

X. Constataciones y conclusiones

1413. Por las razones expuestas en el presente informe en relación con las cuestiones planteadas en apelación por la Unión Europea, el Órgano de Apelación:

- a) revoca la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.1422 de su informe, de que los préstamos para investigación y desarrollo tecnológico concedidos en el marco del programa español PROFIT estaban comprendidos en el mandato del Grupo Especial;
- b) confirma la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.158 de su informe, de que las donaciones francesas para investigación y desarrollo tecnológico estaban comprendidas en el mandato del Grupo Especial;
- c) modifica la interpretación del Grupo Especial del artículo 5 del *Acuerdo SMC*, pero confirma la conclusión del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.65 de su informe rechazando la solicitud de las Comunidades Europeas de que excluyera del ámbito temporal de la diferencia todas las supuestas subvenciones prohibidas y recurribles concedidas antes del 1º de enero de 1995;
- d) con respecto a la interpretación del Grupo Especial del artículo 1, el párrafo 7 del artículo 4, los artículos 5 y 6 y el párrafo 8 del artículo 7 del *Acuerdo SMC* y su aplicación a transacciones en las que participaron determinadas empresas Airbus:
 - i) modifica la interpretación del Grupo Especial, pero confirma la constatación definitiva del Grupo Especial, formulada en los párrafos 7.222 y 7.287 de su informe, de que los artículos 5 y 6 del *Acuerdo SMC* no exigen que un reclamante demuestre que un beneficio "subsiste" o está "presente" durante el período de referencia para los fines de un análisis de los efectos desfavorables;
 - ii) revoca la constatación del Grupo Especial, formulada en los párrafos 7.248, 7.255 y 7.288 de su informe, de que las transacciones de venta en litigio no "extinguieron" una parte de las subvenciones anteriores, porque el Grupo Especial no evaluó la cuestión de si las privatizaciones parciales y las transacciones de venta entre partes privadas se hicieron en condiciones de plena competencia y por el valor justo de mercado, ni en qué medida supusieron una transferencia de la propiedad y el control a nuevos

- propietarios; pero constata que no hay constataciones fácticas suficientes del Grupo Especial ni hechos no controvertidos que consten en su expediente para completar el análisis jurídico y determinar si estas transacciones de venta "extinguieron" una parte de subvenciones anteriores;
- iii) no excluye *a priori* la posibilidad de que la totalidad o parte de una subvención pueda ser "extraída" mediante la eliminación de efectivo o equivalentes de efectivo; pero confirma la constatación definitiva del Grupo Especial, formulada en los párrafos 7.276 y 7.288 de su informe, de que las "extracciones de efectivo" de Dasa y CASA no eliminaron una parte de subvenciones anteriores;
- iv) confirma la constatación definitiva del Grupo Especial, formulada en los párrafos 7.283, 7.284 y 7.289 de su informe, de que las "extracciones de efectivo" no dieron lugar al "retiro" de subvenciones en el sentido del párrafo 7 del artículo 4 y el párrafo 8 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*; y carece de base sobre la cual constatar que las transacciones de venta en cuestión dieron lugar al "retiro" de subvenciones en el sentido del párrafo 7 del artículo 4 y el párrafo 8 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*;
- v) se abstiene de formular constataciones adicionales acerca de si el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto y por eso actuó de manera incompatible con lo dispuesto en el artículo 11 del ESD en el trato que dio a los argumentos de las Comunidades Europeas sobre la "extinción", la "extracción" y el "retiro" de subvenciones; y
- vi) confirma la constatación del Grupo Especial, formulada en los párrafos 7.200 y 7.286 de su informe, de que los Estados Unidos no estaban obligados a demostrar, como parte de su acreditación *prima facie* en el marco del artículo 5 del *Acuerdo SMC*, que subvenciones concedidas al consorcio Airbus Industrie "se transfirieron" a Airbus SAS, el productor actual de LCA de Airbus;
- e) con respecto a la cuestión de si las medidas de AEP/FEM impugnadas otorgaron un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*:
- i) constata que el artículo 4 del Acuerdo de 1992 no es una norma *pertinente* de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, en el sentido

del párrafo 3 c) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, que informa el sentido del término "beneficio" en el párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, y no forma parte de los hechos para determinar la referencia de mercado pertinente en el momento en que se concedió la AEP/FEM;

