



**ÉTATS-UNIS – INCITATIONS FISCALES CONDITIONNELLES
POUR LES AÉRONEFS CIVILS GROS PORTEURS**

AB-2016-8

Rapport de l'Organe d'appel

Table des matières

1 INTRODUCTION	4
2 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS	8
3 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS.....	8
4 QUESTIONS SOULEVÉES DANS LE PRÉSENT APPEL	8
5 ANALYSE DE L'ORGANE D'APPEL	9
5.1 Interprétation de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC	10
5.2 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC	14
5.3 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC dans le contexte de son analyse de la subordination <i>de jure</i> en ce qui concerne la première disposition relative à l'implantation	20
5.4 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, ou au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord, dans le contexte de son analyse de la subordination <i>de jure</i> en ce qui concerne la seconde disposition relative à l'implantation	23
5.5 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse de la subordination <i>de facto</i> au titre de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC.....	28
6 CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS	38

ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Abréviation	Désignation
Accord SMC	Accord sur les subventions et les mesures compensatoires
B&O	Business and occupation (activités économiques)
ESSB 5952	Engrossed Substitute Senate Bill 5952, Chapter 2, Laws of 2013 3rd Special Session, 2014 Wash. Sess. Laws 2, codifié dans le <i>Revised Code of Washington</i> (pièce EU-3 présentée au Groupe spécial)
GATT de 1994	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994
Mémorandum d'accord	Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends
Mesures fiscales visant le secteur aérospatial	Le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial et une série d'autres crédits d'impôt ou exonérations de taxes relatifs aux activités de développement de produits, de taxes sur les biens et sur la location à bail, et de taxes sur les ventes et l'utilisation
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORD	Organe de règlement des différends
Première disposition relative à l'implantation	EESB 5952 (pièce EU-3 présenté au Groupe spécial), section 2
Procédures de travail	Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/6, 16 août 2010
Rapport du Groupe spécial	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Incitations fiscales conditionnelles pour les avions civils gros porteurs</i> , WT/DS487/R
RCC	Renseignements commerciaux confidentiels
Seconde disposition relative à l'implantation	EESB 5952 (pièce EU-3 présentée au Groupe spécial), sections 5 et 6 11) e) ii)
Taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial	Taux d'imposition B&O qui frappe les activités économiques concernant la fabrication et la vente d'avions commerciaux

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Canada – Aéronefs</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils</i> , WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999
<i>Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS70/AB/RW, adopté le 4 août 2000
<i>Canada – Automobiles</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i> , WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopté le 19 juin 2000
<i>CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs</i> , WT/DS316/AB/R, adopté le 1 ^{er} juin 2011
<i>CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (Article 21:5 – États-Unis)</i>	<i>Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS316/RW et Add.1, distribué aux Membres de l'OMC le 22 septembre 2016 [rapport du Groupe spécial faisant actuellement l'objet d'un appel]
<i>États-Unis – Acier au carbone (Inde)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits plats en acier au carbone laminés à chaud en provenance d'Inde</i> , WT/DS436/AB/R, adopté le 19 décembre 2014
<i>États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement</i>	Rapport du Groupe spécial du GATT <i>États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation</i> , L/6175, adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154
<i>États-Unis – Incitations fiscales</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Incitations fiscales conditionnelles pour les aéronefs civils gros porteurs</i> , WT/DS487/R et Add.1, distribué aux Membres de l'OMC le 28 novembre 2016
<i>États-Unis – Maintien de la réduction à zéro</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro</i> , WT/DS350/AB/R, adopté le 19 février 2009
<i>États-Unis – Mesures antidumping concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance du Mexique</i> , WT/DS282/AB/R, adopté le 28 novembre 2005

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

***États-Unis – Incitations fiscales
conditionnelles pour les aéronefs civils
gros porteurs***

États-Unis, *appelant/intimé*
Union européenne, *autre appelant/intimé*

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

AB-2016-8

Section de l'Organe d'appel:

Graham, Président de la section
Servansing, membre
Van den Bossche, membre

1 INTRODUCTION

1.1. Les États-Unis et l'Union européenne font chacun appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Incitations fiscales conditionnelles pour les aéronefs civils gros porteurs*¹ (rapport du Groupe spécial). Le Groupe spécial a été établi le 23 février 2015 pour examiner une plainte de l'Union européenne² au sujet de mesures prises par les États-Unis concernant certaines incitations fiscales pour les aéronefs civils gros porteurs.

1.2. Devant le Groupe spécial, l'Union européenne a contesté certaines mesures d'ordre fiscal prévues par l'État de Washington, telles que modifiées par le Washington Engrossed Substitute Senate Bill 5952³ (ESSB 5952), spécifiquement: i) une réduction du taux de l'impôt sur les activités (B&O) qui frappe les activités économiques concernant la fabrication et la vente d'avions commerciaux (taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial); et ii) une série d'autres crédits d'impôt ou exonérations de taxes se rapportant aux activités de développement de produits, de taxes sur les biens et sur la location à bail, et de taxes sur les ventes et l'utilisation – collectivement les "mesures fiscales visant le secteur aérospatial" –.⁴ L'Union européenne a allégué que ces incitations fiscales étaient prohibées en vertu de l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) en tant que subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.⁵

1.3. L'Union européenne a indiqué deux dispositions "relatives à l'implantation" dans l'ESSB 5952 qui régissent la possibilité de bénéficier des mesures fiscales contestées.⁶ La première disposition relative à l'implantation concerne l'ensemble des mesures fiscales visant le secteur aérospatial, et, aux termes de cette disposition, les incitations fiscales prendront effet "[à] l'implantation d'un important programme de construction d'un avion commercial" dans l'État de Washington.⁷ Les deux parties se sont accordées à reconnaître que la première disposition relative à l'implantation avait été satisfaite en ce qui concerne le programme de l'aéronef 777X de Boeing, et que les incitations fiscales contestées étaient donc en vigueur.⁸ La seconde disposition relative à

¹ WT/DS487/R, 28 novembre 2016.

² Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Union européenne du 12 février 2015, WT/DS487/2.

³ Engrossed Substitute Senate Bill 5952, Chapter 2, Laws of 2013 3rd Special Session, 2014 Wash. Sess. Laws 2, codifié dans le *Revised Code of Washington* (EESB 5952) (pièce EU-3 présentée au Groupe spécial). (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 2.1 et 7.15)

⁴ Rapport du Groupe spécial, section 7.3.1.

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.1 et 7.3.

⁶ Rapport du Groupe spécial, section 7.3.2.

⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.28 (citant l'ESSB 5952 (pièce EU-3 présentée au Groupe spécial), section 2).

⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.31 et 7.33.

l'implantation concerne uniquement le maintien de la possibilité de bénéficier du taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial, et prévoit que le taux d'imposition réduit ne s'appliquera plus si l'Administration fiscale de l'État de Washington détermine "que tout assemblage final ou assemblage des ailes de toute version ou variante d'un avion commercial constituant la base de l'implantation d'un important programme de construction d'un avion commercial" en vertu de la première disposition relative à l'implantation a été implanté en dehors de l'État de Washington.⁹

1.4. Dans son rapport, distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) le 28 novembre 2016, le Groupe spécial a constaté que chacune des mesures fiscales visant le secteur aérospatial en cause constituait une subvention au sens de l'article premier de l'Accord SMC.¹⁰ Il a aussi constaté que, même si l'Union européenne n'avait pas démontré que l'une quelconque des mesures fiscales visant le secteur aérospatial était subordonnée *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés en ce qui concerne la première ou la seconde disposition relative à l'implantation figurant dans l'ESSB 5952, considérées tant conjointement que séparément¹¹, le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial pour la fabrication ou la vente d'avions commerciaux dans le cadre du programme de l'aéronef 777X de Boeing était une subvention subordonnée *de facto* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC.¹² En conséquence, le Groupe spécial a aussi constaté que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 3.2 du même accord.¹³

1.5. Le 5 décembre 2016, l'Organe d'appel a reçu une lettre de l'Union européenne mentionnant un appel imminent dans le cadre du présent différend, relatif à l'appel en cours dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)* (DS316), et l'appel prévu dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – CE)* (DS353). Se référant aux règles 16 1) et 16 2) des Procédures de travail pour l'examen en appel¹⁴ (Procédure de travail) et à l'article 9 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord), l'Union européenne demandait que les calendriers pour ces trois appels soient harmonisés dans toute la mesure du possible et que les audiences soient suffisamment rapprochées dans le temps, de façon qu'une question particulière ne soit pas effectivement réglée dans le cadre d'un appel avant que la question connexe ne soit examinée dans le cadre de l'un des autres appels. Le Président de l'Organe d'appel a invité l'autre partie à ces différends, les États-Unis, et les tierces parties à présenter des observations au plus tard le 9 décembre 2016. Les États-Unis ont fait valoir que la demande de l'Union européenne n'était pas étayée par le Mémoire d'accord ou par les Procédures de travail et entraînerait des retards dans la procédure, mais qu'ils demeuraient ouverts à des propositions pour fixer des dates limites pour les communications et les dates des audiences d'une manière qui permettrait aux participants et aux participants tiers dans le cadre de chaque différend de défendre efficacement leurs positions en appel, et à l'Organe d'appel d'examiner en profondeur les questions soulevées.¹⁵ Les participants et les tierces parties ont été invités à présenter des observations additionnelles au plus tard le 16 décembre 2016. L'Union européenne a réitéré sa demande visant à ce que les audiences dans le cadre de ces appels soient suffisamment rapprochées dans le temps, mais elle a indiqué qu'elle se satisfaisait de laisser à l'Organe d'appel le soin de déterminer ce que cela signifierait dans la pratique.¹⁶ Par une lettre datée du 22 décembre 2016, l'Organe d'appel a indiqué qu'il garderait à l'esprit la demande de l'Union européenne, ainsi que les observations reçues, au cours des procédures d'appel dans le cadre de ces trois différends.

1.6. Le 16 décembre 2016, les États-Unis ont notifié à l'Organe de règlement des différends (ORD), conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémoire d'accord, leur intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes dans le rapport du Groupe spécial et de certaines

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.32 (citant l'ESSB 5952 (pièce EU-3 présentée au Groupe spécial), sections 5 et 6 11) e) ii)), et paragraphe 7.33.

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.165 et 8.1.a.

¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.297, 7.311, 7.317 et 8.1.b.

¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.369 et 8.1.c.

¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.2.

¹⁴ WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

¹⁵ Des observations ont également été reçues du Canada, de la Chine et du Japon.

¹⁶ Des observations ont également été reçues des États-Unis et de l'Australie.

interprétations du droit données par le Groupe spécial, et ont déposé une déclaration d'appel¹⁷ conformément à la règle 20 des Procédures de travail.

1.7. Également le 16 décembre 2016, l'Organe d'appel a reçu une lettre conjointe de l'Union européenne et des États-Unis demandant à la section saisie du présent appel d'adopter des procédures additionnelles pour protéger les renseignements commerciaux confidentiels (RCC) dans le cadre de la présente procédure d'appel. Dans leur lettre, l'Union européenne et les États-Unis faisaient valoir qu'il était nécessaire d'avoir des procédures RCC en l'espèce afin d'éviter le risque inconsidéré de divulgation dommageable de renseignements confidentiels particulièrement sensibles communiqués au Groupe spécial par les États-Unis, et proposaient que les procédures additionnelles adoptées par l'Organe d'appel pour l'appel en cours dans le cadre du différend *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)* (DS 316), avec des ajustements pour supprimer les références aux renseignements commerciaux extrêmement sensibles, servent de base pour toute décision procédurale sur la confidentialité dans la présente procédure d'appel.

1.8. Le même jour, le Président de l'Organe d'appel a envoyé une lettre aux participants et aux tierces parties indiquant que la section saisie de l'appel avait décidé de suspendre les dates limites qui autrement s'appliqueraient en vertu des Procédures de travail pour le dépôt des communications et autres documents en l'espèce. Au nom de la section, le Président de l'Organe d'appel a invité les tierces parties à formuler des observations par écrit au sujet de la demande conjointe de l'Union européenne et des États-Unis au plus tard le 20 décembre 2016. L'Australie a présenté des observations écrites, en indiquant qu'elle ne s'opposait pas à la demande conjointe, à condition que les procédures proposées ne soient pas appliquées d'une manière qui restreigne indûment la capacité des participants tiers d'avoir un accès raisonnable aux renseignements, ou de participer véritablement à la procédure. Compte tenu des arguments avancés par les participants et des observations de l'Australie, le Président de l'Organe d'appel, au nom de la section saisie de l'appel, a rendu une décision procédurale le 22 décembre 2016 par laquelle étaient adoptées des procédures additionnelles pour protéger la confidentialité des RCC dans le cadre de la présente procédure d'appel.¹⁸ Le même jour, la section a communiqué aux participants et aux tierces parties un plan de travail pour l'appel, dans lequel figuraient les dates pour le dépôt des communications écrites.

1.9. Le 5 janvier 2017, le Président de l'Organe d'appel a reçu une communication des États-Unis demandant que la section modifie la date limite pour le dépôt de leur communication d'appelant. Invoquant la règle 16 2) des Procédures de travail, les États-Unis soutenaient que les circonstances exceptionnelles de la présente procédure justifiaient un report de la date limite du 10 janvier au 17 janvier 2017. Le même jour, le Président de l'Organe d'appel, au nom de la section saisie du présent appel, a invité l'Union européenne et les tierces parties à formuler des observations par écrit au sujet de la demande des États-Unis. L'Union européenne a indiqué qu'en principe, elle ne s'opposait pas à cette demande, mais elle a fait observer que les États-Unis avaient eu plus de cinq mois depuis la réception du rapport final du Groupe spécial pour établir leur communication d'appelant, et que les délais en l'espèce étaient assujettis au traitement accéléré prescrit par l'article 4.12 de l'Accord SMC. Aucune observation n'a été reçue des tierces parties.

1.10. Le 6 janvier 2017, le Président de l'Organe d'appel, au nom de la section saisie du présent appel, a rendu une décision procédurale¹⁹ dans laquelle la section faisait observer ce qui suit: i) dans des circonstances normales – c'est-à-dire dans les cas où le calendrier n'a pas été révisé pour prévoir des procédures additionnelles pour protéger les RCC – les États-Unis auraient déjà établi et déposé leur communication d'appelant le 16 décembre 2016; ii) au moment de la demande de procédures additionnelles pour protéger les RCC, les États-Unis n'avaient pas demandé plus de temps pour établir la teneur de leur communication d'appelant; iii) la fixation des dates limites pour les communications des États-Unis dans le cadre du présent appel et du différend *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)* n'entraverait pas leur capacité de finaliser les communications; iv) il y avait déjà eu un report de la

¹⁷ WT/DS487/6.

¹⁸ La décision procédurale du 22 décembre 2016 figure dans l'annexe D-1 de l'addendum du présent rapport, WT/DS487/AB/R/Add.1.

¹⁹ La décision procédurale du 6 janvier 2017 figure dans l'annexe D-2 de l'addendum du présent rapport, WT/DS487/AB/R/Add.1.

date limite en raison de la fermeture de l'OMC à la fin de l'année; et v) les États-Unis eux-mêmes avaient indiqué que leur communication d'appelant ne serait pas exceptionnellement longue. Pour ces raisons, la section n'a pas donné suite à la demande des États-Unis et a confirmé que la date limite pour le dépôt de leur communication d'appelant était le 10 janvier 2017.

1.11. Le 17 janvier 2017, l'Union européenne a notifié à l'ORD, conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémorandum d'accord et à l'article 4.8 de l'Accord SMC, son intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes dans le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par le Groupe spécial, et elle a déposé une déclaration d'un autre appel²⁰ ainsi qu'une communication d'autre appelant conformément à la règle 23 des Procédures de travail. Le 8 février 2017, l'Union européenne et les États-Unis ont chacun déposé une communication d'intimé.²¹ Le 21 février 2017, l'Australie, le Brésil, le Canada, la Chine et le Japon ont chacun déposé une communication de participant tiers.²² Le même jour, la Corée et la Russie ont chacune notifié leur intention de comparaître à l'audience en tant que participant tiers.²³

1.12. Par une lettre du 3 mars 2017, le Président de l'Organe d'appel a informé le Président de l'ORD que l'Organe d'appel ne serait pas en mesure de distribuer son rapport dans le cadre du présent appel dans le délai de 30 jours ni dans le délai de 60 jours prévus à l'article 4.9 de l'Accord SMC.²⁴ Le Président de l'Organe d'appel a expliqué que cela était dû à plusieurs facteurs, y compris le temps nécessaire à l'adoption et au respect des procédures additionnelles pour protéger les RCC, les prorogations des dates limites pour le dépôt des communications qui en ont résulté, les questions qui se recoupent identifiées par les participants dans des procédures parallèles, ainsi que la charge de travail considérable pesant sur l'Organe d'appel, le chevauchement dans la composition des sections connaissant de plusieurs appels concomitants, et le manque de personnel au secrétariat de l'Organe d'appel.

1.13. Le 1^{er} juin 2017, la section a reçu une communication des États-Unis proposant des procédures additionnelles pour protéger les RCC pendant l'audience et demandant que le public puisse suivre les déclarations liminaires à l'audience. Le même jour, la section a invité l'Union européenne et les participants tiers à formuler des observations par écrit au sujet de la demande des États-Unis. L'Union européenne a exprimé son soutien à cette demande, mais a observé qu'il devrait appartenir à l'Organe d'appel de se prononcer sur le point de savoir s'il restait suffisamment de temps pour organiser le suivi des déclarations liminaires par le public. L'Australie a appuyé la demande des États-Unis, en indiquant qu'elle considérait que celle-ci contribuait utilement à la transparence et protégeait judicieusement les RCC. Le Brésil s'est dit préoccupé au sujet de l'opportunité de la demande par rapport au calendrier et des mesures qui pourraient être nécessaires pour y donner suite. La Chine a indiqué que la demande des États-Unis visant à exclure de la séance des questions et réponses les personnes non habilitées RCC des participants tiers réduirait notablement la capacité de ces derniers de participer pleinement à l'audience. Aucune observation n'a été reçue des autres participants tiers.

1.14. Le 2 juin 2017, la section a rendu une décision procédurale²⁵ au sujet de la demande des États-Unis. Dans cette décision, elle indiquait que, comme prévu dans sa décision procédurale du 22 décembre 2016 sur la protection des RCC, les personnes habilitées RCC des participants tiers étaient invitées à assister à la séance de l'audience lors de laquelle des RCC pourraient être évoqués. La section considérait que cela était permis pour permettre aux participants tiers d'être convenablement représentés à l'audience. S'agissant de la demande des États-Unis au sujet de la possibilité pour le public de suivre les déclarations liminaires à l'audience, la section s'est dite très préoccupée quant à l'opportunité de cette demande par rapport au calendrier. Tout en décidant, à la majorité, d'accéder à titre exceptionnel à la demande des États-Unis concernant l'ouverture au public, telle qu'elle était soutenue par l'Union européenne, la section a aussi souligné qu'il importait que les participants souhaitant demander l'ouverture au public de tout ou partie des audiences dans le cadre de différends présentent les demandes de ce type en temps opportun,

²⁰ WT/DS487/7.

²¹ Conformément aux règles 22 et 23 4) des Procédures de travail.

²² Conformément à la règle 24 1) des Procédures de travail.

²³ Conformément aux règles 24 4) et 24 2), respectivement, des Procédures de travail. L'Inde n'est pas participant tiers dans le cadre de la présente procédure d'appel car elle n'a pas déposé de communication écrite conformément à la règle 24 1) des Procédures de travail et n'a pas comparu à l'audience.

²⁴ WT/DS487/8/Rev.1.

