CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MARCO DARMON
présentées le 7 février 1991 *

Sommaire

Introduction (point 1) I-3206

I — Présentation générale I-3206

Les faits (points 2 et 3) I-3207

Les règlements applicables (points 4 et 5) I-3207

Les moyens du recours (point 6) I-3207

II — Sur l'insuffisance de la motivation (deuxième moyen) (points 8 à 13) I-3207

III — Sur l'erreur manifeste d'appréciation (troisième moyen) (point 14) I-3208

Premier grief: la moindre sous-cotation des exportations saoudiennes (points 15 à 24) I-3209

Deuxième grief: la non-extension de l'enquête aux importations en provenance du Canada (points 25 à 28) I-3211

Troisième grief: la prise en compte insuffisante de la baisse des coûts de production communautaires (points 29 à 39) I-3212

Quatrième grief: les importations effectuées à des prix de dumping par des producteurs italiens (points 40 à 47) I-3215

IV — Sur l'erreur de droit et la dénaturation de faits (quatrième moyen) (point 48) I-3216

Premier grief: refus d'ajustement pour la différence de stade commercial (points 49 à 53) I-3216

Deuxième grief: refus d'ajustement pour les rabais de quantité (points 54 à 59) I-3218

(Ces griefs sont également repris au titre du premier moyen tiré de la violation des droits de la défense) (point 60) I-3219

* Langue originale: le français.

V — Sur la violation des droits de la défense (premier moyen) I-3219

Présentation des trois griefs spécifiques (points 61 à 70) I-3219

Rappel général de la problématique sur les droits de la défense (points 71 à 80) I-3221

Nécessité d'écarter certaines pièces du débat (points 81 à 88) I-3223

Griefs fondés sur les refus d'ajustement au titre de la différence de stade commercial et des rabais de quantité (points 89 à 94) I-3225

Grief tiré de la modification du mode de calcul du droit antidumping (point 95) I-3226

Grief fondé sur le montant des ajustements pour entreposage (points 96 à 98) I-3227

Grief tiré de la détermination du seuil du préjudice: la problématique de la confidentialité (points 99 à 112) I-3227

Conclusion sur la légalité du règlement attaqué (point 113) I-3231

Informations sur l'état du droit américain et son éventuelle transposition en droit communautaire (points 114 à 120) I-3231

Conclusion (point 121) I-3234

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Par le présent recours, les sociétés saoudiennes Al-Jubail Fertilizer Company et Saudi Arabian Fertilizer Company (ci-après « requérantes ») vous demandent d'annuler, dans la mesure où il les concerne, l'article 1er du règlement (CEE) n° 3339/87 du Conseil, du 4 novembre 1987, instituant un droit antidumping définitif sur les importations d'urée originaires de Libye et d'Arabie saoudite [1].

I — Présentation générale

2. Les sociétés requérantes sont deux « joint-ventures » dont l'actionnaire commun est la Saudi Basic Industries Corporation, société constituée en 1976 par le gouvernement saoudien. Selon les requérantes, leurs premières exportations d'urée vers la Communauté ont commencé en 1985. Dès le mois de mai 1986, afin de ne pas subir la chute des prix sur le marché communautaire, elles ont décidé de cesser ces exportations.

1 — JO L 317, p. 1.

3. Rappelons brièvement quelques faits. La Commission a ouvert, le 11 novembre 1986 [2], une procédure antidumping concernant les importations dans la Communauté d'urée originaire de Tchécoslovaquie, de République démocratique allemande, du Koweït, de Libye, d'Arabie saoudite, d'Union soviétique, de Trinité et Tobago, et de Yougoslavie. Le 8 mai 1987, elle a arrêté un règlement instituant un droit antidumping provisoire sur ces importations [3]. Ce droit était égal « à la différence entre le prix net par tonne, franco frontière de la Communauté, non dédouané, et le montant de 133 écus » [4]. Il a été prorogé, pour une période n'excédant pas deux mois, par le règlement (CEE) n° 2691/87 du Conseil, du 3 septembre 1987 [5].

4. Le 4 novembre 1987, le Conseil a adopté le règlement n° 3339/87, lequel instituait un droit antidumping définitif de 40 % sur les importations en provenance d'Arabie saoudite, de 34 % sur celles provenant de Libye, et acceptait les engagements des entreprises des autres États tiers concernées par la procédure. C'est ce règlement qui fait l'objet du présent recours.

5. Précisons que le règlement (CEE) n° 450/89 du Conseil, du 20 février 1989 [6], qui fait l'objet d'un recours en annulation dans l'affaire C-193/89, a réduit le montant du droit pour les importations d'urée en provenance d'Arabie saoudite à 12,8 % [7].

6. Les requérantes, à l'appui de leur recours, présentent quatre moyens, successivement tirés de la violation des droits de la défense, d'une insuffisance de motivation, d'erreurs manifestes d'appréciation, enfin, d'erreurs de droit et de la dénaturation de faits. Précisons que le premier moyen comporte, notamment, deux griefs concernant le refus opposé par les institutions communautaires d'accorder certains ajustements, lequel refus fait également l'objet du quatrième moyen.

7. Nous examinerons in fine la question de la violation des droits de la défense dans la mesure où cette problématique, dont il est inutile de souligner l'importance, n'a pas suscité jusqu'ici, en matière de dumping, l'ample réflexion jurisprudentielle et doctrinale que l'on peut observer en ce qui concerne le droit de la concurrence. Elle justifie, dès lors, de plus larges développements de notre part.

II — Sur l'insuffisance de la motivation

8. Le deuxième moyen comprend un seul grief. Les requérantes reprochent au Conseil de ne pas avoir suffisamment motivé le remplacement du droit provisoire fixé par référence à un prix de seuil par un droit définitif ad valorem.

2 — JO C 254, p. 3.

3 — Règlement (CEE) n° 1289/87 de la Commission instituant un droit antidumping provisoire sur les importations d'urée originaires de Tchécoslovaquie, de République démocratique allemande, du Koweït, de Libye, d'Arabie saoudite, d'Union soviétique, de Trinité et Tobago, et de Yougoslavie (JO L 121, p. 11).

4 — Article 1er, paragraphe 2, du règlement n° 1289/87.

5 — Règlement portant prorogation du droit antidumping provisoire institué sur les importations d'urée originaires de Tchécoslovaquie, de République démocratique allemande, du Koweït, de Libye, d'Arabie saoudite, d'Union soviétique, de Trinité et Tobago, et de Yougoslavie (JO L 254, p. 20).

6 — Règlement instituant un droit antidumping définitif sur les importations d'urée originaires des États-Unis d'Amérique et du Venezuela et adaptant le droit antidumping définitif pour l'Arabie saoudite prévu par le règlement (CEE) n° 3339/87 (JO L 52, p. 1).

7 — Article 2.

9. Sur ce point précis, le règlement attaqué ne contient, d'ailleurs, aucun considérant. Le Conseil et la Commission estiment, cependant, qu'il n'y a pas lieu de motiver le changement du mode de calcul du droit antidumping et soulignent l'indépendance entre le droit provisoire et le droit définitif.

10. Il est vrai que le premier est adopté par la Commission et le second par le Conseil. A notre sens, l'indépendance des deux droits s'exprime surtout à l'article 12, paragraphe 2, sous a), du règlement de base [8] qui prévoit que, « lorsqu'un droit provisoire a été appliqué, le Conseil décide, indépendamment de la question de savoir si un droit antidumping ou compensateur définitif doit être imposé, dans quelle mesure le droit provisoire est définitivement perçu ». Ainsi, rien n'interdit, comme cela fut d'ailleurs le cas pour les exportateurs de Tchécoslovaquie, de République démocratique allemande, du Koweït et d'Union soviétique [9], la perception du droit antidumping provisoire sans qu'il y ait institution d'un droit définitif.

11. Sans doute peut-on également rappeler — sans s'y appesantir — que le droit antidumping définitif n'est pas la correction ou la modification du droit provisoire. Le seul lien entre ces deux droits concerne le montant du droit définitivement perçu, lequel ne peut excéder ni le montant provisoirement estimé ni le préjudice subi par l'industrie communautaire [10].

12. Votre jurisprudence reconnaît, par ailleurs, aux institutions communautaires un large pouvoir d'appréciation pour déterminer, dans chaque cas, le « type de droit » le plus à même d'assurer la défense contre des importations faisant l'objet de dumping [11]. Or, vous n'avez jamais jugé que le Conseil, dans le choix du mode de calcul du droit définitif, devait tenir compte de l'appréciation faite par la Commission lors de l'établissement du droit provisoire ni, a fortiori, qu'il devait motiver un changement de ce mode de calcul. En conséquence, l'exigence de motivation telle qu'elle résulte de l'article 190 du traité CEE ne saurait s'appliquer à la différence existant entre le mode de calcul retenu par le Conseil pour le droit définitif et celui adopté par la Commission pour le droit provisoire. Le deuxième moyen d'annulation ne saurait donc prospérer.

13. Au surplus, le Conseil indique dans son mémoire en défense que le principe de l'institution d'un droit antidumping définitif ainsi que son montant sont suffisamment motivés par les quarante-quatrième et quarante-cinquième considérants du règlement attaqué. Nous constaterons simplement que cela n'est pas critiqué par les requérantes.

III — Sur l'erreur manifeste d'appréciation

14. Le troisième moyen d'annulation nous conduit à apprécier la *légalité interne* de

8 — A l'époque, le règlement (CEE) n° 2176/84 du Conseil, du 23 juillet 1984, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne (JO L 201, p. 1).

9 — Article 3, paragraphe 2, du règlement attaqué.

10 — Voir, à ce sujet, l'article 13, paragraphe 3, du règlement de base.

11 — Arrêt du 27 mars 1990, Cartorobica, point 25 (C-189/88, Rec. p. I-1269), où il s'agissait des dispositions identiques de l'article 13 du règlement (CEE) n° 3017/79 du Conseil, du 20 décembre 1979, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne (JO L 339, p. 1), règlement de base alors en vigueur; voir, également, arrêt du 11 juillet 1990, Neotype/Conseil, point 58 (C-305/86, Rec. p. I-2945).

l'acte attaqué. Ce moyen vise l'existence d'erreurs manifestes d'appréciation lors de l'adoption du droit antidumping définitif sur les importations saoudiennes. Quatre griefs l'explicitent.

15. Le premier est fondé sur le fait que le droit antidumping définitif relativement élevé appliqué à l'urée en provenance d'Arabie saoudite est en contradiction avec les éléments de preuve existants. Ainsi, les requérantes soutiennent que, selon les statistiques d'importation d'Eurostat relatives aux années 1986 et 1987, l'urée saoudienne cotait à des prix plus élevés que l'urée en provenance d'autres États tiers pour les importations en provenance desquels les droits antidumping ont été d'un montant plus faible. De même, la plainte déposée par les producteurs européens aurait fait apparaître une sous-cotation des prix plus importante pour les importations en provenance des autres États tiers concernés par l'enquête que pour les importations saoudiennes. Enfin, les réponses au questionnaire de la Commission montreraient clairement que les prix de l'urée en provenance de Libye étaient inférieurs à ceux de l'urée originaire d'Arabie saoudite.

16. Certes, la logique générale de la réglementation antidumping est d'appréhender les importations suspectées de dumping par la prise en compte, à tout le moins en premier lieu, de la situation sur le marché, tant intérieur qu'à l'exportation vers la Communauté, de l'État tiers concerné [12]. Au demeurant, compte tenu de ce que les coûts de production, notamment, peuvent être très différents d'un État tiers à l'autre, le fait que les prix à l'exportation d'une entreprise d'un de ces États soient inférieurs à ceux d'une entreprise établie dans un autre de ces États n'empêche nullement que cette dernière puisse pratiquer une marge de dumping plus importante.

