CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON presentadas el 7 de febrero de 1991 *

Indice

Introducción (punto 1) I-3206

I. Presentación general I-3206

Hechos (puntos 2 y 3) I-3207

Reglamentos aplicables (puntos 4 y 5) I-3207

Motivos del recurso (punto 6) I-3207

II. Insuficiencia de la motivación (segundo motivo) (puntos 8 a 13) I-3207

III. Error manifiesto de apreciación (tercer motivo) (punto 14) I-3208

Primera imputación: La subcotación inferior de las exportaciones saudíes (puntos 15 a 24) I-3209

Segunda imputación: No haber extendido la investigación a las importaciones procedentes de Canadá (puntos 25 a 28) I-3211

Tercera imputación: No haber tenido suficientemente en cuenta el descenso de los costes de producción comunitarios (puntos 29 a 39) I-3212

Cuarta imputación: Importaciones realizadas a precios de dumping por fabricantes italianos (puntos 40 a 47) I-3215

IV. Error de Derecho y falseamiento de los hechos (cuarto motivo) (punto 48) I-3216

Primera imputación: Negativa de reajustes por diferencia de fase comercial (puntos 49 a 53) I-3216

Segunda imputación: Negativa de reajustes por descuentos de cantidad (puntos 54 a 59) ... I-3218

(Estas imputaciones se formulan asimismo en relación con el primer motivo, relativo a la violación del derecho de defensa) (punto 60) I-3219

* Lengua original: francés.

V. Violación del derecho de defensa (primer motivo) I-3219

Presentación de las tres imputaciones específicas (puntos 61 a 70) I-3219

Referencia general a la problemática del derecho de defensa (puntos 71 a 80) I-3221

Necesidad de prescindir de determinados documentos en el debate (puntos 81 a 88) I-3223

Imputaciones fundadas en la negativa de reajustes por diferencia de fase comercial y por descuentos de cantidad (puntos 89 a 94) I-3225

Imputación fundada en la modificación de la forma de calcular el derecho antidumping (punto 95) I-3226

Imputación fundada en el importe de los reajustes por almacenaje (puntos 96 a 98) I-3227

Imputación fundada en la determinación del umbral de perjuicio: la problemática de la confidencialidad (puntos 99 a 112) I-3227

Conclusión sobre la conformidad a Derecho del Reglamento impugnado (punto 113) I-3231

Informaciones sobre la situación del Derecho americano y de la posible adaptación al mismo del Derecho comunitario (puntos 114 a 120) I-3231

Conclusión (punto 121) I-3234

Señor Presidente,
Señores Jueces,

I. Presentación general

1. Mediante el presente recurso, las sociedades saudíes Al-Jubail Fertilizer Company y Saudi Arabian Fertilizer Company (en lo sucesivo, «las demandantes») solicitan que este Tribunal de Justicia anule, en la medida en que se refiere a ellas, el artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 3339/87 del Consejo, de 4 de noviembre de 1987, por el que se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de urea originaria de Libia y Arabia Saudí.[1]

2. Las sociedades demandantes integran una empresa conjunta de cuyo accionariado común es titular la Saudi Basic Industries Corporation, sociedad constituida en 1976 por el Gobierno saudí. Según las demandantes, sus primeras exportaciones de urea hacia la Comunidad comenzaron en 1985. Desde el mes de mayo de 1986, para no sufrir la caída de los precios en el mercado comunitario, decidieron cesar dichas exportaciones.

1 — DO L 317, p. 1.

3. Recordaré brevemente algunos hechos. La Comisión inició, el 11 de noviembre de 1986,[2] un procedimiento antidumping relativo a las importaciones a la Comunidad de urea originaria de Checoslovaquia, República Democrática Alemana, Kuwait, Libia, Arabia Saudí, Unión Soviética, Trinidad y Tobago y Yugoslavia. El 8 de mayo de 1987 promulgó un Reglamento por el que se establece un derecho antidumping provisional sobre dichas importaciones.[3] Este derecho antidumping provisional «será igual al importe en que el precio neto por tonelada, franco frontera comunitaria, sin despachar de aduanas, sea inferior a 133 ECU».[4] Se prorrogó dicho Reglamento por un período que no podía pasar de dos meses mediante el Reglamento (CEE) nº 2691/87 del Consejo, de 3 de septiembre de 1987.[5]

4. El 4 de noviembre de 1987, el Consejo promulgó el Reglamento nº 3339/87, por el que se establece un derecho antidumping definitivo del 40 % sobre las importaciones procedentes de Arabia Saudí, del 34 % sobre las procedentes de Libia y se aceptan los compromisos de las empresas de los demás terceros Estados afectadas por el procedimiento. Dicho Reglamento constituye el objeto del presente recurso.

5. Precisaré que el Reglamento (CEE) nº 450/89 del Consejo, de 20 de febrero de 1989,[6] que fue objeto de un recurso de anulación mediante el asunto C-193/89, redujo el importe del derecho sobre las importaciones de urea procedentes de Arabia Saudí al 12,8 %.[7]

6. Las demandantes, en apoyo de su recurso, formulan cuatro motivos que alegan sucesivamente violación del derecho de defensa, insuficiencia de motivación, error manifiesto de apreciación y, por último, error de Derecho y falseamiento de los hechos. Precisaré que el primer motivo comprende sobre todo dos imputaciones relativas a la negativa que opusieron las Instituciones comunitarias a conceder determinados reajustes, negativa que constituye también objeto del cuarto motivo.

7. Examinaré, en último lugar, la cuestión de la violación del derecho de defensa porque esta problemática, cuya importancia no hace falta subrayar, no ha suscitado hasta el presente, en materia de dumping, la amplia reflexión jurisprudencial y doctrinal que puede apreciarse en materia de derecho de la competencia. Ello justifica, por consiguiente, que se le dedique aquí un examen más detallado.

II. Insuficiencia de la motivación

8. El segundo motivo comprende una sola imputación. Las demandantes censuran al Consejo no haber motivado lo bastante la sustitución del derecho provisional, fijado por referencia a un precio umbral, por un derecho definitivo *ad valorem*.

2 — DO C 254, p. 3.

3 — Reglamento (CEE) nº 1289/87 de la Comisión, por el que se establece un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de urea originaria de Checoslovaquia, República Democrática Alemana, Kuwait, Libia, Arabia Saudí, Unión Soviética, Trinidad y Tobago y Yugoslavia (DO L 121, p. 11).

4 — Apartado 2 del artículo 1 del Reglamento nº 1289/87.

5 — Reglamento por el que se prorroga el derecho antidumping provisional establecido sobre las importaciones de urea originaria de Checoslovaquia, República Democrática Alemana, Kuwait, Libia, Arabia Saudí, Unión Soviética, Trinidad y Tobago y Yugoslavia (DO L 254, p. 20).

6 — Reglamento por el que se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de urea originaria de Estados Unidos de América y de Venezuela y por el que se adopta el derecho antidumping definitivo para Arabia Saudí previsto por el Reglamento (CEE) nº 3339/87 (DO L 52, p. 1).

7 — Artículo 2.

9. Por otra parte, el Reglamento impugnado no contiene ningún considerando sobre este punto concreto. Sin embargo, el Consejo y la Comisión consideran que no procede motivar el cambio de la forma de calcular el derecho antidumping y subrayan la independencia entre el derecho provisional y el derecho definitivo.

10. Es verdad que el primero fue establecido por la Comisión y el segundo por el Consejo. A mi entender, la independencia entre ambos derechos se expresa sobre todo en la letra a) del apartado 2 del artículo 12 del Reglamento de base[8] que establece: «Cuando se haya aplicado un derecho provisional, el Consejo, con independencia de si debe imponerse un derecho antidumping o compensatorio definitivo, decidirá en qué medida se percibirá definitivamente el derecho provisional [...]». De este modo, nada impide, como fue el caso por lo demás para los exportadores de Checoslovaquia, República Democrática Alemana, Kuwait y Unión Soviética,[9] la percepción del derecho antidumping provisional sin que se haya establecido un derecho definitivo.

11. Sin duda puede recordarse también —sin insistir en ello demasiado— que el derecho antidumping definitivo no es la corrección o la modificación del derecho provisional. El único vínculo entre ambos derechos se refiere al importe del derecho percibido con carácter definitivo, que no podrá sobrepasar ni el importe que se estableció provisionalmente ni el perjuicio sufrido por el sector económico comunitario.[10]

12. La jurisprudencia de este Tribunal de Justicia reconoce por lo demás a las Instituciones comunitarias una amplia facultad de apreciación para determinar, en cada caso, el «tipo de derecho» más adecuado para garantizar la defensa contra importaciones que sean objeto de dumping.[11] Ahora bien, el propio Tribunal nunca ha resuelto que el Consejo, para elegir la forma de calcular el derecho definitivo, deba tener en cuenta la apreciación realizada por la Comisión al establecer el derecho provisional ni, *a fortiori*, que el primero deba justificar un cambio en dicha forma de cálculo. Por consiguiente, la exigencia de motivación tal como se contiene en el artículo 190 del Tratado CEE no podría aplicarse a la diferencia que existe entre la forma de cálculo aplicada por el Consejo para el derecho definitivo y la adoptada por la Comisión para el derecho provisional. Por ello no puede estimarse el segundo motivo de anulación.

13. Por lo demás, el Consejo indica en su escrito de contestación que el principio del establecimiento de un derecho antidumping definitivo así como su importe están lo bastante motivados por los apartados 44 y 45 de los considerandos del Reglamento impugnado. Me limito a señalar que las demandantes no se han opuesto a esta afirmación.

