

Airbus vs Boeing: tra i due litiganti il terzo gode

di Marco Buccarella

Title: *Airbus vs Boeing*: between two litigants the bystander enjoys

Keywords: World Trade Organization; Boeing; Airbus.

1. – Con il rapporto in epigrafe l'Organo d'appello (*Appellate Body*) dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) o *World Trade Organization* (WTO), competente a decidere sulle sole questioni di diritto relative alle decisioni di primo grado emanate dai c.d. *panels*, è tornato a pronunciarsi in merito alla nota vicenda *Boeing-Airbus* che vede contrapposti, in un'accesa disputa commerciale, USA e Unione Europea.

Il rapporto ha accertato che gli Stati Uniti non hanno ritirato le sovvenzioni concesse dalle proprie autorità federali, statali e locali all'industria aerospaziale *Boeing*, contrariamente a quanto richiesto in precedenza dal *panel* al fine di annullare il danno causato da tali sussidi ad *Airbus*. L'Organo di appello, ponendo fine ad un procedimento di conformità atto a verificare la compatibilità dei provvedimenti USA rispetto alle raccomandazioni dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC, ha quindi confermato la posizione dell'UE secondo cui gli Stati Uniti non hanno adottato alcun tipo di misura per conformarsi all'Accordo sulle sovvenzioni e sulle misure compensative (detto, in breve, Accordo SCM, da *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*), vigente tra i Paesi membri dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

La recente pronuncia dell'Organo di appello, dunque, si colloca nell'ambito dell'annosa disputa commerciale scaturita dalle accuse incrociate di USA e UE e relativa alle sovvenzioni che le due potenze economiche avrebbero illegittimamente erogato a favore delle rispettive industrie aerospaziali, ossia *Boeing* e *Airbus*. Stando alle denunce presentate dai due Paesi all'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC (il *Dispute Settlement Body* o DSB), infatti, le sovvenzioni sarebbero state adottate in violazione dell'Accordo SCM.

2. – Per comprendere appieno l'importanza e il contenuto del recente rapporto divulgato dall'Organo di appello nell'ambito della controversia *Boeing-Airbus*, è opportuno procedere innanzitutto con una sintetica disamina della disciplina, prevista dall'OMC, in merito alle sovvenzioni e alle misure compensative.

Dunque, secondo quanto previsto dall'articolo 1 dell'Accordo SCM, si considera che sussiste una sovvenzione qualora un Governo accordi un contributo finanziario, attraverso una delle forme esplicitamente richiamate dalla norma, o venga posta in essere una qualsivoglia forma di sostegno al reddito o ai prezzi, ai sensi dell'art. XVI GATT 1994 e sia quindi conferito un vantaggio. Dalla formulazione dell'art. 1, par. 1 dell'Accordo emerge chiaramente che entrambi gli elementi — il contributo finanziario

del Governo e il vantaggio per il beneficiario — debbano sussistere affinché una data misura possa essere qualificata come una sovvenzione.

Inoltre, poiché, secondo quanto previsto dall'art. 1.2, sono sottoposte ai regimi restrittivi e sanzionatori dell'Accordo SCM solo le sovvenzioni cd. specifiche, la nozione di "specificità" assume nell'Accordo un significato decisivo ai fini dell'applicazione del regime giuridico delle sovvenzioni (v., per un'analisi più approfondita, Horlik G. N., Clarke P. A., *The 1994 WTO Subsidies Agreement*, in *The World Competition*, vol. 17, n. 4, 1994). La sovvenzione è specifica, ai sensi dell'art. 2 dell'Accordo, quando è destinata ad una singola impresa, a un singolo settore di produzione oppure a gruppi di imprese o settori di produzione comunque determinati tra quelli situati nell'ambito di giurisdizione dell'autorità che la concede. La nozione di specificità è quindi utilizzata per distinguere i cd. aiuti indifferenziati, ossia gli interventi statali di portata generale, dalle misure che invece tendono a favorire soltanto determinate imprese o specifici settori. L'elemento di specificità di cui all'articolo 2, infatti, ha una *ratio* ben precisa: sottoporre ai regimi restrittivi e sanzionatori dell'Accordo solo le sovvenzioni che, agevolando alcune imprese o alcuni settori rispetto ad altri, provochino in concreto una distorsione del commercio internazionale (v., in merito, Benitah M., *The Law of Subsidies under the GATT-WTO System*, Kluwer, The Hague, 2001, p. 89). Distinguere agevolmente tra sovvenzioni specifiche e non specifiche, tuttavia, è possibile solo nel caso in cui l'autorità concedente riservi esplicitamente l'accesso ad una sovvenzione a determinati soggetti. In alternativa, le sovvenzioni possono risultare specifiche anche in via di fatto, ovvero in presenza di condizioni di accesso al beneficio economico che appaiono *prima facie* oggettive, ma che in realtà celano favoritismi e parzialità (P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, 238-241).