17. Cependant, dès lors que le montant du droit est déterminé, non par référence à la marge de dumping, mais au regard du préjudice subi par l'industrie communautaire, les institutions de la Communauté doivent déduire loyalement le montant du droit de la comparaison entre les prix à l'exportation des entreprises des États tiers concernées et le seuil de préjudice. Cette exigence ressort essentiellement de l'article 13, paragraphe 5, du règlement de base qui interdit l'imposition d'un droit antidumping de façon discriminatoire lorsqu'un produit est importé dans la Communauté à partir de plus d'un pays.

18. Le montant du droit antidumping définitif sur les importations en provenance de Libye a été fixé, à l'article 1er, paragraphe 2, du règlement attaqué, à 34 %. Or, les réponses au questionnaire effectuées par deux importateurs italiens [13] montrent que, en ce qui les concerne, les prix sur le marché communautaire de l'urée libyenne étaient sensiblement inférieurs à ceux de l'urée saoudienne [14]. Les requérantes, nous l'avons dit, invoquent également les statistiques Eurostat ainsi que les chiffres de sous-cotations qui figuraient dans la plainte antidumping.

12 — Vous avez récemment encore rappelé ce qu'il fallait entendre par « dumping » dans votre arrêt du 11 juillet 1990, Electroimpex e. a./Conseil, points 21 et 22 (C-157/87, Rec. p. I-3021).

13 — Annexe 12 du recours.

14 — Arabie saoudite: 118 USD (prix C/F); Libye: 82 USD (prix C/F) pour CerealToscana SpA; en ce qui concerne la Attilio Carmagnani « AC » SpA, les prix de 84, 78, 75, 69 USD figurent quant à l'urée libyenne.

19. Le Conseil fait valoir que les données fournies par les deux importateurs italiens sont extrêmement limitées et que le montant du droit définitif a été déterminé en calculant un prix moyen à l'exportation pour toute la période de référence pour chacun des pays tiers concernés par l'enquête. Par ailleurs, les statistiques Eurostat ne seraient pas fiables, bien que le Conseil reconnaisse qu'elles ont été utilisées pour déterminer les prix libyens, en l'absence d'autres informations.

20. Mais sans doute n'aurez-vous pas, compte tenu de votre jurisprudence, à vous prononcer sur l'existence ou non d'une discrimination et à choisir entre les éléments partiels, mais troublants, présentés par les requérantes et les réponses très générales du Conseil. En effet, en matière de dumping, vous avez déjà refusé d'annuler un règlement instituant des droits définitifs, quand bien même il serait prouvé qu'une société concernée par une autre décision a bénéficé d'un traitement plus favorable, dès lors que seul le premier règlement faisait l'objet d'un recours et qu'il avait été adopté sur la base de constatations correctement effectuées au cours de l'enquête antidumping et conformes aux dispositions du règlement de base [15].

21. En effet, alors que dans ces affaires les requérantes invoquaient le moyen tiré de la discrimination du fait que

« la procédure antidumping relative à l'importation des MEE fabriquées par Nakajima a ensuite abouti à une décision [16] de la Commission du 12 février 1986 ..., qui a établi que la marge de dumping de cette société devait être considérée comme négligeable » [17],

vous y avez répondu en jugeant que,

« étant donné que l'exclusion de Nakajima du nombre des sociétés assujetties à un droit antidumping définitif découle de cette décision, une discrimination en faveur de Nakajima ne saurait, même si elle était établie, conduire à l'annulation du règlement imposant un droit antidumping définitif à Sharp, qui a été adopté sur la base de constatations correctement effectuées au cours de l'enquête antidumping et conformément aux règles fixées par le règlement n° 2176/84 » [18].

22. Comme l'avait alors signalé l'avocat général Sir Gordon Slynn dans ses conclusions sous l'arrêt Sharp Corporation,

« si un exportateur pratique un dumping, il y a effectivement un dumping de sa part, et il ne saurait se disculper en renvoyant au cas d'un autre exportateur pratiquant ou non lui-même un dumping » [19].

23. Il nous faut, en conséquence, constater que, à supposer établie, entre les importations originaires de Libye et celles en provenance d'Arabie saoudite, une discrimination, cette dernière ne saurait éventuellement

15 — Arrêt du 5 octobre 1988, Sharp Corporation/Conseil, point 22 (301/85, Rec. p. 5813); arrêt du 5 octobre 1988, TEC/Conseil, point 18 (260/85 et 106/86, Rec. p. 5855); arrêt du 5 octobre 1988, Silver Seiko/Conseil, point 55 (273/85 et 107/86, Rec. p. 5927).

16 — Décision de clôture de la procédure.

17 — 301/85, précité, point 21; voir aussi 273/85 et 107/86, précité, point 54.

18 — 301/85, précité, point 22; voir aussi 260/85 et 106/86, précité, point 18; 273/85 et 107/86, précité, point 55.

19 — Rec. 1988, p. 5844; voir également ses conclusions sous l'arrêt TEC, Rec. 1988, p. 5894.

conduire qu'à la remise en cause du droit antidumping sur les importations libyennes, dans la mesure où elles auraient bénéficié d'un traitement plus favorable injustifié, mais non à l'annulation du règlement attaqué en ce qu'il s'applique aux importations saoudiennes, dès lors que ce règlement a été adopté sur la base de constatations correctement effectuées et conformes au règlement de base [20].

24. Le moyen, en son premier grief, ne saurait donc être retenu.

25. La deuxième critique vise la non-extension de la procédure d'enquête aux importations en provenance du Canada. Les requérantes rappellent avoir signalé [21] à la Commission que les importations canadiennes étaient effectuées à un prix inférieur de 5,7 écus par tonne au prix moyen des importations originaires d'Arabie saoudite. Le trente-sixième considérant du règlement attaqué répond à cette difficulté: « Quant aux importations à partir de pays tiers non concernés par la présente procédure qui avaient eu lieu avant le début de la présente procédure, la Commission a examiné les parts détenues par chacun de ces pays exportateurs sur le marché communautaire en se fondant sur les éléments de preuve fournis par les plaignants. Il a été établi que ces pays ne détenaient pas de parts de marché suffisamment importantes pour contribuer de manière significative au préjudice allégué... »

26. Le Conseil explique que la Commission n'a pas voulu étendre l'enquête aux importations en provenance du Canada dans la mesure où, d'une part, celles-ci n'étaient pas visées dans la plainte et, d'autre part, leur volume ne représentait que 0,7 % du marché communautaire de l'urée. Rappelons que, ainsi qu'il ressort d'une lettre de la Commission du 13 août 1987 [22], la part de marché des entreprises saoudiennes dans la Communauté était de 3,11 % pour les neuf premiers mois de l'année 1987.

27. Il ne s'agit ici que d'un autre chef de discrimination. Les requérantes contestent le traitement supposé très favorable accordé aux importations en provenance du Canada. La jurisprudence que nous venons de rappeler enlève, cependant, sa pertinence à ce grief. Il faut signaler, d'ailleurs, la grande similarité de la problématique entre les affaires Sharp Corporation, TEC et Silver Seiko et la présente procédure. Là était contestée la clôture de la procédure antidumping au bénéfice de Nakajima, au motif que la marge de dumping de cette société était négligeable, ici est critiquée la non-inclusion des importations canadiennes dans l'enquête au motif que leurs parts de marché n'étaient pas significatives.

28. Le deuxième grief paraît donc, lui aussi, voué à l'échec, sans qu'il soit besoin d'examiner si, effectivement, les parts de marché des entreprises canadiennes étaient négligeables [23].

20 — Notons, d'ailleurs, que vous avez jugé qu'« un règlement imposant des droits antidumping différents à une série d'opérateurs économiques ne concerne individuellement l'un d'entre eux que par ses seules dispositions qui lui imposent un droit antidumping particulier et en fixent le montant, et non par celles qui imposent des droits antidumping à d'autres sociétés » (arrêt du 14 mars 1990, Gesteiner, point 12, C-156/87, Rec. p. I-781), ce qui rendrait irrecevable une éventuelle contestation par les requérantes, dans le présent recours en annulation, du règlement dans la mesure où il institue un droit antidumping sur les importations originaires de Libye.

21 — Par lettre du 11 mars 1987 (annexe 13 du recours).

22 — Recours, annexe 9.

23 — Votre jurisprudence n'accorde, d'ailleurs, pas de pertinence absolue au critère de la faible part de marché puisque, dans un arrêt du 5 octobre 1988, Technointorg/Commission et Conseil, point 41 (294/86 et 77/87, Rec. p. 6077), vous avez estimé conforme au règlement de base la prise en compte de l'effet de l'ensemble des importations sur l'industrie communautaire et, par conséquent, l'adoption de mesures adéquates à l'égard de tous les exportateurs, même si le volume des exportations de chacun d'entre eux, pris individuellement, est peu important.

29. Le troisième grief est fondé sur la prise en compte insuffisante, selon les requérantes, de la baisse des coûts de production de l'industrie communautaire. Il n'est pas contesté qu'il y ait eu, au cours de la période de référence, une baisse de ces coûts: 16 % en Italie, 31 % en France et 20,4 % en Irlande, pour les neuf premiers mois de l'année 1986 par rapport à l'année précédente [24]. Les requérantes critiquent, en fait, le recours par la Commission à l'établissement d'une moyenne de ces coûts au cours de la période d'enquête, dans la mesure où cette méthode conduit, à l'expiration de cette période, à un coût moyen plus élevé que le coût de production alors constatable et, dès lors, à un droit antidumping supérieur à celui qui serait nécessaire pour supprimer le préjudice. Les institutions communautaires auraient, en pratiquant ainsi, violé les dispositions de l'article 13, paragraphe 3, du règlement de base.

30. Le Conseil réplique que les baisses précitées des coûts de production ne sont le fait, dans chacun de ces pays, que d'un seul producteur et qu'elles sont intervenues après que ces coûts eurent sensiblement augmenté l'année précédente. Par ailleurs, les coûts de production dans d'autres États membres, notamment au Royaume-Uni, seraient restés stables ou auraient augmenté.

31. Le trente-deuxième considérant du règlement attaqué contient, d'ailleurs, de nombreuses indications en ce qui concerne le producteur national du Royaume-Uni, dont les coûts de production (par unité) étaient, en 1985, supérieurs de 15 % à ceux de 1984 et sont demeurés relativement stables au cours des neuf premiers mois de l'année 1986, ainsi qu'à l'égard du seul producteur national en Irlande dont les coûts de production ont augmenté de 41,6 % entre 1984 et 1985. De même, le règlement n° 1289/87 ayant imposé des droits provisoires précise, dans son trente et unième considérant, que les coûts unitaires de production d'un des deux producteurs italiens ont, en 1985, dépassé de 15 % ceux de 1984, alors que le prix de vente net moyen a diminué durant cette période d'environ 2 %. En revanche, si ces coûts ont effectivement baissé de 16 % au cours des neuf premiers mois de l'année 1985 par rapport aux neuf premiers mois de l'année précédente, le prix unitaire moyen net après rabais avait diminué de 27 %. Selon le trente-deuxième considérant du même règlement, un des producteurs français a vu ses coûts moyens de production à l'usine demeurer à peu près stables, alors que le producteur français dont les coûts de production ont effectivement baissé de 31 % a subi une diminution de ses bénéfices de quelque 83 %.

32. Au demeurant, la difficulté essentielle paraît résider dans la détermination de la *période* au cours de laquelle le montant du préjudice subi par l'industrie communautaire doit être évalué. Les requérantes interprètent l'article 13, paragraphe 3, du règlement de base, aux termes duquel « le montant (du) droit ... devrait être moindre si ce droit moindre suffisait à faire disparaître le préjudice », comme impliquant nécessairement de déterminer le seuil de préjudice *au moment de l'institution des droits.* Le Conseil estime, au contraire, que le seuil du préjudice doit être calculé en tenant compte du préjudice subi *durant la période d'enquête* et non de celui existant au moment de l'institution des droits antidumping.