III. Error manifiesto de apreciación

14. El tercer motivo de anulación lleva a la apreciación de la *conformidad a Derecho in-*

8 — Lo era entonces el Reglamento (CEE) nº 2176/84 del Consejo, de 23 de julio de 1984, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping o de subvenciones por parte de países no miembros de la Comunidad Económica Europea (DO L 201, p. 1; EE 11/21, p. 3).

9 — Apartado 2 del artículo 3 del Reglamento impugnado.

10 — Véase, al respecto, el apartado 3 del artículo 13 del Reglamento de base.

11 — Sentencia de 27 de marzo de 1990, Cartorobica (C-189/88, Rec. p. I-1269), apartado 25, en que se trataba de disposiciones idénticas del artículo 13 del Reglamento (CEE) nº 3017/79 del Consejo, de 20 de diciembre de 1979, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping o de subvenciones por parte de países no miembros de la Comunidad Económica Europea (DO L 339, p. 1), Reglamento de base en vigor a la sazón; véase igualmente sentencia de 11 de julio de 1990, Neotype/Consejo (C-305/86, Rec. p. I-2945), apartado 58.

tema del acto impugnado. Este motivo se refiere a la existencia de errores manifiestos de apreciación al establecer el derecho antidumping definitivo sobre las importaciones saudíes. Comprende cuatro imputaciones.

15. La primera se funda en el hecho de que el derecho antidumping definitivo relativamente elevado aplicado a la urea procedente de Arabia Saudí está en contradicción con los medios de prueba presentados. De este modo las demandantes afirman que, según las estadísticas de importación de Eurostat relativas a los años 1986 y 1987, la urea saudí costaba más que la que procedía de otros terceros Estados respecto a cuyas importaciones los derechos antidumping eran de cuantía inferior. Igualmente, la denuncia presentada por los productores europeos mostraba, según las demandantes, una subcotación mayor respecto a las importaciones procedentes de otros terceros Estados a los que se había referido la investigación que para la urea saudí. Por último, las respuestas al cuestionario de la Comisión demostraban claramente, según las demandantes, que los precios de la urea procedente de Libia eran inferiores a los de la urea originaria de Arabia Saudí.

16. Es verdad que le sistema general de la normativa antidumping consiste en tomar en consideración respecto a las importaciones sospechosas de dumping, por lo menos en primer lugar, la situación del mercado del tercer Estado del que se trate, tanto el mercado interior como el de exportación a la Comunidad.[12] De todas formas, teniendo en cuenta que los costes de producción, sobre todo, pueden ser muy distintos de un tercer Estado a otro, el hecho de que los precios de exportación de una empresa de uno de tales Estados sean inferiores a los de una empresa establecida en otro de dichos Estados no impide de ningún modo que esta última pueda practicar un margen de dumping más importante.

17. Sin embargo, una vez que el importe del derecho se determina no por referencia al margen de dumping, sino en relación con el perjuicio padecido por el sector económico comunitario, las Instituciones de la Comunidad deben deducir lealmente el importe del derecho comparando los precios de exportación de las empresas de los terceros Estados que se consideren y el umbral de perjuicio. Esta exigencia deriva esencialmente del apartado 5 del artículo 13 del Reglamento de base, que prohíbe la imposición de un derecho antidumping de forma discriminatoria, cuando un producto se importa a la Comunidad desde varios países.

18. El importe del derecho antidumping definitivo sobre las importaciones procedentes de Libia se ha fijado en un 34 % en el apartado 2 del artículo 1 del Reglamento impugnado. Ahora bien, las respuestas al cuestionario que dieron dos importadores italianos[13] muestran que, en lo que a ellos concierne, los precios en el mercado comunitario de la urea libia eran sensiblemente inferiores a los de la urea saudí.[14] Como se ha dicho, las demandantes alegan también las estadísticas Eurostat, así como las cifras de subcotaciones que aparecían en la denuncia antidumping.

12 — Este Tribunal de Justicia ha vuelto a recordar recientemente lo que había que entender por «dumping» en la sentencia de 11 de julio de 1990, Electroimpex y otros/Consejo (C-157/87, Rec. p. I-3021), apartados 21 y 22.

13 — Anexo 12 del recurso.

14 — Arabia Saudí: 118 USD (precio C/F); Libia: 82 USD (precio C/F) para CerealToscana SpA; por lo que se refiere a Attilio Carmagnani «AC» SpA, figuran los precios de 84, 78, 75 y 69 USD respecto a la urea libia.

19. El Consejo alega que los datos proporcionados por los dos importadores italianos son extraordinariamente limitados y que el importe del derecho definitivo se ha determinado calculando un precio medio de exportación respecto a todo el período de referencia para cada uno de los países considerados en la investigación. Por otra parte, añade que las estadísticas Eurostat no son fiables, hasta el punto de que el Consejo reconoce que han sido utilizadas para determinar los precios libios, a falta de otras informaciones.

20. Pero sin duda esta Sala, teniendo en cuanta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no va a pronunciarse sobre si existe o no una discriminación ni a elegir entre los elementos parciales, pero turbadores, que presentan las demandantes y las respuestas muy generales del Consejo. En efecto, en materia de dumping, este Tribunal de Justicia se ha negado ya a anular un Reglamento que establecía derechos definitivos, incluso cuando se había probado que una sociedad afectada por otra Decisión había recibido un trato más favorable, por la razón de que sólo el primer Reglamento había sido objeto de recurso y porque había sido adoptado a partir de comprobaciones efectuadas correctamente en el curso de la investigación antidumping y de acuerdo con las disposiciones del Reglamento de base. [15]

21. En efecto, en dichos asuntos las demandantes alegaban el motivo de la discriminación fundándose en el hecho de que

«el procedimiento antidumping relativo a la importación de MEE fabricados por Nakajima concluyó posteriormente en una Decisión de la Comisión [16] de 12 de febrero de 1986 [...], con arreglo a la cual el margen de dumping de dicha sociedad debía considerarse insignificante», [17]

este Tribunal de Justicia respondió decidiendo:

«Dado que la exclusión de Nakajima de las sociedades gravadas con un derecho antidumping definitivo parte de dicha Decisión, una discriminación a favor de Nakajima, aunque se probara, no puede llevar a la anulación del Reglamento por el que se impone un derecho definitivo a Sharp, Reglamento adoptado basándose en comprobaciones correctamente efectuadas durante la investigación antidumping y de conformidad con las reglas del Reglamento nº 2176/84.» [18]

22. Como señaló entonces el Abogado General Sir Gordon Slynn, en sus conclusiones sobre la sentencia Sharp Corporation,

«si un exportador practica dumping, hay efectivamente un dumping a su cargo y no puede exculparse remitiéndose a otro exportador tanto si éste practica también un dumping como si no». [19]

23. Es preciso, pues, reconocer que, suponiendo demostrada una discriminación entre las importaciones originarias de Libia y las procedentes de Arabia Saudí, ese hecho no podría conducir eventualmente más que a

15 — Sentencias de 5 de octubre de 1988, Sharp Corporation/Consejo (301/85, Rec. p. 5813), apartado 22; de 5 de octubre de 1988, TEC/Consejo (asuntos acumulados 260/85 y 106/86, Rec. p. 5855), apartado 18, y de 5 de octubre de 1988, Silver Seiko/Consejo (asuntos acumulados 273/85 y 107/86, Rec. p. 5927), apartado 55.

16 — Decisión de archivo del procedimiento.

17 — 301/85, antes citado, apartado 21; véanse también los asuntos acumulados 273/85 y 107/86, antes citados, apartado 54.

18 — 301/85, antes citado, apartado 22; véanse también los asuntos acumulados 260/85 y 106/86, antes citados, apartado 18, y los asuntos acumulados 273/85 y 107/86, antes citados, apartado 55.

19 — Rec. 1988, p. 5844; véanse también sus conclusiones sobre la sentencia TEC, Rec. 1988, p. 5894.

replantear el derecho antidumping sobre las importaciones libias en la medida en que se hubieran beneficiado de un trato más favorable injustificado, pero no a la anulación del Reglamento impugnado en la medida en que se aplica a las importaciones saudíes, toda vez que dicho Reglamento ha sido establecido basándose en comprobaciones efectuadas correctamente y conformes con el Reglamento de base. [20]

24. Por ello no cabe estimar este motivo en su primera imputación.

25. La segunda imputación se refiere a la no extensión del procedimiento de investigación a las importaciones procedentes de Canadá. Las demandantes recuerdan que señalaron [21] a la Comisión que las importaciones canadienses se efectuaban a un precio inferior en 5,7 ECU por tonelada al precio medio de las importaciones originarias de Arabia Saudí. El apartado 36 de los considerandos del Reglamento impugnado responde a esta dificultad: «Por lo que respecta a las importaciones procedentes de terceros países no implicados en aquellos procedimientos que tuvieron lugar antes de la iniciación de los actuales, la Comisión examinó las participaciones de cada uno de dichos países exportadores en el mercado comunitario, sobre la base de los elementos de prueba presentados *prima facie* por las partes que formularon la queja. Se comprobó que dichos países no obtuvieron participaciones importantes en el mercado que fueran suficientes para contribuir de modo importante al supuesto perjuicio [...]».

26. El Consejo explica que la Comisión no ha querido extender la investigación a las importaciones procedentes de Canadá porque, por una parte, las mismas no estaban incluidas en la denuncia y, por otra, porque su volumen suponía únicamente el 0,7 % del mercado comunitario de la urea. Recuérdese que, según una carta de la Comisión de 13 de agosto de 1987, [22] la cuota de mercado de las empresas saudíes en la Comunidad era de 3,11 % durante los nueve primeros meses del año 1987.