²⁵ La décision procédurale du 2 juin 2017 figure dans l'annexe D-3 de l'addendum du présent rapport, WT/DS487/AB/R/Add.1.

compte tenu du droit des autres participants et des participants tiers à une procédure régulière ainsi que de la charge pesant sur les ressources du Secrétariat de l'OMC. La section a donc adopté dans sa décision procédurale des procédures additionnelles concernant la conduite de l'audience, y compris des procédures relatives au suivi par le public des déclarations liminaires des délégations des Membres qui avaient accepté que leurs déclarations soient rendues publiques.

1.15. L'audience dans le cadre du présent appel s'est tenue le 6 juin 2017. Les participants et les participants tiers (à l'exception de la Russie) ont fait des déclarations orales et ont répondu aux questions posées par les membres de la section de l'Organe d'appel saisie de l'appel. La retransmission différée au public des déclarations orales des participants et participants tiers (à l'exception du Brésil et de la Chine) a eu lieu le 5 juillet 2017.

1.16. Le 9 août 2017, la section a informé les participants et les participants tiers qu'elle n'avait pas jugé nécessaire d'inclure des RCC dans le rapport de l'Organe d'appel dans le cadre du présent appel. Le 28 août 2017, elle a fourni à l'avance aux participants un exemplaire confidentiel du rapport, et ceux-ci ont confirmé qu'aucun RCC n'avait été inclus par inadvertance dans le rapport. Le 31 août 2017, le Président de l'Organe d'appel a informé le Président de l'ORD que le rapport de l'Organe d'appel dans le cadre de la présente procédure serait distribué le 4 septembre 2017.²⁶

2 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS

2.1. Les allégations et arguments des participants figurent dans les résumés analytiques de leurs communications écrites remis à l'Organe d'appel.²⁷ La déclaration d'appel et la déclaration d'un autre appel, ainsi que les résumés analytiques des allégations et arguments des participants, sont contenus dans les annexes A et B de l'addendum du présent rapport, WT/DS487/AB/R/Add.1.

3 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS

3.1. Les arguments des participants tiers qui ont versé des communications écrites au dossier figurent dans les résumés analytiques de ces communications remis à l'Organe d'appel²⁸, et sont contenus dans l'annexe C de l'addendum du présent rapport, WT/DS487/AB/R/Add.1.

4 QUESTIONS SOULEVÉES DANS LE PRÉSENT APPEL

4.1. Les questions soulevées dans le présent appel sont les suivantes, à savoir:

- a. s'agissant de l'interprétation de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC donnée par le Groupe spécial dans le contexte de ses analyses de la subordination *de jure* en ce qui concerne les première et seconde dispositions relatives à l'implantation, et de son analyse de la subordination *de facto* en ce qui concerne la première disposition relative à l'implantation:
 - i. question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en formulant une règle de droit prescrivant l'utilisation de produits nationaux à l'entière exclusion des produits importés (soulevée par l'Union européenne);
- b. s'agissant de l'application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC par le Groupe spécial dans le contexte de son analyse de la subordination *de jure* en ce qui concerne la première disposition relative à l'implantation:
 - i. question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la première disposition relative à l'implantation ne prescrivait pas, expressément ou

²⁶ WT/DS487/9.

²⁷ Conformément à la communication de l'Organe d'appel intitulée "Résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel" et "Lignes directrices concernant les résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel" (WT/AB/23, 11 mars 2015).

²⁸ Conformément à la communication de l'Organe d'appel intitulée "Résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel" et "Lignes directrices concernant les résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel" (WT/AB/23, 11 mars 2015).

nécessairement, par implication à partir des termes qui y sont employés, que Boeing utilise des produits nationaux de préférence à des produits importés (soulevée par l'Union européenne);

- c. s'agissant de l'application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC par le Groupe spécial dans le contexte de son analyse de la subordination *de jure* en ce qui concerne la seconde disposition relative à l'implantation:
 - i. question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 3.1 b) en restreignant indûment le champ des éléments de preuve au regard desquels il a évalué la subordination *de jure* en ce qui concerne la seconde disposition relative à l'implantation (soulevée par l'Union européenne); et
 - ii. question de savoir si le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en donnant une lecture incorrecte de la seconde disposition relative à l'implantation (soulevée par l'Union européenne);
- d. s'agissant de l'analyse de la subordination *de facto* faite par le Groupe spécial au titre de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC:
 - i. question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 3.1 b) en constatant que la mesure, en particulier la seconde disposition relative à l'implantation, était l'expression d'une condition exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés (soulevée par les États-Unis); et
 - ii. question de savoir si le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en ce qui concerne divers aspects de son raisonnement (soulevée par les États-Unis et l'Union européenne).

5 ANALYSE DE L'ORGANE D'APPEL

5.1. L'Union européenne et les États-Unis font appel de constatations différentes du Groupe spécial.

5.2. Dans son appel, l'Union européenne conteste les constatations du Groupe spécial selon lesquelles elle n'a pas démontré que les première et seconde dispositions relatives à l'implantation, considérées séparément ou conjointement, rendaient les mesures fiscales des États-Unis visant le secteur aérospatial subordonnées *de jure*, ou que la première disposition relative à l'implantation rendait ces mesures subordonnées *de facto*, à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC. En particulier, l'Union européenne fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur: i) dans son interprétation et son application de l'article 3.1 b), en ne constatant pas que la première disposition relative à l'implantation rendait les mesures fiscales visant le secteur aérospatial subordonnées *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés; ii) dans son interprétation de l'article 3.1 b), et en ne procédant pas à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord, en ne constatant pas que la première disposition relative à l'implantation rendait les mesures fiscales visant le secteur aérospatial subordonnées *de facto* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés; et iii) dans son interprétation et son application de l'article 3.1 b), et en ne procédant pas à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord, en ne constatant pas que la seconde disposition relative à l'implantation rendait le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial subordonné *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

5.3. Pour leur part, les États-Unis font appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle, en ce qui concerne les première et seconde dispositions relatives à l'implantation, considérées conjointement, le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial est une subvention subordonnée *de facto* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés au

sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC. En particulier, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fait erreur: i) en interprétant et appliquant l'article 3.1 b) comme si celui-ci prohibait les subventions subordonnées à l'implantation d'activités de production sur le territoire national; ii) dans son interprétation et son application de l'article 3.1 b), en constatant que le taux d'imposition B&O visant le secteur aéronautique pour le programme de l'aéronef 777X de Boeing était subordonné à l'"utilisation" d'ailes pour le 777X parce que Boeing n'"utilise" pas et n'"utilisera" pas d'ailes pour produire le 777X; et iii) dans son interprétation et son application de l'article 3.1 b), en constatant que la subvention était subordonnée à l'utilisation d'ailes "nationales" de préférence à des ailes "importées" parce qu'il n'a pas examiné le sens des termes "national" et "importé", ni examiné si les ailes résultant de l'assemblage des ailes à Washington seraient nécessairement "nationales". En outre, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.

5.4. Nous exposons d'abord notre interprétation de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC avant de passer aux allégations en appel de l'Union européenne et des États-Unis.

5.1 Interprétation de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC

5.5. L'article 3.1 b) de l'Accord SMC est libellé comme suit:

Exception faite de ce qui est prévu dans l'Accord sur l'agriculture, les subventions définies à l'article premier dont la liste suit seront prohibées:

...

b) subventions subordonnées, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

L'article 3.2 ajoute qu'"un Membre n'accordera ni ne maintiendra les subventions visées au paragraphe 1."

5.6. L'Accord SMC distingue deux catégories de subventions: les subventions prohibées (Partie II de l'Accord) et les subventions pouvant donner lieu à une action (Partie III de l'Accord). L'octroi de subventions n'est pas, en lui-même et à lui seul, prohibé dans le cadre de l'Accord SMC; il ne constitue pas non plus, sans plus d'éléments, une incompatibilité avec cet accord.²⁹ Seules les subventions subordonnées aux résultats à l'exportation au sens de l'article 3.1 a) (communément appelées subventions à l'exportation), ou subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b) (communément appelées subventions au remplacement des importations), sont prohibées en soi en vertu de l'article 3 de l'Accord SMC.³⁰ En tout état de cause, les subventions, si elles sont spécifiques, sont soumises aux disciplines de la Partie III de l'Accord SMC, mais un Membre plaignant doit démontrer l'existence d'effets défavorables au titre de l'article 5 de cet accord.

5.7. L'article 3.1 b) de l'Accord SMC prohibe les subventions dont l'octroi est "subordonné[] ... à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés". L'Organe d'appel a constaté que le critère juridique permettant d'établir l'existence d'une "subordination" au regard de l'article 3.1 b) était le même qu'au regard de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC.³¹ Étant donné que le sens ordinaire du terme "subordonné" est "conditionnel" ou "dépendant, pour exister, de quelque chose d'autre", une subvention serait prohibée au titre de l'article 3.1 b) si elle est "conditionnelle" ou "dépendante, pour exister, de" l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.³² Par conséquent, une subvention serait "subordonnée" à l'utilisation de produits

²⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 47.

³⁰ Conformément à l'article 2.3 de l'Accord SMC, toute subvention relevant des dispositions de l'article 3 sera réputée être spécifique. Un Membre plaignant qui est en mesure de prouver l'existence d'une telle subvention prohibée n'est pas tenu de démontrer que la subvention cause aussi des effets défavorables pour les intérêts d'autres Membres au sens des articles 5 et 6 de l'Accord SMC.

³¹ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 123.

³² Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 123 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 166).

nationaux de préférence à des produits importés si l'utilisation de ces produits était une condition, au sens d'une prescription³³, de son obtention.³⁴

5.8. Le terme "use" (utilisation) a été interprété par l'Organe d'appel comme désignant l'action d'utiliser ou d'employer quelque chose.³⁵ L'article 3.1 b) ne précise pas ce qui constitue "l'utilisation de produits"; ce terme n'est pas non plus défini dans d'autres dispositions de l'Accord SMC ou d'autres accords visés.³⁶ En l'absence de toute autre indication, le terme "utilisation" peut, en fonction des circonstances particulières, désigner la consommation d'un bien dans le processus de fabrication, mais peut aussi désigner, par exemple, l'incorporation d'un élément dans un produit distinct, ou le fait de servir d'outil dans la production d'un bien.

5.9. Le terme "goods" (biens/produits) peut être considéré comme un synonyme de "products" (produits).³⁷ Ni le texte ni le contexte de l'article 3.1 b) n'apportent aucun éclaircissement sur le type ou la nature des produits qui font l'objet de cette disposition.³⁸ Par conséquent, ce terme peut désigner tout type de produit qui peut être utilisé par le bénéficiaire d'une subvention, y compris les parties ou éléments qui sont incorporés dans un autre produit ou d'autres matières ou substances qui sont consommées dans le processus de production d'un autre produit, ou les outils ou instruments qui sont utilisés dans le processus de production. À l'article 3.1 b), le terme "produits" est qualifié par les adjectifs "nationaux" et "importés", ce qui implique que les produits considérés devraient être au moins potentiellement échangeables. Cependant, le vaste champ des termes "utilisation" et "produits" étaye le point de vue selon lequel le sens du terme "produits" n'est pas limité aux produits qui sont effectivement échangés.

5.10. Le texte de l'article 3.1 b) ne qualifie pas les termes "nationaux" et "importés". L'interprétation de ces termes peut être éclairée par l'article III:4 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1994)³⁹, qui s'applique aux "produits du territoire de [tout Membre] importés sur le territoire de [tout autre Membre]" et prescrit que les produits importés "ne [soient] pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale". Par conséquent, en règle générale, les produits "nationaux" peuvent

³³ Par exemple l'Organe d'appel a fait observer dans l'affaire *Canada – Automobiles* que la mesure en cause dans cette affaire serait incompatible avec l'article 3.1 b) si "l'utilisation de produits nationaux [était] une nécessité et [était] donc ... une *condition* requise pour pouvoir [en] bénéficier". (Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 130 (italique dans l'original))

³⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 126. Le lien entre la "subordination" et la "conditionnalité" est en outre confirmé par le texte de l'article 3.1 b), qui indique que la subordination au remplacement des importations peut être une *condition* exclusive ou une *condition* "parmi plusieurs autres". (Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 166 (italique ajouté par l'Organe d'appel)) Comme avec l'article 3.1 a), ce "rapport de conditionnalité ou de dépendance" est au "cœur même" du critère juridique énoncé à l'article 3.1 b) de l'Accord SMC. (Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 171; *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 47)

³⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, paragraphe 4.374 et note de bas de page 1009 y relative (faisant référence au *Shorter Oxford English Dictionary*, 6^{ème} édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 2, page 3484).

³⁶ Le terme "utilisation" apparaît dans différents contextes dans les accords visés. Par exemple la note de bas de page 61 de l'Annexe II de l'Accord SMC définit les "intrants consommés dans le processus de production" comme étant "des intrants physiquement incorporés, de l'énergie, des combustibles et carburants utilisés dans le processus de production et des catalyseurs qui sont *consommés au cours de leur utilisation* pour obtenir le produit exporté" et le paragraphe II 3) de l'Annexe II définit les intrants "physiquement incorporés" comme étant des intrants "*utilisés* dans le processus de production et ... *physiquement présents* dans le produit exporté". (pas d'italique dans l'original) En outre, l'article 2 de l'Accord relatif au commerce des aéronefs civils impose aux signataires d'éliminer les droits de douane et impositions perçus sur les produits relevant des positions tarifaires indiquées dans l'Annexe I de cet accord "si ces produits sont destinés à être *utilisés dans un aéronef civil et à y être incorporés* au cours de sa construction, de sa réparation, de son entretien, de sa refécution, de sa modification ou de sa transformation". (pas d'italique dans l'original)

³⁷ C'est ce qui transparaît aussi dans les versions de l'Accord SMC dans les autres langues faisant foi: "*produits*" et "*productos*" dans les textes français et espagnol, respectivement.

³⁸ On rencontre les termes "goods" (biens/produits) et "products" (produits) dans diverses dispositions tout au long de l'Accord SMC et d'autres accords visés et il n'apparaît pas que ces termes soient limités en soi à des types spécifiques de produits, à moins qu'ils soient qualifiés. Ainsi, par exemple, l'article 6.3 d) de l'Accord SMC fait référence à un "produit *primaire* ... subventionné" et la note de bas de page 46 relative à l'article 14 de l'Accord SMC définit le "produit similaire" comme étant "un *produit identique*, c'est-à-dire semblable à tous égards *au produit considéré*". (pas d'italique dans l'original) L'article III:2 et III:4 du GATT de 1994 fait aussi référence d'une manière générale aux "produits du territoire de [tout Membre] importés sur le territoire de [tout autre Membre]".

³⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 140.

s'entendre des produits originaires du territoire du Membre pertinent et les produits "importés" des produits qui franchissent la frontière pour entrer sur le territoire de ce Membre.

5.11. Le terme "over" (de préférence à) figurant à l'article 3.1 b) est une préposition exprimant une préférence entre deux choses.⁴⁰ C'est ce qui transparaît aussi dans les versions de l'Accord SMC dans les autres langues faisant foi, le texte français de l'article 3.1 b) étant "*subventions subordonnées ... à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés*" et le texte espagnol "*las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados*".⁴¹ Dans le contexte du membre de phrase "contingent ... upon the use of domestic over imported goods" (subordonnées ... à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés), le terme "over" fait donc référence à l'utilisation de produits nationaux préférablement à des produits importés, ou au lieu de produits importés.

5.12. En ce qui concerne le terme "subordination", l'Organe d'appel a dit dans l'affaire *Canada – Automobiles* que l'article 3.1 b) de l'Accord SMC visait la subordination à la fois en droit et en fait.⁴² L'Organe d'appel a noté en outre dans l'affaire *Canada – Aéronefs* que le critère juridique exprimé par le terme "subordonnées" était le même pour la subordination *de jure* et *de facto*.⁴³ Une subvention sera subordonnée *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés "lorsque l'existence de cette condition peut être démontrée en s'appuyant sur les termes mêmes de la loi, du règlement ou de l'autre instrument juridique pertinent qui constitue la mesure", ou peut "découler nécessairement, par implication, des termes effectivement employés dans la mesure".⁴⁴ Il est "beaucoup plus difficile" de prouver l'existence d'une subordination *de facto*.⁴⁵ Comme il l'a indiqué dans le contexte de l'article 3.1 a), l'existence d'une subordination *de facto* "doit être déduite de la configuration globale des faits constituant et entourant l'octroi de la subvention, dont aucun ne sera probablement à lui seul déterminant dans un cas donné".⁴⁶ Dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a mentionné un certain nombre de facteurs qui peuvent être pertinents à cet égard, y compris la conception et la structure de la mesure d'octroi de la subvention, les modalités de fonctionnement énoncées dans une telle mesure et les circonstances factuelles pertinentes entourant l'octroi de la subvention, qui donnent le contexte permettant de comprendre la conception, la structure et les modalités de fonctionnement de la mesure.⁴⁷ S'il est vrai que l'Organe d'appel s'est appuyé sur ces facteurs pour examiner la subordination *de facto* au regard de l'article 3.1 a), nous considérons néanmoins qu'ils sont aussi pertinents pour une analyse de la subordination *de facto* au regard de l'article 3.1 b).⁴⁸

5.13. Par conséquent, lorsqu'une analyse de la subordination ne débouche pas sur une constatation d'incompatibilité au regard de l'article 3.1 b) sur la base des termes effectivement employés dans la mesure, ou nécessairement, par implication à partir de ces termes, l'existence d'une prescription imposant d'utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés peut toujours être constatée sur la base des facteurs susmentionnés et des circonstances factuelles qui font partie de la configuration globale des faits constituant et entourant l'octroi de la

⁴⁰ Les définitions pertinentes de "over" données par le dictionnaire sont notamment les suivantes: "[a]bove in degree, quality, or action; in preference to; more than" (supérieur en importance, en qualité ou en action; de préférence à; plus que) (*Shorter Oxford English Dictionary*, 6^{ème} édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 2, page 2048).

⁴¹ Non souligné dans l'original.

⁴² Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 143.

⁴³ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 167.

⁴⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphes 100 et 123. En particulier, l'Organe d'appel a fait observer que l'octroi d'une subvention sera également subordonné *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés "lorsque l'obligation ... figure clairement, quoique implicitement, dans l'instrument qui renferme la mesure", de sorte que même si l'instrument juridique sur lequel repose la subvention n'indique pas *expressis verbis* que celle-ci est offerte uniquement si la condition obligeant à utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés est remplie, "[c]ette conditionnalité peut découler nécessairement, par implication, des termes effectivement employés dans la mesure". (*Ibid.*, paragraphe 123)

⁴⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 167.

⁴⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 167. (italique dans l'original)

⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1046.