24 — Recours, point 66; voir aussi les trente et unième et trente-deuxième considérants du règlement n° 1289/87 et le trente-deuxième considérant du règlement n° 3339/87.

33. La lecture de l'article 4 du règlement de base nous conduit à penser que seule la thèse du Conseil est admissible. En effet, les règles qu'impose cet article exigent, notamment, d'examiner le volume et les prix des importations faisant l'objet d'un dumping (le volume et les prix des importations qui ne font pas l'objet d'un dumping ou la contraction de la demande devant être exclus, quant à leurs conséquences, de la détermination du préjudice) ainsi que l'impact en résultant sur la production communautaire concernée. Cet examen ne saurait avoir lieu qu'en même temps que celui destiné à déterminer la marge de dumping. C'est, d'ailleurs, ce que prescrit *expressément* l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement de base, lorsqu'il indique que l'enquête, qui doit couvrir normalement une période d'une durée minimale de six mois immédiatement antérieure à l'ouverture de la procédure, « porte à la fois sur le dumping ... *et sur le préjudice en résultant* » [25]. La thèse soutenue par les requérantes est donc directement contraire aux dispositions du règlement de base. Elle l'est également au regard des dispositions du second code antidumping du GATT qui précise, à l'article 5, paragraphe 2, que « les éléments de preuve relatifs au dumping ainsi qu'au préjudice seront examinés simultanément ... pendant l'enquête ... ».

34. Au surplus, la solution préconisée par les requérantes comporterait un risque important de fraude. En effet, avertis de l'ouverture d'une enquête antidumping, les exportateurs des pays tiers concernés auraient alors la faculté de relever, fût-ce provisoirement, le montant de leurs prix à l'exportation pour éviter la constatation non seulement d'un dumping, mais également de l'ampleur du préjudice subi par l'industrie communautaire qui, temporairement, pourrait récupérer les parts de marché récemment perdues.

35. Vous avez, d'ailleurs, déjà rejeté une telle possibilité dans votre arrêt Toyo/Conseil [26], dans lequel vous avez déclaré que

« la prise en considération des augmentations spontanées de prix, après la période couverte par l'enquête, n'est nullement envisagée par le règlement n° 3017/79 [27]. En cette matière, le processus de décision comprend une enquête dont l'ouverture et le déroulement sont fixés par l'article 7 de ce règlement. Cette enquête doit permettre, grâce à une procédure contradictoire, d'établir les faits incontestables sur lesquels sera fondée soit une décision de clôture, soit l'institution de droits antidumping. Il résulte, également, des quatorzième et quinzième considérants du même règlement que la procédure d'enquête ne doit pas faire obstacle à une action rapide et efficace de la Communauté. La conciliation nécessaire de ces deux objectifs rend indispensable que la période couverte par l'enquête, au cours de laquelle les faits à établir se sont produits, soit d'une durée bien déterminée et limitée dans le temps » [28],

pour en déduire que,

« si NTN invoque la violation de l'article 2, sous A, et de l'article 13 du règlement n° 3017/79, qui lient l'institution d'un droit antidumping à l'existence d'un préjudice, il convient d'observer que les augmentations

25 — Souligné par nous.

26 — Arrêt du 7 mai 1987 (240/84, Rec. p. 1809).

27 — Règlement de base alors en vigueur.

28 — Point 26.

de prix, décidées après la fin de la période couverte par l'enquête, peuvent donner lieu, le cas échéant, à un réexamen de la situation au titre de l'article 14 du règlement n° 3017/79 ou conduire à la restitution des droits perçus, conformément à l'article 15 du même règlement. Il ne saurait, par conséquent, être admis que la procédure antidumping ne puisse être menée à son terme ou qu'une décision d'instituer un droit antidumping définitif ne puisse intervenir au simple motif que les sociétés visées par le droit antidumping provisoire ont procédé à des augmentations spontanées de prix après la fin de la période couverte par l'enquête » [29].

36. Comme l'avocat général M. Mancini l'avait remarqué dans ses conclusions [30] sous cet arrêt,

« le règlement n° 3017/79 ne comporte aucune disposition qui oblige la Commission ou le Conseil à apprécier positivement les augmentations de prix effectuées par les exportateurs ... il est en effet normal ... qu'un exportateur soumis à une enquête ou frappé d'un droit provisoire majore ses prix, surtout lorsqu'il est lié à l'importateur par des liens commerciaux. En tout état de cause, il nous semble évident que, si elle était accueillie, la thèse des requérantes entraînerait l'instauration d'un système d'enquête permanente et, ce qui est pire, vouerait à l'échec toute tentative destinée à établir l'existence d'une marge de dumping ».

37. De telles raisons sont valables à l'égard non seulement des prix à l'exportation, mais également des coûts de production de l'industrie communautaire. En effet, l'argument avancé par les requérantes selon lequel les exportateurs des pays tiers n'auraient pas de prise sur ces coûts de production n'est pas pertinent. Même si, bien évidemment, ils ne peuvent agir sur ces derniers comme sur le montant de leurs prix à l'exportation, il demeure, néanmoins, que leur comportement commercial, et notamment leur politique en matière de prix, après expiration de la période d'enquête, peut modifier provisoirement l'étendue du préjudice subi par les producteurs communautaires, ceux-ci retrouvant temporairement les parts de marché perdues du fait des importations ayant fait l'objet d'un dumping.

38. Le moment où le préjudice de l'industrie communautaire doit être évalué et l'interdiction de prendre en compte des événements survenus après la période d'enquête sont bien évidemment deux éléments étroitement liés. Dès lors, seul le calcul des coûts de production moyens *au cours de la période d'enquête* permet de répondre aux exigences de la réglementation antidumping. Il convient donc de rejeter également ce grief.

39. Certes, nous l'avons dit, le règlement n° 450/89 a réduit le droit antidumping définitif sur les importations d'urée originaire d'Arabie saoudite à 12,8 % [31]. La période d'enquête pour cette procédure, fixée du 1er octobre 1986 au 30 septembre 1987, fait immédiatement suite à celle du règlement attaqué, laquelle court du 1er juillet 1985 au 30 septembre 1986. Le vingt-

29 — Point 27; voir également les termes similaires des points 52 et 53 de l'arrêt du 7 mai 1987, Nippon Seiko/Conseil (258/84, Rec. p. 1923).

30 — Rec. p. 1847.

31 — Article 2.

neuvième considérant du règlement n° 450/89 a précisé que « le réexamen des mesures a conduit la Commission à recalculer le droit antidumping définitif pour l'Arabie saoudite sur la base du nouveau seuil de préjudice déterminé dans la présente procédure, en vue de tenir compte de l'évolution des coûts de production du producteur communautaire représentatif ». Néanmoins, compte tenu des fortes variations des coûts de production constatées au cours des années 1984 et 1985 (par exemple, baisse de 31 % des coûts de production d'un producteur français), que nous venons de rappeler, il n'y a rien d'anormal a priori dans la réduction du droit antidumping de 40 à 12,8 %, réduction consécutive à la baisse sur douze mois des coûts de production de l'industrie communautaire, sous réserve, toutefois, de ce que nous dirons quant à la confidentialité de ces coûts lors de l'examen du moyen fondé sur la violation des droits de la défense.

40. Le quatrième grief vise l'existence d'importations d'urée en provenance d'Abou Dhabi, de Libye et d'Union soviétique effectuées à des prix de dumping par des producteurs italiens. La Commission, en refusant de prendre en compte ces importations, aurait commis une erreur d'appréciation dans la détermination du préjudice.

41. Le vingt-sixième considérant du règlement attaqué reflète cette difficulté. Il y est précisé que « plusieurs des parties intéressées par le résultat de la présente procédure ont soutenu qu'il devrait être tenu compte des importations effectuées à des prix de dumping par les producteurs communautaires après la fin de la période de référence. Cet argument doit être rejeté car il serait contraire à l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 2176/84, aux termes duquel l'enquête sur le dumping couvre la période antérieure à l'ouverture de la procédure, de prendre en considération des importations effectuées à des prix de dumping après la fin de la période de référence ».

42. Les requérantes soutiennent, en premier lieu, que les dispositions de l'article 7, paragraphe 1, sous c), concernent la détermination de la marge de dumping et non celle du préjudice.

43. Comme nous venons de le rappeler, la lettre même de cet article paraît condamner la thèse des requérantes (« cette enquête porte à la fois sur le dumping ou la subvention *et sur le préjudice en résultant* » [32]).

44. Celles-ci soutiennent, en second lieu, que le règlement de base n'interdirait pas de prendre en considération des événements survenus après l'expiration de la période de référence. Elles citent sur ce point un certain nombre de décisions de la Commission [33] ainsi que votre arrêt Gerlach [34].

45. La lecture de cet arrêt, qui concernait, d'ailleurs, la réglementation en matière de dumping du traité CECA, montre que vous n'avez pas réellement statué sur les difficultés qui nous occupent. Il s'agissait alors de la licéité, au regard de la recommandation de base 77/329/CECA [35], d'une

32 — Souligné par nous.

33 — Recours, point 77 et note 36.

34 — Arrêt du 24 octobre 1985 (239/84, Rec. p. 3507).

35 — Recommandation de la Commission, du 15 avril 1977, relative à la défense contre les pratiques de « dumping », primes ou subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (JO L 114, p. 6).

méthode de calcul des droits antidumping adoptée par la Commission et se référant à des prix de base en écus et des taux de conversion publiés à date fixe et non au système « de droit commun » dans lequel la valeur de l'écu et les taux de conversion sont relevés quotidiennement sur les marchés des changes et font l'objet d'une publication journalière au *Journal officiel des Communautés européennes.*

46. En revanche, les développements que nous avons consacrés à la question du moment où le préjudice devait être évalué et, notamment, le rappel de votre jurisprudence Toyo et Nippon Seiko prennent ici également toute leur valeur. Les importations effectuées par des producteurs communautaires *après l'expiration de la période d'enquête* n'avaient pas à être prises en considération par les institutions communautaires pour la détermination du préjudice.

47. A titre tout à fait subsidiaire, nous ferons remarquer que, selon votre jurisprudence TEC et Silver Seiko, des importations effectuées par des producteurs communautaires à des prix de dumping ne contribuent pas au préjudice subi par l'industrie communautaire dès lors qu'elles demeurent d'un volume relativement faible[36]. Il s'agissait, dans ces affaires, d'importations réalisées pour combler des lacunes dans l'éventail de produits des entreprises communautaires concernées. D'autres justifications ne nous paraissent pas pour autant exclues et, notamment, comme en l'espèce, le souci de ne pas vendre sa propre production à des prix peu rentables et d'approvisionner temporairement ses clients par le moyen d'importations à des prix très faibles. Le critère essentiel de votre jurisprudence sur ce point nous paraît être le volume insignifiant de ces importations. Le Conseil, à cet égard, sans être contredit, a précisé que les importations qui n'ont pas été prises en considération représentaient 0,3 % de la consommation communautaire d'urée, 0,35 % de la production communautaire et 0,4 % des ventes des producteurs communautaires. Le grief nous paraît manquer de ce fait et le troisième moyen en son entier est, dès lors, dépourvu de pertinence.

36 — 273/85 et 107/86, précité, point 39; 260/85 et 106/86, précité, point 47.

IV — Sur l'erreur de droit et la dénaturation de faits

48. Le quatrième moyen vise l'erreur de droit et la dénaturation de faits. Il s'articule autour de deux griefs tirés du refus des institutions communautaires d'accorder des ajustements pour tenir compte, d'une part, de la différence des stades commerciaux auxquels l'urée, en Arabie saoudite et dans la Communauté, était vendue et, d'autre part, des rabais de quantité accordés pour les ventes d'un volume important.