27. No se trata aquí más que de otro supuesto de discriminación. Las demandantes critican el trato que estiman muy favorable concedido a las importaciones procedentes de Canadá. La jurisprudencia que acabo de recordar, sin embargo, priva de oportunidad a esta objeción. Por otra parte, ha de señalarse la gran semejanza entre la problemática de los asuntos Sharp Corporation, TEC y Silver Seiko y la del presente procedimiento. En aquéllos se discutía el archivo del procedimiento antidumping en provecho de Nakajima, a causa de que el margen de dumping de dicha sociedad era insignificante; aquí se critica el hecho de no incluir las importaciones canadienses en la investigación por no ser significativas sus cuotas de mercado.

28. Por ello, la segunda imputación parece destinada también al fracaso, sin que sea menester examinar si, en efecto, las cuotas de mercado de las empresas canadienses eran insignificantes. [23]

20 — Advierto, por lo demás, que este Tribunal de Justicia ha dispuesto: «Un Reglamento que imponga derechos antidumping diferentes a una serie de operadores económicos sólo afecta individualmente a uno de ellos por medio de las disposiciones que le imponen un derecho antidumping particular y fijan su importe y no por las que imponen derechos antidumping a otras sociedades» (sentencia de 14 de marzo de 1990, Gesteiner, C-156/87, Rec. p. I-781, apartado 12), lo que llevaría a la no admisión de una eventual oposición de los demandantes, en el presente recurso de anulación, al Reglamento, en la medida en que éste establece un derecho antidumping sobre las importaciones originarias de Libia.

21 — Mediante carta de 11 de marzo de 1987 (Anexo 13 del recurso).

22 — Recurso, Anexo 9.

23 — La jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, por otra parte, no reconoce perfecta aplicabilidad al criterio de que sea escasa la cuota de mercado ya que, en la sentencia de 5 de octubre de 1988, Technointorg/Comisión y Consejo (asuntos acumulados 294/86 y 77/87, Rec. p. 6077), apartado 41, el propio Tribunal consideró conforme al Reglamento de base que se tuviera en cuenta el efecto del conjunto de las importaciones sobre el sector económico comunitario y, por consiguiente, la adopción de las oportunas medidas en relación con todos los exportadores, incluso si el volumen de las exportaciones de cada uno de ellos, estimado por separado, fuera de poca importancia.

29. La tercera imputación se funda en que, según las demandantes, no se ha tenido suficientemente en cuenta el descenso de los costes de producción del sector económico comunitario. No se ha discutido que, a lo largo del período de referencia, haya tenido lugar un descenso en dichos costes: 16 % en Italia, 31 % en Francia y 20,4 % en Irlanda, durante los nueve primeros meses de 1986 en relación con el año anterior.[24] Las demandantes se oponen de hecho a que la Comisión haya establecido una media de dichos costes a lo largo del período de investigación, en razón a que dicho método lleva, al final de dicho período, a un coste medio más elevado que el coste de producción que podía contemplarse entonces y, por ende, a un derecho antidumping superior al que hubiera sido necesario para suprimir el perjuicio. Al actuar de este modo, las Instituciones comunitarias infringieron según las demandantes las disposiciones del apartado 3 del artículo 13 del Reglamento de base.

30. Replica el Consejo que los citados descensos en los costes de producción no lo son en realidad, en cada uno de los mencionados países, más que de un solo fabricante y que se produjeron después de que los mismos costes se habían incrementado sensiblemente el año anterior. Por lo demás, los costes de producción en los demás Estados miembros, especialmente en el Reino Unido, o se mantuvieron estables o incluso aumentaron.

31. El apartado 32 de los considerandos del Reglamento impugnado contiene por otra parte indicaciones numerosas en relación con el fabricante del Reino Unido, cuyos costes de producción (por unidad) fueron en 1985 superiores en un 15 % a los de 1984 y permanecieron relativamente estables durante los nueve primeros meses de 1986, así como respecto al único productor nacional de Irlanda, cuyos costes de producción aumentaron en un 41,6 % entre 1984 y 1985. Igualmente, el Reglamento nº 1289/87, que impuso los derechos provisionales, precisa en el apartado 31 de los considerandos que los costes unitarios de producción de uno de los dos productores italianos superaron en 1985 los de 1984 en un 15 %, mientras que el precio de venta neto medio disminuyó durante dicho período en un 2 % aproximadamente. Por el contrario, si dichos costes descendieron efectivamente un 16 % en el curso de los nueve primeros meses del año 1985 en relación con los nueve primeros meses del año anterior, el precio unitario medio neto después de la rebaja se redujo en un 27 %. Según el apartado 32 de los considerandos del mismo Reglamento, uno de los productores franceses ha visto cómo sus costes medios de producción en fábrica permanecían prácticamente estables, mientras que el fabricante francés cuyos costes de producción han descendido efectivamente en un 31 % ha experimentado una reducción en sus beneficios de un 83 % aproximadamente.

32. En todo caso, la dificultad esencial parece que reside en la determinación del *período* a lo largo del cual debe valorarse el importe del perjuicio padecido por el sector económico comunitario. Las demandantes interpretan el apartado 3 del artículo 13 del Reglamento de base, según el cual «[el importe de los derechos] deberá ser inferior si el derecho así reducido es suficiente para hacer desaparecer el perjuicio» como si obligara necesariamente a determinar el umbral del perjuicio *en el momento de establecerse los derechos.* El Consejo entiende por el contrario que el umbral del perjuicio debe calcularse teniendo en cuenta el perjuicio padecido *durante el período de la investigación* y no el que existía en el momento de establecerse los derechos antidumping.

24 — Recurso, apartado 66; véanse también los apartados 31 y 32 de los considerandos del Reglamento nº 1289/87 y el apartado 32 de los considerandos del Reglamento nº 3339/87.

33. La lectura del artículo 4 del Reglamento de base me inclina a pensar que sólo es acertada la tesis del Consejo. Efectivamente, las reglas que establece dicho artículo exigen especialmente examinar el volumen y los precios de las importaciones que sean objeto de dumping (ya que el volumen y los precios de las importaciones que no sean objeto de dumping o la contracción de la demanda deben excluirse, por lo que se refiere a sus consecuencias, de la determinación del perjuicio) y también el impacto que de aquéllos deriva sobre el correspondiente sector económico comunitario. No puede realizarse este examen sino a la vez que el destinado a determinar el margen de dumping. Esto es por lo demás lo que exige *taxativamente* la letra c) del apartado 1 del artículo 7 del Reglamento de base, al indicar que la investigación, que cubrirá normalmente un período de una duración mínima de seis meses inmediatamente anterior a la apertura del procedimiento «se centrará tanto en el dumping [...] como en *el perjuicio que se derive de estas prácticas*».[25] La tesis defendida por las demandantes, por tanto, es frontalmente contraria a las disposiciones del Reglamento de base. También lo es frente a las disposiciones del segundo Código antidumping del GATT que, en el apartado 2 de su artículo 5, precisa: «Las pruebas del dumping y del daño se examinarán simultáneamente [...] durante el curso de la investigación [...]» (EE 11/12, p. 130).

34. Por otra parte, la solución que defienden las demandantes supondría un grave riesgo de fraude. Efectivamente, una vez advertidos de la apertura de una investigación antidumping, los exportadores de los terceros países afectados tendrían la posibilidad de elevar, aunque sólo fuera de momento, el importe de sus precios de exportación para evitar la comprobación no sólo de un dumping sino también de la cuantía del daño padecido por el sector económico comunitario que, por cierto tiempo, podría recuperar las cuotas de mercado recién perdidas.

35. Este Tribunal de Justicia ha rechazado ya semejante posibilidad en su sentencia Toyo/Consejo,[26] en la que afirma:

«[...] el Reglamento nº 3017/79[27] no prevé en absoluto que se tomen en consideración los aumentos espontáneos de precio efectuados después del período cubierto por la investigación. En esta materia, el proceso de decisión incluye una investigación cuya apertura y cuyo desarrollo están fijados por el artículo 7 de dicho Reglamento. Esa investigación debe permitir, gracias a un procedimiento contradictorio, demostrar los hechos incontestables en los que se basará o bien la decisión de declarar concluso el procedimiento o bien el establecimiento de derechos antidumping. De los considerandos 14 y 15 del mismo Reglamento resulta también que el procedimiento de investigación no debe obstaculizar una acción rápida y eficaz de la Comunidad. La necesidad de conciliar esos dos objetivos hace indispensable que el período cubierto por la investigación, durante el que se produjeron los hechos que han de probarse, sea de una duración bien determinada y limitada en el tiempo»,[28]

para deducir de ahí:

«Aunque NTN invoque la infracción del epígrafe A del artículo 2 y del artículo 13 del Reglamento nº 3017/79, que hacen depender el establecimiento de un derecho antidumping de la existencia de un perjuicio, conviene señalar que los aumentos de pre-

25 — El subrayado es mío.

26 — Sentencia de 7 de mayo de 1987 (240/84, Rec. p. 1809).

27 — Reglamento de base en vigor a la sazón.