Tra le sovvenzioni specifiche, poi, l'articolo 3 dell'Accordo distingue le sovvenzioni all'esportazione da quelle condizionate all'uso preferenziale di merci nazionali. Le prime sono definite come "sovvenzioni condizionate, di diritto o di fatto, singolarmente o nel quadro di altre condizioni generali, ai risultati dell'esportazione", mentre le seconde sono quelle "condizionate, singolarmente o nel quadro di altre condizioni generali, all'uso preferenziale di merci nazionali rispetto a prodotti importati". Entrambe le categorie sono vietate di per sé: ciò significa che uno Stato membro che voglia denunciarne l'illegittimità dinanzi al *Dispute Settlement Body* dell'OMC sarà tenuto solo a provarne l'esistenza. Le sanzioni, in tal caso, scatteranno non appena le sovvenzioni saranno effettivamente riconosciute come tali, a prescindere dall'esistenza di un eventuale pregiudizio. Invece, nel caso delle altre tipologie di sovvenzioni, non previste dall'art. 3 bensì dall'art. 5, è necessario dimostrare gli effetti pregiudizievoli da esse derivanti. Nello specifico, tali pratiche di sovvenzionamento possono essere distinte in due sottocategorie, soggette ad un regime giuridico più o meno rigoroso: in alcuni casi il grave pregiudizio è presupposto fino a prova contraria da parte dello Stato che eroga la sovvenzione, in altri è lo Stato leso a dover fornire prova analitica del grave pregiudizio. Più in generale, quindi, entrambe le due sottocategorie di sovvenzioni sono "passibili di azione legale" se idonee a provocare "effetti pregiudizievoli per gli interessi di altri Membri". Infine, subito dopo le sovvenzioni vietate e quelle passibili di azione legale, la Parte IV dell'Accordo è dedicata a quelle sovvenzioni non vietate né tanto meno soggette ad azione legale, in quanto non specifiche o, seppur tali, rispondenti a obiettivi di particolare rilevanza sociale (volte a fornire assistenza alla ricerca, aiuto alle regioni sfavorite o assistenza all'adeguamento degli impianti produttivi rispetto alle nuove normative ambientali). Tali sovvenzioni, per essere considerate lecite, devono rispettare una serie di condizioni e requisiti predeterminati, volti soprattutto a definire dei limiti quantitativi entro cui permettere l'aiuto statale e garantire, rispetto alla modalità di erogazione dell'aiuto, la reale

rispondenza dello stesso agli obiettivi dichiarati (P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, cit., 244).

La caratteristica peculiare della normativa dell'Accordo SCM, dunque, è quella di aver graduato il regime giuridico proprio di ogni categoria di sovvenzioni, comprensivo dei mezzi di ricorso nonché del sistema di contromisure utilizzabili, in relazione alla gravità dei possibili effetti pregiudizievoli delle stesse per gli Stati terzi (v., per un'analisi più approfondita, Benitah, *Fondements juridiques du traitement des subventions dans les systems GATT & OMC*, Genève, 1998). L'Accordo, in origine, prevedeva infatti una ripartizione delle sovvenzioni ispirata al cd. sistema del semaforo (*traffic-light approach*). Le sovvenzioni erano state suddivise in tre diverse categorie: sovvenzioni specifiche di cui all'art. 3 dell'Accordo e quindi illegittime di per sé (luce rossa); sovvenzioni specifiche ma prive delle caratteristiche elencate dell'art. 3, in grado di provocare un "grave pregiudizio" a un Paese membro dell'OMC e pertanto c.d. passibili di azione legale (luce gialla); sovvenzioni non passibili di azione legale (luce verde). L'obiettivo di tale ripartizione era, come detto, quello di differenziare il regime giuridico applicabile alle diverse misure economiche in funzione dell'impatto che ogni specifica tipologia di sovvenzione avrebbe avuto sul commercio internazionale. Tale ripartizione, tuttavia, era stata prevista dall'Accordo con una scadenza temporale predeterminata; infatti, secondo quanto previsto dall'art. 31, le norme sulle sovvenzioni non passibili di azione legale (articoli 8 e 9) sarebbero dovute essere applicate solo per cinque anni dall'entrata in vigore dell'Accordo SMC, salvo proroga. Pertanto, dal momento che non è stato trovato un accordo sulla proroga della disciplina delineata nell'art. 8, ad oggi risultano applicabili esclusivamente le norme relative alle sovvenzioni vietate e a quelle passibili di azione legale.

3. – Ciò premesso, volendo tracciare una cronistoria degli eventi che hanno portato alla nascita della controversia *Boeing-Airbus* e quindi al rapporto in epigrafe, bisogna innanzitutto risalire al 1992, allorquando gli Stati Uniti e l'allora Comunità europea, proprio al fine di evitare l'insorgere di controversie commerciali, hanno stabilito, in un accordo bilaterale conosciuto come *The 92 EU-US Agreement*, forme e limiti del sostegno economico dei Governi alle rispettive industrie aerospaziali nonché precisi obblighi di trasparenza tra le parti. Tuttavia, mentre l'UE si è in un primo momento dimostrata rispettosa degli impegni assunti, gli Stati Uniti hanno da subito violato le condizioni pattuite, sia in termini di importi che di tipologie di sussidi ammessi, con l'approvazione, poco tempo dopo la conclusione dell'Accordo del 1992, del cd. *Boeing Incentive Package*. Detta espressione è utilizzata per identificare l'insieme di sovvenzioni concesse dallo Stato di Washington, pari a oltre 3 miliardi di dollari, per la realizzazione del modello *Boeing 787* e di altri velivoli commerciali dell'industria aerospaziale USA.

