCC de leur communication d'autre appelant, conformément à la désignation comme RCC des dispositions de l'article 21.14 de l'accord britannique d'investissement remboursable concernant l'A350XWB. Ils ne s'opposent pas non plus au placement entre des crochets additionnels de ces quatre mêmes mots au paragraphe 64 de leur communication d'autre appelant, conformément à la désignation comme RCC des dispositions de l'article 11 du *Convenio* espagnol concernant l'A350XWB.

6. S'agissant du Protocole français sur l'A350XWB, nous notons que les quatre mots en cause concernent davantage la teneur au fond des articles 8 et 9, désignés comme contenant des RCC, que les titres de ces dispositions, qui, comme les États-Unis le soulignent, n'ont pas été désignés comme contenant des RCC.

7. S'agissant de l'accord de prêt allemand concernant l'A350XWB conclu avec la KfW, bien que nous convenions avec les États-Unis que le libellé auquel ils font référence pourrait constituer une base permettant de déduire les renseignements dont l'Union européenne demande maintenant la désignation comme RCC, nous notons que ces renseignements ne figurent pas dans le rapport du Groupe spécial distribué aux Membres de l'OMC le 22 septembre 2016. De plus, d'après nous, il n'a pas été avancé que ces renseignements seraient d'une autre manière tombés dans le domaine public ou ne seraient plus confidentiels en raison du temps écoulé.

8. Nous relevons en outre qu'il y a aussi des questions de faisabilité à prendre en considération. Ayant examiné la demande de l'Union européenne et la réponse des États-Unis, nous avons décidé d'agir sur la base de la mise entre crochets des RCC proposée par l'Union européenne. 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, au cas où nous estimerions nécessaire de faire référence à ce renseignement dans notre rapport concernant le présent différend pour faire un exposé suffisant de notre raisonnement et de nos constatations. Toutefois, nous réaffirmons que, si nous estimions nécessaire de le faire, nous ménagerions en temps utile aux participants la possibilité de présenter des observations.

9. Nous demandons aux États-Unis de bien vouloir présenter des copies révisées des versions RCC et non-RCC de leur communication d'autre appelant au secrétariat de l'Organe d'appel et à l'Union européenne, ainsi que des copies de la version non-RCC de ladite communication, avec les RCC correctement supprimés, à chacun des participants tiers, d'ici au mercredi 23 novembre 2016 à 17 heures. Il n'est pas nécessaire de présenter à nouveau l'appendice RCES. Nous demandons également aux personnes habilitées RCC de chacun des participants d'appliquer le traitement confidentiel modifié, exposé plus haut, sur toute copie papier de la communication d'autre appelant des États-Unis et de remplacer les copies électroniques.

ANNEXE D-4**DÉCISION PROCÉDURALE DU 11 JANVIER 2017**

1. Le vendredi 6 janvier 2017, nous avons reçu de l'Union européenne une communication dans laquelle elle demandait que la section modifie le délai pour le dépôt des communications d'intimé dans le présent différend. Dans sa lettre, l'Union européenne invoque la règle 16 2) des Procédures de travail pour l'examen en appel¹ (Procédures de travail) et demande que ce délai soit prorogé d'une semaine, jusqu'au 20 janvier 2017, au lieu du 13 janvier 2017. Selon elle, le strict respect des délais fixés par la section entraînerait une iniquité manifeste au sens de la règle 16 2). Nous comprenons qu'une copie de la demande de l'Union européenne a été signifiée aux États-Unis et aux participants tiers au présent différend.