- ii) constata que el razonamiento del Grupo Especial relativo a su utilización de la prima de riesgo para proyectos específicos propuesta por los Estados Unidos fue internamente incoherente y que de ese modo el Grupo Especial incumplió su deber de hacer una evaluación objetiva de los hechos conforme a lo exigido por el artículo 11 del ESD; y por consiguiente revoca las constataciones del Grupo Especial, formuladas en los párrafos 7.481 y 7.488 de su informe, de que la prima de riesgo para proyectos específicos propuesta por los Estados Unidos constituía el riesgo mínimo de los proyectos A300 y A310, el límite superior externo de la horquilla del riesgo de los proyectos A320, A330/A340, A330-200 y A340-500/600, y el límite superior interno de la horquilla del riesgo del proyecto A380;
- iii) constata que varios aspectos de la evaluación realizada por el Grupo Especial de la prima de riesgo para proyectos específicos propuesta por las Comunidades Europeas no fueron compatibles con la prescripción del artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva de los hechos; pero no obstante confirma la conclusión del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.479 de su informe, de que la prima de riesgo para proyectos específicos propuesta por las Comunidades Europeas subestimaba la prima de riesgo que un operador en el mercado habría razonablemente requerido que Airbus pagara por una financiación en condiciones idénticas o similares a las de la AEP/FEM impugnada;
- iv) como las pruebas no controvertidas indican que, incluso dejando de lado la prima de riesgo para proyectos específicos, las tasas de rentabilidad obtenidas por los Estados miembros en virtud de todas las medidas de AEP/FEM impugnadas, menos dos, son inferiores a una referencia de mercado que no incluye una prima de riesgo para proyectos específicos, y la tasa de rentabilidad obtenida por los Estados miembros en virtud las otras dos medidas de AEP/FEM es inferior a una referencia de mercado que incluye la prima de riesgo para proyectos específicos propuesta por las Comunidades Europeas, confirma las constataciones del Grupo Especial, formuladas en los

párrafos 7.489 y 7.490 de su informe, de que las medidas de AEP/FEM impugnadas otorgaron un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*; y

- v) revoca la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.397 de su informe, de que "el número de ventas sobre las que se espera el reembolso completo dice poco, o nada, sobre la idoneidad de la rentabilidad que obtendrá el prestamista";

- f) confirma la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.1566 de su informe, de que las subvenciones para investigación y desarrollo tecnológico otorgadas a Airbus en virtud de cada uno de los Programas Marco de la CE eran "específicas" en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 2 del *Acuerdo SMC*;

- g) modifica la caracterización que hizo el Grupo Especial en los párrafos 7.1084, 7.1121 y 7.1179 de su informe de la contribución financiera, a tenor del párrafo 1 a) 1) iii) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, otorgada en virtud de las medidas de infraestructura en Hamburgo, Bremen y Toulouse; revoca las constataciones del Grupo Especial, formuladas en los párrafos 7.1096, 7.1133 y 7.1190 de su informe, de que estas contribuciones financieras otorgaron un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*; y constata en cambio que el suministro del arrendamiento del terreno en el polígono industrial de Mühlenberger Loch en Hamburgo y el suministro del derecho a la utilización exclusiva de la pista de aterrizaje ampliada del aeropuerto de Bremen otorgaron un beneficio a Airbus en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*; pero constata que no hay suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial ni hechos no controvertidos que consten en su expediente para completar el análisis jurídico y determinar si se otorgó un beneficio con respecto al polígono industrial Aéroconstellation en Toulouse;

- h) confirma las constataciones del Grupo Especial, formuladas en los párrafos 7.1367, 7.1371 y 7.1375 de su informe, de que las cuatro inversiones de capital en Aérospatiale impugnadas le otorgaron a ésta un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*;