Gli Stati Uniti, nonostante in realtà siano stati i primi ad adottare provvedimenti contrari all'Accordo del 1992, il 6 ottobre 2004 hanno depositato, presso l'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC, una domanda di consultazione (ai sensi dell'art. 4 del *WTO Dispute Settlement Understanding*) volta a stabilire se i sussidi concessi dall'UE ad *Airbus* avessero danneggiato o meno i costruttori statunitensi e se fossero quindi compatibili con le norme sul commercio internazionale. In particolare, gli Stati Uniti hanno accusato Germania, Francia, Regno Unito, Spagna e, di conseguenza, l'Unione europea di concedere ad *Airbus* delle sovvenzioni — consistenti nei prestiti agevolati concessi dalla Banca Europea per gli Investimenti, nel finanziamento di programmi di ricerca per la realizzazione e la progettazione di aerei civili di grandi dimensioni come l'*A380*, nella copertura dei debiti accumulati dall'allora *Deutsche Airbus* e nella partecipazione al capitale della società da parte degli Stati membri e dell'UE — incompatibili con la normativa dell'OMC. L'Unione europea, dal canto suo, anche in ragione del fatto che alcune delle sovvenzioni denunciate dagli USA

erano state oggetto di espresse previsioni rientranti nell'ambito dell'Accordo del 1992, ha tuttavia instaurato un giudizio parallelo, depositando una diversa domanda di consultazioni atta a verificare la compatibilità con le norme dell'OMC dei sussidi concessi all'industria aerospaziale *Boeing* dalle autorità federali, statali e locali degli USA.

Dalle domande di consultazioni depositate da Stati Uniti e Unione europea sono derivate, rispettivamente, due controversie parallele, entrambe instaurate dinanzi all'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC: il caso *Airbus* (DS316, *European Communities and Certain member States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*) e il caso *Boeing* (DS353: *United States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*). Ad oggi la Commissione europea, per conto di quattro Stati membri (Francia, Germania, Regno Unito e Spagna) e con il sostegno dell'industria *Airbus*, rappresenta l'UE dinanzi al DSB, mentre il Rappresentante per il commercio degli Stati Uniti d'America (*United States Trade Representative* o, abbreviato, USTR) si sta occupando, con il pieno supporto di *Boeing*, della controversia avviata contro gli Stati Uniti.

4. – Prima di approfondire gli aspetti principali del caso DS353 nonché del rapporto dell'Organo di appello del 28 marzo 2019, è opportuno, per completezza, soffermarsi brevemente anche sulla controversia che ha visto protagonista l'industria aerospaziale *Airbus*.

Nel caso DS316 è stato confermato, dapprima con la decisione del *panel* e poi con quella dell'*Appellate Body*, che alcune sovvenzioni erogate dall'UE e da alcuni Governi europei in favore di *Airbus* erano contrarie all'art. 5 lettera c) dell'Accordo SCM e avevano pertanto pregiudicato gli interessi dell'industria aerospaziale statunitense *Boeing*. Come riportato nel rapporto dell'Organo di appello divulgato il 18 maggio 2011 (WT/DS316/AB/R, *Report of the Appellate Body, European Communities and Certain Member States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, AB-2010-1*, in *wto.org*), sono stati ritenuti illegittimi, principalmente, i sistemi di finanziamento (noti come *Launch Aid* o *Member State Financing*) approvati da Francia, Germania, Spagna e Regno Unito per lo sviluppo dei modelli A300, A310, A320, A330/A340, A330-200, A340-500/600 e per l'implementazione del progetto A380 LCA (*Light Combat Aircraft*). Tra le sovvenzioni rilevate dall'Organo di appello, dunque, rientrano alcune partecipazioni azionarie da parte del Governo francese e tedesco in società riconducibili ad *Airbus*, nonché specifiche concessioni aventi ad oggetto infrastrutture (come, ad esempio, la locazione di terreni nel sito industriale di Mühlenberger Loch ad Amburgo, il diritto all'utilizzo in via esclusiva e privilegiata di una delle piste più lunghe dell'aeroporto di Brema e infine le diverse sovvenzioni regionali concesse dalle autorità tedesche e spagnole). Il DSB, adottando il rapporto del *panel* così come rettificato dalla decisione dell'*Appellate Body*, ha pertanto confermato che il principale effetto delle sovvenzioni concesse a *Airbus* è stato quello di ridurre, quasi nella totalità, il numero delle esportazioni di LCA *Boeing* (a corridoio singolo e a corridoio doppio) in UE, Cina, Corea e Australia. Difatti, secondo quanto accertato dal DSB, le sovvenzioni ad *Airbus* avrebbero causato un notevole calo delle vendite di LCA *Boeing* proprio in quei mercati in cui esisteva la concorrenza del *competitor Airbus* con i modelli A320 (*Air Asia, Air Berlin, Czech Airlines* e *EasyJet*), A340 (*Iberia, South African Airways* e *Thai Airways International*) e A380 (*Emirates, Qantas* e *Singapore Airlines*).

L'UE, dunque, per ottemperare alle raccomandazioni dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC, ha intrapreso nel 2011 una serie di azioni con il dichiarato obiettivo di rimuovere gli effetti, derivanti dalle sovvenzioni, lesivi degli interessi USA. Nonostante ciò, tuttavia, il 9 dicembre 2011, gli Stati Uniti hanno avviato la procedura di riesame, prevista dall'art. 21.5 (*Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings*) del DSU, al fine di verificare se le misure in concreto adottate dell'UE

ottemperassero alle raccomandazioni del DSB. Il conseguente procedimento di conformità, conclusosi il 15 maggio 2018 con il rapporto dell'Organo di appello (WT/DS316/AB/RW, *Report of the Appellate Body, European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, AB-2016-6*, in *wto.org*), ha, da un lato, confermato che *by continuing to be in violation of Articles 5(c) and 6.3(a), (b) and (c) of the SCM Agreement the European Union and certain member States have failed to comply with the DSB recommendations and rulings and the obligation under Article 7.8 of the SCM Agreement*, ma, dall'altro, ha riconosciuto che le sovvenzioni *expired* prima del 1° giugno 2011 (ossia prima della data in cui è stato formalmente richiesto all'UE di rispettare le raccomandazioni e le decisioni assunte dal DSB nella controversia principale) hanno di fatto cessato di produrre effetti e, pertanto, non potevano essere oggetto d'indagine nel procedimento di conformità.