49. Sur le premier point, les requérantes font valoir que la plupart des ventes d'urée en Arabie saoudite étaient effectuées directement à des fermiers. En revanche, dans la Communauté, les acheteurs étaient des sociétés de négoce ainsi qu'un industriel qui utilisait l'urée comme matière première pour la fabrication de colle. Leur demande d'ajustement, formée au titre des dispositions de l'article 2, paragraphe 10, sous c), du règlement de base, a été rejetée.

50. Le vingtième considérant du règlement attaqué est relatif à cette question:

« Le producteur/exportateur d'Arabie saoudite a également demandé un ajustement pour les différences de stade commercial en alléguant que toutes les ventes effectuées sur le marché intérieur étaient destinées aux utilisateurs finals, c'est-à-dire à des fermiers individuels ou à des sociétés agricoles, sauf les livraisons faites à un client, grand utilisateur industriel d'urée, qui avait droit, en principe, à un rabais supplémentaire, alors que plus de 70 % des expéditions vers la Communauté étaient prétendument destinées pour un usage industriel à des clients transformant l'urée en d'autres types d'engrais.

Cette demande n'a pas été retenue car il a été estimé qu'il n'a pas été prouvé de manière satisfaisante qu'il y avait une différence de stade commercial, étant donné que la plus grande partie des ventes, tant sur le marché intérieur qu'à l'exportation, étaient faites à des utilisateurs finals. De plus, le producteur/exportateur a admis que le client concerné en Arabie saoudite n'avait pas bénéficié de ce rabais au cours de la période de référence. »

51. Le Conseil estime, pour sa part, qu'il n'y a pas de différences de stade commercial entre les ventes en Arabie saoudite, faites essentiellement à des fermiers, et celles effectuées dans la Communauté à des industriels se servant de l'urée comme matière première, dans la mesure où le produit en cause n'est pas revendu tel quel sur le marché et, en quelque sorte, disparaît des circuits commerciaux. En conséquence, selon le Conseil, même les acheteurs industriels dans la Communauté doivent être considérés comme des utilisateurs finals.

52. Les requérantes expliquent qu'un important producteur communautaire d'urée, dans sa réponse au questionnaire de la Commission, a indiqué qu'il n'effectuait pas de ventes à des utilisateurs finals, en mentionnant, parmi ses clients, une société qui aurait été considérée comme telle par les institutions communautaires. Mais avant de vous prononcer sur le fond, vous aurez à examiner le moyen de légalité externe invoqué par les requérantes.

53. L'ensemble de ces faits constitue, en effet, le soutien nécessaire, entre autres, du moyen tiré de la violation des droits de la défense. Les requérantes invoquent, au titre du premier moyen, ce qu'il paraît possible de qualifier de « substitution de motifs ». Sur le fondement de l'article 2, paragraphe 10, sous c), du règlement de base, qui exige que les différences de stade commercial ne fassent l'objet d'un ajustement que « pour autant qu'elles n'ont pas été prises en considération autrement », la Commission, dans sa lettre du 13 août 1987 [37], a rejeté la demande d'ajustement au motif que « this request appears to be a repetition of the argument discussed above concerning differences in prices resulting from differences in quantities ». Or, le règlement attaqué, nous l'avons dit, est exclusivement motivé, à cet égard, par l'absence de preuve et ne se réfère nullement au fait que cet ajustement aurait été pris en compte à un autre titre. Nous examinerons ce point sous peu avec les autres griefs fondés sur la violation des droits de la défense.

37 — Recours, annexe 9.

54. La seconde critique, rappelons-le, vise le refus de la Commission d'accorder un ajustement pour les rabais de quantité. Selon les requérantes, alors que les ventes sur le marché communautaire étaient toujours effectuées en lots de plusieurs milliers de tonnes, certaines ventes en Arabie saoudite ne dépassaient pas 0,43 tonne.

55. On trouve, au dix-huitième considérant du règlement attaqué, l'écho de cette demande:

« Le producteur/exportateur d'Arabie saoudite a demandé que des ajustements soient effectués ... afin qu'il soit tenu compte des différences existant entre les quantités vendues sur le marché intérieur et les quantités vendues à l'exportation vers la Communauté. A cette fin, il a été proposé que le rabais de quantité, systématiquement accordé sur le marché intérieur pour des ventes de 5 000 tonnes ou plus, soit appliqué à toutes les ventes nationales pour que les quantités correspondantes soient rendues comparables aux quantités exportées.

Cette demande n'a pas été retenue car il n'a été fourni aucun élément convaincant prouvant qu'il était satisfait à tous les critères énoncés à l'article 2, paragraphe 10, sous b), i) ou ii), du règlement (CEE) n° 2176/84. Le Conseil souligne qu'il avait déjà été tenu compte des différences de quantité lorsqu'on a déterminé la valeur normale sur la base de la moyenne pondérée de tous les prix réellement payés et lorsqu'on a procédé à des ajustements pour tenir compte des différences dans les conditions de vente. »

56. Le Conseil, pour sa défense, fait état de ce que, dans leur réponse au questionnaire, les requérantes ont affirmé que « 9,14 % de toutes les ventes effectuées sur le marché saoudien pendant la période d'enquête ont bénéficié de rabais de quantité », pourcentage très inférieur à celui de 20 % exigé par l'article 2, paragraphe 10, sous b), i), du règlement de base.

57. Les requérantes, dans leur réplique, font remarquer que l'original du questionnaire porte la mention « 9.1.4 % » et non « 9,14 % » et qu'il s'agit là d'une erreur de dactylographie [38]. Toutefois, elles n'en concluent pas que le chiffre exact serait celui de 91,4 % et se limitent à déclarer que les ventes avec rabais de quantité dépassaient le pourcentage de 20 %, sans pour autant fournir de chiffre précis sur ce point.

58. Mais le recours vise également, à propos de ce grief, la violation des droits de la défense. Selon les requérantes, durant la procédure d'enquête, la Commission n'aurait jamais invoqué l'insuffisance des preuves et aurait refusé l'ajustement demandé au seul motif qu'il était déjà pris en compte, lors de la détermination de la valeur normale, en retenant à la fois les prix réduits pour les quantités importantes et les prix habituels pour les ventes de faible volume. La question de l'insuffisance des preuves aurait, pour la première fois, été évoquée dans les considérants du règlement attaqué.

59. La lecture du considérant précité nous invite à apporter quelques précisions. Alors que durant la procédure d'enquête, les

38 — Annexe L, p. 11, réplique.

requérantes se sont attachées à démontrer que le refus d'accorder un ajustement pour rabais de quantité au motif qu'il avait déjà été pris en compte lors de la détermination de la valeur normale était erroné en droit, en citant notamment la doctrine la plus autorisée[39], le dix-huitième considérant du règlement attaqué est, certes, essentiellement fondé sur l'insuffisance de preuves, mais comprend également une référence au fait qu'il a « été tenu compte des différences de quantité lorsqu'on a déterminé la valeur normale sur la base de la moyenne pondérée de tous les prix réellement payés ». A notre sens, que la « substitution de motifs » soit absolue ou qu'apparaisse in fine un *motif essentiel de rejet* qui n'avait pas été discuté lors de la procédure administrative, la problématique est la même au regard des droits de la défense.

60. Nous ne prendrons pas parti, en l'état, sur l'existence des erreurs de droit et des dénaturations de faits alléguées. Il convient, en effet, d'examiner préalablement les refus d'ajustement sous l'angle de la violation des droits de la défense, puisqu'ils constituent, à côté de trois autres griefs, le soutien du premier moyen.

V — Sur la violation des droits de la défense

61. Le premier de ces trois griefs est fondé sur le fait que les requérantes qui pratiquaient des prix à l'exportation vers la Communauté sensiblement plus élevés que ceux des autres fournisseurs d'urée ont subi un préjudice du fait de la modification du mode de calcul du droit antidumping, modification dont elles n'ont pas été averties au préalable. Comme nous l'avons déjà signalé, le règlement n° 3339/87 a, en effet, remplacé le droit provisoire déterminé par la différence entre un prix de seuil et le prix à l'exportation par un droit définitif fixé à 40 % de ce dernier prix.

62. Selon les requérantes, la violation des droits de la défense résulterait de ce qu'elles auraient été informées de ce remplacement pour la première fois lors de la publication du règlement n° 3339/87. Sur ce point, le Conseil a produit une lettre de la Commission adressée à Me Van Bael, conseil des requérantes, le 8 septembre 1987, lettre que celles-ci affirment, dans leur réplique, n'avoir jamais reçue. Il a, par ailleurs, dans sa duplique, annexé un compte rendu d'une réunion tenue à Bruxelles le 5 octobre 1987 avec, notamment, M. Abdullab S. Nojaidi, président de la Saudi Basic Industries Corporation Marketing Ltd, et Me Van Bael. Ce compte rendu comporte, dans son point 8, un résumé de la position de la Commission, avec, entre autres, les précisions suivantes: « This solution would at least guarantee Sabic of selling a substantial amount of the EEC, whereas a duty of 40 % may eliminate Saudi Arabia from the EEC market », ainsi que: « Ad valorem duty (40 %) is significantly lower than dumping margin (55 %) ». Dans leur réplique, les requérantes affirment que leurs représentants ayant assisté à la réunion du 5 octobre 1987 n'ont aucun souvenir d'une allusion à l'adoption d'un droit ad valorem de 40 %. Elles relèvent également que la communication alléguée, lors de cette entrevue, de la modification du mode de calcul du droit serait tardive, eu égard au délai fixé par l'article 7, paragraphe 4, sous c), iii), du règlement de base.

39 — Beseler et Williams, « Anti-Dumping and Anti-Subsidy Law », *The European Communities*, 1986, point 4.5.3, p. 98 à 100.

63. Le second grief vise l'absence de réponse aux questions des requérantes quant à la détermination du seuil du préjudice. Il s'agit essentiellement de la détermination des coûts de production du producteur communautaire choisi par la Commission pour établir ce seuil.

64. Les requérantes reprochent à la Commission l'insuffisance des informations données sur ce point, notamment quant à la comparaison des prix saoudiens avec ceux des producteurs italiens, quant à la manière dont elle a tenu compte de la baisse des coûts de production dans la Communauté, quant à la période retenue pour cette évaluation, enfin quant aux ajustements au titre de frais de production plus élevés liés à une utilisation réduite des capacités imputable à la perte des marchés d'exportation.

65. Le Conseil, sur ce point, renvoie au point 8 de la lettre de la Commission du 8 septembre 1987 où il est indiqué: « More detailed information with regard to the calculation of the price undercutting is at your disposal, if you so wish. »

66. Il faut remarquer que cette indication ne concerne que la question des sous-cotations, c'est-à-dire la comparaison entre les prix saoudiens et ceux des producteurs italiens, question sur laquelle la lettre de la Commission du 13 août 1987 avait déjà donné quelques informations [40].