- i) revoca la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.1412³⁰⁶⁷ de su informe, de que la transferencia por el Gobierno francés de acciones de Dassault Aviation a Aérospatiale otorgaron a ésta un beneficio en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1 del *Acuerdo SMC*; pero constata que no hay suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial ni hechos no controvertidos que consten en su expediente para completar el análisis jurídico y determinar si se otorgó un beneficio;
- j) constata, en lo que concierne a las supuestas subvenciones a la exportación concedidas en virtud de los contratos de Alemania, España y el Reino Unido para el A380, que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación del párrafo 1 a) del artículo 3 y la nota 4 del *Acuerdo SMC*, en el párrafo 7.648 de su informe, según la cual, para constatar que la concesión de una subvención está de hecho vinculada a las exportaciones previstas, es preciso que la subvención se conceda *porque* hay resultados de exportación previstos; y en consecuencia revoca la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.689 de su informe, de que los Estados Unidos habían demostrado que los contratos de Alemania, España y el Reino Unido para el A380 constituían subvenciones a la exportación prohibidas en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 y la nota 4 del *Acuerdo SMC*; constata que una subvención está supeditada *de facto* a la exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 y la nota 4 del *Acuerdo SMC* si la concesión de la subvención tiene por objeto inducir la promoción de los resultados de exportación futuros del receptor; pero constata que no hay suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial ni hechos no controvertidos que consten en su expediente para completar el análisis jurídico;
- k) constata que, al haber analizado el "desplazamiento" sobre la base de un único producto subvencionado y un único mercado para las LCA determinados por el Miembro reclamante, el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del término "mercado" de los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 6 del *Acuerdo SMC* y actuó de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden de conformidad con el artículo 11 del ESD al concluir que no estaba obligado a "llevar a cabo una determinación independiente del 'producto subvencionado' y no basar{se} en la identificación de ese producto realizada por el Miembro reclamante"; constata que al no haber una determinación objetiva del Grupo Especial del mercado de productos pertinentes, no se puede sostener su

³⁰⁶⁷ Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1414.

conclusión de que hay un único producto subvencionado y un único producto similar y, en consecuencia, revoca las constataciones del Grupo Especial relativas al desplazamiento;

- l) completa el análisis sobre la base de las pruebas no controvertidas que obran en el expediente del Grupo Especial y constata, en lo que se refiere a la primera de las dos etapas del enfoque del Grupo Especial respecto a su evaluación en el marco del párrafo 3 a) del artículo 6 del *Acuerdo SMC*, que hubo desplazamiento durante el período de referencia de 2001-2006 en los mercados de LCA de pasillo único y de doble pasillo de las Comunidades Europeas;
- m) completa el análisis sobre la base de las pruebas no controvertidas que obran en el expediente del Grupo Especial y constata, en lo que se refiere a la primera de las dos etapas del enfoque del Grupo Especial respecto a su evaluación en el marco del párrafo 3 b) del artículo 6 del *Acuerdo SMC*, que hubo desplazamiento durante el período de referencia de 2001-2006 en:
 - i) el mercado de productos LCA de pasillo único de Australia;
 - ii) en los mercados de productos LCA de pasillo único y de doble pasillo de China; y
 - iii) en los mercados de productos LCA de pasillo único y de doble pasillo de Corea;
- n) completa el análisis y constata que las pruebas no controvertidas que obran en el expediente del Grupo Especial no demuestran que hubiera desplazamiento durante el período de referencia en el Brasil, México, Singapur y el Taipei Chino, ni amenaza de desplazamiento en la India;
- o) confirma la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.1845 de su informe, en el marco de la primera etapa de su enfoque en dos etapas respecto a su evaluación de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 6 del *Acuerdo SMC*, de que la venta a Emirates Airlines de LCA A380 constituyó una "pérdida de ventas significativa";
- p) confirma la constatación definitiva del Grupo Especial en el marco de la segunda etapa de su enfoque en dos etapas, formulada en el párrafo 7.2025 de su informe, de que el desplazamiento y la pérdida de ventas fueron efecto de las medidas de AEP/FEM impugnadas, en la medida en que se refiere al desplazamiento en el

mercado de productos LCA de pasillo único de Australia y en los mercados de productos LCA de pasillo único y de doble pasillo de las Comunidades Europeas, China y Corea, y pérdida de ventas en las campañas de venta de Air Asia, Air Berlin, Czech Airlines, easyJet, Emirates Airlines, Qantas y Singapore Airlines;