Parallelamente allo svolgersi della controversia principale, gli Stati Uniti, in considerazione dei persistenti danni procurati a *Boeing* nei settori dei velivoli *single aisle* (a corridoio singolo, i c.d. *narrow-body*), *twin-aisle* (a corridoio doppio, i c.d. *wide-body*) e *Very Large Aircraft* e derivanti dalle sovvenzioni UE, avevano richiesto al DSB, come previsto dall'art. 22 (*Compensation and the Suspension of Concessions*) del *Dispute Settlement Understanding* e dall'art. 7.9 dell'Accordo SCM, l'autorizzazione all'applicazione di contromisure contro l'UE. Anche questo sub-procedimento, iniziato nel 2011 e sospeso nel 2012 per accordo di entrambe le parti, è stato però riassunto il 15 maggio 2018, su richiesta degli USA e a seguito della pronuncia dell'Organo di appello in merito alla questione principale.

Infine, nel concludere questo breve *excursus* relativo al caso DS316, bisogna aggiungere che l'Unione europea, il 31 luglio 2018, ricorrendo a sua volta alla procedura di riesame prevista dall'art. 21.5 del DSU, ha richiesto l'istituzione di un *panel* per verificare la conformità delle misure adottate rispetto alle decisioni assunte dal DSB nonché agli accordi OMC. Tuttavia, nell'impossibilità di ricostituire il gruppo di esperti originario a causa dell'indisponibilità di due suoi membri, il cd. *compliance panel* si è insediato solo nel settembre 2018 e il suo Presidente ha già informato il DSB che, data la complessità della controversia, il lavoro non sarà completato prima della fine del 2019.

L'analisi di cui sopra, relativa agli aspetti principali della controversia DS316, risulta fondamentale per comprendere appieno l'importanza del rapporto del 28 marzo 2019, emanato dall'Organo di appello nell'ambito del parallelo caso DS353. Come detto, infatti, la decisione conclusiva del caso DS316 ha sì confermato l'illegittimità delle sovvenzioni UE, ma anche riconosciuto che gli effetti dei sussidi precedenti al 2011 sono venuti meno prima del cd. *implementation period* e che, pertanto, *the European Union had no compliance obligation with respect to these subsidies*. Siffatta decisione, una sorta di *win-win*, è stata dapprima accolta positivamente da entrambe le parti, salvo poi diventare la causa scatenante sia di un nuovo *compliance proceeding* (art. 21.5 del DSU) attivato dall'UE, sia di una riassunzione, richiesta dagli USA, del procedimento previsto dall'art. 22 del DSU (*Compensation and the Suspension of Concessions*).

È quindi in questo clima conflittuale, esacerbato dalle minacce di nuovi dazi paventate da D. J. Trump nella scorsa estate, che si inserisce la nuova decisione dell'Organo di appello nel caso DS353.

5. – La controversia DS353 è sorta a seguito della richiesta di consultazioni, depositata dall'allora Comunità europea, in merito alla violazione, da parte degli USA, degli articoli 3, 5 (a), 5 (c), 6.3 (a), 6.3 (b) e 6.3 (c) dell'Accordo SCM e dell'Articolo III par. 4 del GATT 1994. Detta violazione derivava, secondo la CE, dall'erogazione, nel periodo compreso tra il 1989 e il 2006, di sovvenzioni federali, statali e locali per un complessivo

ammontare di 6 miliardi di dollari, da parte degli Stati Uniti in favore dell'industria *Boeing*, destinati, in particolare, a finanziare la produzione e la vendita del velivolo *Large Civil Aircraft* (LCA).

I sussidi concessi dagli USA a *Boeing*, ritenuti illegittimi dalla Comunità europea perché incompatibili con l'Accordo SCM, comprendevano sovvenzioni di vario genere riconosciute a *Boeing* dalle autorità federali, statali e locali statunitensi e derivanti da finanziamenti e concessioni governative, dallo sfruttamento gratuito dei diritti di proprietà intellettuale, dal sostegno economico ai programmi di ricerca e sviluppo (c.d. R&D) nonché da accordi conclusi con la *National Aeronautics and Space Administration* (NASA), con il Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti (USDOD) e con il Dipartimento del Commercio.

Nello specifico, l'accusa rivolta agli USA aveva ad oggetto:

- 1) i numerosi incentivi fiscali e non fiscali forniti dallo Stato di Washington e dalla città di Everett;
- 2) l'esonero, concesso dalla città di Wichita, dal pagamento delle tasse sul diritto di proprietà e sulle vendite;
- 3) gli incentivi fiscali e non fiscali assicurati dallo Stato dell'Illinois, dalla città di Chicago e dalla contea di Cook per il trasferimento delle sedi legali e operative di *Boeing* nei rispettivi territori;
- 4) le agevolazioni, i finanziamenti e l'accesso autorizzato alle strutture e alle attrezzature del Governo statunitense concessi nell'ambito di specifici accordi e programmi di ricerca e sviluppo federali (*Research and development agreement*, c.d. R&D) conclusi da *Boeing*, separatamente, con la NASA, con il DOD (*Department of Defense*) e con il DOC (*Department of Commerce*);
- 5) le 787 borse di formazione per dipendenti *Boeing* garantite dal *Department of Labor*;
- 6) gli esoneri e le agevolazioni fiscali derivanti dall'applicazione della normativa relativa alle società di vendita estere (FSC, da *Foreign Sales Corporation*) e dalla legge extraterritoriale sull'esenzione dal reddito (ETI, da *ExtraTerritorial Income*).