⁴⁸ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 123.

subvention.⁴⁹ Nous considérons l'analyse de la subordination *de jure* et *de facto* au regard de l'article 3.1 b) comme un continuum, qui commence par les termes de la mesure et leurs implications nécessaires, et se poursuit avec les facteurs comprenant la conception et la structure de la mesure, ses modalités de fonctionnement et les autres circonstances pertinentes.⁵⁰ Un groupe spécial devrait procéder à une évaluation globale de tous les éléments et éléments de preuve pertinents versés au dossier, sans être tenu de compartimenter les analyses *de jure* et *de facto*, pour établir une conclusion globale s'agissant de savoir si une subvention est subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

5.14. En conséquence, à la lecture de l'ensemble des termes de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, nous croyons comprendre que cette disposition prohibe les subventions qui sont subordonnées *de jure* ou *de facto* de telle sorte qu'elles imposent l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, ou au lieu de produits importés, comme condition de leur obtention. Alors que la distinction entre la subordination *de facto* et la subordination *de jure* tient aux "éléments de preuve pouvant être utilisés pour établir" qu'une subvention est subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés⁵¹, tant dans son analyse *de jure* que dans son analyse *de facto*, un groupe spécial évalue la compatibilité d'une subvention au regard de l'article 3.1 b) avec la même obligation et par rapport à un unique critère juridique de subordination. Dans chaque cas, évaluer si une subvention est subordonnée au sens de l'article 3.1 b) impose d'analyser d'une manière approfondie si le rapport de conditionnalité entre l'octroi de la subvention et l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés est objectivement observable en procédant à un examen attentif et rigoureux de tous les éléments de preuve pertinents. Cela est particulièrement important quand la subordination alléguée n'est pas clairement exprimée dans la formulation employée dans l'instrument juridique pertinent.⁵²

5.15. Nous rappelons que tel qu'il est libellé, l'article 3.1 b) ne prohibe pas le subventionnement de la "production" nationale en soi, mais plutôt l'octroi de subventions subordonnées à l'"utilisation", par le bénéficiaire de la subvention, de produits nationaux de préférence à des produits importés.⁵³ Les subventions qui ont trait à la production nationale ne sont donc pas, pour cette seule raison, prohibées en vertu de l'article 3 de l'Accord SMC.⁵⁴ Nous notons à cet égard

⁴⁹ Par exemple les circonstances factuelles potentiellement pertinentes pour évaluer si une subvention est subordonnée *de facto* peuvent comprendre l'existence d'un processus de production à plusieurs étapes, le niveau de spécialisation des intrants subventionnés ou le niveau d'intégration de la chaîne de production dans la branche de production pertinente.

⁵⁰ Dans la mesure où non seulement des allégations *de jure* mais aussi des allégations *de facto* ont été formulées. Par exemple une analyse de la subordination *de facto* peut prendre en compte "la conception et la structure de la mesure", ce qui engloberait des éléments comprenant les termes de la mesure. De même, une analyse des "modalités de fonctionnement" inclura les modalités énoncées dans la mesure et la manière dont ces modalités peuvent être appliquées et fonctionnent dans la pratique. Enfin, les "circonstances factuelles pertinentes entourant l'octroi de la subvention, qui donnent le contexte permettant de comprendre la conception, la structure et les modalités de fonctionnement de la mesure" incluent nécessairement les circonstances qui éclairent la compréhension des facteurs susmentionnés et de leur fonctionnement. (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1046.)

⁵¹ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, note de bas de page 46 relative au paragraphe 47 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 167). Nous rappelons qu'un des buts de l'évaluation *de facto* au regard de l'article 3.1 b) est d'éviter que "les Membres ... se soustrai[ent] à leurs obligations", contrairement à l'objet et au but de l'Accord SMC. (Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 142)

⁵² Nous rappelons l'observation de l'Organe d'appel selon laquelle prouver l'existence d'une subordination *de facto* "est beaucoup plus difficile" qu'établir l'existence d'une subordination *de jure*. (Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 167)

⁵³ Conformément à l'article 2.1 de l'Accord SMC, une subvention visée dans le cadre de cet accord devrait être spécifique à certaines entreprises "relevant de la juridiction de l'autorité qui accorde cette subvention", ou, autrement dit, à des producteurs nationaux. Bien que conformément à l'article 2.3, les subventions prohibées soient "réputée[s] être spécifique[s]", elles demeurent des subventions octroyées à des producteurs nationaux. D'autres dispositions de l'Accord SMC font aussi référence au "territoire" d'un Membre, ainsi qu'aux "producteurs nationaux", ou à la "production nationale". Voir par exemple l'article 1.1 a) 1); l'article 8.2 b), devenu caduc, conformément à l'article 31; l'article 10; l'article 25; et l'article 28 de l'Accord SMC.

⁵⁴ Dans l'affaire *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, l'Organe d'appel a constaté qu'il "conv[enait] de rappeler que l'octroi d'une subvention n'est pas prohibé en soi par l'Accord SMC, pas plus que l'octroi d'une "subvention", sans plus, ne constitue une incompatibilité avec cet accord. L'univers des subventions est vaste. Celles-ci ne sont pas toutes incompatibles avec l'Accord SMC. Les seules subventions "prohibées" sont celles visées par l'article 3 de l'Accord SMC". (Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 47)

qu'on peut généralement s'attendre à ce que ces subventions accroissent l'offre des produits nationaux subventionnés sur le marché pertinent, ce qui accroît l'utilisation de ces produits en aval et a des effets défavorables sur les importations, sans qu'elles exigent nécessairement l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés comme condition de leur octroi.

5.16. Nous notons en outre que l'article III:8 b) du GATT de 1994 exempte de l'obligation de traitement national énoncée à l'article III "l'attribution aux seuls producteurs nationaux de subventions". L'article III:8 b) indique clairement que l'octroi de subventions aux seuls producteurs nationaux, et non aux producteurs étrangers, ne constitue pas en soi une infraction à l'article III. Dans la mesure où l'on peut s'attendre généralement à ce que les "producteurs nationaux" fabriquent une certaine quantité de "produits nationaux" sur le territoire d'un Membre, l'article III:8 b) concorde avec notre interprétation de l'article 3.1 b) selon laquelle quelque chose de plus qu'un simple subventionnement de la production nationale est nécessaire pour constater l'existence d'une subvention au remplacement des importations. Cela dit, même si l'octroi d'une subvention est exempté de l'obligation de traitement national prévue par le GATT du fait que cette subvention est attribuée aux seuls producteurs nationaux au sens de l'article III:8 b) du GATT de 1994, il peut toujours être constaté que ladite subvention est subordonnée à l'utilisation par ces producteurs de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC.

5.17. De plus, nous observons que l'Organe d'appel a constaté que l'existence d'une subordination *de facto* au sens de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC, et en particulier la question de savoir si une subvention est "en fait lié[e] aux exportations ... prévues", pouvait être déterminée en évaluant si "l'octroi de la subvention vise[] à inciter le bénéficiaire à améliorer ses résultats à l'exportation futurs" et "constitue une incitation à réorienter les ventes prévues vers les exportations", d'une manière qui "ne reflète pas simplement les conditions de l'offre et de la demande sur le marché intérieur et les marchés d'exportation non faussés par l'octroi de la subvention".⁵⁵ Ce critère est fondé sur le libellé de l'article 3.1 a) et de la note de bas de page 4 y relative et, en particulier, sur les termes "effectives ou prévues" et "résultats à l'exportation".⁵⁶ En outre, des distorsions des échanges similaires se produiront aussi par suite de subventions concernant la production nationale qui sont prohibées par l'article 3.1 b) seulement lorsqu'elles sont subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Par conséquent, un critère fondé sur un examen de la question de savoir si une mesure donnée "vise à inciter" à utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés ne répond pas à la question de savoir si la mesure prescrit au bénéficiaire d'utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés comme condition d'obtention de la subvention.

5.18. En conclusion, nous notons que dans la mesure où aucune conditionnalité concernant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés ne peut être déterminée, mais où l'effet de la subvention est de détourner ou d'entraver les importations, ou d'exercer d'une autre manière des effets défavorables sur les importations, ces effets sont soumis aux disciplines de la Partie III de l'Accord SMC. Autrement dit, la question pertinente à poser pour déterminer l'existence d'une subordination au sens de l'article 3.1 b) n'est pas de savoir si les prescriptions relatives au droit de bénéficier d'une subvention peuvent *entraîner* l'utilisation de plus de produits nationaux et de moins de produits importés. La question est plutôt de savoir si *une condition exigeant* l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés peut être discernée d'après les termes de la mesure même, ou déduite de sa conception, de sa structure, de ses modalités de fonctionnement et des circonstances factuelles pertinentes constituant et entourant l'octroi de la subvention, qui donnent le contexte permettant de comprendre le fonctionnement de ces facteurs.

5.2 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC

5.19. L'Union européenne allègue que, dans son évaluation *de jure* des première et seconde dispositions relatives à l'implantation, le Groupe spécial a interprété à tort l'article 3.1 b) de l'Accord SMC comme signifiant qu'une subordination prohibée n'existerait que dans les cas où la

⁵⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1044, 1045 et 1047.

⁵⁶ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1043.

mesure "exclu{t} en soi et nécessairement" toute utilisation de produits importés.⁵⁷ Selon elle, le Groupe spécial a ainsi limité l'applicabilité de l'article 3.1 b) "aux situations dans lesquelles le bénéficiaire de la subvention est tenu, aux termes de la mesure de subventionnement, pour un produit donné, d'utiliser des produits nationaux à l'entière exclusion des produits importés."⁵⁸ L'Union européenne allègue en outre que, puisque le critère juridique exprimé dans le mot "subordonné" est le même à la fois pour la subordination *de jure* et pour la subordination *de facto*, l'erreur commise dans l'interprétation de l'article 3.1 b) donnée par le Groupe spécial dans le contexte de son évaluation *de jure* se retrouve dans son évaluation *de facto* de la première disposition relative à l'implantation.⁵⁹

5.20. Les États-Unis répondent que les première et seconde dispositions relatives à l'implantation traitent toutes les deux de l'emplacement des activités de production et ne disent rien de l'utilisation de produits importés ou de produits nationaux.⁶⁰ Ils qualifient les déclarations du Groupe spécial que l'Union européenne conteste de simples exemples ou de réponses aux arguments avancés par l'Union européenne, au lieu d'interprétations du Groupe spécial.⁶¹ Par ailleurs, ils estiment que l'argument avancé par l'Union européenne dans le contexte de l'analyse *de facto* de la première disposition relative à l'implantation faite par le Groupe spécial n'est pas différent de son argument dans le contexte de l'analyse *de jure*, et, par conséquent, est sans fondement pour les mêmes raisons.⁶²

5.21. Nous commençons notre analyse en notant que l'Union européenne ne conteste pas la formulation par le Groupe spécial du critère juridique au titre de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC tel qu'établi dans les sections interprétatives de son rapport.⁶³ Au lieu de cela, l'Union européenne conteste certaines déclarations ultérieures faites par le Groupe spécial dans le contexte de ses analyses de la subordination *de jure* des première et seconde dispositions relatives à l'implantation et de son analyse de la subordination *de facto* de la première disposition relative à l'implantation, que l'Union européenne interprète toutes comme énonçant une règle de droit prescrivant l'utilisation de produits nationaux à l'entière exclusion des produits importés.

5.22. Nous souscrivons à l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle l'existence d'une subordination au titre de l'article 3.1 b) n'est pas limitée aux cas dans lesquels la mesure exige que le bénéficiaire de la subvention utilise des produits nationaux à l'entière exclusion des produits importés. L'article 3.1 b) prescrit d'établir l'existence d'une subordination à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, mais ne prescrit pas de démontrer l'existence d'un quelconque volume ou niveau de détournement des produits importés par les produits

⁵⁷ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 33. (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.291) Voir aussi les paragraphes 37 et 103 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.291 et 7.306).

⁵⁸ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 40. Voir aussi le paragraphe 103.

⁵⁹ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 70 et 71.

⁶⁰ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphes 44 et 82 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.290, 7.293 et 7.305). Voir aussi le paragraphe 83.

⁶¹ En particulier, les États-Unis font valoir que la déclaration faite dans le contexte de l'analyse *de jure* de la première disposition relative à l'implantation faite par le Groupe spécial "était explicitement un "exemple", et qu'"il apparaît que [la formulation utilisée dans le contexte de son analyse *de jure* de la seconde disposition relative à l'implantation] [avait] son fondement dans les termes de l'argument de [l'Union européenne] présenté au Groupe spécial". (États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 43 (citant la communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant, paragraphe 38) et paragraphe 84 (faisant référence à la communication de l'Union européenne en tant qu'autre appelant, paragraphe 103))

⁶² États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 69.

⁶³ Le Groupe spécial a fait observer que "[p]our constater l'existence de la subordination au sens de l'article 3.1 b), cette subordination [devait] être une condition nécessaire de façon que le bénéficiaire ne bénéficierait pas de la subvention à moins que des produits nationaux ne soient utilisés au lieu de produits importés, ou de préférence à ceux-ci." (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.274) En énonçant le critère pour déterminer l'existence d'une subordination *de jure* au titre de l'article 3.1 b), il a observé qu'"une subordination qui n'[était] pas énoncée expressément dans la législation pertinente [pouvait] néanmoins découler nécessairement, par implication, des termes effectivement employés dans la législation si elle résult[ait] inévitablement de ces termes ou si toute autre interprétation serait déraisonnable." (*Ibid.*, paragraphe 7.273 (note de bas de page omise)) En énonçant le critère pour déterminer l'existence d'une subordination *de facto* au titre de l'article 3.1 b), il a noté que "l'Union européenne [devrait] démontrer qu'il y [avait] quelque chose dans la conception et la structure des mesures contestées et leur fonctionnement, dans les circonstances dans lesquelles les mesures [avaient] été introduites et exist[aient], qui établ[issait] la subordination et le [faisait] avec le niveau de certitude requis." (*Ibid.*, paragraphe 7.321)

nationaux pour déterminer l'existence de cette subordination. La question dont nous sommes saisis est donc de savoir si dans son analyse, le Groupe spécial a effectivement énoncé une règle de droit prescrivant l'utilisation de produits nationaux à l'entière exclusion des produits importés.

5.23. Nous faisons observer que, devant le Groupe spécial, l'Union européenne a affirmé que: i) les termes de la première disposition relative à l'implantation exigeaient de Boeing qu'elle s'engage à utiliser des ailes et des fuselages produits ou assemblés dans l'État de Washington dans l'assemblage final du 777X dans l'État de Washington⁶⁴; et ii) au titre de la seconde disposition relative à l'implantation, le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial ne continuerait de s'appliquer que si Boeing assembl[ait] les ailes et le 777X exclusivement dans l'État de Washington.⁶⁵ Toutefois, l'interprétation de ces dispositions donnée par le Groupe spécial était différente. Le Groupe spécial a considéré que, telle qu'elle était libellée, la première disposition relative à l'implantation concernait l'*implantation* d'un "important programme de construction d'un avion commercial", et qu'"il [fallait] par ailleurs qu'un producteur s'engage à *fabriquer* dans l'État de Washington" un modèle d'avion commercial, ainsi que les fuselages et les ailes de ce modèle.⁶⁶ Il n'a trouvé nulle part "dans les termes employés dans la première disposition relative à l'implantation une prescription subordonnant l'entrée en vigueur des mesures contestées à l'existence d'une détermination selon laquelle des produits nationaux [seraient] utilisés au lieu de produits importés."⁶⁷ Il a donc constaté que, de par ses termes, "la première disposition relative à l'implantation ne [disait] rien sur l'utilisation de produits importés ou de produits nationaux".⁶⁸ Il a constaté aussi que la seconde disposition relative à l'implantation ne [disait] rien de l'utilisation de produits nationaux ou de produits importés".⁶⁹ Pour le Groupe spécial, il n'y a "dans les termes de la [seconde disposition relative à l'implantation], aucune indication expresse selon laquelle la subvention ... serait perdue si des ailes étaient importées" et ses termes "ne subordonnent pas expressément l'obtention d'une subvention à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés".⁷⁰

5.24. Le Groupe spécial a ensuite examiné, pour chacune des première et seconde dispositions relatives à l'implantation, si une subordination au remplacement des importations prohibée pouvait découler "nécessairement, par implication", du libellé des dispositions.⁷¹ C'est dans ce contexte que le Groupe spécial, tout d'abord s'agissant de la première disposition relative à l'implantation, a fait la déclaration que l'Union européenne conteste:

Le Groupe spécial ne voit rien dans le libellé de la subordination concernant l'implantation figurant dans la première disposition relative à l'implantation qui exclurait en soi et nécessairement la possibilité pour le constructeur d'avions d'utiliser des ailes ou des fuselages obtenus en dehors de l'État de Washington (si, par exemple, il continuait de fabriquer *certaines* fuselages et *certaines* ailes dans l'État de Washington, en utilisant en plus des fuselages et des ailes fabriqués ailleurs séparément).⁷²

5.25. De la même façon, s'agissant de la seconde disposition relative à l'implantation, le Groupe spécial a dit ce qui suit:

... la subordination concernant l'implantation contenue dans la seconde disposition relative à l'implantation n'exclurait pas en soi et nécessairement la possibilité pour le constructeur d'avions d'utiliser des ailes obtenues en dehors de l'État de Washington

⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.288 (faisant référence à Union européenne, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 44).

⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.304 (faisant référence à Union européenne, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 52).

⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.287. (italique dans l'original) Voir aussi les paragraphes 7.289 et 7.293.

⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.290.

⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.290.

⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.305.

⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.305. Voir aussi le paragraphe 7.308.

⁷¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.291 et 7.306.

⁷² Union européenne, communication en tant qu'autre appellant, paragraphe 37 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.291 (italique dans l'original; souligné par l'Union européenne)).

..., dans la mesure où il ne délocaliserait pas en dehors de l'État de Washington la fabrication des ailes précédemment implantée dans cet État.⁷³

5.26. Nous reconnaissons que, lues isolément, ces déclarations pourraient éventuellement être interprétées comme suggérant une règle de droit au titre de l'article 3.1 b) qui prescrit l'utilisation de produits nationaux à l'entière exclusion des produits importés. Toutefois, lorsque ces mots sont considérés dans le contexte du reste des analyses de la subordination *de jure* des première et seconde dispositions relatives à l'implantation faites par le Groupe spécial, il devient clair que le Groupe spécial n'a pas formulé une telle règle de droit.

5.27. Pour commencer, ainsi que le Groupe spécial l'a constaté, de par leurs termes, les première et seconde dispositions relatives à l'implantation concernent toutes les deux l'"implantation" et l'engagement de "fabriquer" ou d'"assembler" certains produits et ne disent rien de l'"utilisation" de produits importés ou nationaux. Passant à l'"implication nécessaire" à partir des termes des première et seconde dispositions relatives à l'implantation, le Groupe spécial a considéré qu'une interprétation selon laquelle Boeing serait tenue d'utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés était seulement une interprétation de ces dispositions parmi plusieurs autres possibles. Selon lui, alors que les termes de la première disposition relative à l'implantation pourraient avoir pour résultat que Boeing utilise certaines ailes et certains fuselages produits dans l'État de Washington, cela ne signifiait pas nécessairement que cette disposition, en vertu de ses termes, prescrivait que Boeing utilise des ailes et des fuselages nationaux de préférence à ces mêmes produits importés.⁷⁴ De même, s'agissant de la seconde disposition relative à l'implantation, le Groupe spécial a constaté qu'il ne résultait pas inévitablement des termes de la disposition que l'importation d'ailes équivaldrait à l'"implantation" des activités de production en dehors de l'État de Washington, "même si ce résultat n'[était] pas exclu par [son] texte".⁷⁵ Ayant examiné d'autres interprétations possibles des termes des dispositions⁷⁶, il a conclu que "[l]a subordination à l'implantation de certaines activités de production dans l'État de Washington [au titre de la première disposition relative à l'implantation] n'entraîn[ait] aucune prescription explicite, ou nécessairement impliquée, imposant d'utiliser des produits nationaux"⁷⁷, et qu'"[i]l ne résult[ait] aucune subordination expresse ou évidente des termes employés dans la [seconde disposition relative à l'implantation], et cette subordination ne [pouvait] pas découler inévitablement des termes de ladite disposition."⁷⁸ Il a donc constaté que les première et seconde dispositions relatives à l'implantation n'exigeaient pas, en vertu de leurs termes ou nécessairement, par implication à partir de ces termes, l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés comme condition pour recevoir les subventions.