28 — Apartado 26.

cio, decididos después de haber finalizado el período cubierto por la investigación, pueden dar lugar, llegado el caso, a que se reconsidere la situación, con arreglo al artículo 14 del Reglamento nº 3017/79, o a la devolución de los derechos percibidos, con arreglo al artículo 15 del mismo Reglamento. Por lo tanto, es inadmisible que el procedimiento antidumping no pueda llevarse a término o que una decisión de establecer un derecho antidumping definitivo no pueda adoptarse por la simple razón de que las sociedades afectadas por el derecho antidumping provisional hayan efectuado unos aumentos de precio espontáneos una vez finalizado el período cubierto por la investigación».[29]

36. Según observó el Abogado General Sr. Mancini en sus conclusiones[30] sobre este asunto:

«[...] en el Reglamento nº 3017/89 no existe ninguna disposición que obligue a la Comisión o al Consejo a evaluar positivamente los aumentos de precios efectuados por los exportadores. [...] es, en efecto, normal [...] que un exportador sometido a una investigación o afectado por el pago de un derecho [...] provisional aumente sus precios, sobre todo cuando está vinculado al importador por vínculos comerciales. En todo caso, me parece evidente que, si se admitiera, la tesis de las demandantes implicaría la instauración de un sistema permanente de investigación y, lo que es peor, condenaría al fracaso cualquier tentativa destinada a comprobar la existencia de un margen antidumping.»

37. Semejante razonamiento es válido también no sólo respecto a los precios de exportación, sino también a los costes de producción del sector económico comunitario. En efecto, el argumento que proponen las demandantes, según el cual los exportadores de terceros países no tienen influencia en tales costes de producción, no es admisible. Por más que, evidentemente, no pueden influir en dichos costes como en el importe de sus precios de exportación, su comportamiento comercial en todo caso y especialmente su política en materia de precios, después de haber pasado el período de investigación, puede modificar provisionalmente la extensión del perjuicio padecido por los fabricantes comunitarios, al recuperar éstos temporales las cuotas de mercado que habían perdido a consecuencia de las importaciones afectadas por el dumping.

38. El momento en que debe valorarse el perjuicio del sector económico comunitario y la prohibición de tener en cuenta acontecimientos que se produjeron después del período de investigación son evidentemente dos hechos estrechamente vinculados. Por consiguiente, sólo el cálculo de los costes de producción medios *durante el período de investigación* permite responder a las exigencias de la normativa antidumping. Por lo tanto, procede rechazar también esta imputación.

39. Verdad es, como se ha dicho, que el Reglamento nº 450/89 redujo el derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de urea originaria de Arabia Saudí a un 12,8 %.[31] El período de investigación para este procedimiento, fijado del 1 de octubre de 1986 al 30 de septiembre de 1987, sigue inmediatamente al del Reglamento impugnado, que va del 1 de julio de 1985 al 30 de

29 — Apartado 27. Véanse también los términos similares de los apartados 52 y 53 de la sentencia de 7 de mayo de 1987, Nippon Seiko/Consejo (258/84, Rec. p. 1923).

30 — Rec. p. 1847.

31 — Artículo 2.

septiembre de 1986. El apartado 29 de los considerandos del Reglamento nº 450/89 precisó: «Este nuevo examen de las medidas indujo a la Comisión a volver a calcular el derecho antidumping definitivo para Arabia Saudí basándose en el nuevo umbral de perjuicio determinado en el presente procedimiento, para tener en cuenta la evolución de los costes de producción del productor comunitario representativo». En todo caso, teniendo en cuenta las importantes variaciones de los costes de producción que se comprobaron en los años 1984 y 1985 (por ejemplo, descenso de los costes de producción de un 31 % en un fabricante francés) que acabo de recordar, no hay *a priori* nada anormal en que el derecho antidumping se reduzca del 40 al 12,8 %, como consecuencia del descenso durante doce meses de los costes de producción de la industria comunitaria, dejando siempre a salvo lo que se dirá sobre el carácter confidencial de dichos costes cuando se examine el motivo relativo al derecho de defensa.

40. La cuarta imputación se refiere a la existencia de importaciones de urea procedentes de Abu Dhabi, Libia y la Unión Soviética realizadas a precios de dumping por fabricantes italianos. Cuando la Comisión se ha negado a tener en cuenta dichas importaciones ha incurrido, según las demandantes, en un error de apreciación al determinar el daño.

41. El apartado 26 de los considerandos del Reglamento impugnado se hace eco de esta dificultad. Se precisa en él: «Varias partes interesadas por el resultado de estos procedimientos argumentaron que deberían tenerse en cuenta las importaciones objeto de dumping efectuadas por productores comunitarios tras la finalización del período objeto de investigación. Tuvo que rechazarse dicho argumento, ya que sería contrario a la letra c) del apartado 1 del artículo 7 del Reglamento (CEE) nº 2176/84, que establece que la investigación del dumping cubrirá el período anterior a la apertura del procedimiento, tomando en consideración importaciones objeto de dumping realizadas después del período investigado».

42. Las demandantes afirman, en primer lugar, que lo dispuesto por la letra c) del apartado 1 del artículo 7 se refiere a la determinación del margen de dumping y no al del perjuicio.

43. Como acabo de recordar, la propia formulación de este artículo es contraria al parecer a la tesis de las demandantes («dicha investigación se centrará tanto en el dumping o las subvenciones como *en el perjuicio que se derive de estas prácticas*» [32]).

44. Las demandantes afirman, en segundo lugar, que el Reglamento de base no prohíbe tener en cuenta acontecimientos producidos después de transcurrido el período de referencia. Al efecto citan varias resoluciones de la Comisión [33] así como la sentencia Gerlach [34] de este Tribunal de Justicia.

45. La lectura de dicha sentencia, que se refiere por otra parte a la normativa en materia de dumping del Tratado CECA, prueba que en realidad el Tribunal de Justicia no ha decidido realmente sobre las dificultades que nos ocupan. En aquel asunto se trataba de resolver acerca de la licitud, en relación con la recomendación de base 77/329/CECA, [35] de un método de cálculo

32 — El subrayado es mío.

33 — Recurso, apartado 77 y nota 36.

34 — Sentencia de 24 de octubre de 1985 (239/84, Rec. p. 3507).

35 — Recomendación de la Comisión, de 15 de abril de 1977, relativa a la defensa contra las prácticas de «dumping», primas o subvenciones por parte de países no miembros de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (DO L 114, p. 6).

de los derechos antidumping adoptado por la Comisión en relación con precios de base en ecus y tipos de conversión publicados con fecha fija y no con el sistema «de Derecho común» en el que el valor del ecu y los tipos de conversión se recogen cada día en los mercados de cambios y se publican diariamente en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas.*

46. Por el contrario, el examen que he dedicado al momento en que se debería valorar el perjuicio y sobre todo el recuerdo de la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia en las sentencias Toyo y Nippon Seiko adquieren también aquí todo su valor. Las importaciones efectuadas por los fabricantes comunitarios *después de finalizado el período de investigación* no debían ser tenidas en cuenta por las Instituciones comunitarias para determinar el daño.

47. Con carácter totalmente subsidiario añadiré que, según las sentencias TEC y Silver Seiko de este Tribunal de Justicia, las importaciones realizadas por fabricantes comunitarios a precios de dumping no influyen en el perjuicio sufrido por el sector económico comunitario por ser de volumen relativamente escaso.[36] En dichos asuntos se trataba de importaciones realizadas para completar lagunas en el abanico de productos de las empresas comunitarias interesadas. Además, me parece que no deben excluirse otras justificaciones y sobre todo, como en el presente caso, el cuidado de no vender la propia producción a precios poco rentables y aprovisionar provisionalmente a sus clientes mediante importaciones a precios muy bajos. El criterio esencial de la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia sobre este punto me parece que es el volumen insignificante de estas importaciones. A este respecto, el Consejo ha afirmado, sin ser contradicho, que las importaciones que no se han tomado en consideración representaban el 0,3 % del consumo comunitario de urea, 0,35 % de la producción comunitaria y 0,4 % de las ventas de los fabricantes comunitarios. Me parece pues que la imputación carece de fundamento y el tercer motivo en su conjunto carece de pertinencia.

36 — Asuntos acumulados 273/85 y 107/86, antes citados, apartado 39, y asuntos acumulados 260/85 y 106/86, antes citados, apartado 47.

IV. Error de Derecho y falseamiento de los hechos (cuarto motivo)

48. El cuarto motivo se refiere al error de Derecho y al falseamiento de los hechos. Se articula en dos imputaciones basadas en la negativa de las Instituciones comunitarias a conceder reajustes para tener en cuenta, por una parte, la diferencia entre las fases comerciales en que se vendía la urea en Arabia Saudí y en la Comunidad y, por otra parte, los descuentos de cantidad concedidos en ventas de un volumen importante.

49. En el primer aspecto, las demandantes alegan que la mayoría de las ventas de urea en Arabia Saudí se realizan directamente a los agricultores. Al contrario, en la Comunidad los compradores eran sociedades comerciales o un fabricante que utilizaba la urea como materia prima para fabricar cola. Su petición de reajuste, fundada en la letra c) del apartado 10 del artículo 2 del Reglamento de base, fue rechazada.

50. Al respecto dispone el apartado 20 de los considerandos del Reglamento impugnado:

«El productor/exportador de Arabia Saudí solicitó también un reajuste adicional por diferencias de nivel comercial, ya que todas las ventas realizadas en el mercado interior lo fueron a los usuarios finales, es decir, agricultores o empresas agrarias, con excepción de los suministros realizados a un cliente, gran consumidor industrial de urea, que tuvo derecho, en principio, a un descuento adicional, mientras que más del 70 % de los envíos a la Comunidad tuvieron, supuestamente, un uso industrial para clientes que transforman la urea en otros tipos de fertilizantes.

No se atendió esta solicitud porque se consideró que no se probó de modo satisfactorio que hubiera una diferencia en el nivel comercial, puesto que la mayoría de las ventas, tanto en el mercado interior como las de exportación, se realizaron a usuarios finales. Además, el productor/exportador admitió que el cliente implicado de Arabia Saudí no se había beneficiado del citado descuento durante el período objeto de investigación.»