2306

La richiesta di consultazioni del 27 giugno 2005, atto prodromico all'instaurazione del giudizio di primo grado dinanzi al *panel* (art. 4 del *Dispute Settlement of Understanding*), è stata seguita dal rapporto del gruppo di esperti, pubblicato il 31 marzo 2011, e successivamente da quello dell'Organo di appello, divulgato invece il 21 marzo 2012. Il DSB, dunque, il 23 marzo 2012 ha adottato formalmente i due rapporti, alla luce delle modifiche intervenute a seguito della conclusione del giudizio di secondo grado, e ha pertanto concluso il procedimento di merito.

Volendo ora procedere con una sintesi dei punti focali delle decisioni del DSB, bisogna sottolineare che il *panel*, all'esito del procedimento, ha innanzitutto confermato l'illegittimità, ai sensi dell'art. 3.1 (a) dell'Accordo SCM, dei sussidi garantiti a *Boeing* in ragione della sua qualità di *Foreign Sales Corporations* (FSC). A tal riguardo occorre precisare che una FSC, per l'ordinamento statunitense, non è altro che una società creata, organizzata e gestita in un Paese straniero cd. *qualified* o comunque sottoposto al controllo degli USA, così come previsto dalle sezioni 921-927 dell'*US Internal Revenue Code*. A tali società, infatti, sono riconosciute esenzioni fiscali su una parte dei profitti (*foreign trade income*), ovverosia su quella parte di reddito derivante da *foreign trading gross receipts*. Nella maggior parte dei casi, però, le FSC non sono altro che società aventi sede legale in un cd. *tax haven* (come le Virgin Islands, Barbados o Guam) e utilizzate dalle aziende statunitensi come "veicolo di esportazione", quindi come copertura, per ottenere ingenti esenzioni o riduzioni fiscali sui redditi percepiti. Gli USA, d'altro canto, giustificano tali esenzioni sulla base del fatto che il reddito derivante da "fonti estere" non risulta, di fatto, collegato alle attività svolte nel territorio degli

Stati Uniti ed è pertanto legittimo prevedere un regime fiscale differenziato e agevolato. Tuttavia, nonostante la legge statunitense abbia imposto il rispetto di tassative condizioni ai fini del riconoscimento dello *status* di FSC (tra cui, ad esempio, l'apertura di un conto bancario al di fuori degli USA o la presenza di almeno un amministratore della società che non sia cittadino statunitense), il gruppo di esperti ha ritenuto che, nel caso in esame, le esenzioni fiscali riconosciute a *Boeing* fossero in concreto *subsidies contingent, whether solely or as one of several other conditions, upon export performance* (art. 3.1 Accordo SCM). La condanna di tali misure, unitamente al rigetto da parte del DSB del ricorso CE in merito alle agevolazioni fiscali concesse a *Boeing* dallo Stato di Washington per il periodo 2006-2024, rappresentano le uniche due conclusioni del *panel* che non sono state appellate.

Sorte diversa è invece toccata alle valutazioni del gruppo di esperti, effettuate sulla base degli articoli 5 (c) e 6.3 dell'Accordo SCM, relative all'esistenza del pregiudizio grave concretizzatosi nella perdita delle vendite per *Airbus*. L'Organo di appello, infatti, ha sì concordato con il *panel*, sebbene per ragioni diverse, sul fatto che le misure della NASA e del Dipartimento di Difesa hanno permesso a *Boeing* di lanciare anzitempo sul mercato il modello 787 (causando una contrazione dei prezzi nonché significative perdite, per *Airbus*, nelle vendite in Australia, Islanda, Kenya e Etiopia), ma ha altresì aggiunto che tali misure risultano responsabili di *significant lost sales* per *Airbus* soltanto in due specifiche campagne di vendita riguardanti i velivoli LCA (*Light Combat Aircraft*) da 100-200 posti. Inoltre l'Organo d'appello, dopo aver effettuato una valutazione collettiva anche su due gruppi di sussidi definiti come *remaining subsidies* e *tyed tax subsidies*, ha rilevato che l'emissione di *industrial bond* da parte della città di Wichita, realizzata per finanziare l'attività di *Boeing*, ha contribuito a causare un serio pregiudizio ad *Airbus* nel mercato dei velivoli LCA (*Light Combat Aircraft*) da 100-200 posti. Infatti, secondo quanto previsto dall'art. 6.3 (c) dell'Accordo SCM, possono essere ritenuti causa di *serious prejudice* proprio quei sussidi statali, come sono per l'appunto gli *industrial bond*, utilizzati per coprire le perdite di un'impresa. Non rientrano ovviamente in questa categoria le misure cd. *una tantum*, ovvero sia quei sussidi che, per definizione, non sono concessi ciclicamente nel tempo e sono invece impiegati per raggiungere obiettivi "a lungo termine" di interesse comune nonché per evitare *acute social problems*.