5.28. Lorsqu'elles sont lues dans ce contexte, nous interprétons les déclarations du Groupe spécial contestées par l'Union européenne, selon lesquelles rien dans les termes des première et seconde dispositions relatives à l'implantation "n'exclurait en soi et nécessairement" la possibilité pour Boeing d'utiliser des produits obtenus en dehors de l'État de Washington, comme faisant référence aux "implications" de ces termes et reconnaissant simplement qu'une condition exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés ne pourrait pas découler "nécessairement" du libellé des première et seconde dispositions relatives à l'implantation. En particulier, à notre avis, le membre de phrase "exclu[re] en soi et nécessairement" renvoie à l'interprétation donnée par le Groupe spécial des termes "nécessairement, par implication" comme désignant la subordination qui doit "résulter[]" inévitablement des termes effectivement employés dans la législation", ou au fait que "toute autre interprétation serait déraisonnable".⁷⁹ Compte tenu de cela, nous croyons comprendre que le Groupe spécial a simplement reconnu que, sur la base à la fois des termes utilisés dans les première et seconde dispositions relatives à l'implantation et

⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.306. (non souligné dans l'original)

⁷⁴ Selon le Groupe spécial, si "[l]es termes effectivement employés dans la [première disposition relative à l'implantation] n'empêchent pas un scénario dans lequel ... des ailes et des fuselages fabriqués dans l'État de Washington seraient "utilisés" dans l'assemblage final d'avions commerciaux 777X dans l'État de Washington", le fait "[q]u'un tel scénario soit possible sur la base des termes employés dans la première disposition relative à l'importation ... n'est pas la même chose que de conclure qu'il s'agit d'une prescription ou d'une condition pour l'octroi des subventions qui découle nécessairement de ces termes." (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.293)

⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.310. Voir aussi le paragraphe 7.306.

⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.294 et 7.309.

⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.296.

⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.310.

⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.291 et 7.306.

nécessairement, par implication à partir de ces termes, il n'existait aucune prescription *de jure* exigeant de Boeing qu'elle utilise des produits nationaux de préférence à des produits importés.

5.29. En outre, nous rappelons les affirmations de l'Union européenne devant le Groupe spécial selon lesquelles, au titre de la première disposition relative à l'implantation, Boeing "s'engag[eait] à utiliser des ailes et des fuselages produits ou assemblés dans l'État de Washington" et "[s]i Boeing ne s'était pas engagée à utiliser des ailes et des fuselages fabriqués aux États-Unis [elle n'aurait] donc pas satisfait à la [première disposition relative à l'implantation]".⁸⁰ En outre, l'Union européenne a fait valoir devant le Groupe spécial qu'"au titre de la seconde disposition relative à l'implantation, le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospace ne continuerait d'être en vigueur que "si Boeing assembl[ait] les ailes et assembl[ait] l'aéronef *exclusivement* dans l'État de Washington"', et que "si Boeing achetait *des* ailes pour le 777X en dehors de l'État de Washington, elle perdrait le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospace pour toutes les recettes liées aux ventes de l'aéronef 777X."⁸¹ À notre avis, il apparaît qu'en faisant sa déclaration selon laquelle les première et seconde dispositions relatives à l'implantation n'"exclu[aient] pas en soi et nécessairement" la possibilité pour Boeing d'utiliser des ailes en dehors de l'État de Washington, le Groupe spécial n'énonçait pas une règle de droit mais répondait plutôt à certaines affirmations avancées par l'Union européenne. L'Union européenne conteste également les déclarations du Groupe spécial selon lesquelles la seconde disposition relative à l'implantation "ne fait pas dépendre l'obtention ou le maintien de la jouissance des subventions du fait de s'abstenir d'utiliser des produits importés" et "ne prescrit pas qu'il faille se procurer les produits pour cette production (que ce soient les ailes ou n'importe quoi d'autre) *uniquement* dans l'État de Washington".⁸² Pour la même raison que celle qui vient d'être exposée, nous n'estimons pas que ces déclarations révèlent une règle de droit prescrivant l'utilisation de produits nationaux à l'entière exclusion des produits importés.⁸³

5.30. Enfin, nous ne considérons pas non plus qu'une règle de droit prescrivant l'entière exclusion des produits importés transparaisse dans les conclusions finales du Groupe spécial. Le Groupe spécial a constaté que les termes de la première disposition relative à l'implantation "ne subordonn[ai]ent en aucun cas, ni explicitement ni nécessairement par implication, la possibilité de bénéficier des subventions à l'utilisation, par le constructeur ..., de produits nationaux de préférence à des produits importés"⁸⁴ et que "la seconde disposition relative à l'implantation n'indiqu[ait] pas, telle qu'elle [était] libellée, que le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospace cesserait de s'appliquer si le constructeur d'aéronefs en question "utilis[ait]" des produits importés au lieu de produits nationaux."⁸⁵ Selon nous, par conséquent, les conclusions du Groupe spécial selon lesquelles les première et seconde dispositions relatives à l'implantation ne sont pas subordonnées *de jure* au sens de l'article 3.1 b) étaient fondées sur ses constatations selon lesquelles: i) les subordinations énoncées dans les termes de ces dispositions concernaient l'emplacement de certaines opérations d'assemblage dans l'État de Washington; ii) les dispositions ne disaient rien de l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés; et iii) les termes des dispositions n'empêchaient pas nécessairement, par implication, la possibilité d'utiliser des produits importés. Nous ne considérons donc pas que le Groupe spécial, en disant que les termes de ces dispositions n'"excluent pas en soi et nécessairement" la possibilité d'utiliser des ailes et des fuselages importés, énonçait une règle de droit au titre de l'article 3.1 b) qui prescrivait l'utilisation de produits nationaux à l'entière exclusion des produits importés, mais nous estimons plutôt qu'il jetait le doute sur l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle les termes de ces dispositions exigeaient nécessairement de Boeing qu'elle utilise des ailes et des fuselages produits dans l'État de Washington.

5.31. S'agissant de son argument concernant l'analyse *de jure* de la première disposition relative à l'implantation faite par le Groupe spécial, l'Union européenne avance plusieurs arguments additionnels par lesquels elle soutient essentiellement que, pour diverses raisons, la règle de droit

⁸⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.288 (citant Union européenne, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 44; et déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 68).

⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.304 (citant Union européenne, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 52). (pas d'italique dans l'original)

⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.305. (italique dans l'original)

⁸³ Nous notons, en particulier, que ces déclarations ont été faites immédiatement après le résumé par le Groupe spécial des arguments de l'Union européenne exposés plus haut.

⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.295.

⁸⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.310.

énoncée à l'article 3.1 b) ne devrait pas être interprétée comme prescrivant l'utilisation de produits nationaux à l'entière exclusion des produits importés.⁸⁶ Puisque nous avons souscrit au point de vue de l'Union européenne sur ce point mais que nous avons conclu que nous ne pensions pas que le Groupe spécial ait énoncé une telle règle de droit, nous ne voyons pas la nécessité d'examiner plus avant ces arguments.

5.32. L'Union européenne fait valoir aussi que, puisque le Groupe spécial a reconnu que le critère juridique reflété dans le terme "subordonné" était le même tant pour la subordination *de jure* que pour la subordination *de facto*, et qu'il a fait erreur dans son analyse de la subordination *de jure* au titre de l'article 3.1 b), il a également fait erreur dans son interprétation de l'article 3.1 b) dans le contexte de son analyse de la subordination *de facto* de la première disposition relative à l'implantation.⁸⁷ Nous notons que le Groupe spécial a centré son analyse sur le "fonctionnement effectif" de la première disposition relative à l'implantation tel que confirmé par les "éléments de preuve additionnels" disponibles concernant le fait que le programme de l'aéronef 777X de Boeing avait satisfait à cette disposition.⁸⁸ Selon nous, la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la première disposition relative à l'implantation ne démontre pas l'existence d'une subordination *de facto* était fondée sur l'absence de tout "élément de preuve factuel dans la détermination de l'Administration fiscale, ou dans la manière dont Boeing organis[er]ait l'approvisionnement pour la production du 777X, indiquant une prescription *de facto* d'utiliser des produits nationaux, y compris les ailes ou les fuselages", et non sur l'interprétation selon laquelle, pour pouvoir établir qu'il y a violation de l'article 3.1 b), il faut que la première disposition relative à l'implantation exige l'utilisation de produits nationaux à l'entière exclusion des produits importés.⁸⁹ Le Groupe spécial n'a exprimé nulle part dans son analyse *de facto* une règle de droit prescrivant que les modalités de fonctionnement de la première disposition relative à l'importation "exclu[ent] en soi et nécessairement" toute possibilité d'importer des ailes et des fuselages.⁹⁰ À notre avis, par conséquent, la règle de droit énoncée par le Groupe spécial dans son analyse de la subordination *de facto* de la première disposition relative à l'implantation est également conforme à notre interprétation de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC.

5.33. En outre, nous n'estimons pas que, comme l'Union européenne le fait valoir, la constatation du Groupe spécial établissant qu'il n'existait "aucune indication selon laquelle l'activation de la première disposition relative à l'implantation était le résultat d'un autre facteur quelconque [hormis l'implantation du programme de construction d'un aéronef], tel qu'un engagement par le constructeur d'utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés"⁹¹ reposait sur une interprétation erronée des mots "utilisation de produits nationaux de préférence à des produits

⁸⁶ L'Union européenne fait valoir qu'une subvention soumise aux prescriptions imposant que 50% de tous les intrants utilisés soient nationaux et que 50% de tous les intrants soient importés serait encore subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. De même, elle affirme que les indications données par l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Automobiles* étaient l'idée qu'une mesure subordonnant l'obtention d'une subvention à l'utilisation d'un produit national particulier, sans exiger que 100% des produits utilisés soient nationaux, peut donner lieu à une violation de l'article 3.1 b). En outre, elle soutient que la distorsion envisagée par l'article 3.1 b) apparaît "lorsqu'une subvention fausse le rapport entre produits nationaux et produits importés", de sorte que le bénéficiaire utiliserait "une proportion plus grande de produits nationaux (et par conséquent, une proportion moindre de produits importés) qu'il ne l'aurait fait autrement." Elle est également d'avis que l'interprétation de l'article 3.1 a) de l'Accord SCM qui a été donnée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* au cours de son analyse de la subordination *de facto* est pertinente pour la question d'interprétation qui se pose en l'espèce. Enfin, elle fait valoir que la jurisprudence concernant l'article III:4 du GATT de 1994 étaye "[l]'idée qu'une mesure exigeant moins que l'exclusion en soi des produits importés peut donner lieu à la distorsion envisagée par l'article 3.1 b)." (Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 41 à 51)

⁸⁷ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 70.

⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.342 à 7.345. Le Groupe spécial a considéré que ces éléments de preuve constituaient "l'ensemble des éléments de preuve pertinents relatifs à l'application de cette disposition". (*Ibid.*, paragraphe 7.345)

⁸⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.344.

⁹⁰ Par exemple le Groupe spécial parle du fait de subordonner "la possibilité de bénéficier des subventions à la question de savoir si certains composants sont obtenus auprès d'une source d'origine étrangère ou nationale" ou de l'existence d'éléments de preuve indiquant "une utilisation particulière de produits d'origine spécifiques", et "d'une quelconque prescription imposant d'utiliser des produits nationaux en ce qui concerne le déclenchement de cette possibilité". (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.341, 7.344 et 7.346)

⁹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.343.

importés".⁹² Au lieu de cela, l'analyse du Groupe spécial est conforme à son interprétation selon laquelle il incombait à l'Union européenne de "démontrer qu'il y [avait] quelque chose dans la conception et la structure des mesures contestées et leur fonctionnement, dans les circonstances dans lesquelles les mesures [avaient] été introduites et exist[aient], qui établ[issaient] la subordination."⁹³ Par conséquent, selon nous, plutôt que d'énoncer une règle de droit prescrivant l'utilisation de produits nationaux à l'entière exclusion des produits importés, le Groupe spécial a simplement constaté que les éléments de preuve additionnels qui lui étaient présentés confirmaient son interprétation de la première disposition relative à l'implantation dans le contexte de son analyse de la subordination *de jure* et n'étaient pas suffisants pour établir au titre de l'article 3.1 b) que la mesure exigeait l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés comme condition de l'octroi de la subvention.

5.34. En résumé, nous considérons que, dans ses analyses de la subordination *de jure* des première et seconde dispositions relatives à l'implantation, le Groupe spécial n'a pas énoncé une règle de droit au titre de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC prescrivant l'utilisation de produits nationaux à l'entière exclusion des produits importés. Au lieu de cela, le Groupe spécial a constaté que, de par leurs termes, les première et seconde dispositions relatives à l'implantation concernaient l'emplacement de certaines opérations d'assemblage dans l'État de Washington et ne disaient rien de l'utilisation de produits nationaux ou de produits importés. Par conséquent, en disant que ces dispositions "n'exclu[aient] pas en soi et nécessairement" la possibilité pour le constructeur d'avions d'utiliser des intrants obtenus en dehors de l'État de Washington, le Groupe spécial n'a pas énoncé une règle de droit mais a plutôt reconnu que, sur la base des implications nécessaires des termes des dispositions, il n'existait pas de prescription *de jure* imposant à Boeing d'utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés. Il n'a pas non plus énoncé une règle de droit de ce type en évaluant la subordination *de facto* de la première disposition relative à l'implantation. En fait, il a constaté que les éléments de preuve additionnels qui lui étaient présentés confirmaient son interprétation de la première disposition relative à l'implantation dans le contexte de son analyse de la subordination *de jure* selon laquelle la mesure n'exigeait pas l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés comme condition de l'octroi de la subvention.

5.35. Sur la base de ce qui précède, nous rejetons les allégations de l'Union européenne selon lesquelles le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC dans le contexte de ses analyses de la subordination *de jure* des première et seconde dispositions relatives à l'implantation, ainsi que de son analyse de la subordination *de facto* de la première disposition relative à l'implantation.

5.3 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC dans le contexte de son analyse de la subordination *de jure* en ce qui concerne la première disposition relative à l'implantation

5.36. L'Union européenne allègue que la constatation du Groupe spécial selon laquelle la première disposition relative à l'implantation n'exige pas, que ce soit expressément ou nécessairement, par implication, l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés constitue une erreur dans l'application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC.⁹⁴ Selon elle, étant donné que la première disposition relative à l'implantation impose à Boeing "d'établir le programme de production du 777X dans l'État de Washington, "*dans lequel*" les ailes et les fuselages doivent être intégrés", et qu'"au moins certaines ailes et certains fuselages du 777X" doivent être fabriqués dans l'État de Washington, la disposition "s'approprie la prise de décisions commerciales de Boeing, laissant à celle-ci précisément une option si elle veut bénéficier de milliards de dollars EU de subventions – utiliser au moins certaines des ailes et certains des fuselages fabriqués dans l'État de Washington, *dans* l'assemblage final du 777X dans l'État de Washington".⁹⁵

5.37. Les États-Unis répondent qu'"il n'y a pas de situation plausible en l'absence des subventions alléguées dans laquelle Boeing aurait pu importer, et aurait importé, des fuselages ou des ailes

⁹² Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 71.

⁹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.321.

⁹⁴ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 64.

⁹⁵ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 60 et 61. (italique dans l'original)

pour le 777X".⁹⁶ En outre, ils font observer que la première disposition relative à l'implantation "était une détermination ponctuelle qui avait été déclenchée par une *décision* d'implanter un programme aéronautique" avant que toute fabrication n'ait lieu et qu'"il n'y avait aucun mécanisme pour annuler la prorogation du taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial qui prenait effet même si finalement aucune fabrication n'avait lieu".⁹⁷

5.38. Comme nous l'avons noté, le Groupe spécial a considéré plusieurs interprétations possibles de la première disposition relative à l'implantation. Il a fait observer que "[l]es termes effectivement employés dans la disposition n'empêch[ai]ent pas un scénario dans lequel des ailes et des fuselages produits séparément seraient "utilisés" de la manière alléguée par l'Union européenne, à savoir que des ailes et des fuselages fabriqués dans l'État de Washington seraient "utilisés" dans l'assemblage final d'avions commerciaux 777X dans l'État de Washington".⁹⁸ Cependant, selon le Groupe spécial, il existe deux autres interprétations "possible[s] et également raisonnable[s]" des termes de la première disposition relative à l'implantation qui "permettra[ient] au constructeur de bénéficier des subventions" s'il: i) "utilisait des ailes et des fuselages fabriqués en dehors de l'État de Washington dans l'assemblage final des avions commerciaux 777X dans l'État de Washington, dès lors qu'il fabriquerait au moins certains fuselages et certaines ailes dans l'État de Washington"; ou ii) "cessait de fabriquer des fuselages, des ailes et même des avions commerciaux dans l'État de Washington, dans la mesure où la première disposition relative à l'implantation impliqu[ait] une décision ponctuelle concernant l'établissement initial de certaines activités de fabrication mais non leur poursuite".⁹⁹

5.39. De l'avis de l'Union européenne, selon tous les scénarios examinés par le Groupe spécial, les prescriptions concernant la production énoncées dans la première disposition relative à l'implantation ne laissent d'autre choix à Boeing que d'utiliser au moins certaines ailes et certains fuselages de fabrication nationale dans sa production de l'aéronef 777X dans l'État de Washington.¹⁰⁰ Par conséquent, selon l'Union européenne, "le texte exprès de la première disposition relative à l'implantation ou, à titre subsidiaire, les implications nécessaires de ce texte, auraient dû conduire le Groupe spécial à constater l'existence d'une subordination *de jure*".¹⁰¹

5.40. Nous commençons par observer que, comme l'Union européenne le fait valoir, la prescription imposant de produire des ailes et des fuselages dans l'État de Washington entraînerait selon toute probabilité l'utilisation d'au moins certaines ailes et certains fuselages de fabrication nationale dans l'assemblage final du 777X. À cet égard, nous rappelons que la question pertinente à poser pour déterminer l'existence d'une subordination au sens de l'article 3.1 b) n'est pas de savoir si les prescriptions relatives au droit de bénéficier d'une subvention peuvent *entraîner* l'utilisation de plus de produits nationaux et de moins de produits importés, mais de savoir si la mesure, en vertu de ses termes ou nécessairement, par implication à partir de ceux-ci, énonce *une condition exigeant* l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Par conséquent, à notre avis, la question de savoir si telle ou telle interprétation de la première disposition relative à l'implantation "permettrait au bénéficiaire de la subvention d'en tirer profit sans utiliser des ailes et des fuselages nationaux de préférence à des ailes et des fuselages importés, du moins pour certains aéronefs pendant un certain temps"¹⁰² ne porte pas directement

⁹⁶ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 53.

⁹⁷ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphes 63 (italique dans l'original) et 66.

⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.293.

⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.294.

¹⁰⁰ Selon l'Union européenne, en ce qui concerne le premier autre scénario possible envisagé par le Groupe spécial, "[s]i *toutes* les ailes et *tous* les fuselages du 777X fabriqués dans l'État de Washington étaient détruits, jetés ou stockés indéfiniment, de sorte qu'*aucun de ces éléments* ne serait utilisé dans l'assemblage final du 777X fabriqué dans l'État de Washington, il est impossible de comprendre comment on pourrait parler d'un programme de production du 777X dans l'État de Washington "*dans lequel*" les ailes et les fuselages du 777X seraient intégrés – ce que disent et exigent les termes effectivement employés dans la mesure". L'Union européenne fait valoir que selon le second autre scénario possible, "il y a une période durant laquelle la première disposition relative à l'implantation oblige Boeing à établir le programme de production du 777X dans l'État de Washington, "*dans lequel*" les ailes et les fuselages doivent être intégrés." Par conséquent, selon l'Union européenne, "il résulte des termes mêmes employés dans la première disposition relative à l'implantation que même si Boeing pouvait importer l'ensemble des ailes et des fuselages une partie du temps (mais ce n'est pas le cas) et certaines ailes et certains fuselages en permanence (mais ce n'est pas le cas), elle ne peut certainement pas importer l'ensemble des ailes et des fuselages en permanence." (Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 59, 60 et 62 (souligné dans l'original))

¹⁰¹ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 64.