51. Por su parte, el Consejo entiende que no hay diferencias de nivel comercial entre las ventas que se hacen en Arabia Saudí, esencialmente a los agricultores, y las que se realizan en la Comunidad a industriales que utilizan la urea como materia prima, porque el producto de que se trata no se revende sin más en el mercado y, en cierta medida, desaparece de los circuitos comerciales. Por lo tanto, según el Consejo, también los compradores industriales en la Comunidad deben considerarse usuarios finales.

52. Las demandantes explican que un importante fabricante comunitario de urea, en su respuesta al cuestionario de la Comisión, indicó que no realizaban ventas a usuarios finales e indicaba entre sus clientes una sociedad que fue considerada usuario final por las Instituciones comunitarias. Pero antes de que esta Sala se pronuncie sobre el fondo, procede examinar el motivo de legalidad externa que invocan las demandantes.

53. El conjunto de estos hechos constituye, efectivamente, el apoyo necesario, entre otros, del motivo que consiste en la violación del derecho de defensa. Las demandantes alegan, en su primer motivo, lo que podría calificarse de «sustitución de motivos». Con fundamento en la letra c) del apartado 10 del artículo 2 del Reglamento de base, que exige que las diferencias de fase comercial sean objeto de reajuste únicamente cuando «no hayan sido tomadas en consideración de otra forma», la Comisión, en su carta de 13 de agosto de 1987,[37] rechazó la petición de reajuste basándose en que «this request appears to be a repetition of the argument discussed above concerning differences in prices resulting from differences in quantities». Ahora bien, el Reglamento impugnado, como se ha dicho, está motivado a este respecto exclusivamente por la falta de prueba y no se refiere en absoluto al hecho de que este reajuste hubiera sido tomado en consideración a otro título. Posteriormente examinaré este punto junto con las demás imputaciones fundadas en la violación del derecho de defensa.

37 — Recurso, Anexo 9.

54. La segunda imputación, como se recordará, se refiere a la negativa de la Comisión a conceder un reajuste por los descuentos de cantidades. Según las demandantes, mientras que las ventas en el mercado comunitario se realizaban siempre en lotes de varios miles de toneladas, algunas ventas en Arabia Saudí no pasaban de 0,43 toneladas.

55. El apartado 18 de los considerandos del Reglamento impugnado se hace eco de esta petición:

«El productor/exportador de Arabia Saudí solicitó que se realizase un reajuste [...] para tener en cuenta las diferencias en las cantidades vendidas en el mercado interior y en las exportaciones a la Comunidad. A este respecto, se sugirió que el descuento por cantidades, que se concedía de modo sistemático en el mercado interior por ventas iguales o superiores a 5.000 toneladas, debería aplicarse a todas las ventas realizadas en el mercado interior, con el fin de poderlas comparar con las cantidades exportadas.

Esta solicitud no fue atendida porque no se facilitó ninguna prueba convincente de que se cumpliesen todos los requisitos establecidos en el inciso i) o ii) de la letra b) del apartado 10 del artículo 2 del Reglamento (CEE) nº 2176/84. El Consejo señala que ya se habían tenido en cuenta las diferencias de cantidades al determinar el valor normal basándose en la media ponderada de todos los precios realmente pagados y al hacer los ajustes por las diferencias en las condiciones de venta.»

56. El Consejo, en su contestación, declara que, en su respuesta al cuestionario, las demandantes afirmaron que «un 9,14 % de todas las ventas realizadas en el mercado saudí durante el período de investigación han sido objeto de descuentos de cantidad», porcentaje muy inferior al de 20 % al que se refiere el inciso i) de la letra b) del apartado 10 del artículo 2 del Reglamento de base.

57. Las demandantes, en su réplica, observan que el original del cuestionario lleva la mención «9.1.4 %» y no «9,14 %» y que hay aquí un error mecanográfico.[38] Sin embargo, no deducen de ahí que la cifra exacta fuere 91,4 %, limitándose a declarar que las ventas con descuentos de cantidad superan el porcentaje del 20 %, aunque no proporcionan una cifra precisa al respecto.

58. Pero el recurso se refiere también, a propósito de esta imputación, a la violación del derecho de defensa. Según las demandantes, durante el período de investigación, la Comisión no alegó nunca la insuficiencia de las pruebas y se negó a realizar el reajuste solicitado por la única razón de que ya había sido tenido en cuenta cuando se determinó el valor normal, considerando a la vez los precios reducidos para las cantidades importantes y los precios habituales para las ventas de escaso volumen. Añaden que la cuestión de la insuficiencia de las pruebas se planteó por primera vez en los considerandos del Reglamento impugnado.

59. La lectura del considerando citado se presta a formular algunas precisiones. Mientras que durante el procedimiento de inves-

38 — Anexo L, p. 11, réplica.

tigación las demandantes se han empeñado en demostrar que la negativa a conceder un reajuste por descuentos de cantidad porque ya había sido tomado en consideración al determinar el valor normal constituía un error de Derecho, citando al respecto la doctrina más autorizada,[39] el apartado 18 de los considerandos del Reglamento impugnado se fundaba en realidad en la insuficiencia de pruebas, pero se refería también al hecho de que «se habían tenido en cuenta las diferencias de cantidades al determinar el valor normal basándose en la media ponderada de todos los precios realmente pagados». A mi entender, tanto si la «sustitución de motivos» es absoluta como si resulte *in fine* un *motivo esencial de la negativa* que no se discutió durante el procedimiento administrativo, el problema es el mismo por lo que se refiere al derecho de defensa.

60. Así las cosas, no me pronunciaré sobre la existencia de errores de Derecho o sobre el falseamiento de los hechos alegados. En efecto, procede examinar primeramente las negativas de reajustes desde la perspectiva de la violación del derecho de defensa porque constituyen, junto con las otras tres imputaciones, el fundamento del primer motivo.

V. Violación del derecho de defensa

61. La primera de estas tres imputaciones se basa en el hecho de que las demandantes, que aplicaban precios de exportación a la Comunidad sensiblemente superiores a los de otros proveedores de urea, han sufrido un perjuicio por la modificación de la forma de calcular los derechos antidumping, modificación de la que no se les informó previamente. Como ya se ha señalado, el Reglamento nº 3339/87 ha sustituido efectivamente el derecho provisional determinado por la diferencia entre un precio umbral y el precio de exportación por un derecho definitivo que se fijó en un 40 % de este último precio.

62. Según las demandantes, la violación del derecho de defensa consiste en que la primera noticia que tuvieron de esta sustitución fue la publicación del Reglamento nº 3339/87. Al respecto el Consejo ha presentado una carta de la Comisión dirigida a Mᵉ Van Bael, Letrado de las demandantes, el 8 de septiembre de 1987, carta que éstas afirman en su réplica que no recibieron nunca. Por otra parte el Consejo, en la dúplica, incluye un acta de una reunión celebrada en Bruselas el 5 de octubre de 1987, en la que estuvo presente, en especial, el Sr. Abdullab S. Nojaidi, presidente de la Saudi Basic Industries Corporation Marketing Ltd., y Mᵉ Van Bael. Esta acta, en su apartado 8, incluye un resumen de la posición de la Comisión y contiene entre otras, las precisiones siguientes: «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», así como: «Ad valorem duty (40 %) is significantly lower than dumping margin (55 %)». En la réplica afirman las demandantes que sus representantes que acudieron a la reunión del 5 de octubre de 1987 no conservan ningún recuerdo de una alusión a la adopción de un derecho *ad valorem* del 40 %. Señalan igualmente que la pretendida comunicación, en dicha entrevista, de la modificación de la forma de cálculo del derecho se formuló fuera de tiempo, teniendo en cuenta el plazo fijado por el inciso iii) de la letra c) del apartado 4 del artículo 7 del Reglamento de base.

39 — Beseler y Williams, «Anti-Dumping and Anti-Subsidy Law», *The European Communities*, 1986, apartado 4.5.3., pp. 98 a 100.

63. La segunda imputación se refiere a la falta de respuesta a las preguntas de las demandantes respecto a la determinación de umbral del perjuicio. Se trata esencialmente de la determinación de los costes de producción del fabricante comunitario elegido por la Comisión para determinar dicho umbral.

64. Las demandantes acusan a la Comisión de haberles dado informaciones insuficientes sobre este punto, especialmente en cuanto a la comparación de los precios saudíes con los de los fabricantes italianos, en cuanto a la forma en que se ha tenido en cuenta la baja de los costes de producción en la Comunidad, en cuanto al período considerado para esta valoración y, por fin, en cuanto a los reajustes en razón de los costes de producción más elevados relacionados con una utilización reducida de las capacidades imputable a la pérdida de los mercados de exportación.

65. A este respecto, el Consejo se remite al apartado 8 de la citada carta de la Comisión, de 8 de septiembre de 1987, en la que se indica: «More detailed information with regard to the calculation of the price undercutting is at your disposal, if you so wish».

66. Hay que observar que esta indicación sólo se refiere a la cuestión de las subcotaciones, es decir, a la comparación entre los precios saudíes y los de los fabricantes italianos, cuestión sobre la que la carta de la Comisión de 13 de agosto de 1987 ya había dado algunas informaciones. [40]

40 — Véase Anexo 9 del recurso, 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. Sin embargo, la carta de 8 de septiembre de 1987 contiene otras precisiones respecto a la determinación del umbral de perjuicio. De este modo, el apartado 2 precisa: «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 minimun 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». En el apartado 8 se añade lo siguiente: «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», así como la frase: «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. De este modo, la carta de 8 de septiembre de 1987 contiene datos relativos al período tomado en consideración para la determinación de los costes de producción del fabricante comunitario, a los efectos sobre dichos costes de las pérdidas de cuotas del mercado de exportación y a la toma en consideración de la disminución de dichos costes a lo largo del período de investigación. Procede examinar, sin embargo, si puede ser tenida en cuenta.