Infine, con riguardo a quanto previsto dall'art. 4.7 (*if the measure in question is found to be a prohibited subsidy, the panel shall recommend that the subsidizing Member withdraw the subsidy without delay*) e dall'art. 7.8 (*where a report is adopted in which it is determined that any subsidy has resulted in adverse effects to the interests of another Member... the Member granting or maintaining such subsidy shall take appropriate steps to remove the adverse effects of shall withdraw the subsidy*) dell'Accordo SCM, sia il *panel* che l'Organo di appello, riscontrando che le raccomandazioni relative ad una controversia precedente erano rimaste operative e non erano state appellate (*DS108 — United States - Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"*), non hanno elaborato nuove prescrizioni, ma hanno semplicemente rinviato alle raccomandazioni già rivolte agli USA per le sovvenzioni FSC concesse a *Boeing*.

A seguito della pronuncia di secondo grado, gli USA, il 13 aprile 2012, hanno dichiarato che avrebbero dato seguito alle decisioni del DSB nonché rispettato gli obblighi OMC e pertanto, il 24 aprile 2012, Unione europea e Stati Uniti hanno informato il DSB di aver individuato, nel rispetto delle procedure previste dall'art. 21 (*Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings*) e 22 (*Compensation and the Suspension of Concessions*) del DSU e dall'art. 7 (*Remedies*) dell'Accordo SCM, un *reasonable period of time* entro cui si sarebbe verificata la c.d. *implementation* delle sue raccomandazioni.

Il 23 settembre 2012, nel giorno in cui scadeva il termine massimo di sei mesi per adempiere alle prescrizioni del DSB (art. 7.9 dell'Accordo SCM), gli USA hanno

dichiarato, nel rispetto delle norme OMC, di aver ritirato tutte le sovvenzioni e di averne rimosso i pregiudizievoli effetti derivanti. L'Unione europea, tuttavia, non concordando sull'effettiva conformità rispetto all'Accordo SCM delle misure prese dagli Stati Uniti per ottemperare alle raccomandazioni del DSB, l'11 ottobre 2012 ha richiesto, ai sensi dell'art. 21.5 del DSU, la costituzione di un cd. *compliance panel*.

Il lungo lavoro condotto dal gruppo di esperti, composto dagli stessi membri del *panel* nominato nella controversia originaria, si è concluso il 9 giugno 2017 con un rapporto che ha confermato sia la persistente violazione da parte degli USA degli articoli 5(c) e 6.3 (a)(b)(c) dell'Accordo SCM che la non conformità delle misure statunitensi rispetto alle raccomandazioni e alle decisioni assunte dal DSB.

Il rapporto del *panel* è stato successivamente impugnato, da entrambi gli Stati, nell'estate del 2017, ma l'Organo di appello, in ragione della complessità dei *compliance proceedings*, ha concluso il suo lavoro solo nel mese di marzo 2019. La decisione di secondo grado relativa al procedimento di conformità, infatti, è stata divulgata tra i Paesi membri dell'OMC solo il 28 marzo 2019 (WT/DS353/AB/RW, *Report of the Appellate Body, United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, Recourse to article 21.5 of the DSU by the European Union, AB-2017-4*, in *wto.org*).

L'Organo d'appello si è definitivamente pronunciato sia in merito ad alcune questioni giuridiche e interpretative legate alle sovvenzioni statunitensi (*findings regarding the measures at issue*), sia sui pregiudizievoli effetti da esse derivanti (*findings regarding adverse effects*).

In merito alla prima questione, dunque, il detto rapporto ha innanzitutto fornito chiarimenti sulla natura giuridica delle esenzioni fiscali garantite dagli USA alle società estere (FSC, da *Foreign Sales Corporation*) o produttrici di reddito "extraterritoriale" (ETI, da *ExtraTerritorial Income*). Stando a quanto statuito dall'Organo di appello, infatti, tali misure sono da considerarsi sovvenzioni ai sensi dell'art. 1.1(a)(1)(ii) dell'Accordo SCM, in quanto, di fatto, rappresentano entrate statali, *ex lege* dovute, a cui il Governo ha rinunciato (*foregone*) o che non ha riscosso (*not collected*). Il problema interpretativo è nato proprio in relazione all'espressione, rinvenibile nel citato articolo, *government revenue that is otherwise foregone*, poiché, per i giudici di secondo grado, *for revenue to be considered "foregone" under Article 1.1(a)(1)(ii) of the SCM Agreement, a government must relinquish an entitlement to raise revenue*. Quindi, secondo l'Organo di appello, per determinare se un'entrata statale sia stata oggetto di rinuncia (*foregone*) da parte del Governo è necessario, nella valutazione, concentrarsi esclusivamente sulla condotta del Governo e non, come ha erroneamente fatto il *panel*, sul concreto utilizzo delle esenzioni fiscali da parte delle società beneficiarie. Sulla scorta di queste considerazioni, i giudici di secondo grado hanno confermato che *Boeing*, anche nel cd. *post-implementation period*, ha ricevuto concessioni fiscali FSC/ETI. Sempre con riferimento alle questioni interpretative legate alle sovvenzioni statunitensi, il rapporto del 28 marzo 2019 ha inoltre sottolineato che costituiscono misure illegittime, per il sistema OMC, anche i contratti di concessione e finanziamento conclusi da *Boeing* con il DOD (*Department of Defense*) degli Stati Uniti nonché alcuni altri sussidi garantiti dalla South Carolina e dalla Città di Wichita.