¹⁰² Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 62.

sur la question de la subordination au sens de l'article 3.1 b). Même s'il est probable, selon tous les scénarios examinés par le Groupe spécial, que Boeing utiliserait une certaine quantité d'ailes et de fuselages de fabrication nationale, cette observation n'est pas en elle-même suffisante pour établir l'existence d'une condition, exprimée dans les termes de la mesure ou en découlant nécessairement, par implication, exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

5.41. Compte tenu de ce qui précède, nous notons la constatation du Groupe spécial selon laquelle la condition énoncée dans les termes de la première disposition relative à l'implantation n'a pas trait à l'*utilisation* de produits nationaux ou importés mais plutôt à l'*implantation* de certaines activités de fabrication dans l'État de Washington.¹⁰³ À cet égard, le Groupe spécial a fait observer à juste titre que le fait que les termes effectivement employés dans la première disposition relative à l'implantation n'empêchaient pas un scénario dans lequel "des ailes et des fuselages fabriqués dans l'État de Washington seraient "utilisés" dans l'assemblage final d'avions commerciaux 777X dans l'État de Washington ... n'[était] pas la même chose que de conclure qu'il s'agi[ssait] d'une prescription ou d'une condition pour l'octroi des subventions qui découl[ait] nécessairement de ces termes".¹⁰⁴

5.42. En outre, les deux "autres" interprétations "possibles" de la première disposition relative à l'implantation par le Groupe spécial confirment que la conditionnalité établie sur la base des termes de cette disposition est liée à la *fabrication* des ailes et des fuselages et que l'*utilisation* de ces produits dans l'assemblage final du 777X n'est pas une condition de l'obtention de la subvention, mais plutôt une conséquence de la prescription imposant de fabriquer ces ailes et ces fuselages sur le territoire national.¹⁰⁵ Il apparaît que l'absence de toute formulation expresse dans la première disposition relative à l'implantation, ou de toute implication nécessaire à partir du texte de cette disposition, qui aurait trait à une condition exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés dans cette disposition, couplée au fait que celle-ci "implique une décision ponctuelle concernant l'établissement initial de certaines activités de fabrication mais non leur poursuite"¹⁰⁶, était une considération particulièrement pertinente pour la conclusion finale du Groupe spécial selon laquelle "[l]a subordination à l'implantation de certaines activités de production dans l'État de Washington n'entraîn[ait] aucune prescription explicite, ou nécessairement impliquée, imposant d'utiliser des produits nationaux".¹⁰⁷

5.43. De même, nous attirons l'attention sur l'examen par le Groupe spécial de la question de savoir si la première disposition relative à l'implantation exige que la même entité construise aussi bien l'avion commercial que les fuselages et les ailes. Le Groupe spécial a fait observer que, compte tenu de son interprétation des termes de cette disposition, "même si [celle-ci] avait pu être satisfaite par deux entités différentes implantant deux activités différentes dans l'État de Washington, cette situation ni n'exigerait expressément ni n'impliquerait nécessairement qu'il [faill]e que l'une ou l'autre entité utilise des produits nationaux au lieu de produits importés".¹⁰⁸ Nous croyons comprendre par conséquent que le raisonnement du Groupe spécial a été que, dans la mesure où aucun élément dans les termes de la disposition "ne subordonn[ait] ..., ni explicitement ni nécessairement par implication, la possibilité de bénéficier des subventions à l'utilisation, par le constructeur ou les constructeurs concernés, de produits nationaux de préférence à des produits importés"¹⁰⁹, l'existence d'une telle conditionnalité ne pouvait pas être établie, comme le soutient l'Union européenne, en se fondant seulement sur le fait que la première disposition relative à l'implantation oblige le bénéficiaire de la subvention à commencer la fabrication aussi bien d'un avion commercial que de fuselages et d'ailes dans le cadre du même programme de production dans l'État de Washington.¹¹⁰

¹⁰³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.293.

¹⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.293.

¹⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.294.

¹⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.294.

¹⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.296.

¹⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.295.

¹⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.295.

¹¹⁰ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 60 à 62. L'Union européenne considère en outre que "la conclusion selon laquelle la mesure est subordonnée *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés est confirmée et corroborée par le "fait" que les producteurs d'aéronefs sont des acteurs commerciaux rationnels et agiraient d'une manière rationnelle (par exemple ils n'accepteraient pas de produire le 777X dans l'État de Washington et de fabriquer

5.44. En résumé, la question pertinente à se poser pour déterminer l'existence d'une subordination *de jure* au sens de l'article 3.1 b) n'est pas de savoir si les prescriptions concernant la production prévues dans la première disposition relative à l'implantation peuvent *entraîner* l'utilisation de plus de produits nationaux et moins de produits importés, mais de savoir si la mesure, en vertu de ses termes ou nécessairement, par implication à partir de ceux-ci, énonce *une condition exigeant* l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Par conséquent, même s'il est probable, selon les scénarios examinés par le Groupe spécial, que Boeing utiliserait une certaine quantité d'ailerons et de fuselages de fabrication nationale, cette observation n'est pas en elle-même suffisante pour établir l'existence d'une condition, exprimée dans les termes de la mesure ou en découlant nécessairement, par implication, exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

5.45. Nous rejetons par conséquent l'allégation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC en constatant que la première disposition relative à l'implantation ne rendait pas les mesures fiscales visant le secteur aérospatial subordonnées *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

5.4 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, ou au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord, dans le contexte de son analyse de la subordination *de jure* en ce qui concerne la seconde disposition relative à l'implantation

5.46. L'Union européenne allègue en outre que le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC en restreignant indûment le champ des éléments de preuve au regard desquels il a évalué la subordination *de jure* en ce qui concerne la seconde disposition relative à l'implantation, et en particulier en ne s'appuyant pas sur l'"aveu" des États-Unis selon lequel "si les ailerons et les fuselages achevés étaient produits en dehors des États-Unis puis importés, [l'Administration fiscale de l'État de Washington] déterminerait probablement qu'un assemblage final ou un assemblage des ailerons a été implanté en dehors de l'État de Washington, ce qui signifie que la seconde disposition relative à l'implantation serait déclenchée".¹¹¹ Selon l'Union européenne, l'"aveu" des États-Unis constitue "un accord entre les parties" sur le sens de la seconde disposition relative à l'implantation et un élément de preuve quant aux "usages pertinents des organismes administratifs"¹¹² que le Groupe spécial aurait dû prendre en compte dans son analyse de la subordination *de jure*, dans la mesure où "[u]ne allégation *de jure* repose sur le texte de la mesure de droit interne et son sens".¹¹³

5.47. Les États-Unis répondent que l'"aveu" supposé ... ne porte pas sur le sens des termes employés dans la seconde disposition relative à l'implantation [mais] prévoit ce que [l'Administration fiscale de l'État de Washington] ferait probablement dans un scénario factuel hypothétique particulier, sur la base d'un certain nombre d'hypothèses", et que leur réponse "indique clairement que la seconde disposition relative à l'implantation impose des conditions

les ailerons et les fuselages pour le 777X dans l'État de Washington, seulement pour détruire, jeter ou stocker indéfiniment ces ailerons et ces fuselages au lieu de les utiliser dans le programme 777X établi dans l'État de Washington"). (*Ibid.*, paragraphe 63) À notre avis, cependant, cette observation ne modifie pas l'évaluation de la question de savoir si la première disposition relative à l'implantation, en vertu de ses termes, rend l'octroi de la subvention subordonné *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. En particulier, dans la mesure où ce facteur ne semble pas se rapporter aux termes de la première disposition relative à l'implantation elle-même, ni à aucun sens en découlant nécessairement, par implication, nous ne voyons pas comment le comportement supposé de Boeing en tant qu'acteur économique rationnel serait pertinent pour une analyse de la subordination *de jure*. En outre, la formulation de la première disposition relative à l'implantation est générale et ne fait pas référence à des destinataires précis, mais à un "programme aéronautique" qui, dans certaines conditions, peut permettre de bénéficier de certains avantages fiscaux. Par conséquent, nous ne voyons pas en quoi le comportement de Boeing en tant qu'acteur économique rationnel est pertinent pour évaluer le sens des termes de la première disposition relative à l'implantation.

¹¹¹ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 109 (citant la réponse des États-Unis à la question n° 80 du Groupe spécial, paragraphe 119; et faisant référence à la réponse à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 103).

¹¹² Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 113 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.8).

¹¹³ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 116.

concernant l'implantation de l'activité de production, et non le caractère national ou importé des produits qui sont utilisés."¹¹⁴

5.48. Nous rappelons que, tandis que la subordination *de jure* est démontrée sur la base des termes mêmes de la mesure, ou nécessairement, par implication à partir de ceux-ci¹¹⁵, l'existence d'une subordination *de facto* est "*déduite* de la configuration globale des faits constituant et entourant l'octroi de la subvention".¹¹⁶ Les facteurs pertinents pour établir l'existence d'une subordination *de facto* comprennent la conception et la structure de la mesure, ses modalités de fonctionnement, ainsi que les circonstances factuelles pertinentes qui donnent le contexte permettant de comprendre la conception, la structure et les modalités de fonctionnement de la mesure.¹¹⁷ Cependant, le critère juridique exprimé par le terme "subordonnées" est le même pour la subordination *de jure* et *de facto*.¹¹⁸ Comme nous l'avons fait observer, la question pertinente qui se pose au regard de l'article 3.1 b) est de savoir si *une condition exigeant* l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés peut être discernée d'après les termes de la mesure même, ou déduite de sa conception, de sa structure, de ses modalités de fonctionnement et des circonstances factuelles pertinentes. Les circonstances factuelles potentiellement pertinentes pour évaluer si une subvention est subordonnée *de facto* dans les circonstances de l'espèce pourraient comprendre, par exemple, l'existence d'un processus de production à plusieurs étapes, le niveau de spécialisation des intrants subventionnés ou le niveau d'intégration de la chaîne de production dans la branche de production pertinente.

5.49. Nous observons par ailleurs que tant les subventions au remplacement des importations que les autres subventions qui concernent la production nationale peuvent avoir des effets défavorables pour les produits importés. Les subventions subordonnées au remplacement des importations ont, par nature, des effets défavorables sur les conditions de concurrence des produits importés. Cependant, on peut aussi s'attendre généralement à ce que les subventions qui ont trait à la production de certains produits sur le territoire national d'un Membre accroissent l'offre des produits nationaux subventionnés sur le marché pertinent, ce qui aurait pour conséquence d'accroître l'utilisation de ces produits en aval et de nuire aux importations. Dans le cas spécifique des subventions accordées pour la production d'un intrant et d'un produit final, il est probable que les bénéficiaires de ces subventions à la fois "produisent" et "utilisent" les intrants subventionnés dans la production du produit final subventionné. De fait, ces subventions auraient des conséquences pour les décisions en matière d'approvisionnement en intrants prises par les producteurs subventionnés dans la mesure où, tant parce qu'ils ont été obligés de produire un intrant au niveau national, que pour des raisons de coûts de production et d'efficacité, ces producteurs utiliseraient probablement au moins certains de ces intrants dans leurs activités de production en aval. Cela est d'autant plus vrai dans les cas où l'intrant subventionné est de nature spécialisée ou lorsqu'il existe une intégration verticale entre les étapes de la chaîne de production situées en amont et en aval. Cependant, si les subventions de ce type peuvent favoriser l'utilisation de produits nationaux subventionnés et entraîner un détournement en ce qui concerne les produits importés, ces effets ne démontrent pas en soi l'existence d'une prescription imposant d'utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés.

5.50. En même temps, la question de savoir si une subvention est subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés doit être "*déduite* de la configuration globale des faits constituant et entourant l'octroi de la subvention".¹¹⁹ En particulier, les circonstances factuelles peuvent, le cas échéant, faire partie du contexte permettant de comprendre la conception, la structure et les modalités de fonctionnement de la mesure sur un marché particulier, autant d'éléments qui peuvent aider à déterminer s'il existe ou non une subordination *de facto*. La conception et la structure d'une mesure par laquelle une subvention est accordée peuvent être adaptées aux circonstances factuelles – comme un processus de production à plusieurs étapes, dans lequel des intrants spécialisés et des produits finals sont subventionnés, ou dans lequel la chaîne de production est intégrée verticalement. Les modalités d'une mesure ainsi conçue ou structurée peuvent alors s'appliquer, de sorte que les conditions d'admissibilité au

¹¹⁴ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphes 93 et 94.

¹¹⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 100. Voir aussi le paragraphe 123.

¹¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 167. (italique dans l'original)

¹¹⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1046.

¹¹⁸ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 167.

¹¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 167. (italique dans l'original)

bénéfice de la subvention ou d'accès à la subvention peuvent comprendre une condition exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.¹²⁰ Cependant, la question de savoir si une subvention est simplement subordonnée à la production nationale de certains produits ou à l'utilisation, par le bénéficiaire de la subvention, de produits nationaux de préférence à des produits importés, devrait être évaluée au cas par cas.

5.51. Nous avons fait observer plus haut que nous considérons l'analyse de la subordination *de jure* et *de facto* au regard de l'article 3.1 b) comme un continuum, qui commençait par les termes de la mesure et leurs implications nécessaires, et se poursuivait avec les facteurs comprenant la conception et la structure de la mesure, ses modalités de fonctionnement et les autres circonstances pertinentes.¹²¹ En dernier lieu, pour déterminer l'existence d'une subordination, un groupe spécial devrait procéder à une évaluation globale de tous les éléments et éléments de preuve pertinents versés au dossier, sans être tenu de compartimenter les analyses *de jure* et *de facto* pour établir une conclusion globale s'agissant de savoir si une subvention est subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Une constatation de l'existence d'une subordination, qu'elle soit formulée sur une base *de jure* ou *de facto*, débouche sur une constatation d'incompatibilité avec l'article 3.1 b) de l'Accord SMC en vertu du même critère juridique de subordination, autrement dit le point de savoir si la mesure exprime une condition exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

5.52. Nous rappelons que la détermination du sens du droit interne par un groupe spécial exige un soin particulier et que dans son analyse de la subordination *de jure*, le Groupe spécial en l'espèce devait examiner le sens des termes de la seconde disposition relative à l'implantation et les implications nécessaires découlant de ces termes. Le Groupe spécial a constaté que le texte de la seconde disposition relative à l'implantation concernait l'implantation de l'"assemblage" de certains produits dans l'État de Washington, plutôt que l'"utilisation" de tels ou tels produits comme condition d'obtention de la subvention¹²² et qu'il existait plusieurs interprétations possibles des termes de cette disposition, de sorte que "[l]a subordination au remplacement des importations ne [pouvait] pas ... découler nécessairement par implication" de ces termes.¹²³ Le Groupe spécial a ensuite entrepris d'analyser si la seconde disposition relative à l'implantation entraînait une subordination *de facto* et a posé une série de questions aux États-Unis concernant certains scénarios contrefactuels.¹²⁴ L'Union européenne considère que bien que le Groupe spécial ait constaté que les réponses des États-Unis à ces questions "[étaient] d'une importance cruciale, et qu'elles étaient en fait déterminantes, dans son analyse de la subordination *de facto* en ce qui concerne la seconde disposition relative à l'implantation", elles "[ne sont] inexplicablement pas mentionné[es] dans l'analyse *de jure* du Groupe spécial", alors même qu'elles sont révélatrices d'un "accord entre les parties sur le sens de [la] seconde disposition relative à l'implantation" et qu'elles clarifient les "usages pertinents des organismes administrants".¹²⁵

5.53. Nous notons que le Groupe spécial a considéré que les réponses des États-Unis étaient "importantes pour comprendre les *modalités de fonctionnement* des conditions prévues dans la seconde disposition relative à l'implantation", qui étaient soumises au pouvoir discrétionnaire administratif de l'Administration fiscale, et a conclu que "les *actions probables* de l'organisme administratif pertinent face aux scénarios factuels possibles donn[aient] des *indications* quant au point de savoir si, dans la pratique, une subvention resterait offerte du moment qu'un constructeur utiliserait des produits nationaux, tandis qu'il serait mis fin à cette même subvention si un constructeur utilisait ces mêmes produits provenant d'une source étrangère".¹²⁶ Le Groupe spécial a donc procédé à une analyse de ces réponses, qu'il a utilisées dans le contexte de son analyse de la subordination *de facto*. S'il est concevable que les réponses des États-Unis aux questions du Groupe spécial aient pu apporter des éclaircissements sur l'implication nécessaire des termes de la seconde disposition relative à l'implantation, elles peuvent avoir été tout aussi pertinentes pour

¹²⁰ Nous notons, à cet égard, qu'une subvention pourrait être subordonnée au remplacement des importations "soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions" et que par conséquent les subventions qui ont pour condition la production de certains produits au niveau national peuvent en même temps être subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

¹²¹ Dans la mesure où tant des allégations *de jure* que des allégations *de facto* ont été formulées.

¹²² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.308.

¹²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.306. Voir aussi le paragraphe 7.309.

¹²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.361.

¹²⁵ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 111 et 113.

¹²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.365. (pas d'italique dans l'original)

comprendre la conception, la structure et les modalités de fonctionnement de la mesure dans le contexte des circonstances factuelles pertinentes. Nous reconnaissons que le Groupe spécial a compartimenté ses analyses de la subordination *de jure* et de la subordination *de facto*. Il aurait été préférable qu'il procède à une évaluation plus globale de tous les éléments et éléments de preuve pertinents versés au dossier. Cependant, nous ne considérons pas qu'il ait fait erreur en examinant les réponses des États-Unis à ces questions dans le contexte de l'examen de la conception, de la structure et des modalités de fonctionnement de la seconde disposition relative à l'implantation, dans le contexte des circonstances factuelles pertinentes.

5.54. L'Union européenne allègue en outre qu'en adoptant, dans le contexte de son analyse *de jure*, une interprétation de la seconde disposition relative à l'implantation "ne reposant sur aucun élément de preuve", le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.¹²⁷ Elle conteste les déclarations du Groupe spécial selon lesquelles "les termes "tout assemblage final ou assemblage des ailes" [employés dans la seconde disposition relative à l'implantation] sont explicitement liés, et, peut-on faire valoir, limités, aux activités spécifiques d'assemblage constituant "la base de l'implantation" en vertu de la première disposition relative à l'implantation", et par conséquent "les termes de la seconde disposition relative à l'implantation pourraient en fait être interprétés comme visant la situation dans laquelle des activités de production qui avaient été précédemment implantées dans l'État de Washington et avaient constitué le fondement de la détermination de l'Administration fiscale en vertu de la première disposition relative à l'implantation ont été implantées ultérieurement en dehors de l'État de Washington".¹²⁸

5.55. Nous convenons avec l'Union européenne qu'il n'apparaît pas que les termes de la seconde disposition relative à l'implantation limitent le champ d'application de cette disposition à la délocalisation des opérations spécifiques d'assemblage qui constituaient la base d'une implantation au titre de la première disposition relative à l'implantation.¹²⁹ Par ailleurs, sachant que le respect de la première disposition relative à l'implantation signifiait qu'il aurait au moins dû être prévu que "la fabrication" des ailes du 777X "commence[]" sur un site nouveau ou existant dans l'État de Washington", nous considérons qu'il est raisonnable de conclure qu'une situation dans laquelle la seconde disposition relative à l'implantation serait déclenchée se présente lorsque la production des ailes, après avoir été implantée dans l'État de Washington conformément à la première disposition relative à l'implantation, est implantée ultérieurement en dehors de cet État. À cet égard, nous notons la déclaration du Groupe spécial selon laquelle "[s]ur la seule base du libellé de [la seconde disposition relative à l'implantation], les termes "tout assemblage final ou assemblage des ailes" sont explicitement liés, et, *peut-on faire valoir*, limités, aux activités spécifiques d'assemblage constituant "la base de l'implantation" en vertu de la première disposition relative à l'implantation".¹³⁰ Le Groupe spécial s'est en outre référé explicitement à la possibilité de donner "[u]ne autre interprétation des termes de la seconde disposition relative à l'implantation".¹³¹ Par conséquent, si nous ne considérons pas que le champ d'application de la seconde disposition relative à l'implantation soit limité à la délocalisation des activités spécifiques d'assemblage qui avaient été implantées précédemment dans l'État de Washington, nous ne pensons pas qu'en faisant les déclarations que l'Union européenne conteste, le Groupe spécial ait adopté une telle interprétation. Au lieu de cela, le Groupe spécial a simplement décrit une situation possible dans laquelle la seconde disposition relative à l'implantation serait activée.