69. Pero las demandantes censuran también la falta de informaciones precisas sobre la elección del fabricante comunitario —no se ha indicado en qué Estado miembro estaba establecido— y sobre el importe de sus costes de producción. La Comisión, como se indica por lo demás en el apartado 8 de la carta de 8 de septiembre de 1987, opone el carácter confidencial de estos datos.

70. La tercera imputación, por último, se refiere a la cantidad estimada por la Comisión en concepto de reajustes por almacenaje, cifra inferior a la propuesta por las demandantes. El Consejo alega, en su escrito de contestación, la carta de 8 de septiembre de 1987 en la que la Comisión propuso poner en conocimiento de las demandantes las cifras relativas al reajuste por almacenaje, propuesta que no recibió respuesta. En efecto, la carta del 8 de septiembre de 1987 contiene en su apartado 6 la indicación: «The figures relating to the adjustement granted for warehousing are at your disposal, if you so wish».

71. El conjunto de estas imputaciones invita a la Sala a determinar la extensión del derecho de defensa de las personas afectadas por le procedimiento administrativo en materia de dumping. Como he indicado al principio de mis conclusiones, esta cuestión no ha recibido todavía las precisiones extraordinariamente importantes y numerosas que la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia ha podido prestarle en materia de competencia.

72. En sus conclusiones sobre los primeros asuntos de rodamiento a bolas, el Abogado General Sr. Warner hizo un examen notable sobre esta cuestión: [41]

«Comparto por supuesto la opinión de que en general», escribía, «nadie tiene derecho a ser oído durante el proceso de preparación de un acto legislativo, lo mismo que tiene derecho a ser oído durante el proceso de preparación de una resolución administrativa que le afecta individual y directamente. Pero como me parece que un documento como el Reglamento nº 1778/77 [42] presente en cierta medida un carácter híbrido, del mismo modo me parece que una investigación antidumping puede también, a los presentes fines, ser de naturaleza híbrida. En la medida en que puede conducir a la comprobación de que un exportador particular se ha hecho culpable de dumping y, basándose en esta comprobación, llegar a establecer un derecho antidumping sobre sus productos individuados con precisión, presenta bastantes de las características de un procedimiento preparatorio de una resolución que le afecta individual y directamente» [43] *(traducción provisional).*

73. Por mi parte añadiré que, desde el punto de vista de una empresa, la pérdida del mercado comunitario consiguiente al establecimiento de un derecho antidumping elevado, como sucede en el caso de autos, produce consecuencias económicas comparables a las que derivan de la aplicación de una multa por infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma.

74. Verdad es que la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia sobre el derecho de defensa en materia de competencia no puede aplicarse íntegramente en materia de dumping. El Presidente Sr. Ole Due, en un artículo sobre «el respeto del derecho de de-

41 — Beseler y Williams, *op. cit.*, apartado 8.5.7, p. 195; Cunnane y 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 — El Reglamento que estableció el derecho antidumping.

43 — Rec. 1979, p. 1262.

fensa en el derecho administrativo comunitario» [44] era también de este parecer. Indicaba:

«Las diferencias pueden explicarse, a lo menos en parte, por el carácter particular de esta materia: las medidas se adoptan en forma de disposiciones normativas; la investigación no se dirige necesariamente contra empresas individualizadas y puede poner en cuestión también el comportamiento de Gobiernos de terceros países [...]; hay que respetar todas las peticiones de trato confidencial de las informaciones facilitadas. Por último, las reglas comunitarias deben respetar las obligaciones de las Comunidades en el marco del GATT fundado en el principio de reciprocidad y puede estar justificado alinear incluso normas de procedimiento sobre las de otros miembros de dicha organización.» [45]

75. De todos modos, un principio tan *general* como el que desarrolla la sentencia de este Tribunal de Justicia en el asunto Hoffmann-La Roche/Comisión, [46] según el cual la Comisión no puede fundar su resolución sobre hechos, circunstancias o documentos sobre los que la parte afectada no haya podido dar a conocer su punto de vista, parece que debe también aplicarse a los procedimientos de dumping. [47]

76. Este Tribunal de Justicia ya ha mostrado, en su sentencia Timex Corporation, [48] la importancia que concede a los derechos de las personas afectadas por una investigación antidumping, en relación sobre todo con el carácter confidencial de determinados datos. Volveré sobre el tema.

77. El Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT, llamado generalmente segundo Código antidumping, consagra en su artículo 6 un determinado número de prerrogativas en favor de las personas interesadas a lo largo de un procedimiento administrativo. De este modo, según el apartado 2 de dicho artículo: «Las autoridades interesadas darán al reclamante y a los importadores y exportadores que se sepa están interesados, así como a los Gobiernos de los países exportadores, la oportunidad de examinar toda la información pertinente para la presentación de sus argumentos que no sea confidencial conforme a los términos del apartado 3 del presente artículo y que dichas autoridades utilicen en una investigación "antidumping"; les darán también la oportunidad de preparar su alegato sobre la base de esa información». Según el apartado 7: «Durante toda la investigación "antidumping" todas las partes tendrán plena oportunidad de defender sus intereses».

78. El Reglamento de base ha procurado concretar los derechos que reconoce el segundo Código antidumping. Según la letra a) del apartado 4 del artículo 7: «Quien haya presentado la queja, así como los importadores y exportadores notoriamente afectados y los representantes del país exportador, tendrán acceso a todas las informaciones facilitadas a la Comisión por cualquiera de las partes afectadas por la investigación, con excepción de los documentos

44 — *Cahiers de droit européen*, 1987, nº 1-2, p. 383.

45 — *Ibidem*, p. 387, nota 7.

46 — Sentencia de 13 de febrero de 1979 (85/76, Rec. p. 461), apartado 14.

47 — Una opinión idéntica sostiene Hans-Christoph von Heydebrand und der Lasa en «Confidential Information in Antidumping Proceedings before United States Courts and the European Court», *European Law Review*, vol. II, 1986, p. 331.

48 — Sentencia de 20 de marzo de 1985 (264/82, Rec. p. 849).

internos preparados por las autoridades de la Comunidad o de los Estados miembros, en la medida en que dichas informaciones sean relevantes para la defensa de sus intereses, no sean confidenciales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8 y sean utilizadas por la Comisión en la investigación. A tal fin, dirigirán una solicitud por escrito a la Comisión, indicando las informaciones que solicitan».

79. Con arreglo a la letra b) del apartado 4 del artículo 7: «Los exportadores e importadores del producto que sea objeto de la investigación y, en caso de subvenciones, los representantes del país de exportación podrán solicitar que se les informe de los principales hechos y consideraciones en función de los cuales se haya previsto recomendar la imposición de derechos definitivos o la percepción definitiva de los importes garantizados por un derecho provisional».

80. La letra c) del apartado 4 del artículo 7 precisa:

« i) Las solicitudes de información presentadas con arreglo a lo dispuesto en la letra b) deberán:

aa) dirigirse por escrito a la Comisión,

bb) especificar los puntos concretos sobre los que se solicita información,

cc) recibirse, en caso de imposición de un derecho provisional, como máximo un mes después de la publicación relativa a la imposición de dicho derecho.

ii) La información podrá facilitarse verbalmente o por escrito, según la Comisión lo considere apropiado. La información no prejuzgará las decisiones ulteriores que la Comisión o el Consejo puedan adoptar. Las informaciones confidenciales serán tratadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8.

iii) La información deberá facilitarse normalmente como mínimo quince días antes de que la Comisión transmita una propuesta de medida definitiva con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12. Las observaciones hechas después de haber sido facilitada la información, sólo podrán tomarse en consideración cuando se hayan recibido en el plazo que la Comisión fije en cada caso teniendo debidamente en cuenta la urgencia del asunto; dicho plazo no podrá ser inferior a diez días.»

81. Como se ha recordado, el Consejo ha presentado un acta de una reunión celebrada en la Comisión el 5 de octubre de 1987 [49] y ha mencionado en su escrito de dúplica [50] extractos de un informe de misión interna elaborado por funcionarios de la Comisión después de comprobaciones realizadas en Arabia Saudí así como una nota interna que parece ser una referencia de una reunión celebrada en Bruselas el 22 de mayo de 1987.

49 — Dúplica, Anexo 1.

50 — Apartado 83.

82. Estos documentos mencionan informaciones que, por lo demás, no fueron puestas en conocimiento de las demandantes, tales como el establecimiento de un derecho definitivo *ad valorem*, la falta de pruebas suficientes para admitir peticiones de reajuste. ¿Constituyen sin embargo datos que han de tenerse en cuenta en el curso de un procedimiento judicial? Me parece que la respuesta debe ser negativa. Estos documentos *puramente internos* de la Comisión, elaborados por sus agentes, no se presentaron a las personas afectadas por la investigación ni a sus Letrados. Estos no han dispuesto de ningún medio para hacer rectificar su contenido. Estos documentos cuyo *carácter unilateral* es absoluto no pueden tener ningún carácter probatorio. No son menester investigaciones doctrinales muy profundas para saber que, en los Derechos de todos los Estados miembros, tales documentos no son tenidos en cuenta como pruebas.