Con riguardo, invece, ai *continuing adverse effects* causati dalle sovvenzioni statunitensi, l'Organo di appello chiarito che, come già sostenuto dal *panel*, gli effetti dei sussidi R&D forniti a *Boeing* dagli USA prima del 2007 non hanno interessato il cd. *post-implementation period* e non hanno comportato, come invece lamentato dall'Unione europea, un serio pregiudizio per la vendita dei modelli *Airbus A330* e *A350XWB*. Inoltre, i giudici dell'*Appellate Body* hanno poi confermato che l'esenzione concessa a *Boeing* dal pagamento della cd. *tied tax business and occupation* (B&O), una tassa esistente nello Stato di Washington, ha permesso all'industria statunitense di ridurre il prezzo di vendita del velivolo *Large Civil Aircraft* a corridoio singolo, causando *significant lost*

sales e potenziali minacce per *Airbus* in ben cinque campagne di vendita, identificate dall'organo giudicante come *particularly price-sensitive*.

Infine, l'Organo di appello ha fornito un importante chiarimento in merito allo standard legale richiesto per verificare la sussistenza del rapporto di causalità tra le sovvenzioni e gli effetti derivanti. I giudici, infatti, hanno annullato la decisione del *panel*, secondo cui l'UE avrebbe dovuto provare il rapporto di causalità che legava le sovvenzioni USA all'effettiva riduzione dei prezzi di vendita dei velivoli LCA di *Boeing*, e hanno invece chiarito che, ai fini della determinazione del pregiudizio, coerentemente con quanto previsto dagli articoli 5 (*adverse effects*) e 6.3 (*serious prejudice*) dell'Accordo SCM, non è necessario dimostrare in concreto l'esistenza di un rapporto tra i sussidi cd. *cash flow* oggetto dell'indagine e la variazione dei prezzi dei velivoli.

In sintesi, al netto delle questioni giuridiche trattate, il rapporto dell'Organo di appello, adottato l'11 aprile dal DSB, ha dunque accertato il mancato adempimento da parte degli USA delle prescrizioni dell'Organo di risoluzione delle controversie, nonché, di conseguenza, la mancata rimozione delle sovvenzioni concesse.

6. – La recente decisione, relativa al procedimento di conformità avviato dall'UE nella controversia DS353, riveste una particolare importanza nel delicato quadro dei rapporti commerciali tra Unione europea e Stati Uniti. D'altronde, se già la discussa decisione del DSB del maggio 2018, relativa alla controversia DS316, aveva contribuito ad alimentare un clima di tensione tra USA e UE, la nuova pronuncia del DSB sembra aver definitivamente spezzato qualsiasi forma di equilibrio nei rapporti tra le due potenze. Infatti, sebbene il sostegno alle due industrie aerospaziali non sia mancato né da una parte né dall'altra, la dura reazione degli Stati Uniti alla nuova pronuncia dell'Organo di appello non si è fatta di certo attendere, così come non ha tardato ad arrivare il *tweet* di Donald J. Trump con cui è stata minacciata l'imposizione di nuovi dazi su moltissimi prodotti *made in UE*. Le parole del Presidente Trump sono poi state seguite, in un secondo momento, dall'annuncio del rappresentante per il Commercio USA (USTR) Robert Lighthizer di nuove tariffe su diversi prodotti importati dall'Unione europea, per un valore di circa 11 miliardi (*Initiation of Investigation; Notice of Hearing and Request for Public Comments: Enforcement of U.S. WTO Rights in Large Civil Aircraft Dispute*, in *Federal Register*, Vol. 84, No. 71, April 12, 2019, Notices, 15028-15036). Nel Registro Federale si legge che *the Trade Representative proposes to take action in the form of additional duties on products of the EU or certain member States* e che *the interagency Section 301 Committee is seeking public comments and will hold a public hearing in connection with the proposed determinations*. Quindi, esattamente come previsto dalla Sezione 301 del *Trade Act* del 1974, *the Interagency Section 301 Committee*, presieduto dall'USTR, ha elaborato e pubblicato sul Registro Federale l'elenco di prodotti UE a cui dovrebbero essere applicati i dazi, al fine di informare i cittadini (imprenditori, aziende e consumatori) delle possibili conseguenze derivanti da tali nuove imposizioni. Al pubblico, ossia alle imprese e ai lavoratori statunitensi che potrebbero essere danneggiati dai nuovi dazi, è tuttavia riconosciuta dalla legge statunitense la possibilità di manifestare le proprie perplessità sull'imposizione dei dazi, in forma scritta (*public comments*) o nell'ambito di un'audizione pubblica (*public hearing*); infatti, solo dopo aver analizzato e esaminato le opinioni pubbliche, il Comitato della Sezione 301 stilerà l'elenco definitivo dei prodotti a cui saranno applicati i dazi.

Bisogna sottolineare che la rigida presa di posizione assunta dagli USA all'indomani del nuovo rapporto dell'Organo di appello ha, di fatto, complicato il dialogo tra le due parti e pertanto anche l'UE, a seguito dell'annuncio statunitense, ha pubblicato una lista di merci statunitensi cui potrebbero essere applicati nuovi dazi (European Commission, *Information gathering under Article 9 of the EU Enforcement Regulation regarding planned EU commercial policy measures further to the adjudication of a*

trade dispute with the United States on Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft under the WTO Dispute Settlement Understanding, in *trade.ec.europa.eu*). Si tratta, però, di una lista soltanto preliminare, anche questa finalizzata ad avviare una consultazione ‘aperta’ al pubblico fino al 31 maggio 2019 e rivolta ai principali *stakeholders* che potrebbero essere danneggiati dalle misure programmate. D'altronde, la posizione dell'UE sembra restare quella del dialogo, così come confermato, in un comunicato del 17 aprile (European Commission – Press release, *WTO Boeing dispute: EU issues preliminary list of U.S. products considered for countermeasures*, Brussels, in *europa.eu*), dal Commissario europeo per il commercio Cecilia Malmström che ha testualmente affermato *we do not want a tit-for-tat*. L'UE, dunque, pur tutelando i suoi interessi attraverso l'avvio di una consultazione pubblica atta a proporre l'imposizione di nuovi dazi sui prodotti statunitensi, si è detta, attraverso le parole del Commissario Cecilia Malmström, “aperta al dialogo con gli USA, purché questo sia privo di precondizioni e miri pertanto ad una soluzione equa”. La lista diffusa dall'Unione europea è da interpretare come una sorta di piano B, da adottare nel caso in cui il dialogo con gli USA non porti a una soluzione della controversia.