- q) confirma la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.1948 de su informe, de que "ya sea directa o indirectamente, la AEP/FEM fue un requisito necesario para el lanzamiento del A380 por Airbus en el año 2000";
- r) confirma la constatación del Grupo Especial, formulada en los párrafos 7.1956, 7.1957, 7.1958 y 8.2 de su informe, de que el "efecto producto" de las medidas de AEP/FEM fue "complementado y suplementado" por las aportaciones de capital a las que se hace referencia en el párrafo 1379 *supra* y por las medidas de infraestructura mencionadas en el párrafo 1388 *supra*, excepto las que se ha constatado que no constituyen subvenciones específicas en el sentido de los artículos 1 y 2 del *Acuerdo SMC*; y
- s) revoca la constatación del Grupo Especial, formulada en los párrafos 7.1956, 7.1959 y 8.2 de su informe, de que las subvenciones para investigación y desarrollo tecnológico en litigio "complementaron y suplementaron" el "efecto producto" de la AEP/FEM.

1414. Por las razones expuestas en el presente informe en relación con las cuestiones planteadas por los Estados Unidos en su otra apelación, el Órgano de Apelación:

- a) constata que el supuesto "Programa" de AEP/FEM no estaba comprendido en el mandato del Grupo Especial porque no fue identificado en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, como exige el párrafo 2 del artículo 6 del ESD;
- b) como consecuencia de los errores que cometió el Grupo Especial al interpretar y aplicar el párrafo 1 a) del artículo 3 y la nota 4 del *Acuerdo SMC*, revoca la constatación del Grupo Especial, formulada en el párrafo 7.689 de su informe, de que los Estados Unidos no habían demostrado que la concesión de la AEP/FEM francesa para el A380 y el A330-200, y de la AEP/FEM española y francesa para el A340-500/600, estuvieran supeditadas *de facto* a las exportaciones previstas, en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 y la nota 4 del *Acuerdo SMC*, pero constata que no hay suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial ni hechos no controvertidos que obren en su expediente para completar el análisis jurídico.

1415. El Órgano de Apelación observa que, habiendo revocado la constatación formulada por el Grupo Especial en el párrafo 7.689 de su informe de que determinados contratos de AEP/FEM para el A380 constituían subvenciones a la exportación prohibidas, en consecuencia debe revocarse la recomendación que hizo el Grupo Especial en el párrafo 8.6 de su informe de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*; no obstante, en la medida en que hayamos confirmado las constataciones del Grupo Especial con respecto a las subvenciones recurribles que causaron los efectos desfavorables, formuladas en el párrafo 8.2 de su informe, o que esas constataciones no hayan sido objeto de apelación se mantiene la recomendación que hizo el Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 8 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*, en el párrafo 8.7 de su informe, de que "el Miembro otorgante de cada subvención que se ha constatado ha dado lugar a esos efectos desfavorables 'adopt{e} las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retir{e} la subvención'".

1416. Nos damos cuenta de que, después de cinco años de actuaciones del Grupo Especial y de casi 10 meses de examen en apelación, hay varias cuestiones que siguen sin resolverse en esta diferencia. Algunos pueden considerar que no es un resultado totalmente satisfactorio. El mandato que nos impone el artículo 17 del ESD no nos permite determinar los hechos. Sin embargo, en todos los casos en que hemos estimado que había suficientes constataciones fácticas del Grupo Especial o hechos no controvertidos para completar el análisis jurídico lo hemos hecho para lograr una "pronta solución" de la diferencia de conformidad con el párrafo 3 del artículo 3 del ESD.

1417. El Órgano de Apelación recomienda que el OSD pida a la Unión Europea que ponga las medidas que, según se ha constatado en el presente informe y en el informe del Grupo Especial modificado por el presente informe, son incompatibles con el *Acuerdo SMC*, en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud de ese Acuerdo.

Firmado en el original, en Ginebra el 9 de mayo de 2011 por:

David Unterhalter
Presidente de la Sección

Lilia R. Bautista
Miembro

Peter Van den Bossche
Miembro