2. L'Union européenne a souligné que les raisons qui motivaient sa demande étaient analogues à celles que les États-Unis avaient avancées à l'appui de leur demande de prorogation du délai pour le dépôt de leur communication d'appelant dans l'affaire *États-Unis – Incitations fiscales* (DS487). En particulier, elle a fait valoir que le personnel affecté aux appels dans l'affaire *États-Unis – Incitations fiscales* et dans le présent différend était dans une large mesure le même et que l'élaboration et le dépôt des communications dans ces deux appels liés et exigeants pesaient fortement sur ses ressources. En outre, l'Union européenne a fait valoir que l'absence de membres essentiels de son personnel pendant la période des congés avait fortement nui à l'élaboration et à la révision de sa communication d'intimé dans le présent appel. Elle a aussi relevé que le plan de travail actuel lui avait laissé deux mois environ pour répondre à la communication d'autre appelant des États-Unis – qui portait sur plusieurs aspects d'un rapport de groupe spécial très long – ainsi que pour effectuer un marquage correct des renseignements commerciaux confidentiels (RCC) et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles (RCES).

3. Le 6 janvier 2017 également, la section a invité les États-Unis et les participants tiers à présenter par écrit des observations sur la communication de l'Union européenne pour le mardi 10 janvier 2017 à midi. Des observations écrites ont été reçues de l'Australie, du Canada et des États-Unis. L'Australie a demandé que, dans la mesure où la section ferait droit à la demande de l'Union européenne, elle accorde aussi aux participants tiers plus de temps pour examiner et prendre en considération les communications des participants avant de déposer leurs propres communications. Le Canada a de même demandé à la section de proroger le délai pour le dépôt des communications des participants tiers jusqu'au 7 février 2017, au lieu du 31 janvier 2017, si elle faisait droit à la demande de l'Union européenne. Aucune observation n'a été reçue des autres participants tiers.

4. Dans leurs observations écrites, les États-Unis se sont opposés à la demande de l'Union européenne visant à ce que le délai pour le dépôt de sa communication d'intimé soit prorogé. Faisant référence aux raisons que la section avait données dans l'affaire *États-Unis – Incitations fiscales* pour rejeter leur demande de prorogation du délai pour le dépôt de leur communication d'appelant, les États-Unis ne voyaient pas de base justifiant de faire droit à la demande de l'Union européenne en l'espèce. En particulier, ils ont observé que leur personnel était confronté aux mêmes difficultés que celui de l'Union européenne pour déposer des communications dans l'affaire *États-Unis – Incitations fiscales* et dans le présent différend. En outre, les États-Unis ont noté que la communication d'intimé de l'Union européenne dans le présent appel répondait à une communication nettement plus courte que celle à laquelle la communication d'intimé des États-Unis devait répondre dans l'affaire *États-Unis – Incitations fiscales*.

5. Nous observons que l'Union européenne a déposé son appel dans le présent différend le 13 octobre 2016. Suite à une lettre conjointe de l'Union européenne et des États-Unis, la section connaissant du présent appel a suspendu le délai pour le dépôt de la communication d'appelant en attendant l'adoption de procédures additionnelles pour la protection des renseignements sensibles figurant dans le dossier du présent différend. Le 25 octobre 2016, la section a adopté une décision procédurale pour protéger les renseignements sensibles. Le 1^{er} novembre 2016, elle a fait savoir

¹ WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

aux participants et participants tiers que la date de dépôt de la communication d'autre appelant des États-Unis serait le 10 novembre 2016. Ensuite, le 22 novembre 2016, la section a fait savoir aux participants et participants tiers que la date de dépôt des communications d'intimé serait le 13 janvier 2017. Pour fixer ces dates limites, la section a tenu compte, en particulier, de la taille et de la complexité du présent appel, y compris la taille du rapport du Groupe spécial, et de l'inclusion nécessaire de RCC et RCES dans les communications des participants. De plus, compte tenu de la fermeture de fin d'année de l'OMC, la date limite pour le dépôt des communications d'intimé dans le présent différend a été reportée à la deuxième semaine ouvrée de 2017. Enfin, en dépit de la taille du rapport du Groupe spécial, la communication d'autre appelant des États-Unis à laquelle l'Union européenne doit répondre dans sa communication d'intimé est relativement courte. Nous observons à cet égard que, bien que les États-Unis doivent, dans leur communication d'intimé, répondre à une communication d'appelant de l'Union européenne très longue, ils n'ont pas demandé que la date limite de dépôt du 13 janvier 2016 soit reportée.