83. Es verdad que el Reglamento de base permite a la Comisión dar las informaciones requeridas «verbalmente [...] según la Comisión lo considere apropiado». A mi entender ello no significa en manera alguna que las Instituciones comunitarias queden dispensadas de formalizar pruebas válidas de lo que hayan respondido a las peticiones formuladas por las empresas afectadas. Un órgano jurisdiccional no puede aceptar la afirmación de que se ha respetado el derecho de defensa sin que la parte de la que emana tal afirmación presente pruebas tangibles al respecto.

84. Las informaciones verbales dadas por la Comisión en el curso de una reunión no le impiden, si se ha redactado un acta de la misma, someter ésta a las observaciones de las personas que estuvieron presentes. No se trata de una exigencia insuperable. La expresión del citado artículo 7, «según la Comisión lo considere apropiado», parece por otra parte indicar que deberá elegirse preferentemente la forma escrita para las informaciones que se refieren a datos determinantes para el curso del procedimiento. Por otra parte, la exigencia de plazo que figura en el inciso iii) de la letra c) del apartado 4 del mismo artículo supone necesariamente, para poder probar su cumplimiento, la redacción de un escrito, sea un *acta* sujeta al acuerdo de los participantes, sea una *carta debidamente dirigida* a las personas afectadas y ante la que éstas puedan reaccionar.

85. Conviene pues, a mi entender, prescindir de los documentos indicados [51] en el debate que ahora nos ocupa.

86. El Consejo ha presentado también la carta de 8 de septiembre de 1987 [52] que, como se recordará, las demandantes afirman que no recibieron nunca. Esta carta, dirigida a Mes Van Bael y Bellis en Bruselas, tiene la misma dirección que las anteriores. Sin embargo, mientras estas últimas llevan en el encabezamiento la mención Telefax seguido del número de telecopia de los Letrados de las demandantes, [53] en la de 8 de septiembre de 1987 no aparece la misma mención. Ahora bien, la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia ha encarado ya dificultades similares. En la sentencia Belfiore se precisa:

«Procede observar, sin embargo, que la Comisión expidió la carta de 12 de febrero de 1979 sin tomar la precaución de certificarla en Correos ni de acompañarla de un acuse de recibo, mientras que había observado esta doble precaución en los envíos dirigidos anteriormente al demandante. En estas cir-

51 — Véase, anteriormente, apartado 81.

52 — Escrito de contestación, Anexo II.

53 — Véase la carta de 13 de agosto de 1987, Anexo 9 del recurso, y la carta de 3 de junio de 1987, Anexo 6 del recurso.

cunstancias, teniendo en cuenta que la prueba de la notificación y de su fecha corresponde a la Comisión, hay que reconocer que esta última se ha colocado en la imposibilidad de suministrar al respecto una prueba completa y que, tratándose de la notificación de una resolución tan importante como una dimisión de oficio, la *ligera duda* que subsiste acerca del momento en que ha empezado a correr el plazo del recurso debe favorecer al demandante» [54] *(traducción provisional).*

87. En el asunto Michel, en el que el Parlamento Europeo alegaba que un recurso había sido presentado fuera de plazo, en contra de una resolución contenida en una carta ordinaria, este Tribunal de Justicia resolvió:

«No incumbe al destinatario de una carta no certificada demostrar las razones de un retraso eventual en la transmisión de la misma» [55] *(traducción provisional).*

88. El Tribunal de Justicia ha declarado ya que la presentación de una carta no certificada, *sin que se haya demostrado que fue recibida por su destinatario,* no puede «servir como prueba». [56] Propongo por ello prescindir en este debate de la carta de la Comisión de 8 de septiembre de 1987.

89. Procede, por lo tanto, considerar que el motivo de la negativa a conceder reajustes en razón de los descuentos de cantidad y por la diferencia de fase comercial, motivo esencialmente fundado en la insuficiencia de las pruebas presentadas por las demandantes, no ha sido conocido por éstas más que cuando se publicó el Reglamento impugnado, sin que hayan tenido, a lo largo de la investigación, todas las posibilidades de defender sus intereses al respecto.

90. Efectivamente, la comunicación de las informaciones a partir de las cuales la Comisión plantea el establecimiento de un derecho antidumping —o «disclosure»— tuvo lugar, por primer vez, en una reunión en la Comisión el 22 de mayo de 1987 y luego mediante cartas de 27 de mayo y 3 de junio de 1987.

91. Ahora bien, en una carta dirigida a la Comisión el 17 de junio de 1987, [57] dentro de plazo, como ha reconocido el Consejo en su dúplica, por cuanto la Comisión, en su escrito de fecha 3 de junio de 1987, [58] había aceptado, con carácter excepcional, retrasar la expiración del plazo [59] al 17 de junio de 1987, se dice:

«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 — Sentencia de 5 de junio de 1980 (108/79, Rec. p. 1769), apartado 7; el subrayado es mío.

55 — Sentencia de 26 de noviembre de 1981 (195/80, p. 2861), apartado 11.

56 — Sentencia de 11 de mayo de 1989, Maurissen (asuntos acumulados 193/87 y 194/87, Rec. p. 1045), apartado 47.

57 — Anexo 8 del recurso.

58 — Anexo 6 del recurso.

59 — Como la publicación del establecimiento de un derecho provisional tuvo lugar el 9 de mayo de 1987, cualquier petición escrita de información, conforme al punto cc) del inciso i) de la letra c) del apartado 4 del artículo 7 del Reglamento de base, no podía recibirse a partir del 9 de junio de 1987 a la medianoche; estas «extensiones de plazo» las permite el inciso iii) de la letra c) del apartado 4 del artículo 7 del Reglamento de base.

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

A continuación la carta precisa la petición de reajuste.

92. Por otra parte no se discute que la cuestión de los reajustes se refería a la defensa de los intereses de las demandantes ni que figuraba entre las consideraciones a partir de las cuales la Comisión recomendó la imposición de derechos definitivos. Por lo tanto, hay que considerar que las demandantes no han estado en condiciones de poder defender útilmente sus intereses.

93. El Consejo afirma que, incluso si se hubieran concedido los reajustes solicitados, ello no hubiera supuesto una modificación del importe del derecho. Sin duda desea que este Tribunal de Justicia aplique aquí su sentencia Distillers,[60] en la que el propio Tribunal se negó a examinar eventuales irregularidades de procedimiento alegadas por la demandante en razón de que, de todas maneras, la resolución de la Comisión hubiera sido idéntica. A mi juicio dicha sentencia se limita a aplicar el principio tradicional según el cual sólo los vicios *sustanciales* de forma pueden dar lugar a la anulación de un acto. La afirmación del Consejo, como se ha visto, es contradicha no obstante por las demandantes que, en su citada carta de 17 de junio de 1987, afirman que *el nivel elevado del margen de dumping es el resultado de la falta de reajuste.*[61]

60 — Sentencia de 10 de julio de 1980 (30/78, Rec. p. 2229).

61 — El nuevo Reglamento de base, Reglamento (CEE) nº 2423/88 del Consejo, de 11 de julio de 1988 (DO L 209, p. 1), incluye ahora la letra e) del apartado 10 del artículo 2, en la que se consideran insignificantes y no se tienen en cuenta los reajustes individuales cuyo efecto *ad valorem* sea inferior al 0,5 % del precio o del valor de la transacción de que se trate.

94. Por consiguiente, la simple afirmación del Consejo no permite prescindir del carácter sustancial de la irregularidad cometida. El primer motivo, en lo que se refiere a la negativa a conceder los dos reajustes citados, debe por lo tanto estimarse. Por ello, es inútil examinar a fondo el motivo consistente en el error de Derecho y en el falseamiento de los hechos.

95. La crítica fundada en la falta de información respecto al cambio de la forma de calcular el derecho definitivo es, quizá, menos delicada. Como se ha recordado, la jurisprudencia[62] de este Tribunal de Justicia reconoce a las Instituciones comunitarias una amplia facultad de apreciación en cuanto a la elección del tipo de derecho más adecuado. Si para un operador económico afectado es esencial saber cómo se calculan el valor normal, los precios de exportación, el umbral de perjuicio, los reajustes, cómo se ha escogido el producto similar, por el contrario el recurso a un derecho *ad valorem* o a un derecho fijado en referencia a un precio umbral debe, *en teoría*, no tener influencia sobre el importe del derecho antidumping que sólo podría ser el margen de dumping o el umbral de perjuicio, si un derecho menor basta para hacer desaparecer este último. El Tribunal de Justicia ha precisado en una sentencia reciente:

«[...] un derecho variable es, en general, más favorable a los operadores económicos interesados, por permitir evitar toda percepción de derechos antidumping, a condición, no obstante, de que las importaciones se efectúen a precios situados por encima del precio mínimo fijado.»[63]

62 — C-189/88, antes citado, apartado 25; C-305/86, antes citado, apartado 58.

63 — C-305/86, antes citado, apartado 60.

De todos modos, en la medida en que el establecimiento del derecho antidumping *ad valorem* no tiene ningún carácter imprevisible, ya que este tipo de derecho es el más empleado, no parece que el cambio de forma de calcular el derecho haya podido causar un perjuicio a las demandantes. Por ello, no cabe estimar esta imputación dentro del primer motivo.

96. Las demandantes invocan también, desde la perspectiva del derecho de defensa, el importe del reajuste concedido por almacenaje. A pesar de las peticiones expresas de explicación de la cifra aplicada, la Comisión no ha facilitado ninguna información.