5.56. En tout état de cause, nous ne pensons pas que les déclarations du Groupe spécial aient été un élément essentiel de sa conclusion finale selon laquelle la subordination énoncée dans la seconde disposition relative à l'implantation réside, non dans le fait que des produits fabriqués dans l'État de Washington devraient être "utilisés", mais plutôt dans le fait que la fabrication de

¹²⁷ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 119.

¹²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.305. Voir Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 120.

¹²⁹ À cet égard, nous reconnaissons que, si en vertu des prescriptions en matière d'"implantation" énoncées dans la première disposition relative à l'implantation, "la fabrication" d'un nouveau modèle ou d'un modèle existant d'avion commercial, ainsi que "des [f]uselages et des ailes" d'un tel modèle, devrait "commencer" dans l'État de Washington, les prescriptions en matière d'"implantation" prévues dans la seconde disposition relative à l'implantation concernent tout "assemblage final ou assemblage des ailes" du même modèle.

¹³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.305. (pas d'italique dans l'original)

¹³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.309.

certaines produits ne devait pas être "implantée" en dehors de l'État de Washington.¹³² La constatation du Groupe spécial selon laquelle la seconde disposition relative à l'implantation ne démontre pas l'existence d'une subordination *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés était fondée plus généralement sur les termes employés dans cette disposition, dont l'expression "décisions d'approvisionnement en composants" ne fait pas partie, et sur l'implication qui pouvait en découler nécessairement, plutôt que sur le fait que les termes "tout assemblage final ou assemblage des ailes" peuvent être limités à la délocalisation d'activités d'assemblage spécifiques qui avaient été précédemment implantées dans l'État de Washington.¹³³ Nous n'approuvons donc pas l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle l'interprétation de la seconde disposition relative à l'implantation donnée par le Groupe spécial "ne repose sur aucun élément de preuve".¹³⁴

5.57. En résumé, nous ne considérons pas que le Groupe spécial ait fait erreur dans son application de l'article 3.1 b) en n'examinant pas les réponses des États-Unis à ses questions dans le contexte de son analyse de la subordination *de jure* de la seconde disposition relative à l'implantation. Pour déterminer l'existence d'une subordination, un groupe spécial devrait procéder à une évaluation globale de tous les éléments et éléments de preuve pertinents versés au dossier, sans être tenu de compartimenter ses analyses *de jure* et *de facto* pour établir une conclusion globale s'agissant de savoir si une subvention est subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Les réponses des États-Unis ont pu apporter des éclaircissements sur l'implication nécessaire des termes de la seconde disposition relative à l'implantation, mais elles ont pu être également pertinentes pour comprendre la conception, la structure et les modalités de fonctionnement de la mesure dans le contexte des circonstances factuelles pertinentes. Par conséquent, nous n'estimons pas que le Groupe spécial ait fait erreur en restreignant indûment le champ des éléments de preuve à partir desquels il a évalué la subordination *de jure* en ce qui concerne la seconde disposition relative à l'implantation. Nous n'estimons pas non plus que le Groupe spécial ait considéré que le champ d'application de la seconde disposition relative à l'implantation était limité à la délocalisation des opérations spécifiques d'assemblage qui constituaient la base d'une implantation au titre de la première disposition relative à l'implantation. Au lieu de cela, le Groupe spécial décrivait simplement une situation possible dans laquelle la seconde disposition relative à l'implantation serait activée.

5.58. Compte tenu de ce qui précède, nous rejetons l'allégation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC en constatant que la seconde disposition relative à l'implantation, considérée séparément ou conjointement avec la première disposition relative à l'implantation, ne rendait pas le taux d'imposition B&O visant le secteur aéronautique subordonné *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Nous rejetons aussi l'allégation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que la seconde

¹³² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.308.

¹³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.305 et 7.315.

¹³⁴ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 119. L'Union européenne formule un certain nombre d'arguments additionnels, dont il apparaît qu'ils sont tous axés sur la même préoccupation centrale concernant le fait que le Groupe spécial a considéré la seconde disposition relative à l'implantation comme limitée à la délocalisation des activités d'assemblage qui constituaient la base de l'implantation en vertu de la première disposition relative à l'implantation. En particulier, elle soutient que l'interprétation du Groupe spécial est contredite par les termes de la première disposition relative à l'implantation et que rien dans cette disposition ni dans l'ESSB 5952 "n'impose au constructeur d'un aéronef d'indiquer [à l'Administration fiscale de l'État de Washington] quel aéronef spécifique et quelles ailes pour ce modèle d'aéronef donné, ou combien d'exemplaires de cet aéronef et de ces ailes, seraient assemblés dans l'État de Washington". L'Union européenne fait valoir en outre que les deux parties ont considéré que les termes de la seconde disposition relative à l'implantation faisaient référence "au modèle d'aéronef concernant lequel la première disposition relative à l'implantation était respectée, le 777X, et non à des "activités spécifiques d'assemblage". Par ailleurs, elle rappelle son argument selon lequel "les Parties sont convenues que "si les fuselages et les ailes achevés étaient produits en dehors des États-Unis, puis importés", la [seconde disposition relative à l'implantation] serait déclenchée." Enfin, selon l'Union européenne, "le point de vue du Groupe spécial selon lequel la seconde disposition relative à l'implantation "n'exclu[t] pas "en soi et nécessairement la possibilité pour le constructeur d'avion d'utiliser des ailes obtenues en dehors de l'État de Washington ..., dans la mesure où il ne délocaliserait pas en dehors de l'État de Washington la fabrication des ailes précédemment implantée dans cet État"" est contredit par certaines déclarations faites par les États-Unis devant le Groupe spécial. (*Ibid.*, paragraphes 126, 127 (italique dans l'original), 130 et 131 (note de bas de page omise))

disposition relative à l'implantation, considérée séparément ou conjointement avec la première disposition relative à l'implantation, ne rendait pas le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial subordonné *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

5.5 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse de la subordination *de facto* au titre de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC

5.59. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC en constatant que le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial était subordonné *de facto* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Ils font valoir que le Groupe spécial a interprété et appliqué à tort l'article 3.1 b) de l'Accord SMC comme s'il prohibait les subventions subordonnées à l'implantation d'activités de production sur le territoire national.¹³⁵ Ils font observer en outre que, du fait que Boeing n'"utilise" et n'utilisera pas d'ailerons pour produire le 777X, le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 3.1 b) en constatant que le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial pour le programme de l'aéronef 777X était subordonné à l'"utilisation" d'ailerons pour le 777X.¹³⁶ De plus, ils font valoir que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 3.1 b) en constatant que la subvention était subordonnée à l'utilisation d'ailerons "nationaux" de préférence à des ailerons "importés" parce qu'il n'a pas examiné le sens des termes "national" ou "importé", et n'a pas procédé à "une analyse sérieuse" du point de savoir si les ailerons provenant de l'assemblage des ailerons dans l'État de Washington seraient nécessairement "nationaux".¹³⁷ De plus, ils allèguent que la manière dont le Groupe spécial a utilisé des scénarios hypothétiques pour déterminer ce qui déclencherait la seconde disposition relative à l'implantation constitue une erreur dans l'interprétation et l'application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, ou à titre subsidiaire, un manquement à l'obligation de procéder à une évaluation objective de la question prévue à l'article 11 du Mémoire d'accord.¹³⁸

5.60. En réponse, l'Union européenne affirme que le Groupe spécial n'a pas constaté qu'une subvention subordonnée uniquement à la production nationale, sans plus, serait incompatible avec l'article 3.1 b). En fait, pour l'Union européenne, "le Groupe spécial a constaté que les éléments de preuve qui lui étaient présentés démontraient que la subvention en cause était subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés et, allant en réalité encore plus loin, que c'était une subvention qui "exclu[ait] en soi et nécessairement" la possibilité qu'une aile puisse être importée sans qu'il y ait perte de la subvention."¹³⁹ L'Union européenne estime que, si l'argument des États-Unis selon lequel les ailerons ne sont pas "utilisés" dans la production du 777X était accepté, cela signifierait que Boeing elle-même pourrait déterminer si une subvention contestée serait ou ne serait pas compatible avec l'article 3.1 b) par la manière dont elle organiserait son processus de production.¹⁴⁰ Elle fait valoir que, même si Boeing n'"utilise" pas d'ailerons actuellement, il se peut qu'elle le fasse dans le futur mais, néanmoins, la subvention aurait pour effet d'empêcher Boeing d'utiliser des ailerons importés.¹⁴¹ S'agissant de l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial n'a pas examiné le sens des termes "national" et "importé", elle soutient que le Groupe spécial "a révélé une interprétation du mot "national" en disant que des ailerons obtenus dans l'État de Washington "seraient par définition des ailerons nationaux".¹⁴² Enfin, elle estime qu'en l'espèce, l'utilisation de scénarios hypothétiques par le

¹³⁵ États-Unis, communication en tant qu'appelant, paragraphe 99.

¹³⁶ États-Unis, communication en tant qu'appelant, paragraphe 124. À cet égard, les États-Unis soulignent que les ailerons "ne voient pas le jour avant que l'avion fini soit lui-même achevé dans le cadre du processus d'assemblage final". (États-Unis, communication en tant qu'appelant, paragraphe 115 (note de bas de page omise))

¹³⁷ États-Unis, communication en tant qu'appelant, paragraphe 126. Les États-Unis soutiennent aussi que le fait que le Groupe spécial n'a pas examiné le sens des termes "national" et "importé" constitue un manquement à l'obligation de fournir les justifications fondamentales de ses constatations, comme l'exige l'article 12:7 du Mémoire d'accord. (États-Unis, communication en tant qu'appelant, paragraphe 133)

¹³⁸ États-Unis, communication en tant qu'appelant, paragraphe 135.

¹³⁹ Union européenne, communication en tant qu'intimé, paragraphe 79 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.367).

¹⁴⁰ Union européenne, communication en tant qu'intimé, paragraphe 94.

¹⁴¹ Union européenne, communication en tant qu'intimé, paragraphes 108 et 109.

¹⁴² Union européenne, communication en tant qu'intimé, paragraphe 119 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.364). L'Union européenne souligne que le Groupe spécial a également révélé une interprétation des termes "national" et "importé" en disant ceci: "les ailerons fabriqués dans l'État de Washington

Groupe spécial était inévitable parce qu'il lui était demandé d'examiner la relation entre les prescriptions de la seconde disposition relative à l'implantation et des événements qui pourraient se produire dans le futur.¹⁴³

5.61. Comme le Groupe spécial l'a noté, les première et seconde dispositions relatives à l'implantation sont axées sur l'implantation des activités de production et ne contiennent aucun libellé exigeant en termes explicites ou nécessairement, par implication à partir de ceux-ci, l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.¹⁴⁴ Plus haut, nous avons rejeté les allégations de l'Union européenne selon lesquelles le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 3.1 b) dans son analyse de la subordination *de jure*. Ainsi que nous l'avons noté, dans les cas où une analyse de la subordination *de jure* n'aboutit pas à une constatation d'incompatibilité au titre de l'article 3.1 b) sur la base des termes de la mesure ou de toute implication nécessaire à partir de ces termes, un groupe spécial peut toujours faire une détermination établissant que la subordination existe sur une base *de facto* dans les cas où une subordination à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés peut être déduite de la configuration globale des faits entourant l'octroi de la subvention. Une analyse de la subordination *de facto* peut prendre en compte la conception et la structure de la mesure, ses modalités de fonctionnement, ainsi que les circonstances factuelles fournissant le contexte qui permet de comprendre la mesure de subventionnement et son fonctionnement en vue de déterminer s'il existe une condition exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

5.62. Les participants, dans leurs arguments relatifs à la subordination *de facto* au titre de l'article 3.1 b), ont fait référence à des circonstances factuelles que nous jugeons potentiellement pertinentes pour une évaluation du point de savoir si la subvention en cause est subordonnée *de facto*. Ces circonstances comprennent la nature du processus de production, à savoir un processus à plusieurs étapes, le niveau d'intégration du bénéficiaire de la subvention et le degré de spécialisation des intrants subventionnés, dans la mesure où elles éclairent et donnent le contexte permettant de comprendre la conception, la structure et les modalités de fonctionnement de la mesure. S'agissant de la seconde disposition relative à l'implantation, la question en cause est de savoir si, nonobstant le fait que la mesure elle-même ne concerne expressément que l'implantation de certaines opérations de fabrication et d'assemblage, ce qui, d'après les constatations, ne démontre pas l'existence d'une subordination *de jure*, une condition exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés existe néanmoins *de facto*.

5.63. La seconde disposition relative à l'implantation prévoit que le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial cesse de s'appliquer dans le cas où l'Administration fiscale de l'État de Washington "détermine que tout assemblage final ou assemblage des ailes de toute version ou variante d'un avion commercial constituant la base de l'implantation d'un important programme de construction d'un avion commercial dans [l'État de Washington conformément à la première disposition relative à l'implantation] a été implanté en dehors de l'État de Washington."¹⁴⁵ En vertu de ses termes exprès, la seconde disposition relative à l'implantation est déclenchée dans le cas où l'Administration fiscale de l'État de Washington déterminerait à l'avenir que l'assemblage final ou l'assemblage des ailes "a été implanté" en dehors de l'État de Washington, et ainsi, la condition contenue dans la mesure concerne l'implantation ou l'emplacement des activités d'assemblage pertinentes. C'est la référence à l'assemblage des ailes, et non à l'assemblage final, dans la seconde disposition relative à l'implantation que le Groupe spécial a jugée très pertinente pour l'allégation de l'Union européenne concernant la subordination *de facto* à l'utilisation d'ailes nationales de préférence à des ailes importées.¹⁴⁶

sont des produits nationaux et ... des ailes importées seraient, par définition, fabriquées en dehors de l'État de Washington". (*Ibid.*, (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.367))

¹⁴³ Union européenne, communication en tant qu'intimé, paragraphes 140 et 141.

¹⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.297, 7.311 et 7.317.

¹⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.32 (citant l'ESSB 5952 (pièce EU-3 présentée au Groupe spécial), articles 5 et 6 11) e) ii)).

¹⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.349. Cette condition énoncée dans la seconde disposition relative à l'implantation en ce qui concerne l'implantation de tout assemblage des ailes est en vigueur pendant la totalité de la période où le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial est en vigueur au titre de l'ESSB 5952. (*Ibid.*)

5.64. Nous rappelons les aspects pertinents de l'analyse par le Groupe spécial de l'allégation de l'existence d'une subordination *de facto* formulée par l'Union européenne. Le Groupe spécial a commencé par noter que son analyse *de facto* "[devait] aller au-delà du texte de la législation et [être] fondée sur un examen global de tous les éléments de preuve disponibles" concernant la conception, la structure, les modalités de fonctionnement et les circonstances factuelles pertinentes entourant l'octroi des subventions.¹⁴⁷

5.65. Dans son analyse *de facto*, le Groupe spécial a évalué les circonstances pertinentes en ce qui concerne la seconde disposition relative à l'implantation, en particulier les circonstances dans lesquelles la disposition serait déclenchée. Il a fait une distinction entre le mécanisme d'application de la seconde disposition relative à l'implantation et celui de la première disposition relative à l'implantation. S'agissant de la première disposition relative à l'implantation, il a noté qu'elle envisageait "une décision ponctuelle" de l'Administration fiscale de l'État de Washington, et qu'il n'existait "aucun mécanisme juridique dans la législation de l'État de Washington qui permettrait à l'Administration fiscale d'abroger cette détermination".¹⁴⁸ Il a donc conclu que "la première disposition relative à l'implantation n'[était] pas une mesure qui [serait] appliquée de façon répétée pendant une certaine période (définie ou indéfinie)".¹⁴⁹ Au contraire, il a constaté que "le rôle de la seconde disposition relative à l'implantation [était] d'établir les conditions auxquelles le programme de construction d'un avion qui avait activé la première disposition relative à l'implantation (et donc donné effet à la prorogation de la possibilité de bénéficier des avantages fiscaux) conserv[erait] la possibilité de bénéficier de l'un de ces avantages fiscaux, à savoir le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial".¹⁵⁰ Il a rappelé que "la seconde disposition relative à l'implantation [prévoyait] que l'"implantation" de l'"assemblage des ailes" du modèle d'avion en question (le 777X) en dehors de l'État de Washington entraînerait la perte du taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial pour la construction ou la vente de cet avion."¹⁵¹ Notant que "la subordination prévue dans la seconde disposition relative à l'implantation [était] libellée à la forme négative", il croyait comprendre que la seconde disposition relative à l'implantation énonçait les circonstances factuelles qui auraient pour effet, si elles se produisaient, de faire perdre au programme de l'aéronef 777X de Boeing la possibilité de bénéficier de la subvention.¹⁵² Il était donc clair pour le Groupe spécial que dans la mesure où cette "implantation" n'avait pas eu lieu, la seconde disposition relative à l'implantation "rest[ait] inappliquée, opérant de façon passive comme un moyen de dissuasion pour sauvegarder le statu quo (ou au moins certains aspects de celui-ci) qui [avait] satisfait à la première disposition relative à l'implantation"¹⁵³. Pour le Groupe spécial, cette "nature particulière passive et dissuasive de la mesure" soulevait "la question de savoir quelles sortes d'éléments de preuve factuels pourraient éclairer l'analyse du point de savoir si la possibilité persistante de bénéficier du taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial ... [était] subordonnée *de facto* à l'utilisation d'ailes nationales de préférence à des ailes importées pour le 777X."¹⁵⁴ Au moment de l'évaluation de cette allégation par le Groupe spécial, la seconde disposition relative à l'implantation n'avait pas été déclenchée, et il n'existait donc aucun élément de preuve concernant son fonctionnement effectif et, en particulier, ce qui déclencherait la seconde disposition relative à l'implantation.¹⁵⁵

5.66. Du fait que la seconde disposition relative à l'implantation n'avait pas été déclenchée, le Groupe spécial a observé qu'il était "confronté à la question hypothétique de savoir ce qui déclencherait la seconde disposition relative à l'implantation, à savoir quelle action de Boeing aurait pour conséquence que l'Administration fiscale déterminerait que l'assemblage des ailes du

¹⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.327. Le Groupe spécial a fait observer que, puisque la première disposition relative à l'implantation avait été satisfaite par la décision de Boeing concernant l'implantation pour le 777X, le fonctionnement des première et seconde dispositions relatives à l'implantation ne pouvait pas être dissocié. Il a donc examiné "la manière dont les mesures en cause [étaient] structurées, conçues et fonctionn[ai]ent", en vertu des termes de l'ESSB 5952, et en raison de la première disposition relative à l'implantation et de la seconde disposition relative à l'implantation." (*Ibid.*, paragraphe 7.331)

¹⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.345.

¹⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.345.

¹⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.346.

¹⁵¹ Le Groupe spécial a rappelé que l'expression "a été implanté" (utilisée à la forme passive dans la seconde disposition relative à l'implantation) se rapport[ait] à un constructeur situant un programme de construction dans un lieu particulier, ce qui correspond[ait] à la définition de l'"implantation" dans la première disposition relative à l'implantation. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.304)

¹⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.346.

¹⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.358.

¹⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.358.

¹⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.358.