6. Pour ces raisons, nous considérons que le strict respect des délais fixés par la section pour le dépôt des communications d'intimé n'entraînera pas une iniquité manifeste au sens de la règle 16 2) des Procédures de travail, et qu'il n'est donc pas nécessaire ou approprié de modifier la date limite pour le dépôt de ces communications en l'espèce.

7. Dans ces circonstances, la section n'accède pas à la demande de l'Union européenne visant à ce que le délai pour le dépôt des communications d'intimé dans le présent appel soit prorogé et, au lieu de cela, confirme la date limite de dépôt fixée au vendredi 13 janvier 2017.

ANNEXE D-5**DÉCISION PROCÉDURALE DU 19 AVRIL 2017**

1. Par une lettre datée du 4 avril 2017, la section de l'Organe d'appel connaissant de l'appel susmentionné a invité les participants, l'Union européenne et les États-Unis, à indiquer s'ils demandaient que les audiences dans le présent appel soient ouvertes au public et, dans l'affirmative, à proposer des modalités spécifiques en la matière pour le mardi 11 avril 2017 à 17 heures, heure de Genève. Nous avons également invité les participants tiers à présenter des observations sur toute demande que les participants pourraient déposer pour le jeudi 13 avril 2017 à midi, heure de Genève.

2. Le 11 avril 2017, nous avons reçu une communication conjointe de l'Union européenne et des États-Unis. Dans leur lettre, ils proposent l'adoption de procédures additionnelles pour la protection des renseignements commerciaux confidentiels (RCC) et des renseignements commerciaux extrêmement sensibles (RCES) au cours des audiences dans le présent appel et demandent que nous autorisions le public à suivre l'audience.

3. En particulier, les participants proposent que nous adoptions les mêmes procédures additionnelles que celles que l'Organe d'appel avait adoptées dans l'affaire *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*¹, conformément à la décision procédurale du 26 juillet 2011 adoptée dans le cadre de cet appel. Ils indiquent que les motifs justifiant leur demande et leur proposition sont essentiellement les mêmes que ceux qui étaient exposés dans leur lettre conjointe du 11 juillet 2011 demandant l'adoption de telles procédures additionnelles pour la conduite de l'audience dans cet appel, lesquelles sont résumées ci-après:

- Seules les personnes habilitées RCC sont autorisées à avoir accès aux RCC et les participants et 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'un quelconque segment de l'audience, les participants rappellent qu'il est interdit à chacun d'eux de divulguer à des personnes 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 les procédures additionnelles pour la protection des renseignements sensibles exposées dans la décision procédurale du 25 octobre 2016 rendue dans le présent appel, la section peut et devrait adopter une autre décision procédurale, conformément à la règle 16 1) des Procédures de travail pour l'examen en appel², pour régler ces questions relatives aux audiences. 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 25 octobre 2016 rendue dans le présent appel et dans la décision procédurale du 26 juillet 2011 rendue dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*.
- 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 momentanément suspendue et

¹ WT/DS353/AB/R, adopté le 23 mars 2012. Les procédures additionnelles concernant l'audience dans cet appel sont exposées dans l'annexe IV de ce rapport.

² WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

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 que des RCES soient mentionnés. Pendant la deuxième partie, en séance privée, 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, préfèrent 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 en séance privée 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 des procédures relatives aux affaires *CE et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*³ et *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, 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 avait 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 une séance publique (pour les Membres qui souhaitent rendre leurs déclarations publiques) et une séance privée (pour les Membres qui ne souhaitent 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 au public. Cependant, ils reconnaissent que vu le volume des 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 *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*.
- Ainsi, s'agissant du segment public de l'audience, les participants proposent que les participants et 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 par les participants qui confirmeraient 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 Canada et la Chine ont présenté des observations sur la demande des participants. Le Canada a souscrit à la proposition conjointe de l'Union européenne et des États-Unis visant à ce que l'Organe d'appel autorise le public à suivre l'audience. La Chine a estimé que la proposition conjointe des participants visant à ce que les personnes non habilitées RCC des participants tiers soient exclues des segments de l'audience consacrés aux questions et réponses restreindrait fortement la capacité des participants tiers de participer pleinement à ces segments. Elle a ajouté que dans les circonstances du présent appel, la nécessité de protéger les renseignements sensibles ne pouvait pas suffire à justifier que les personnes non habilitées RCC soient totalement exclues des segments consacrés aux questions et réponses. La Chine a suggéré que la procédure applicable pour la protection des RCES contre une divulgation non autorisée soit aussi suivie pour la protection des RCC dans le présent appel. De plus, elle a dit qu'elle ne voulait pas que ses déclarations et réponses orales aux questions au cours de l'audience puissent être suivies par le public. Aucune observation n'a été reçue de l'Australie, du Brésil, de la Corée ou du Japon.

³ WT/DS316/AB/R, adopté le 1^{er} juin 2011. Les procédures additionnelles concernant l'audience dans cet appel sont exposées dans l'annexe IV de ce rapport.

5. La demande des participants soulève des questions semblables à celles dont a été saisi l'Organe d'appel dans les affaires *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs et États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte). 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 et RCES durant la procédure du Groupe spécial, nous estimons que l'audience dans la présente procédure d'appel pourrait difficilement se dérouler sans qu'il soit fait référence à des renseignements sensibles. Pour exercer notre fonction juridictionnelle, nous devons 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.

6. Conformément à notre décision procédurale du 25 octobre 2016, les participants ont fourni une liste de personnes autorisées à avoir accès aux RCC et une liste comprenant un nombre plus limité de personnes autorisées à avoir accès aux RCES. Ces limitations concernant les représentants des participants qui seront autorisés à examiner les RCC et les RCES au cours de l'audience sont liées au fait que les participants ont demandé une protection additionnelle des renseignements sensibles. Par conséquent, seuls les membres des délégations des participants qui sont habilités RCC sont invités à assister aux séances de l'audience au cours desquelles des RCC seront examinés, et seuls les membres de leurs délégations qui sont habilités RCES sont invités à assister aux segments de l'audience au cours desquels des RCES seront examinés.

7. En outre, au titre du paragraphe 18 xvi) de la décision procédurale du 25 octobre 2016, les participants tiers ont été autorisés à désigner jusqu'à huit personnes comme personnes habilitées RCC d'un participant tiers. Nous estimons que cela est suffisant pour permettre aux participants tiers d'être dûment représentés à l'audience. Compte tenu de la nécessité d'accorder une protection additionnelle aux RCC, seules les personnes habilitées RCC des participants tiers sont invitées à assister aux segments de l'audience au cours desquels des RCES pourront être examinés, y compris les séances de questions et réponses. Après avoir soigneusement examiné les observations présentées par la Chine, nous ne pensons pas que cela empiètera indûment sur les droits des participants tiers dans la présente affaire.

8. Par conséquent, et pour des motifs semblables à ceux adoptés par l'Organe d'appel dans les affaires *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs et États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), nous avons décidé d'accorder une protection additionnelle de la confidentialité pour certains renseignements sensibles au cours des audiences qui se tiendront dans le cadre du présent appel dans les conditions exposées ci-dessous. Nous autorisons également le public à suivre certains segments de l'audience comme indiqué ci-dessous.