40 — Voir annexe 9 du recours, I, 4, c): « It is not correct that prices of the Saudi Arabian product did not undercut those of Italian producers. During the investigation period the prices of the main Italian producers were undercut by those charged for the Saudi Arabian product by up to 28 %. »

67. Toutefois, la lettre du 8 septembre 1987 contient d'autres précisions quant à la détermination du seuil de préjudice. Ainsi, le point 2 précise: « It is considered that insofar as Article 13(3) of Regulation 2176/84 puts a limit on the amount of the duty (i. e. it should not be higher than what adequate to remove the injury), it refers to the injury suffered during the period under investigation and not to the situation at the moment when the size of the duty is being examined. For this reason the level of the minimum price determined in recital 42 of Regulation 1289/87 was calculated on the basis of the cost of production of a representative Community producer during the investigation period and not on the basis of the cost of production at the moment of the imposition of the provisional duty. » Au point 8 figure également la mention: « As far as the costs of production of a representative Community producer are concerned ..., no further information can be disclosed due to the confidentiality of such data. However, it is underlined that account was taken of the effects of possible losses of export markets », ainsi que la phrase: « Average production costs were established with regard to the period 1 July 1985 to 30 September 1986. Such amounts reflect higher levels at the beginning and lower levels at the end of the period. Such a method is considered to be fair and reasonable. »

68. Ainsi, la lettre du 8 septembre 1987 contient des éléments en ce qui concerne la période prise en considération pour la détermination des coûts de production du producteur communautaire, les effets sur ces coûts des pertes de marché à l'exportation et la prise en compte de la diminution de ces coûts au cours de la période d'enquête. Il conviendra d'examiner, cependant, si elle peut être prise en considération.

69. Mais les requérantes critiquent également l'absence d'informations précises sur le choix du producteur communautaire — l'État membre dans lequel il est établi n'a pas été indiqué — et sur le montant de ses coûts de production. La Commission, ainsi que cela figure, d'ailleurs, au point 8 de la lettre du 8 septembre 1987, oppose la confidentialité de ces éléments.

70. Le troisième grief, enfin, concerne le chiffre retenu par la Commission au titre des ajustements pour l'entreposage, chiffre inférieur à celui proposé par les requérantes. Le Conseil invoque, dans son mémoire en défense, la lettre du 8 septembre 1987 par laquelle la Commission propose de porter à la connaissance des requérantes les chiffres concernant l'ajustement pour entreposage, proposition demeurée sans réponse. La lettre du 8 septembre 1987 comprend, en effet, au point 6 la mention: « The figures relating to the adjustement granted for warehousing are at your disposal, if you so wish. »

71. L'ensemble de ces griefs vous invite à déterminer l'étendue des droits de la défense des personnes concernées dans la procédure administrative en matière de dumping. Comme nous l'avons souligné au début de nos conclusions, cette question n'a pas encore reçu les précisions, ô combien importantes et nombreuses, que votre jurisprudence a pu lui apporter en matière de concurrence.

72. Dans ses conclusions sur les premières affaires de roulement à billes, l'avocat général M. Warner avait consacré des développements remarqués [41] à cette question.

« Nous partageons bien sûr l'opinion qu'en général », écrivait-il, « personne n'a le droit d'être entendu, durant le processus de préparation d'un acte législatif, de la même manière qu'il a le droit d'être entendu durant le processus de préparation d'une décision administrative qui l'affecte individuellement et directement. Mais, autant il nous semble qu'un instrument comme le règlement n° 1778/77 [42] présente dans une certaine mesure un caractère hybride, autant il nous semble aussi qu'une enquête antidumping peut également, aux présentes fins, être de nature hybride. Dans la mesure où elle peut conduire à la constatation qu'un exportateur particulier s'est rendu coupable de dumping et, sur la base de cette constatation, aboutir à l'institution d'un droit antidumping sur ses produits dénommés nommément, elle présente assez des caractéristiques d'une procédure préparatoire à une décision qui le concerne individuellement et directement » [43].

73. Nous ajouterons pour notre part que, du point de vue d'une entreprise, la perte du marché communautaire consécutive à l'institution d'un droit antidumping élevé, comme c'est le cas en l'espèce, produit des conséquences financières comparables à celles résultant de l'application d'une amende pour violation des articles 85 et 86 du traité de Rome.

74. Certes, votre jurisprudence sur les droits de la défense en matière de concurrence n'est pas intégralement transposable à la matière du dumping. Le président M. Ole Due, dans un article sur « le respect des

41 — Beseler et Williams, op. cit., point 8.5.7, p. 195; Cunnane and Stanbrook, *Dumping and Subsidies, The law and procedures governing the imposition of anti-dumping and countervailing duties in the European Community*, 1983, p. 82.

42 — Le règlement ayant institué le droit antidumping.

43 — Rec. 1979, p. 1262.

droits de la défense dans le droit administratif communautaire »[44] était également de cet avis. Il indiquait:

« Les différences peuvent, du moins en partie, être expliquées par le caractère particulier de ce domaine: les mesures sont adoptées sous forme de dispositions normatives; l'enquête n'est pas nécessairement dirigée contre des entreprises individualisées et peut également mettre en cause le comportement de gouvernements de pays tiers ...; il faut respecter toute demande de traitement confidentiel des informations fournies. Enfin, les règles communautaires doivent respecter les obligations des Communautés dans le cadre du GATT basé sur le principe de réciprocité et il peut être justifié d'aligner même les règles de procédure sur celles des autres partenaires de cette organisation. »[45]

75. Toutefois, un principe aussi *général* que celui que vous avez dégagé dans votre arrêt Hoffmann-La Roche/Commission[46], selon lequel la Commission ne peut fonder sa décision sur des faits, circonstances ou documents sur lesquels la partie concernée n'a pas pu faire connaître son point de vue, paraît devoir s'appliquer également aux procédures de dumping[47].

76. Et vous avez déjà, dans votre arrêt Timex Corporation[48], montré l'importance que vous attachiez aux droits des personnes intéressées par une enquête antidumping, au regard notamment de la confidentialité de certaines données. Nous y reviendrons.

77. L'accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI du GATT, appelé généralement second code antidumping, consacre, dans son article 6, un certain nombre de prérogatives au bénéfice des personnes intéressées au cours de la procédure administrative. Ainsi, selon le paragraphe 2 de cet article, « les autorités concernées ménageront au recourant et aux importateurs et exportateurs connus comme étant concernés, ainsi qu'aux gouvernements des pays exportateurs, la possibilité de prendre connaissance de tous les renseignements pertinents pour la présentation de leurs dossiers, qui ne seraient pas confidentiels aux termes du paragraphe 3 ci-après et que lesdites autorités utilisent dans une enquête antidumping; elles leur ménageront également la possibilité de préparer leur argumentation sur la base de ces renseignements ». Aux termes du paragraphe 7, « pendant toute la durée de l'enquête antidumping, toutes les parties auront toutes possibilités de défendre leurs intérêts ».

78. Le règlement de base a cherché à concrétiser les droits ainsi reconnus par le second code antidumping. Selon l'article 7, paragraphe 4, sous a), « le plaignant et les importateurs et exportateurs notoirement concernés, ainsi que les représentants du pays exportateur, peuvent prendre connaissance de tous les renseignements fournis à la Commission par toute partie concernée par l'enquête, à l'exception des documents

44 — *Cahiers de droit européen*, 1987, n° 1-2, p. 383.

45 — Ibidem, p. 387, note 7.

46 — Arrêt du 13 février 1979, point 14 (85/76, Rec. p. 461).

47 — Pour une opinion identique, voir Hans-Christoph von Heydebrand und der Lasa, « Confidential Information in Antidumping Proceedings before United States Courts and the European Court », *European Law Review*, vol. II, 1986, p. 331.

48 — Arrêt du 20 mars 1985 (264/82, Rec. p. 849).

internes établis par les autorités de la Communauté ou de ses États membres, pour autant que ces renseignements soient pertinents pour la défense de leurs intérêts, qu'ils ne soient pas confidentiels au sens de l'article 8 et qu'ils soient utilisés par la Commission dans l'enquête. Les personnes concernées adressent, à cet effet, une demande écrite à la Commission en indiquant les renseignements sollicités ».

79. Aux termes de l'article 7, paragraphe 4, sous b), « les exportateurs et importateurs du produit faisant l'objet de l'enquête et, en cas de subventions, les représentants du pays d'exportation peuvent demander à être informés des principaux faits et considérations sur la base desquels il est envisagé de recommander l'imposition de droits définitifs ou la perception définitive des montants garantis par un droit provisoire ».

80. L'article 7, paragraphe 4, sous c), précise que:

« i) Les demandes d'information présentées au titre du point b) doivent:

aa) être adressées par écrit à la Commission,

bb) spécifier les points particuliers sur lesquels l'information est demandée,

cc) être reçues en cas d'imposition d'un droit provisoire, un mois au plus tard après la publication de l'institution de ce droit.

ii) L'information peut être donnée soit oralement soit par écrit, ainsi que la Commission le juge approprié. Elle ne préjuge pas des décisions subséquentes que la Commission ou le Conseil peuvent prendre. Les informations confidentielles sont traitées conformément à l'article 8.

iii) L'information doit normalement être donnée quinze jours au moins avant la transmission par la Commission d'une proposition de mesure définitive conformément à l'article 12. Les observations faites après que l'information a été donnée ne peuvent être prises en considération que si elles sont reçues dans un délai que la Commission fixe dans chaque cas en tenant dûment compte de l'urgence de l'affaire, mais qui ne sera pas inférieur à dix jours. »

81. Comme nous l'avons rappelé, le Conseil a produit un procès-verbal d'une réunion tenue à la Commission le 5 octobre 1987 [49] et a mentionné dans son mémoire en duplique [50] des extraits d'un rapport de mission interne élaboré par des fonctionnaires de la Commission à la suite de leurs vérifications en Arabie saoudite ainsi que d'une note interne qui paraît être un compte rendu d'une réunion tenue à Bruxelles le 22 mai 1987.

49 — Mémoire en duplique, annexe 1.
50 — Point 83.

82. Ces pièces mentionnent les informations qui n'ont pas, par ailleurs, été portées à la connaissance des requérantes, telles que l'institution d'un droit définitif ad valorem, l'absence de preuves suffisantes pour admettre les demandes d'ajustement. Constituent-elles, cependant, des éléments à prendre en considération au cours d'une procédure judiciaire? La réponse nous paraît devoir être négative. Ces documents *purement internes* à la Commission, élaborés par ses agents, ne sont pas soumis aux personnes intéressées par l'enquête ni à leurs conseils. Ceux-ci n'ont aucun moyen d'en faire rectifier le contenu. Ces pièces, dont le *caractère unilatéral* est absolu, ne sauraient avoir aucun caractère probant. Il n'est pas besoin de recherches doctrinales très poussées pour savoir que, dans les droits de tous les États membres, l'on ne tient pas compte en qualité de preuves de tels documents.

83. Certes, le règlement de base permet à la Commission de donner les informations requises «'oralement ... ainsi que la Commission le juge approprié ». A notre sens, cela ne signifie nullement que les institutions communautaires sont dispensées de se constituer des preuves valables de ce qu'elles ont répondu aux demandes formulées par les entreprises concernées. Une juridiction ne saurait s'en remettre aux affirmations que les droits de la défense ont été respectés, sans que la partie dont elles émanent présente de preuves tangibles à cet égard.

84. Les informations orales données par la Commission au cours d'une réunion ne lui interdisent pas, si un compte rendu en est établi, de soumettre celui-ci aux observations des personnes qui étaient présentes. Ce n'est pas là une exigence insurmontable. La mention de l'article 7 précité, « ainsi qu'elle le juge approprié », semble, d'ailleurs, indiquer que la voie écrite devra de préférence être choisie pour les informations qui portent sur des éléments déterminants pour la suite de la procédure. Par ailleurs, l'exigence de délai qui figure au paragraphe 4, sous c), iii), du même article suppose nécessairement, afin de pouvoir prouver son respect, la constitution d'un écrit, soit un *procès-verbal* soumis à l'accord des participants, soit une *lettre dûment adressée* aux personnes concernées, et à laquelle elles pourront réagir.