777X "[avait] été implanté" en dehors de l'État de Washington."¹⁵⁶ Il a jugé "particulièrement pertinent le pouvoir discrétionnaire de mettre fin à la possibilité de bénéficier du taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial ... accordé à l'Administration fiscale ... si elle détermin[ait] que Boeing [avait] "implanté" l'assemblage des ailes ... en dehors de l'État de Washington".¹⁵⁷ Il a souligné que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à l'Administration fiscale de l'État de Washington "serait incompatible avec l'article 3.1 b) de l'Accord SMC si, dans la pratique, il aboutissait à mettre fin au taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial pour [le] programme 777X sur la base d'une détermination selon laquelle Boeing, pour avoir utilisé des ailes importées pour le 777X, aurait "implanté" l'assemblage des ailes du 777X en dehors de l'État de Washington."¹⁵⁸

5.67. S'efforçant de comprendre ce qui déclencherait la seconde disposition relative à l'implantation, le Groupe spécial a posé deux questions aux États-Unis (questions n° 40 et n° 80 du Groupe spécial) sur la base de scénarios hypothétiques. Dans le premier scénario, il a demandé si la seconde disposition relative à l'implantation serait déclenchée, à supposer pour les besoins de l'argumentation qu'il soit possible pour Boeing d'acheter des ailes achevées, si Boeing continuait de fabriquer des ailes elle-même dans l'État de Washington et, en outre, achetait des ailes à un autre fabricant dans l'État de Washington.¹⁵⁹ En ce qui concerne le premier scénario hypothétique, les États-Unis ont dit ce qui suit:

Comme cela est évoqué dans la question du Groupe spécial et noté ailleurs, il n'est pas possible pour Boeing d'acheter des fuselages et des ailes de 777X achevés. Toutefois, à supposer pour les besoins de l'argumentation que cela ne soit pas le cas, la formulation de la question – en particulier, l'accent mis sur Boeing et non tous les contribuables, et sur le fait que Boeing "continu[e] de remplir les conditions requises" et non devienne admissible au bénéfice de la mesure – part du principe que Boeing a déjà satisfait à la première disposition relative à l'implantation. Une fois cette disposition satisfaite, elle ne comporte pas de mécanisme juridique permettant d'infirmer le cours du traitement fiscal prévu dans l'ESSB 5952 ou d'influer sur lui d'une autre manière. Par conséquent, à supposer pour les besoins de l'argumentation que Boeing puisse acheter des fuselages et des ailes de 777X achevés, la première disposition relative à l'implantation serait tout de même dénuée de pertinence pour une décision de Boeing de faire de tels achats.

Gardant la même hypothèse pour les besoins de l'argumentation, pour déterminer si la seconde disposition relative à l'implantation a été déclenchée, l'Administration fiscale devrait évaluer si Boeing a implanté un quelconque assemblage des ailes ou assemblage final en dehors de l'État de Washington. La question implique qu'une telle implantation en dehors de l'État de Washington n'aurait pas eu lieu. Par conséquent, l'Administration fiscale ne déterminerait probablement pas que la seconde disposition relative à l'implantation a été déclenchée. Cela n'est pas différent de la situation où Boeing annulerait complètement le programme 777X. En résumé, à moins que l'Administration fiscale ne détermine que l'assemblage final du 777X ou l'assemblage des ailes du 777X a été implanté en dehors de l'État de Washington, la seconde disposition relative à l'implantation n'est pas déclenchée.¹⁶⁰

5.68. Dans le deuxième scénario hypothétique, le Groupe spécial a demandé si la seconde disposition relative à l'implantation serait déclenchée si Boeing continuait de fabriquer les ailes dans l'État de Washington et, de plus, les achetait à un autre producteur en dehors de l'État de Washington.¹⁶¹ En ce qui concerne le deuxième scénario hypothétique, les États-Unis ont expliqué ce qui suit:

Au titre de la seconde disposition relative à l'implantation, le fait que les fuselages et les ailes sont importés est dénué de pertinence. De fait, la seconde disposition relative à l'implantation n'est déclenchée que si l'Administration fiscale détermine que tout

¹⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.359.

¹⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.360.

¹⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.360.

¹⁵⁹ Question n° 40 du Groupe spécial.

¹⁶⁰ États-Unis, réponse à la question n° 40 du Groupe spécial, paragraphes 96 et 97.

¹⁶¹ Question n° 80 du Groupe spécial.

assemblage final ou assemblage des ailes est implanté en dehors de l'État de Washington. C'est l'implantation de cette activité de production, non le caractère national ou importé de tous produits, qui est pertinent.

Par conséquent, comme les États-Unis l'ont noté dans leur réponse à la question n° 39 – et à supposer pour les besoins de l'argumentation, contrairement à la réalité, qu'il soit possible pour Boeing d'importer des fuselages et des ailes achevés pour les utiliser dans la production du 777X – si les fuselages et les ailes achevés étaient produits en dehors des États-Unis et ensuite importés, l'Administration fiscale déterminerait probablement qu'une partie de l'assemblage final ou de l'assemblage des ailes a été implantée en dehors de l'État de Washington, ce qui signifie que la seconde disposition relative à l'implantation serait déclenchée. Toutefois, si l'on prend un autre scénario hypothétique qui ne tient pas compte, pour les besoins de l'argumentation, de ce qui est réaliste et si on applique l'approche de l'UE concernant les termes "national" et "importé", si Boeing assemblait des fuselages et des ailes achevés dans l'État de Washington, les expédierait à une société étrangère pour qu'elle effectue des opérations autres que d'assemblage (par exemple la peinture purement esthétique des logos ou des essais), et les importait ensuite, la seconde disposition relative à l'implantation ne serait pas déclenchée, bien que, selon l'approche de l'UE, Boeing utilise des produits importés.

Là encore, la seconde disposition relative à l'implantation est centrée sur l'implantation de l'activité de production – en particulier, l'implantation des opérations d'assemblage. Cela est important eu égard à la distinction établie par l'UE à la deuxième réunion du Groupe spécial entre l'utilisation des produits au sens de l'article 3.1 b) et ce qui constitue "simplement des opérations d'assemblage."¹⁶²

5.69. De plus, nous notons que pour répondre à la question n° 7 du Groupe spécial sur le point de savoir si le taux d'imposition B&O visant le secteur aéronautique s'appliquerait toujours s'il y avait un cas d'assemblage en dehors de l'État de Washington, les États-Unis ont répondu ce qui suit:

Pour commencer, il importe de noter qu'il n'y a pas de scénario réaliste dans lequel il n'y aurait qu'un seul cas d'assemblage final ou d'assemblage des ailes en dehors de l'État de Washington. Il s'agit d'activités de fabrication complexes qui nécessitent d'importants investissements dans des installations et des outils très perfectionnés, une main-d'œuvre formée et une intégration dans le processus général de production. Et, comme les États-Unis l'ont expliqué, l'assemblage des ailes pour le 777X n'est achevé que dans le cadre de l'assemblage final de l'avion fini. Toutefois, à supposer pour les besoins de l'argumentation qu'il y ait un cas isolé d'assemblage final ou d'assemblage des ailes en dehors de l'État de Washington, cet assemblage isolé ne pourra pas constituer une implantation en dehors de l'État qui déclencherait la seconde disposition relative à l'implantation.

La seconde disposition relative à l'implantation fait référence à une détermination de l'Administration fiscale selon laquelle tout assemblage final ou assemblage des ailes "a été *implanté* en dehors de l'État de Washington." Le mot "implanté," en particulier conjointement avec un processus comme l'"assemblage", dénote une décision qui n'est pas liée à une exception ponctuelle. En substance, il n'y a rien qui s'apparente à un assemblage final ou assemblage des ailes ponctuel. Il est donc peu probable que, si une telle exception se produisait effectivement dans un cas unique, l'Administration fiscale détermine que Boeing a implanté tout assemblage final ou assemblage des ailes en dehors de l'État de Washington. Par conséquent, le taux d'imposition B&O de 0,2904% continuerait de s'appliquer.¹⁶³

5.70. Le Groupe spécial a estimé que les réponses des États-Unis aux questions n° 40 et 80 du Groupe spécial étaient "importantes pour comprendre les modalités de fonctionnement des conditions prévues dans la seconde disposition relative à l'implantation".¹⁶⁴ Sur la base des

¹⁶² États-Unis, réponse à la question n° 80 du Groupe spécial, paragraphes 118 à 120.

¹⁶³ États-Unis, réponse à la question n° 7 du Groupe spécial, paragraphes 15 et 16. (note de bas de page omise; italique dans l'original)

¹⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.365.

réponses des États-Unis, il a conclu que "la seconde disposition relative à l'implantation ne vis[ait] pas seulement à faire en sorte qu[e] [Boeing] assemble [elle]-même les ailes du 777X ou effectue l'assemblage final du 777X"¹⁶⁵; de fait, pour le Groupe spécial, "[e]lle concern[ait] aussi l'"utilisation" de certains produits [c'est-à-dire les ailes], et spécifiquement l'origine des produits qui entr[ai]ent dans le processus de production du 777X en tant que condition pour continuer de bénéficier d'une subvention."¹⁶⁶ De l'avis du Groupe spécial, le point de savoir si la seconde disposition relative à l'implantation serait déclenchée ou non serait déterminé par l'origine des ailes. Le Groupe spécial a conclu que "la seule décision de Boeing de se procurer des ailes qu'elle "utiliserait" ensuite pour produire le 777X, qui ne déclencherait *pas* la seconde disposition relative à l'implantation serait de se procurer de telles ailes dans l'État de Washington, lesquelles, par définition, seraient des ailes nationales."¹⁶⁷ Il a estimé en outre que les réponses des États-Unis clarifiaient le fait que la fonction du mot "ou" figurant dans la seconde disposition relative à l'implantation était "d'envisager, et de viser à empêcher, entre autres choses, que des ailes ... soient produites en tant que produits séparés en dehors de l'État de Washington ..., puis expédiées vers l'État de Washington pour être incorporées dans le processus d'assemblage final".¹⁶⁸ Sur cette base, il a constaté que "Boeing ne [pouvait] pas se procurer des [ailes], en dehors de l'État de Washington, sans que cela ait pour conséquence d'activer la seconde disposition relative à l'implantation".¹⁶⁹ Par conséquent, il a fondé ses conclusions sur les réponses des États-Unis à ses questions n° 40 et 80. Nous notons que le Groupe spécial n'a pas examiné dans son analyse la pertinence de la réponse des États-Unis à sa question n° 7 selon laquelle un cas unique d'assemblage en dehors de l'État de Washington ne déclencherait pas la seconde disposition relative à l'implantation.

5.71. Pour évaluer l'évaluation de la seconde disposition relative à l'implantation faite par le Groupe spécial, nous prenons note de sa conclusion essentielle selon laquelle les réponses des États-Unis clarifient le fait que la seconde disposition relative à l'implantation ne "vise [pas] uniquement" à empêcher l'implantation d'opérations d'assemblage en dehors de l'État de Washington mais "concerne aussi l'"utilisation" de certains produits, et spécifiquement l'origine des produits".¹⁷⁰ Nous ne pensons pas qu'une déclaration du Groupe spécial selon laquelle une mesure peut "concerner[r]" l'origine des produits, nationaux ou importés, soit en elle-même suffisante pour établir l'existence d'une subordination *de facto* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b). Comme nous l'avons noté, la question pertinente pour déterminer l'existence d'une subordination au titre de l'article 3.1 b) n'est pas de savoir si une condition d'admissibilité au bénéfice d'une subvention peut *entraîner* l'utilisation de plus de produits nationaux et de moins de produits importés. En fait, la question est de savoir si une *condition exigeant* l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés peut être discernée d'après les termes de la mesure elle-même ou déduite de sa conception, de sa structure et de ses modalités de fonctionnement, eu égard aux circonstances factuelles pertinentes qui donnent le contexte permettant de comprendre la mesure et son fonctionnement.

5.72. D'autres déclarations du Groupe spécial soulignent son interprétation selon laquelle le fonctionnement de la condition relative à l'implantation prévue par la mesure en cause peut concerner seulement certaines *conséquences* de l'importation de produits. Le Groupe spécial a considéré que "dans la mesure où cette "implantation" n'[avait] pas lieu", la seconde disposition relative à l'implantation "rest[ait] inappliquée" et que c'était cette "nature particulière passive et dissuasive de la mesure" qui soulevait la question "de savoir quelles sortes d'éléments de preuve factuels pourraient éclairer l'analyse du point de savoir si la possibilité persistante de bénéficier du taux d'imposition B&O visant le secteur aérospace ... dans le cadre du programme 777X [était] subordonnée *de facto* à l'utilisation d'ailes nationales de préférence à des ailes importées pour le 777X."¹⁷¹ Selon le Groupe spécial, cela rendait "particulièrement pertinent[e]" la question de savoir comment l'Administration fiscale de l'État de Washington exercerait le pouvoir discrétionnaire qui lui était accordé dans le cadre de la mesure, et spécifiquement de la seconde disposition relative à l'implantation.¹⁷² Le Groupe spécial a conclu que les réponses fournies par les États-Unis quant à ce qui pourrait déclencher la seconde disposition relative à l'implantation

¹⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.364.

¹⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.366.

¹⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.364. (italique dans l'original)

¹⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.366.

¹⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.368.

¹⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.366. Voir aussi le paragraphe 7.364.

¹⁷¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.358.

¹⁷² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.360.

démontraient que, par son libellé, cette disposition "envisag[ea]it, et ... vis[ai]t à empêcher, entre autres choses, que des ailes ... soient produites en tant que produits séparés en dehors de l'État de Washington ... puis expédiées vers l'État de Washington pour être incorporées dans le processus d'assemblage final".¹⁷³

5.73. Certes, le Groupe spécial a raison de noter que la mesure peut empêcher l'assemblage d'ailes achevées à l'étranger, mais à notre avis, cela ne signifie pas que la seconde disposition relative à l'implantation "envisage" et "vise à empêcher" les importations d'ailes achevées. Bien qu'il ne soit pas inhabituel que, pour obtenir une subvention, le bénéficiaire soit tenu de remplir certaines conditions, on ne voit pas très bien comment l'Administration fiscale de l'État de Washington exercerait son pouvoir discrétionnaire, ni si la perte de la subvention par le bénéficiaire, si ces conditions n'étaient pas remplies, démontrerait l'existence d'une prescription imposant d'utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés. En tout état de cause, c'est l'emplacement de la production qui déclencherait la perte du taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial, et non le fait que le produit qui en résulte est importé ou d'origine nationale.

5.74. Par conséquent, nous n'estimons pas que l'analyse et le raisonnement du Groupe spécial soient suffisants pour établir que la manière dont fonctionne la seconde disposition relative à l'implantation en ce qui concerne l'implantation de la production et de l'assemblage rend le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial subordonné *de facto* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. De plus, nous ne comprenons pas en quoi des déclarations du gouverneur de l'État de Washington "concernant l'objectif qui est de conserver la production des ailes pour le 777X dans l'État de Washington" sont, selon les termes du Groupe spécial, "compatibles" avec sa conclusion que la seconde disposition relative à l'implantation démontre l'existence d'une subordination *de facto*.¹⁷⁴ En réalité, ces déclarations soulignent simplement que la seconde disposition relative à l'implantation concerne une prescription imposant de ne pas implanter certaines activités de production et d'assemblage en dehors de l'État de Washington.

5.75. Nous pensons qu'il est significatif que la seconde disposition relative à l'implantation soit centrée sur l'"implantation" des activités d'assemblage. Ainsi que nous l'avons noté, même si les conditions d'admissibilité et d'accès au bénéfice d'une subvention peuvent entraîner certaines conséquences pour les décisions d'un producteur national lorsqu'il s'agit de se procurer des produits nationaux ou des produits importés, cela ne suffit pas à en faire l'équivalent d'une condition exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Il apparaît que le Groupe spécial lui-même l'a reconnu lorsqu'il a dit que son évaluation "n'[était] pas axée sur la question de savoir si les mesures en cause [avaient] eu un effet de remplacement des importations ou une incidence préjudiciable sur les importations, car cela [aurait] nécessit[é] que le Groupe spécial empiète sur une analyse des effets défavorables du type qui n'est pas envisagé à l'article 3.1."¹⁷⁵ Pourtant, en s'appuyant sur la conséquence qu'a une disposition relative à l'implantation nationale pour l'importation de produits qui sont produits au moyen d'opérations d'assemblage implantées à l'étranger, le Groupe spécial, à notre avis, a lui-même construit son raisonnement précisément sur les observations concernant tels ou tels "effet de remplacement des importations" et "incidence préjudiciable sur les importations" corollaires, dont il avait dit qu'elles seraient inappropriées dans une analyse au titre de l'article 3.1 b).

5.76. Nous rappelons à cet égard qu'on peut habituellement s'attendre à ce qu'une subvention exigeant l'implantation de certaines activités de production sur le territoire national d'un Membre accroisse l'offre des produits nationaux subventionnés sur le marché pertinent, ce qui aurait comme conséquence une utilisation accrue de ces produits nationaux subventionnés dans la production en aval et un effet défavorable sur les importations. Dans le cas spécifique de subventions accordées pour la production d'intrants – par exemple les ailes et les fuselages – il est probable que le bénéficiaire de la subvention à la fois "produirait" et "utiliserait" les intrants subventionnés dans la production et l'assemblage du produit final subventionné. En effet, dans ces circonstances, les subventions ont des conséquences pour les décisions en matière d'approvisionnement en intrants des producteurs subventionnés dans la mesure où, puisqu'ils sont tenus de produire un intrant dans le pays, et pour des raisons de coûts de production et

¹⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.366.

¹⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.366.

¹⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.357.

d'efficacité, ils utiliseront probablement ces intrants dans leurs activités de production en aval. Cela est vrai en particulier dans les circonstances où les intrants subventionnés ont un caractère très spécialisé et où les étapes de fabrication et d'assemblage de la chaîne de production sont fortement intégrées. Cependant, alors qu'une subvention peut fonctionner dans de telles circonstances factuelles de façon à favoriser l'utilisation d'intrants nationaux subventionnés et entraîner de ce fait des effets défavorables sur les importations au sens de la partie III de l'Accord SMC, ces effets ne démontrent pas, en eux-mêmes et à eux seuls, l'existence d'une prescription imposant d'utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b) de cet accord.

5.77. Nous prenons note également des réponses des États-Unis aux questions du Groupe spécial faisant intervenir certains "scénarios contrefactuels"¹⁷⁶ concernant le point de savoir quelle détermination l'Administration fiscale de l'État de Washington établirait probablement si Boeing devait importer des fuselages et des ailes achevés. Pour commencer, nous tenons à rappeler que l'utilisation de scénarios contrefactuels ou hypothétiques est un outil d'analyse juridique admissible qui peut être particulièrement pertinent dans une procédure de règlement des différends à l'OMC, y compris dans le contexte de l'Accord SMC.¹⁷⁷ En outre, l'absence d'éléments de preuve concernant l'application effective d'une mesure ne devrait pas empêcher la possibilité pour un Membre de contester une loi qui n'a pas encore été appliquée.¹⁷⁸ En particulier lorsque la subordination alléguée n'est pas clairement exprimée dans le libellé de l'instrument juridique pertinent, il faut procéder à une analyse approfondie de la relation entre l'octroi de la subvention et la condition exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés sur la base d'un examen minutieux de tous les facteurs et circonstances factuelles pertinents. Nous soulignons à cet égard que la manière dont l'Administration fiscale de l'État de Washington exercerait son pouvoir discrétionnaire de mettre fin à la possibilité de bénéficier du taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial était "particulièrement pertinente"¹⁷⁹ pour le Groupe spécial. Ainsi, les parties critiques du raisonnement du Groupe spécial dépendaient du point de savoir si l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Administration fiscale de l'État de Washington déclencherait la seconde disposition relative à l'implantation et les réponses des États-Unis étaient donc d'une importance capitale pour la conclusion du Groupe spécial concernant la subordination *de facto*. Cela étant dit, nous estimons que les groupes spéciaux devraient faire preuve de prudence en fondant leurs constatations d'incompatibilité *de facto* uniquement ou essentiellement sur des scénarios hypothétiques dans les situations où les éléments de preuve existants du fonctionnement d'une mesure sont limités.