Demande de procédures additionnelles pour la protection des renseignements sensibles au cours de l'audience

9. 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 sur les règles et procédures régissant le règlement des différends et des Procédures de travail pour l'examen en appel. Les participants partagent ce point de vue et nous demandent d'adopter des procédures semblables dans la présente procédure. 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 conviennent aussi de ne pas mentionner de RCC dans leurs déclarations liminaires. Dans ces circonstances, il est peu probable que des renseignements sensibles soient mentionnés dans les segments de l'audience consacrés aux déclarations orales.
- Par conséquent, tous les membres des délégations des participants et des participants tiers (y compris les personnes non habilitées RCC) pourront assister au segment initial de l'audience.

- De même, dans la mesure où les participants confirment, et où les participants tiers indiquent également, 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 aux paragraphes xiv et xvi de notre décision procédurale du 25 octobre 2016, 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 consacrés aux questions et réponses.
- 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 aux versions 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 des participants tiers. Il ne sera pas possible de sortir ces documents de la salle d'audience.

10. 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 au cours de 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 pourrions décider d'interrompre le segment RCC de l'audience pour examiner les RCES avec les personnes habilitées RCES.

Demande d'ouverture de l'audience au public

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 les affaires *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* et *États-Unis Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte) ont constitué un moyen approprié d'ouvrir l'audience au public, 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 suivre les déclarations liminaires uniquement. Nous autoriserons le public à suivre les déclarations finales si les participants et participants tiers indiquent que leurs déclarations finales ne contiendront aucune référence à des renseignements sensibles.

13. Nous autorisons le public à suivre uniquement les déclarations liminaires des participants tiers qui n'auront 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. Les participants ont proposé que les segments pertinents de l'audience soient enregistrés sur support vidéo et que l'enregistrement ne soit montré au public qu'après que les 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 les affaires *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* et *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte). Nous sommes d'accord avec les participants pour dire que la retransmission en

différé au public d'un enregistrement sur support vidéo minimisera 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 renseignements quelconques 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 concernant la conduite de toutes les séances de l'audience qui se tiendront dans le cadre du présent appel:

Procédures additionnelles pour la conduite 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) pendant 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 25 octobre 2016.
- ii. Dans la mesure où des 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 au sujet du traitement approprié et du degré de confidentialité de ces renseignements, l'Organe d'appel se prononcera après avoir entendu les 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 le présent 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 au paragraphe 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 au paragraphe 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.
- 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 de l'audience 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.

⁴ Les personnes habilitées RCC et les personnes habilitées RCC des participants tiers sont les personnes désignées comme telles aux paragraphes xiv et xvi de notre décision procédurale du 25 octobre 2016.

⁵ Les personnes habilitées RCES sont les personnes désignées comme telles au paragraphe xiv de notre décision procédurale du 25 octobre 2016.

-
- 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 de l'Organe d'appel connaissant du présent appel pourra interrompre un segment RCC et tenir un segment consacré aux RCES.
 - xi. Au cours des segments de l'audience consacrés aux questions et réponses, il sera mis à la disposition de 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 xvii de notre décision procédurale du 25 octobre 2016. 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 du présent appel et seront conservées conformément aux paragraphes vi, vii et ix à xii de notre décision procédurale du 25 octobre 2016.

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 du paragraphe 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 du paragraphe xiv 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 l'enregistrement pour s'assurer qu'aucun RCC ou RCES n'y a 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 le ou 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 renseignements quelconques 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 26 avril 2017.
 - xvi. Le public sera informé de la tenue de l'audience sur le site Web de l'OMC. Les membres du public souhaitant suivre l'audience devront s'inscrire à l'avance auprès du Secrétariat de l'OMC. Les enregistrements, ou le cas échéant, les versions caviardées des enregistrements, seront diffusés aux délégués des Membres de l'OMC et aux membres du public qui se seront inscrits pour suivre l'audience une fois que le processus d'examen mentionné au paragraphe xiv ci-dessus, s'il a été demandé, aura été 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 26 avril 2017, qu'ils souhaitent qu'une place leur soit réservée dans la salle où l'enregistrement sera diffusé.
-