85. Il convient donc, à notre sens, d'écarter les documents visés ci-dessus [51] du débat qui nous occupe ici.

86. Le Conseil a également produit la lettre du 8 septembre 1987 [52] que, rappelons-le, les requérantes affirment n'avoir jamais reçue. Cette lettre, adressée à Mes Van Bael et Bellis à Bruxelles, comporte la même adresse que les précédentes. Toutefois, alors que ces dernières portent, en en-tête, la mention Telefax suivie du numéro de télécopie des conseils des requérantes [53], sur celle du 8 septembre 1987 ne figure pas une telle mention. Or, votre jurisprudence a déjà été confrontée à des difficultés similaires. Dans un arrêt Belfiore, vous avez indiqué:

« Il y a cependant lieu d'observer que la Commission a expédié la lettre du 12 février 1979, sans prendre soin de la recommander à la poste, ni de la faire accompagner d'un avis de réception, alors qu'elle avait pris cette double précaution à l'occasion de messages précédemment adressés au requé-

51 — Ci-dessus, point 81.

52 — Mémoire en défense, annexe II.

53 — Voir la lettre du 13 août 1987, annexe 9 du recours, ainsi que la lettre du 3 juin 1987, annexe 6 du recours.

rant. Dans ces conditions, compte tenu de ce que la preuve de la notification et de sa date incombe à la Commission, il y a lieu de constater que cette dernière s'est mise dans l'impossibilité de fournir à cet égard une preuve complète et que, s'agissant de la notification d'une décision aussi importante qu'une démission d'office, le *léger doute* qui subsiste en ce qui concerne le moment où le délai de recours a commencé de courir doit profiter au requérant. » [54]

87. Dans l'affaire Michel, où le Parlement européen alléguait le caractère tardif d'un recours introduit à l'encontre d'une décision contenue dans une lettre ordinaire, vous avez estimé que

« il n'appartient pas au destinataire d'une lettre non recommandée d'établir les raisons d'un retard éventuel dans la transmission de celle-ci » [55].

88. Vous avez déjà constaté que la production d'une lettre non recommandée, *sans qu'il soit établi qu'elle a été reçue par son destinataire*, ne saurait « tenir lieu de preuve » [56]. Nous vous proposons en conséquence d'écarter des débats la lettre de la Commission du 8 septembre 1987.

89. Il y a donc lieu de considérer que le motif du refus d'accorder des ajustements au titre des rabais de quantité et à celui de la différence de stade commercial, motif essentiellement fondé sur l'insuffisance des preuves fournies par les requérantes, n'a été connu de celles-ci que lors de la publication du règlement attaqué, sans qu'elles aient eu, au cours de l'enquête, toutes possibilités, sur ce point, de défendre leurs intérêts.

90. En effet, la communication des informations sur la base desquelles la Commission envisage l'institution d'un droit antidumping — ou « disclosure » — a eu lieu, pour la première fois, lors d'une réunion à la Commission le 22 mai 1987, puis par lettres des 27 mai et 3 juin 1987.

91. Or, dans une lettre adressée à la Commission le 17 juin 1987 [57], dans les délais, ainsi que le Conseil l'a reconnu dans sa duplique, dans la mesure où la Commission, dans la correspondance datée du 3 juin 1987 [58], a accepté, à titre exceptionnel, de reculer l'expiration du délai [59] au 17 juin 1987, il est dit:

« The high dumping margin is the result of one factor. Urea delivered in Saudi Arabia primarily directly to farmers with the producers assuming a number of the costs which would otherwise be incurred by distributors. In the EEC, however, most of Samad Urea was sold to technical users which processed the product into another product before selling it to the enduser. Despite very large differences in conditions and terms of sale, quantities sold, and the level of trade, *no*

54 — Arrêt du 5 juin 1980, point 7 (108/79, Rec. p. 1769), souligné par nous.

55 — Arrêt du 26 novembre 1981, point 11 (108/79, Rec. p. 2861).

56 — Arrêt du 11 mai 1989, Maurissen, point 47 (193/87 et 194/87, Rec. p. 1045).

57 — Annexe 8 du recours.

58 — Annexe 6 du recours.

59 — La publication de l'institution d'un droit provisoire ayant eu lieu le 9 mai 1987, toute demande écrite d'informations était en principe, aux termes de l'article 7, paragraphe 4, sous c), i), cc), du règlement de base, irrecevable à compter du 9 juin 1987, à minuit; ces « extensions de délai » sont permises par l'article 7, paragraphe 4, sous c), iii), du règlement de base.

allowance has yet been made by the Commission to the normal value side of the equation for such differences. »

La suite de la lettre explicite la demande d'ajustement.

92. Il n'est pas contesté, par ailleurs, que la question des ajustements concernait la défense des intérêts des requérantes ni qu'elle figure parmi les considérations sur la base desquelles la Commission a recommandé l'imposition de droits définitifs. Dès lors, il doit être considéré que les requérantes n'ont pas été à même de pouvoir défendre utilement leurs intérêts.

93. Le Conseil affirme que, même si les ajustements demandés avaient été accordés, le montant du droit n'en aurait pas pour autant été modifié. Sans doute souhaiterait-il vous voir appliquer ici votre arrêt Distillers [60], dans lequel vous avez refusé d'examiner d'éventuelles irrégularités de procédure alléguées par la requérante, dans la mesure où, de toutes les manières, la décision de la Commission aurait été identique. Cet arrêt n'a, à notre sens, fait qu'appliquer le principe traditionnel selon lequel seules les violations des formes *substantielles* sont de nature à entraîner l'annulation d'un acte. L'affirmation du Conseil, comme nous l'avons vu, est cependant contestée par les requérantes qui affirment, dans la lettre précitée du 17 juin 1987, que *le niveau élevé de la marge de dumping est le résultat de l'absence d'ajustement* [61].

94. En conséquence, la simple affirmation du Conseil ne permet pas d'enlever son caractère substantiel à l'irrégularité commise. Le premier moyen, en ce qu'il vise les refus d'accorder les deux ajustements précités, doit donc être accueilli. Il est, dès lors, inutile d'examiner au fond le moyen tiré de l'erreur de droit et de la dénaturation des faits.

95. La critique fondée sur l'absence d'information quant au changement de mode de calcul du droit définitif est, peut-être, moins délicate. Comme nous l'avons rappelé, les institutions communautaires se voient reconnaître par votre jurisprudence [62] un large pouvoir d'appréciation quant au choix du type de droit le plus adéquat. Si, pour un opérateur économique concerné, il est essentiel de savoir comment ont été calculés la valeur normale, les prix à l'exportation, le seuil du préjudice, les ajustements, comment a été choisi le produit similaire, en revanche, le recours à un droit ad valorem ou à un droit fixé en référence à un prix de seuil doit être, *en théorie*, sans influence sur le montant du droit antidumping qui ne saurait être autre chose que la marge de dumping ou le seuil de préjudice, si un droit moindre suffit à faire disparaître ce dernier. Certes, vous avez indiqué dans un arrêt récent que

« un droit variable est, en général, plus favorable aux opérateurs économiques concernés, du fait qu'il permet d'éviter toute perception de droits antidumping à la condition, toutefois, que les importations soient effectuées à des prix qui se situent au-dessus du prix minimal fixé » [63].

60 — Arrêt du 10 juillet 1980 (30/78, Rec. p. 2229).

61 — Le nouveau règlement de base, règlement (CEE) n° 2423/88 du Conseil, du 11 juillet 1988 (JO L 209, p. 1), comprend désormais un article 2, paragraphe 10, sous e), où sont considérés comme négligeables et ne sont pas pris en compte les ajustements individuels dont l'effet ad valorem est inférieur à 0,5 % du prix ou de la valeur de la transaction concernée.

62 — C-189/88, précité, point 25; C-305/86, précité, point 58.

63 — C-305/86, précité, point 60.

Toutefois, dans la mesure où la fixation du droit antidumping ad valorem n'a aucun caractère d'imprévisibilité, ce type de droit étant le plus usité, il n'apparaît pas que le changement du mode de calcul du droit ait pu faire grief aux requérantes. Ce grief du premier moyen ne saurait donc être retenu.

96. Les requérantes invoquent également, sous l'angle des droits de la défense, le montant de l'ajustement accordé pour l'entreposage. Malgré des demandes expresses d'explication du chiffre retenu, aucune information n'aurait été délivrée par la Commission.

97. Dans une lettre du 21 août 1987 [64], les requérantes ont fait remarquer: « The warehousing allowance granted is considerably lower than the market value and cost figures relating to the domestic warehousing. No explanation of the difference has been given. » Cette lettre répond à celle du 13 août 1987 [65] de la Commission qui indiquait qu'un ajustement de 7,96 SR par tonne avait été accordé. La demande d'information des requérantes, bien que postérieure à la date du 9 mai 1987 [66], doit cependant être prise en considération, car la lettre de la Commission du 13 août se termine par la phrase: « I would appreciate receiving your questions or comments, if any, on the above not later than 21 august 1987. » Cette phrase semble indiquer que les requérantes, comme dans la lettre de la Commission du 3 juin 1987, ont de nouveau bénéficié d'une extension du délai prescrit par l'article 7, paragraphe 4, sous c), i), cc), du règlement de base.

64 — Recours, annexe 10, p. 13.
65 — Recours, annexe 9.
66 — Voir note 59.

98. Le Conseil invoque, en défense, la lettre de la Commission du 8 septembre 1987. Or, pour les raisons que nous avons déjà développées, cette lettre ne saurait être prise en considération. La façon dont la Commission est arrivée au chiffre précité n'avait rien de confidentiel et l'on voit mal pourquoi le mode de calcul n'a pas été communiqué. Il faut donc en conclure qu'il n'est pas établi que les requérantes aient reçu sur ce point les informations suffisantes de manière à pouvoir défendre leurs intérêts. Le moyen devra donc être accueilli à cet égard.

99. Les requérantes soutiennent, enfin, que leurs droits de la défense n'ont pas été respectés en ce qui concerne la détermination du seuil du préjudice en référence aux coûts de production du « producteur communautaire caractéristique ». La Commission ayant opposé sur ce point le caractère confidentiel de ces données, les requérantes n'ont pu connaître ni l'entreprise communautaire choisie comme étant « caractéristique », ni l'État membre dans lequel elle est établie, ni ses coûts de production pendant la période de référence. Vous êtes amenés, en conséquence, à vous pencher de nouveau sur la difficile conciliation de la confidentialité et des droits de la défense.

100. Le second code antidumping du GATT traite de la protection de la confidentialité dans son article 6, paragraphe 3. Les renseignements confidentiels ne seront pas divulgués sans l'autorisation expresse de la partie qui les aura fournis, sous réserve des divulgations requises par « ordonnance conservatoire étroitement libellée ». Il pourra, cependant, leur être demandé d'en donner un résumé non confidentiel. Si ces renseignements ne peuvent être résumés, les raisons doivent en être exposées.

101. L'article 8 du règlement de base reprend les mêmes dispositions, à l'exception de celles relatives à la possibilité d'une « ordonnance conservatoire ».

102. Rappelons les exigences de votre jurisprudence en la matière. Dans votre arrêt Timex Corporation, vous avez annulé un règlement instituant un droit antidumping définitif au motif que l'obligation de confidentialité « doit toutefois être interprétée de sorte à ne pas vider de leur contenu essentiel » [67] les droits de la défense. Vous avez indiqué à cet égard que

« la Commission aurait dû chercher, dans toute la mesure compatible avec le respect du secret des affaires, à communiquer à la requérante des indications utiles à la défense de ses intérêts, en choisissant, le cas échéant d'office, les modalités appropriées d'une telle communication, étant entendu que la seule divulgation des postes de calcul sans indication chiffrée aucune ne satisfait pas à ces exigences impératives » [68].

103. Certes, dans un arrêt plus récent, Brother/Conseil, vous avez jugé que

« l'argument de Brother selon lequel elle ignorait tout de la manière dont les prix cibles ont été calculés ne saurait être retenu, puisque la méthode de calcul des prix cibles a été communiquée à la requérante, et les coûts de production des entreprises communautaires sont des données confidentielles qui n'auraient pu, en aucun cas, lui être transmises » [69].