5.78. Sans perdre de vue ces considérations, nous sommes préoccupés par le caractère limité de l'examen que le Groupe spécial a fait des réponses des États-Unis à ses questions et par les conclusions qu'il en a tirées. Nous ne critiquons pas l'utilisation de questions fondées sur des scénarios hypothétiques qu'a faite le Groupe spécial, mais nous mettons en doute les conclusions qu'il a tirées des réponses des États-Unis. Les questions posées par le Groupe spécial étaient conjecturales et fondées sur des suppositions formulées pour les besoins de l'argumentation. Nous notons aussi la nature probabiliste de la réponse des États-Unis au sujet de la façon dont l'Administration fiscale de l'État de Washington pourrait exercer son pouvoir discrétionnaire si certaines circonstances factuelles hypothétiques devaient se produire dans le futur. Comme l'Administration fiscale de l'État de Washington n'a jamais fait de détermination quant à la conséquence de l'importation par Boeing d'ailes et de fuselages de 777X achevés, le Groupe spécial a demandé aux États-Unis de conjecturer sur la détermination que ferait l'Administration

¹⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.361.

¹⁷⁷ Par exemple pour examiner s'il y a une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'Accord SMC, un groupe spécial doit déterminer quelles recettes auraient été "normalement exigibles", c'est-à-dire en l'absence de la subvention alléguée. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 91) De même, pour examiner si un "avantage" est conféré par une contribution financière au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, un groupe spécial doit déterminer la situation du bénéficiaire de la subvention alléguée sur le marché en l'absence de ladite subvention. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphes 157 et 158) De plus, dans le contexte d'une analyse du lien de causalité et d'une analyse aux fins de la non-imputation dans le cadre de l'Accord antidumping, de l'Accord sur les sauvegardes et de l'Accord SMC, les groupes spéciaux sont souvent appelés à évaluer des "scénarios contrefactuels" lorsqu'ils examinent des déterminations nationales sur le point de savoir si un dommage causé à la branche de production nationale existerait en l'absence d'un dumping, d'un accroissement des importations ou d'importations subventionnées.

¹⁷⁸ Voir le rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, paragraphe 5.2.2.

¹⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.360.

fiscale de l'État de Washington dans le futur, et sur des circonstances du marché qui n'existent pas actuellement. À cet égard, les États-Unis se sont contentés de dire que l'Administration fiscale de l'État de Washington "déterminerait probablement"¹⁸⁰ que l'importation d'ailerons et de fuselages achevés signifierait qu'une partie de l'assemblage a été implantée en dehors de l'État, ce qui déclencherait la seconde disposition relative à l'implantation. Bien que cette déclaration soit sans nul doute pertinente, il apparaît qu'elle a constitué presque le seul fondement de la conclusion du Groupe spécial concernant les modalités d'application prospectives de la seconde disposition relative à l'implantation.

5.79. Nous notons certaines autres déclarations que les États-Unis ont faites dans leurs réponses aux questions du Groupe spécial. Premièrement, les États-Unis ont souligné que la question de savoir si les fuselages et les ailerons sont importés était "sans pertinence" aux fins de la seconde disposition relative à l'implantation parce que c'était l'implantation des activités de production, non le caractère national ou importé des produits, qui déterminait si la seconde disposition relative à l'implantation serait ou non déclenchée.¹⁸¹ Cela souligne notre évaluation selon laquelle toute prescription qui doit être discernée dans la seconde disposition relative à l'implantation concerne l'emplacement des activités d'assemblage et ne démontre pas en elle-même l'existence d'une prescription *de facto* imposant d'utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés. À notre avis, les circonstances présentes en l'espèce – telles que l'existence d'un processus de production à plusieurs étapes, le niveau de spécialisation des intrants subventionnés et le niveau d'intégration de la chaîne de fabrication et d'assemblage dans l'industrie aéronautique – auraient dû faire l'objet d'un examen plus minutieux de la part du Groupe spécial. Deuxièmement, comme les États-Unis l'ont noté dans leur réponse à la question n° 80 du Groupe spécial, même si l'importation d'ailerons et de fuselages de 777X achevés était théoriquement possible, l'importation de ces structures n'entraînerait pas dans tous les cas la conséquence indiquée par les États-Unis car on pourrait envisager un scénario dans lequel l'assemblage aurait toujours lieu dans l'État de Washington, mais l'exportation desdites structures pour des opérations autres que d'assemblage et leur importation ultérieure ne déclencheraient pas la seconde disposition relative à l'implantation. Troisièmement, nous rappelons qu'en réponse à la question n° 7 du Groupe spécial, les États-Unis ont indiqué qu'un cas isolé d'assemblage final ou d'assemblage des ailerons en dehors de l'État de Washington "ne [pourrait] pas constituer une implantation en dehors de l'État qui déclencherait la seconde disposition relative à l'implantation".¹⁸² Cette réponse des États-Unis remet en question la conclusion tirée par le Groupe spécial sur la base des réponses des États-Unis à ses questions n° 40 et 80.

5.80. Lues conjointement, les déclarations ci-dessus des États-Unis dénotent d'importantes réserves qui atténuent encore leur réponse au sujet de la détermination "probable" de l'Administration fiscale de l'État de Washington si Boeing devait importer des ailerons ou des fuselages achevés. Point important, nous notons aussi que dans son rapport, le Groupe spécial n'a fait référence à aucune des déclarations exposées dans le paragraphe précédent, que ce soit dans son exposé des réponses des États-Unis à ses questions ou lorsqu'il a motivé sa constatation de l'existence d'une subordination *de facto*. Étant donné que le Groupe spécial s'est presque exclusivement appuyé sur les réponses données par les États-Unis à ses questions n° 40 et 80, nous nous serions attendus à ce qu'il procède à une analyse plus minutieuse et fournisse une explication quant à la manière dont il pouvait justifier de s'appuyer uniquement sur les réponses des États-Unis, compte tenu des diverses réserves figurant dans ces réponses. Nous rappelons, à cet égard, la déclaration de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* selon laquelle, lorsque l'on examine la configuration globale des faits constituant et entourant l'octroi de la subvention, aucun facteur "ne sera probablement à lui seul déterminant dans un cas donné".¹⁸³ À notre avis, il ne semble pas que les réponses des États-Unis aux questions du Groupe spécial aient indiqué quoi que ce soit de plus qu'une conséquence du fait de ne pas remplir les conditions de l'octroi de la subvention. Ces conséquences, conjointement avec d'autres conséquences possibles de la subvention en cause qui peuvent avoir une certaine influence sur les décisions de Boeing en matière d'approvisionnement en intrants, ne sont pas suffisantes pour démontrer que la seconde disposition relative à l'implantation, dont il a été constaté qu'elle ne prouvait pas l'existence d'une subordination *de jure*, comporte néanmoins une prescription *de facto* imposant d'utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés.

¹⁸⁰ États-Unis, réponse à la question n° 80 du Groupe spécial, paragraphe 119.

¹⁸¹ États-Unis, réponse à la question n° 80 du Groupe spécial, paragraphe 118.

¹⁸² États-Unis, réponse à la question n° 7 du Groupe spécial, paragraphe 15.

¹⁸³ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 167.

5.81. En résumé, nous ne considérons pas que le Groupe spécial ait dûment établi que la seconde disposition relative à l'implantation comportait aussi, en plus des conditions relatives à l'implantation des activités de production, une condition exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. La réponse des États-Unis à la question n° 80 du Groupe spécial concernant la détermination "probable" de l'Administration fiscale de l'État de Washington dans le cas où des fuselages et des ailes achevés seraient importés clarifie le fait que c'est l'emplacement des activités de production, et non le caractère national ou importé des produits produits, qui déclenche la seconde disposition relative à l'implantation. Compte tenu des diverses réserves que comportent les réponses des États-Unis, dont les implications n'ont été ni mentionnées ni argumentées dans le rapport du Groupe spécial, nous ne pensons pas que l'analyse et le raisonnement du Groupe spécial fournissaient une base suffisante pour sa constatation selon laquelle la seconde disposition relative à l'implantation rendait le taux d'imposition B&O visant le secteur aéronautique subordonné *de facto* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC.

5.82. Pour les raisons qui précèdent, nous infirmos la constatation du Groupe spécial, figurant aux paragraphes 7.369 et 8.1 c) de son rapport, selon laquelle le taux d'imposition B&O visant le secteur aéronautique est subordonné *de facto* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC. En conséquence, nous infirmos aussi la constatation du Groupe spécial, figurant au paragraphe 8.2 de son rapport, selon laquelle les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 3.2 de l'Accord SMC.

5.83. Nous notons que les États-Unis ont formulé un certain nombre d'allégations additionnelles concernant l'interprétation et l'application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC par le Groupe spécial. En particulier, les États-Unis contestent la constatation du Groupe spécial selon laquelle Boeing "utilise" des ailes pour construire le 777X et font valoir que le Groupe spécial n'a pas procédé à "une analyse sérieuse" du point de savoir si les ailes provenant de l'assemblage des ailes dans l'État de Washington seraient nécessairement "nationales".¹⁸⁴ Ils affirment aussi que l'évaluation par le Groupe spécial du fonctionnement de la seconde disposition relative à l'implantation dans le contexte de son analyse *de facto* est incompatible avec le devoir de procéder à une évaluation objective de la question incombant au Groupe spécial au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.¹⁸⁵ Ayant infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle le taux d'imposition B&O visant le secteur aéronautique est subordonné *de facto* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner plus avant les autres allégations et arguments des États-Unis.

5.84. Nous notons en outre l'allégation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en estimant que le libellé de la subordination décrite dans la première disposition relative à l'implantation était concluant et en considérant la détermination de l'Administration fiscale de l'État de Washington concernant la décision de Boeing de situer "un important programme de construction d'un avion commercial" dans l'État de Washington et, de ce fait, "en n'examinant pas dûment les implications de cette condition pour les incitations accordées à Boeing afin qu'elle utilise des ailes ou des fuselages nationaux de préférence à des produits importés pour le 777X dans sa production du 777X dans l'État de Washington".¹⁸⁶ Étant donné que nous avons infirmé la

¹⁸⁴ États-Unis, communication en tant qu'appelant, paragraphes 124 et 126.

¹⁸⁵ Premièrement, les États-Unis font valoir que les constatations du Groupe spécial, tirées essentiellement de leurs réponses à ses questions n° 40 et 80, reposaient sur une interprétation viciée de la façon dont la seconde disposition relative à l'implantation fonctionnerait dans des scénarios hypothétiques dénués de fondement dans les éléments de preuve. Deuxièmement, ils contestent la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la fonction du mot "ou" figurant dans cette disposition est d'envisager, et de viser à empêcher, entre autres choses, que des ailes ... soient produites en tant que produits séparés en dehors de l'État de Washington". Troisièmement, ils contestent le poids que le Groupe spécial a attribué à certains éléments de preuve, en particulier à certaines déclarations du gouverneur de l'État de Washington. Enfin, ils soulignent que le Groupe spécial ne s'est pas appuyé dans son analyse sur sa propre déclaration selon laquelle les structures de voilure constituant la section 12 ne sont pas des "ailes". (États-Unis, communication en tant qu'appelant, paragraphes 165 à 191)

¹⁸⁶ Union européenne, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 75. (italique dans l'original) Pour l'Union européenne, les prescriptions imposant "à Boeing à la fois i) de produire l'aéronef 777X, et ii) de fabriquer des ailes de 777X et des fuselages de 777X, le tout dans l'État de Washington" "conjointement, impliquent nécessairement que les ailes de 777X et les fuselages de 777X fabriqués dans l'État de Washington étaient destinés à être utilisés dans la production de l'aéronef 777X dans l'État de Washington." (*Ibid.*, paragraphe 76 (italique dans l'original; note de bas de page omise))

constatation du Groupe spécial selon laquelle le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial est subordonné *de facto* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner l'allégation de l'Union européenne. Dans la mesure où le Groupe spécial ne pouvait pas s'appuyer sur les simples implications de cette condition relative à l'implantation nationale pour l'importation de produits fabriqués à l'étranger, nous ne pensons pas que l'argument de l'Union européenne aurait pu modifier son interprétation selon laquelle l'activation de la première disposition relative à l'implantation reposait exclusivement sur la décision de Boeing de situer un important programme de construction d'un avion commercial dans l'État de Washington, et non sur l'utilisation particulière de produits d'origines spécifiques.¹⁸⁷

6 CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS

6.1. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, l'Organe d'appel formule les constatations et conclusions suivantes.

6.2. En ce qui concerne l'interprétation de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC donnée par le Groupe spécial dans le contexte de ses analyses de la subordination *de jure* des première et seconde dispositions relatives à l'implantation, nous considérons que le Groupe spécial n'a pas énoncé une règle de droit au titre de l'article 3.1 b) prescrivant l'utilisation de produits nationaux à l'entière exclusion des produits importés. Au lieu de cela, il a constaté que, par les termes qui y étaient employés, les première et seconde dispositions relatives à l'implantation se rapportaient à l'emplacement de certaines opérations d'assemblage dans l'État de Washington et ne disaient rien de l'utilisation de produits nationaux ou de produits importés. Par conséquent, lorsqu'il a dit que ces dispositions n'"exclu[aient] pas en soi et nécessairement" la possibilité pour le constructeur d'avions d'utiliser des intrants de provenance extérieure à l'État de Washington, le Groupe spécial n'énonçait pas une règle de droit, mais en fait reconnaissait que, au regard des implications nécessaires des termes de la disposition, il n'existait aucune prescription *de jure* obligeant Boeing à utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés. Le Groupe spécial n'a pas non plus énoncé une règle de droit de ce type lorsqu'il a évalué la subordination *de facto* de la première disposition relative à l'implantation. En fait, il a constaté que les éléments de preuve additionnels qui lui étaient présentés confirmaient son interprétation de cette disposition dans le contexte de son analyse de la subordination *de jure* selon laquelle la mesure ne prescrivait pas l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés comme condition de l'octroi de la subvention.

- a. Nous rejetons donc les allégations de l'Union européenne selon lesquelles le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC dans le contexte de ses analyses de la subordination *de jure* des première et seconde dispositions relatives à l'implantation, ainsi que de son analyse de la subordination *de facto* de la première disposition relative à l'implantation.

6.3. En ce qui concerne l'application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC faite par le Groupe spécial dans le contexte de son analyse de la subordination *de jure* de la première disposition relative à l'implantation, nous considérons que la question pertinente pour déterminer l'existence d'une subordination *de jure* au titre de cet article n'est pas de savoir si les prescriptions concernant la production énoncées dans la première disposition relative à l'implantation peuvent *entraîner* l'utilisation de plus de produits nationaux et de moins de produits importés, mais si la mesure, en vertu de ses termes ou nécessairement, par implication à partir de ceux-ci, énonce une *condition exigeant* l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Par conséquent, même s'il est probable, selon les scénarios évoqués par le Groupe spécial, que Boeing utiliserait une certaine quantité d'ailes et de fuselages de fabrication nationale, cette observation n'est pas en elle-même suffisante pour établir l'existence d'une condition, exprimée dans les termes de la mesure ou en découlant nécessairement, par implication, exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

- a. Nous rejetons donc l'allégation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC en constatant que la première disposition relative à l'implantation ne rendait pas les mesures fiscales visant le

¹⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.343 et 7.344.

secteur aérospatial subordonnées *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

6.4. En ce qui concerne l'application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC faite par le Groupe spécial dans le contexte de son analyse de la subordination *de jure* de la seconde disposition relative à l'implantation, nous ne considérons pas qu'il ait fait erreur en n'examinant pas les réponses des États-Unis à ses questions dans le contexte de cette analyse. Pour déterminer l'existence d'une subordination, un groupe spécial devrait procéder à une évaluation globale de tous les éléments et éléments de preuve pertinents versés au dossier, et il n'est pas nécessaire qu'il compartimente ses analyses *de jure* et *de facto* pour établir une conclusion globale quant à la question de savoir si une subvention est subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Il se peut que les réponses des États-Unis aient éclairé ce qu'impliquent nécessairement les termes de la seconde disposition relative à l'implantation, mais elles peuvent avoir été tout aussi pertinentes pour comprendre la conception, la structure et les modalités de fonctionnement de la mesure dans le contexte des circonstances factuelles pertinentes. Par conséquent, nous ne considérons pas que le Groupe spécial ait fait erreur en restreignant indûment le champ des éléments de preuve au regard desquels il a évalué la subordination *de jure* en ce qui concerne la seconde disposition relative à l'implantation. Nous ne considérons pas non plus que le Groupe spécial ait compris le champ d'application de la seconde disposition relative à l'implantation comme étant limité à la délocalisation d'opérations d'assemblage spécifiques qui constituaient la base de l'implantation dans le cadre de la première disposition relative à l'implantation. Au lieu de cela, le Groupe spécial décrivait simplement une situation possible dans laquelle la seconde disposition relative à l'implantation serait déclenchée.

- a. Nous rejetons donc l'allégation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC en constatant que la seconde disposition relative à l'implantation, considérée séparément ou conjointement avec la première disposition relative à l'implantation, ne rendait pas le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial subordonné *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.
- b. Nous rejetons aussi l'allégation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que la seconde disposition relative à l'implantation, considérée séparément ou conjointement avec la première disposition relative à l'implantation, ne rendait pas le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial subordonné *de jure* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

6.5. En ce qui concerne l'analyse de la subordination *de facto* au titre de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC faite par le Groupe spécial, il ne nous apparaît pas que celui-ci ait correctement établi que la seconde disposition relative à l'implantation, en plus des conditions se rapportant à l'implantation des activités de production, comportait aussi une condition exigeant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. La réponse des États-Unis à la question n° 80 du Groupe spécial concernant la détermination "probable" de l'Administration fiscale de l'État de Washington dans le cas où des fuselages et des ailes achevés seraient importés clarifie le fait que c'est l'emplacement des activités de production, et non le caractère national ou importé des produits produits, qui déclenche la seconde disposition relative à l'implantation. Compte tenu des diverses réserves que comportent les réponses des États-Unis, dont les implications n'ont été ni mentionnées ni argumentées dans le rapport du Groupe spécial, nous ne pensons pas que l'analyse et le raisonnement du Groupe spécial fournissaient une base suffisante pour sa constatation selon laquelle la seconde disposition relative à l'implantation rendait le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial subordonné *de facto* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC.

- a. Nous infirmos donc la constatation du Groupe spécial, figurant aux paragraphes 7.369 et 8.1 c) de son rapport, selon laquelle le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial est subordonné *de facto* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC.

- b. En conséquence, nous infirmos aussi la constatation du Groupe spécial, figurant au paragraphe 8.2 de son rapport, selon laquelle les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 3.2 de l'Accord SMC.

6.6. Étant donné que nous avons infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle le taux d'imposition B&O visant le secteur aérospatial est subordonné *de facto* à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner le reste des allégations et arguments des États-Unis relatifs à l'analyse de la subordination *de facto* faite par le Groupe spécial en ce qui concerne la seconde disposition relative à l'implantation. Nous ne jugeons pas non plus nécessaire d'examiner l'allégation de l'Union européenne selon laquelle le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord s'agissant de son analyse de la subordination *de facto* en ce qui concerne la première disposition relative à l'implantation.

6.7. Ayant infirmé la constatation d'incompatibilité formulée par le Groupe spécial au titre de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, l'Organe d'appel ne fait pas de recommandation dans le présent différend, et la recommandation faite par le Groupe spécial conformément à l'article 4.7 de l'Accord SMC, figurant au paragraphe 8.6 de son rapport, ne peut pas être admise.

Texte original signé à Genève le 21 juillet 2017 par:

Thomas Graham
Président de la section

Peter Van den Bossche
Membre

Shree Baboo Chekitan Servansing
Membre