L'aspetto paradossale dell'intera vicenda è che la disputa *Boeing-Airbus*, se non dovesse risolversi in tempi brevi, rischia di favorire l'affermazione, nel mercato mondiale degli aeromobili, di un terzo *competitor*, ossia l'azienda aerospaziale *Commercial Aircraft Corp of China Ltd* (meglio nota come *Comac*), società controllata dallo Stato cinese. Infatti, se già gli incidenti mortali che hanno coinvolto due aerei *Boeing 737 Max 8* in Etiopia (marzo 2019) e sul mar di Giava (ottobre 2018) hanno danneggiato gravemente l'immagine del costruttore statunitense, è indubbio che l'inasprimento del conflitto *Boeing-Airbus* e USA-UE agevolerebbe gli ambiziosi piani del Governo di Pechino, pronto a rendere la *Comac* un nuovo *global player* del mercato degli aeromobili. Quanto appena detto, dunque, costituisce un'ulteriore argomento a conferma della necessità di porre fine, quanto prima, alla controversia che coinvolge da anni Stati Uniti e Unione europea. Infatti, sebbene la minaccia cinese rappresenti oggi soltanto un potenziale pericolo per il duopolio di *Boeing e Airbus*, il Governo di Pechino, come si legge in uno studio pubblicato dall'Istituto di Ricerca *non profit* statunitense *Rand Corporation* (K. Crane, J. E. Luoto, S. W. Harold, D. Yang, S. K. Berkowitz, Xiao Wang, *The Effectiveness of China's Industrial Policies in Commercial Aviation Manufacturing*, 2014, in *www.rand.org*), sta comunque lavorando in diversi modi per convincere gli operatori stranieri ad acquistare gli aerei prodotti dalla propria industria e lo sta facendo, da un lato, attraverso un'opera di persuasione svolta da funzionari diplomatici che hanno collaborato con *Comac* per incoraggiare all'acquisto i vettori stranieri, e, dall'altro, con la promessa di prestiti e aiuti finanziari.

Quindi, dal momento che la Cina è impegnata nella costruzione del velivolo *C919* (un aereo a corridoio singolo che competerà sul mercato con il *Boeing 737 Max* e l'*Airbus 320 neo*) e collabora al contempo con la società russa *United Aircraft Corporation* per realizzare il modello *CRJ929* (un aereo a doppio corridoio idoneo a coprire le rotte più lunghe come Pechino-New York), Stati Uniti e Unione europea dovrebbero abbandonare le proprie velleità ed impedire, rinunciando ad applicare nuovi dazi sui prodotti rispettivamente importati, la deflagrazione di una *trade war*. La rivalità tra le due aziende dovrebbe pertanto lasciare spazio, *in primis*, ad una risoluzione bonaria della controversia e, *in secundis*, alla negoziazione di un nuovo accordo commerciale USA-UE sugli aeromobili civili.

La recente decisione dell'Organo di appello dell'OMC, opportunamente inserita nel complessivo quadro di informazioni che è emerso dall'analisi della disputa tra Stati Uniti e Unione europea, sembra suggerire alle parti di porre fine autonomamente, attraverso negoziati bilaterali, l'irrisolta questione. Proprio le controverse decisioni assunte negli anni dal DSB in merito al caso *Boeing-Airbus*, infatti, confermano la parziale inadeguatezza del meccanismo di soluzione delle controversie, in origine perla

e perno dell'OMC, dinanzi alle nuove sfide commerciali di cui spesso gli Stati Uniti si sono resi protagonisti (v., sul tema, G. Sacerdoti, *Lo stallo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio davanti alla sfida di Trump: difficoltà passeggera o crisi del multilateralismo?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2018; *id.*, *Multilateralismo in crisi? L'Organizzazione Mondiale del Commercio di fronte alla sfida di Trump*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2/2018).

La lunghezza e la complessità dei procedimenti principali, nonché dei rispettivi sub-procedimenti di conformità, sono indici della macchinosità e della lentezza con cui l'OMC si adopera per la soluzione delle controversie commerciali internazionali. Infatti, nonostante siano trascorsi più di quindici anni dal deposito delle richieste di consultazioni, le decisioni del DSB, anziché risolvere la controversia, hanno di fatto esacerbato i rapporti tra USA e UE.

Oggi, mentre ci si domanda quali siano le prospettive future dell'OMC, quale perno di regole condivise per un commercio multilaterale non discriminatorio e quale foro idoneo ad affrontare nuove tematiche (G. Sacerdoti, *Sopravviverà l'Organizzazione Mondiale del Commercio alla sfida di Trump? Riflessioni sulla crisi del multilateralismo, un "global public good" da difendere*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale/2019), si rafforza la certezza che solo un compromesso tra Stati Uniti e Unione europea, da raggiungere nell'ambito di una negoziazione bilaterale, potrà evitare una nuova guerra commerciale e porre fine all'interminabile vicenda di *Boeing* e *Airbus*.