Toutefois, dans cette dernière affaire, la requérante remettait seulement en cause le recours à la méthode des prix cibles, méthode choisie à juste titre par la Commission pour reconstruire les prix à l'intérieur de la Communauté tels qu'ils auraient dû être en l'absence de dumping, mais ne contestait ni le montant des coûts de production des entreprises communautaires, ni la violation des droits de la défense.

104. Or, si l'on s'en tient à ce qui vous a guidés dans votre arrêt Timex Corporation, force est de constater que le refus de communiquer toute information sur les points évoqués plus haut enlève quasi complètement *tout effet pratique* aux droits de la défense reconnus par l'article 7, paragraphe 4, du règlement de base. Les requérantes en sont réduites à s'en remettre aux énonciations de la Commission quant au choix du producteur communautaire représentatif. S'agit-il d'une entreprise parmi les moins performantes de la Communauté, et dont les coûts de production sont particulièrement élevés? Les requérantes n'en sauront rien. Ces coûts ayant déterminé le montant du préjudice et, en conséquence, celui du droit antidumping, ont-ils été calculés selon la méthode appropriée? Les requérantes n'en sauront rien. La Commission a-t-elle commis sur ce point une erreur de calcul, ainsi que les requérantes l'ont soutenu lors de la procédure orale? Elles n'en sauront toujours rien, et la Cour avec elles.

105. Or, dès lors que, dans le règlement attaqué, le montant du droit a été fixé en référence au préjudice et non à la marge de dumping, les renseignements précités sont *essentiels* à la défense des intérêts des personnes concernées au sens du second code antidumping.

67 — 264/82, précité, point 29.

68 — 264/82, précité, point 30.

69 — Arrêt du 5 octobre 1988, point 34 (250/85, Rec. p. 5683), souligné par nous.

106. Dans votre arrêt Timex Corporation, vous avez, en effet, souligné que la violation des droits de la défense était d'autant plus importante que « la valeur normale a été déterminée sur la base de la valeur construite du produit similaire ... et que, de ce fait, Timex Corporation dépendait, pour la défense de ses intérêts, entièrement des éléments de calcul retenus par la Commission »[70]. La situation des requérantes dans la présente affaire est, à cet égard, tout à fait identique.

107. La plupart des commentateurs du droit européen et du droit américain du dumping estiment, d'ailleurs, que l'accès aux seules informations non confidentielles ne présente que peu d'intérêt au regard des droits de la défense[71]. Selon certains, la procédure européenne oblige les conseils des parties concernées à pratiquer le « shooting in the dark »[72].

108. Le rapport de la commission des relations économiques extérieures du Parlement européen sur la politique antidumping de la Communauté européenne[73] fait état des mêmes préoccupations. Il y est écrit:

« Les exportateurs et parties connexes jugent forcément la procédure antidumping d'autant plus déloyale qu'elle semble opaque. Cela est particulièrement vrai des méthodes utilisées pour calculer la marge de dumping et l'ampleur du préjudice, lesquelles méthodes, au fil des ans, sont devenues d'une complexité byzantine. Mais les producteurs nationaux peuvent, eux aussi, se sentir parfois lésés, par exemple en raison de la difficulté qu'il y a à contrôler les engagements de prix ...

— Compte tenu de l'absence de règles communautaires rigoureuses en matière de secret professionnel, il serait inopportun de donner aux avocats des parties intéressées accès aux informations confidentielles fournies par leurs adversaires. Cependant, il conviendrait d'inviter la Commission et la Cour de justice à examiner si de telles règles seraient praticables et, partant, s'il n'y aurait pas lieu d'instaurer, dans la Communauté, des mesures similaires à celles qui sont en vigueur aux États-Unis. »

109. Une procédure récente a montré qu'il pouvait n'être pas dénué d'intérêt de prendre connaissance des documents confidentiels pour apprécier le bien-fondé de certains arguments avancés par les institutions communautaires. L'avocat général M. Tesauro, dans ses conclusions sous les affaires 121/86, 122/86 et 129/86, présentées le 11 juillet 1989, relate ces faits[74]. Alors que la Commission avait adopté en 1982 un règlement instituant un droit antidumping provisoire, puis proposé le 9 juin 1983 au Conseil d'arrêter un règlement instituant un droit définitif, devant le refus du Conseil et après une poursuite de

70 — 264/82, précité, point 30.

71 — Voir, sur ce point, Horlick et Oliver, « Trade Laws regarding Imports: Recent Developments », *Documents de la conférence annuelle (1989) du Collège de l'Europe à Bruges*, p. 86; Van Bael, « Procedural Aspects of EEC Anti-Dumping Enforcement », *Documents de la conférence annuelle (1989) du Collège de l'Europe à Bruges*, p. 5; Van Bael, « EEC Anti-Dumping Law and Procedure Revisited », *Journal of World Trade*, vol. 24, n° 2, p. 5, avril 1990; Taylor et Vermulst, « Disclosure of Confidential Information in Antidumping and Countervailing Duty Proceedings under United States: A framework for the European Communities », *The International Lawyer*, vol. 21, n° 1, p. 43.

72 — James A. Taylor et Edwin A. Vermulst, op. cit., p. 45.

73 — Document de séance A3-336/90 du 30 novembre 1990.

74 — Rec. 1989, p. 3942.

l'enquête au cours de l'été 1985, elle a proposé la clôture de la procédure, ce que le Conseil a accepté par décision 86/59/CEE, du 6 mars 1986. M. Tesauro conclut ainsi:

« Face aux objections soulevées par l'exécutif, qui estimait que ces questionnaires étaient confidentiels et, comme tels, ne pouvaient être joints au dossier communiqué au requérant, et faute d'une justification quant à l'absence de résumé non confidentiel de tels questionnaires, considération prise, en outre, de ce que la Commission assurait avoir fourni aux requérants au cours de deux réunions qui s'étaient déroulées les 14 novembre et 22 décembre 1985 toutes les informations nécessaires, la Cour a demandé à la Commission de lui fournir les questionnaires susvisés.

La réponse a été, à proprement parler, tout à fait insuffisante. La Commission s'est, en effet, bornée à communiquer, sans fournir à cet égard d'explications, une copie des résumés non confidentiels des questionnaires remplis par les exportateurs chinois pour la période de temps comprise entre 1978 et le premier semestre 1983 ainsi que quelques copies de communications émanant d'importateurs de magnésite nord-coréenne, contenant certaines données relatives aux importations du produit en cause jusqu'à juin 1985.

En d'autres termes, les données fournies par la Commission sur les importations en provenance de Chine ne sont rien d'autre que les données ayant fait l'objet de la première partie de l'enquête et qui ont servi de base à la proposition de mesures anti-dumping définitives, présentées précisément en juin 1983. »

110. Certes, l'ensemble de ces observations nous conduit à constater combien il est difficile d'appliquer en pratique la solution de votre arrêt Timex Corporation. Mais la connaissance des données en cause est essentielle pour permettre aux personnes intéressées par l'enquête de défendre leurs intérêts, étant précisé que, aux termes de cet arrêt, « la seule divulgation des postes de calcul sans indication chiffrée aucune ne satisfait pas » aux exigences impératives du respect des droits de la défense. Si, in concreto, il peut être difficile à la Commission, tenue de communiquer à la requérante les indications utiles à la défense de ses intérêts, de trouver « les modalités appropriées d'une telle communication »[75], il lui appartient, cependant, selon votre jurisprudence, d'instituer les mécanismes propres à assurer le plein exercice des droits de la défense. Force est de constater, notamment, que le recours à des « résumés non confidentiels » se révèle insuffisant dès lors qu'il s'agit de communiquer des éléments chiffrés.

111. Par ailleurs, une telle situation n'est pas véritablement satisfaisante au regard des droits fondamentaux. Si la Commission européenne des droits de l'homme déclare irrecevables les requêtes formulées à l'encontre des décisions nationales prises en exécution d'un acte communautaire[76], c'est au motif essentiel que vous avez élaboré une jurisprudence aux termes de laquelle vous contrôlez le respect par les institutions communautaires des droits fondamentaux. Il n'est donc pas dénué d'intérêt, tant s'en

75 — 264/82, précité, point 30.

76 — Requête n° 13258/87, M. and Co./Allemagne, décision du 9 février 1990, où il s'agissait de l'exequatur d'un arrêt de votre Cour.

faut, d'éviter de notables divergences dans ce que votre Cour pourrait déduire du droit à un procès équitable au regard des exigences que la Cour européenne des droits de l'homme a pu jusqu'à présent déterminer.

112. Sur ce point, il ne semble pas faire de doute que la procédure antidumping, bien que menée par une autorité administrative, doive répondre à la nécessité d'un « procès équitable »[77], lequel implique que soit reconnue une « égalité des armes » entre les différentes parties[78]. Par ailleurs, le respect du principe du contradictoire exige que la partie ou son représentant ait l'occasion de consulter et de critiquer le dossier de l'affaire, notamment les éléments qui ont servi de base à la décision[79]. Il n'apparaît pas, en conséquence, que la procédure suivie dans la présente affaire ait répondu à ces exigences.

113. L'ensemble de ces éléments nous amène à conclure que, en l'espèce, les principes fondamentaux des droits de la défense, tels qu'ils ont notamment été précisés par votre arrêt Timex Corporation, n'ont pas été correctement appliqués par la Commission. Celle-ci n'a pas mis en œuvre en l'espèce les modalités appropriées de la communication aux requérantes des indications nécessaires à la défense de leurs intérêts. Le grief invoqué paraît donc devoir être accueilli et le règlement attaqué encourt dès lors, également sur ce point, l'annulation.

114. Nous sommes, certes, conscient des difficultés que soulève la nécessaire conciliation du respect des droits de la défense et de la sauvegarde de la confidentialité de certaines informations. Mais il faut ici rappeler qu'elles ont pu, semble-t-il, trouver une solution dans d'autres ordres juridiques.

115. En effet, en droit américain, depuis le Trade Agreements Act de 1979, les deux autorités administratives chargées des enquêtes en matière de dumping — l'International Trade Administration (« ITA »), qui détermine l'existence et la marge d'une pratique de dumping, et l'International Trade Commission (« ITC »), qui constate le préjudice — doivent constituer un dossier comprenant une copie de toutes les données obtenues ou soumises à ces autorités au cours de la procédure administrative. Ce dossier comprend également les données confidentielles. Celles-ci ne peuvent être communiquées sans l'accord préalable de la personne qui les a produites. Toutefois, le Trade Agreements Act de 1979 a introduit en droit américain le système de l'« administrative protective order ». Celui-ci consiste à permettre au conseil de la partie intéressée de prendre connaissance des documents confidentiels, étant précisé qu'il est, dès lors, tenu au respect de leur confidentialité, *y compris vis-à-vis de son client.* La Court of

77 — Arrêt Ringeisen du 16 juillet 1971, série A, n° 13, p. 39, paragraphe 94; arrêt König du 28 juin 1979, série A, n° 27, p. 29-30, paragraphes 88-90.

78 — Arrêt Delcourt du 17 janvier 1970, série A, n° 11, p. 15, paragraphe 28; arrêt Bönisch du 6 mai 1985, série A, n° 92, p. 15, paragraphe 32.

79 — Arrêt Felbrugge du 29 mai 1986, série A, n° 99, p. 17, paragraphe 44; décision de la Commission n° 7317/75, Lynas/Suisse, du 6 octobre 1977, Rec. 1977, p. 412, p. 445, paragraphe 5.

International Trade délivre un « administrative protective order » soit au cours de la procédure administrative, lorsqu'une partie s'est vu refuser par l'autorité administrative compétente la « disclosure » des données confidentielles, soit lors d'un recours visant à contester les décisions arrêtées par l'ITA ou l'ITC [80].

116. La Court of International Trade, pour accorder ou non l'« administrative protective order », a adopté un « balancing test » [81], lequel, selon la doctrine, combine les considérations suivantes:

— l'« âge » de l'information: les informations récentes sont considérées comme plus sensibles que les plus anciennes [82];

— l'origine de l'information: les données soumises par des entités qui n'ont pas un intérêt direct à la procédure sont plus sensibles [83];

— l'intérêt des documents au regard de la décision prise ou à prendre par l'autorité administrative [84];

80 — Sur l'accès aux données confidentielles et les « administrative protective orders », voir Kaplan, Kuhbach et Lorentzen, « Antidumping, Countervailing Duty and the National Security Provisions in the 1988 Trade Act », *George Washington Journal of International Law and Economics,* 1989, p. 628-631; Kassinger, « Antidumping Duty Investigations », p. 68, in Johnston, *Law and Practice of United States Regulation of International Trade,* Oceana, 1989, p. 23-25; Koch, *Die Abwehr von Dumping: das Beispiel des amerikanischen Rechts,* Heidelberg, 1989, p. 328; Horlick et DeBusk, « Commerce Procedures Under Existing and Proposed Antidumping/Countervailing Duty Regulations », *The International Lawyer,* 1988, p. 110-112; Horlick, « The United States Antidumping System », in Jackson et Vermulst, *Antidumping Law and Practice, A Comparative Study,* Harvester Wheatsheaf, 1989, p. 111-113; Bello, « Access to Business Confidential Information in Antidumping Proceedings », in Jackson et Vermulst, *op. cit.,* p. 349-353; Vermulst, *Antidumping Law and Practice in the US and the European Communities: A comparative Analysis,* Elsevier, 1987, p. 69-77; Taylor et Vermulst, op. cit., p. 43-70; von Heydebrand und der Lasa, op. cit., p. 333; Schervier, « Die Änderungen des amerikanischen Antidumpings- und Ausgleichzollrechts durch den Trade und Tariff Act of 1984 », *RIW,* 1985, p. 808; Ehrenhaft, « A Practitioner's Response to the Anthony-Byrne Report: It ain't necessarily so », *Law and Pol'y in Int'l Bus.,* 1985, p. 71-79; Anthony et Byrne, « Safeguarding Confidential Information in ITC Injury Proceedings: Proposals to reduce the Risk of Disclosure », *Law and Pol'y in Int'l Bus.,* 1985, p. 1-63; Riesenfeld, « The Treatment of Confidential Information in Antidumping Cases: A Comment on the Celanese Case », *CMLRev.,* 1984, p. 553-556; Bryan et Boursereau, « Antidumping Law in the European Communities and the US: A Comparative Analysis », *George Washington Journal of International Law and Economics,* 1985, p. 631-701; Garfinkel, « Disclosure of Confidential Documents Under the Trade Agreements Act of 1979: A Corporate Nightmare », *Law and Pol'y in Int'l Bus.,* 1981, p. 465-493; Assman, « Decision Marking under the EEC and the US Antidumping Laws », *ZVglRWiss,* 1981, p. 327-354; Ehrenhaft, « What the Antidumping and Countervailing Duty Provisions of the Trade Agreements Act can, will, should mean for US Trade Policy », *Law and Pol'y in Int'l Bus.,* 1979, p. 1361-1436; Lorenzen, « Technical Analysis of the Antidumping Agreement and the Trade Agreements Act », *Law and Pol'y in Int'l Bus.,* 1979, p. 1430; Van Bael, « EEC Antidumping Law and Procedure Revisited », *Journal of World Trade Law,* 1990, p. 18.

81 — Dont une formule typique peut être trouvée dans son arrêt Roquette Frères v. United States [554 F. Supp. 1246, 1248, 4 ITRD (BNA) 1388 (Ct. Int'l Trade 1982)]: « This statute [§ 516 A (b)(2)(B) of the Tariff Act of 1930, as amended] gives the court wide latitude in determining wether or not to release confidential documents to parties involved in an antidumping proceeding. In making its determination, the court must consider (1) the needs of the litigants for data used by the Government in order to adequately respond to the antidumping finding, (2) the need of the Government in obtaining confidential information from businesses in future proceedings, and (3) the needs of the producers of sorbitol to protect from disclosure information which, in the hands of a competitor, might injure their respective positions in the industry. »

82 — Par exemple: Japan Exlan Co. v. United States [1 Ct. Int'l Trade 286, 15-23 Cust. B & Dec. 102, 3 ITRD (BNA) 1008 (1981)] où la « disclosure » a été permise parce que « based on the fact that none of the information contained therein is more recent than September 1979 with most of the information adduced dating back to 1978 or earlier, ... any sensitivity previously possessed by this data has become de minimis ».

83 — James A. Taylor et Edwin A. Vermulst, op. cit., tirent cet élément de l'interprétation par analogie de l'arrêt Roquette Frères v. United States, dans lequel la Court of International Trade a refusé la « disclosure » pour des informations soumises par des producteurs américains qui n'étaient pas requérants dans la procédure administrative.

84 — American Spring Wise Corp. v. United Stated [566 F Supp. 1538, 4, ITRD (BNA) 2210 (Ct. Int'l Trade (1983)] où la Cour a refusé d'accorder la « disclosure » d'informations qui n'étaient pas « directly relevant to the administrative determinations ».

— la motivation de la requête;

— la spécificité de l'information demandée: cet élément est fondé sur la théorie selon laquelle les informations les plus précises ou spécifiques sont plus facilement identifiables quant à leur origine;

— le respect de l'équité [85];

— le statut du conseil de la requérante.

Ce dernier élément a donné lieu à des discussions importantes dans la doctrine et la jurisprudence américaine. Jusqu'en 1983, la Court of International Trade refusait la « disclosure » au profit des « in-house counsels » ou des « corporate counsels » au motif qu'elle ne voulait pas les placer « under the unnatural and unremitting strain of having to exercise constant self-censorship in their normal working relations » [86]. Cette jurisprudence a pris fin avec un arrêt de la Court of Appeals du circuit fédéral qui affirme que la « disclosure » doit être accordée au regard d'une analyse « counsel by counsel basis » [87]. La Court of Appeals s'est notamment fondée sur le motif que tant les « in house counsels » que les « retained counsels » « are officers of the court, are bound by the same Code of Professionnal Responsibility, and are subject to the same sanctions. In-house counsels provide the same services and are subject to the same types of pressures as retained counsels. The problem and importance of avoiding inadvertent disclosure is the same for both. Inadvertence, like the thief in the night, is no respecter of its victims ».

117. Un tel système est-il transposable en droit communautaire? Comme nous l'avons déjà souligné, la doctrine [88] répond généralement par l'affirmative, et le Parlement européen souhaite que cette voie soit explorée. L'expérience américaine est déclarée satisfaisante [89]. Le Canada connaît également un système similaire [90]. Comme l'a signalé le président M. Ole Due, « il peut être justifié d'aligner même les règles de procédure sur celles des autres partenaires » du GATT [91].

118. Les difficultés d'ordre juridique sont-elles insurmontables? Les avocats, les solicitors et barristers sont tenus au respect de règles déontologiques dans tous les États

85 — Nakajima All Co. v. United Stated [3 Ct Int'l Trade 69, 3 ITRD (BNA) 1974 (1982)] où la Cour ordonna la « disclosure » au profit du conseil de Nakajima au motif que les conseils des défendeurs avaient également eu accès aux informations en cause.

86 — Atlantic Sugar I, 85 Cust. Ct. 128, 2 ITRD (BNA) 1546 (1980).

87 — US Steel III, 730 F. 2d at 1465, voir sur ce point Mc Intyre, « Can In-House Counsel be trusted with Access to a Competitor's Confidential Information? : US Steel Corp. v United States, 58 *St John's Law Review*, 890 (1984).

88 — Par exemple, Hans-Christoph von Heydebrand und der Lasa, op. cit.; James A. Taylor et Edwin A. Vermulst, op. cit., p. 69.

89 — Par exemple, James A. Taylor et Edwin A. Vermulst, op. cit., p. 44.

90 — James A. Taylor et Edwin A. Vermulst, op. cit., p. 68.

91 — Op. cit., p. 383, même si, selon votre jurisprudence constante, « l'attitude de ses partenaires commerciaux, même importants, ne suffit pas pour obliger la Communauté à procéder de la même manière » (arrêt du 5 octobre 1988, Canon/Conseil, point 15, 277/85 et 300/85, Rec. p. 5731; arrêt du 14 mars 1990, Nashua/Commission et Conseil, point 30, C-133/87 et C-150/87, Rec. p. I-719).

membres, que ces règles soient d'origine légale ou professionnelle. La violation de la confidentialité est, prima facie, sanctionnée dans tous les droits internes des États membres. Par ailleurs, les règles de la responsabilité civile devraient permettre aux entreprises victimes d'une divulgation illégale de leurs informations confidentielles d'engager la responsabilité du conseil ou de l'avocat ayant commis pareille violation. L'on voit mal sur le fondement de quelles considérations l'on pourrait estimer que, sous les mêmes garanties, les avocats européens ne sont pas en mesure de remplir le même rôle d'auxiliaire de la justice que celui de leurs homologues d'outre-Atlantique. Au demeurant, tout comportement indélicat pourrait être sanctionné par l'impossibilité pour son auteur, durant une période à déterminer, d'avoir désormais accès, dans une procédure antidumping, aux données confidentielles que contient le dossier. Une telle sanction serait d'autant plus efficace que les cabinets d'avocats pratiquant le conseil en matière de dumping ne sont pas nombreux. Elle pourrait, semble-t-il, être prévue dans le règlement de base du Conseil s'il était décidé d'instituer en droit communautaire un mécanisme similaire à l'« administrative protective order ». Dans une telle hypothèse, il conviendrait d'associer à la mise en place du système les organisations professionnelles d'avocats existant au niveau européen, le cas échéant par voie de protocole.

119. Certains commentateurs estiment, d'ailleurs, que l'instauration d'un tel système devrait réduire de façon significative la charge de travail de la Commission [92]. D'autres auteurs [93] affirment également que le droit communautaire, en l'état, n'interdit pas à votre Cour de délivrer des « protective orders » et se réfèrent à votre arrêt AM et S Europe Limited/Commission [94] où vous avez examiné in camera les documents déposés à votre demande par la requérante pour conclure à leur confidentialité. Cette opinion est peut-être valable en cas de recours en annulation devant votre Cour; en revanche, l'on peut s'interroger sur la possibilité, en l'état du droit communautaire, que vous auriez, au cours de la procédure administrative, d'être saisis d'un refus opposé par la Commission de donner certaines informations confidentielles.

120. Quoi qu'il en soit, il importe que soient dégagées les modalités permettant en la matière de concilier le double impératif de la protection de la confidentialité et du respect des droits de la défense.

121. Compte tenu des observations que nous avons développées précédemment, nous concluons

92 — James A. Taylor et Edwin A. Vermulst, op. cit., p. 69, note 126.

93 — Hans-Christoph von Heydebrand und der Lasa, op. cit., lequel se fonde sur l'article 21 du règlement de procédure.

94 — Arrêt du 18 mai 1982 (155/79, Rec. p. 1575).

— à l'annulation, dans la mesure où elle concerne les sociétés Al-Jubail Fertilizer Company et Saoudi Arabian Fertilizer Company, de l'article 1er du règlement (CEE) n° 3339/87 du Conseil, du 4 novembre 1987, instituant un droit antidumping définitif sur les importations d'urée originaires de Libye et d'Arabie saoudite [95],

— à ce que le Conseil supporte les dépens, à l'exception, toutefois, de ceux exposés par la partie intervenante, lesquels resteront à la charge de cette dernière.

95 — JO L 317 du 7.11.1987, p. 1.