97. En una carta de 21 de agosto de 1987,[64] las demandantes han observado: «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». Esta carta responde a la de la Comisión de fecha 13 de agosto de 1987[65] que indicaba que se había concedido un reajuste de 7,96 SR por tonelada. La petición de información de las demandantes, aunque posterior a la fecha de 9 de mayo de 1987,[66] debe sin embargo tomarse en consideración porque la carta de la Comisión de 13 de agosto termina con la frase: «I would appreciate receiving your questions or comments, if any, on the above not later than 21 august 1987». Esta frase parece indicar que las demandantes, lo mismo que en la carta de la Comisión de 3 de junio de 1987, se han beneficiado nuevamente de una extensión del plazo prescrito por el punto cc) del inciso i) de la letra c) del apartado 4 del artículo 7 del Reglamento de base.

64 — Recurso, Anexo 10, p. 13.
65 — Recurso, Anexo 9.
66 — Véase nota 59.

98. El Consejo alega, en su contestación, la carta de la Comisión de 8 de septiembre de 1987. Ahora bien, por las razones que ya he expuesto, esta carta no puede ser tenida en cuenta. La forma como la Comisión llegó a la cifra citada no tenía nada de confidencial y no se comprende por qué la forma de cálculo no fue comunicada. Por ello hay que deducir de ahí que no se ha demostrado que las demandantes hayan recibido sobre este punto las informaciones suficientes para poder defender sus intereses. Por ello procede estimar el motivo a este respecto.

99. Las demandantes sostienen por último que no se ha respetado su derecho de defensa en lo que se refiere a la determinación del umbral de perjuicio en referencia a los costes de producción del «fabricante comunitario característico». Como la Comisión ha alegado a este respecto el carácter confidencial de tales datos, las demandantes no han podido saber ni cuál fue la empresa comunitaria elegida como «característica», ni el Estado miembro en el que está establecida, ni sus costes de producción durante el período de referencia. La Sala tendrá por tanto que plantearse de nuevo la difícil conciliación entre el carácter confidencial y el derecho de defensa.

100. El segundo Código antidumping del GATT trata de la protección del carácter confidencial en el apartado 3 de su artículo 6. La información confidencial no será divulgada sin autorización expresa de la parte que la haya facilitado, a reserva de informaciones que se revelen en cumplimiento de una «providencia precautoria concebida en términos muy precisos». A las partes que proporcionen información confidencial podrá pedírseles que suministren resúmenes no confidenciales de la misma. En caso de que estas partes señalen que dicha información no puede ser resumida, deberán exponer las razones de tal imposibilidad.

101. El artículo 8 del Reglamento de base reproduce las mismas disposiciones, con excepción de las relativas a la posibilidad de una «providencia precautoria».

102. Recordaré las exigencias sobre la materia de la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia. En la sentencia Timex Corporation, el propio Tribunal anuló un Reglamento que establecía un derecho antidumping definitivo porque la obligación de confidencialidad «debe interpretarse siempre de manera que no prive de su contenido esencial» [67] al derecho de defensa. A este respecto el Tribunal de Justicia precisó:

«La Comisión hubiera debido tratar, en todo lo que fuera compatible con el respeto del secreto de los negocios, de comunicar a la demandante indicaciones útiles para la defensa de sus intereses, eligiendo, de oficio si así fuera menester, las modalidades adecuadas para semejante comunicación, con la precisión de que la mera divulgación de los sistemas de cálculo, sin ninguna indicación numérica, no satisface las referidas exigencias imperativas» [68] *(traducción provisional).*

103. Verdad es que en una sentencia más reciente, Brother/Consejo, este Tribunal de Justicia decidió:

«No puede admitirse la alegación de Brother según la cual no sabía nada de la manera en que se calcularon los precios objetivo, puesto que el método de cálculo de los precios objetivo se comunicó a la demandante y los costes de producción de las empresas comunitarias son datos confidenciales que no hubieran podido transmitírsele en ningún caso.» [69]

67 — 264/82, antes citado, apartado 29.

68 — 264/82, antes citado, apartado 30.

69 — Sentencia de 5 de octubre de 1988 (250/85, Rec. p. 5683), apartado 34.

Sin embargo, en este último asunto, la demandante sólo ponía en cuestión la utilización del método de precios objetivo, método elegido razonablemente por la Comisión para volver a calcular los precios en el interior de la Comunidad como hubieran debido formarse de no haber existido dumping, pero no discutía ni el importe de los costes de producción de las empresas comunitarias ni la violación del derecho de defensa.

104. Ahora bien, si se considera la idea directriz de la sentencia de este Tribunal de Justicia en el asunto Timex Corporation, es menester reconocer que la negativa a comunicar toda información sobre las cuestiones indicadas más arriba priva casi por completo de *cualquier efecto práctico* al derecho de defensa que reconoce el apartado 4 del artículo 7 del Reglamento de base. Las demandantes, en su virtud, se ven forzadas a atenerse a las afirmaciones de la Comisión respecto a la elección del fabricante comunitario representativo. ¿Se trata de una de las empresas de peores rendimientos de la Comunidad y entonces los costes de producción son especialmente elevados? Las demandantes no sabrán nada de ello. Estos costes que determinan el importe del perjuicio y, por lo tanto, el del derecho antidumping ¿se han calculado según el método apropiado? Las demandantes no sabrán nada al respecto. ¿Y si la Comisión ha incurrido en error de cálculo sobre este punto, como han afirmado las demandantes en la fase oral del procedimiento? Estas últimas nunca sabrán nada y lo mismo este Tribunal de Justicia.

105. Ahora bien, como quiera que, en el Reglamento impugnado, el importe del derecho se ha fijado en relación al perjuicio y no al margen de dumping, las informaciones citadas son *esenciales* para la defensa de los intereses de las personas afectadas en el sentido del segundo Código antidumping.

106. Este Tribunal de Justicia, en su sentencia Timex Corporation, ha subrayado efectivamente que la violación del derecho de defensa era tanto más importante cuanto que «el valor normal se ha determinado basándose en el valor calculado del producto similar [...] y que, por ello, Timex Corporation dependía enteramente, para la defensa de sus intereses, de los elementos de cálculo que hubiera seleccionado la Comisión» *(traducción provisional).*[70] En el presente caso, la situación de las demandantes al respecto es completamente idéntica.

107. La mayoría de los comentaristas del Derecho europeo y del Derecho americano sobre el dumping consideran, por otra parte, que el acceso únicamente a las informaciones no confidenciales tiene escaso interés a los fines del derecho de defensa.[71] Según algunos, el procedimiento europeo obliga a los Letrados de las partes afectadas a practicar el «shooting in the dark».[72]

108. El informe de la Comisión de relaciones económicas exteriores del Parlamento Europeo muestra las mismas preocupaciones sobre la política antidumping de la Comunidad Europea.[73] En él se dice:

«— Cuanto más opaco aparezca el procedimiento antidumping, más injusto parecerá a los exportadores y a otras partes relacionadas. Esto es especialmente cierto con respecto a los métodos utilizados para calcular los márgenes de dumping y los niveles de daño [...], que a lo largo de los años han alcanzado una complejidad bizantina. Pero los productores interiores también pueden a veces sentirse perjudicados, por ejemplo por la dificultad de controlar los compromisos de precio [...]

— Dada la falta de normas estrictas relativas al secreto profesional, sería inoportuno conceder a los abogados de las partes interesadas acceso a la información confidencial facilitada por sus oponentes. Sin embargo, la Comisión y el Tribunal deberían ser invitados a considerar la vía de estas normas, y a introducir en la Comunidad medidas similares a las que existen en los Estados Unidos [...]»

109. Un procedimiento reciente ha mostrado que podría no carecer de interés tomar en consideración documentos confidenciales para apreciar el fundamento de determinadas alegaciones propuestas por las Instituciones comunitarias. El Abogado General Sr. Tesauro, en sus conclusiones en los asuntos 121/86, 122/86 y 129/86, presentadas el 11 de julio de 1989, relata estos hechos.[74] La Comisión había adoptado en 1982 un Reglamento por el que se establecía un derecho antidumping provisional y después propuesto al Consejo, el 9 de junio de 1983, que dictara un Reglamento estableciendo un derecho definitivo; ante la negativa del Consejo y después de haber reanu-

70 — 264/82, antes citado, apartado 30.

71 — Véanse, al respecto, Horlick y Oliver, «Trade Laws regarding Imports: Recent Developments», *Documents de la Conférence annuelle (1989) del Colegio de Europa en Brujas,* p. 86; Van Bael, «Procedural Aspects of EEC Anti-Dumping Enforcement», *Documents de la Conférence annuelle (1989) del Colegio de Europa en Brujas,* p. 5; Van Bael, «EEC Anti-Dumping Law and Procedure Revisited», *Journal of World Trade,* vol. 24, nº 2, abril de 1990, p. 5, y Taylor y 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, nº 1, p. 43.

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

73 — Documento de sesión A3-0336/90 de 30 de noviembre de 1990.

74 — Rec. 1989, p. 3942.

dado la investigación en verano de 1985, propuso archivar el procedimiento, lo que el Consejo aceptó mediante Decisión 86/59/CEE, de 6 de marzo de 1986. El Sr. Tesauro afirmó:

«Frente a las objeciones presentadas por la Comisión, según las cuales dichos cuestionarios eran confidenciales y como tales no se incluyeron en la información facilitada a las demandantes, al no haber una justificación respecto a la falta de resúmenes no confidenciales de dichos cuestionarios y considerando, además, que la Comisión afirmaba haber proporcionado a las demandantes durante las dos reuniones mantenidas el 14 de noviembre y el 22 de diciembre de 1985 todas las informaciones necesarias, el Tribunal solicitó a la Comisión que aportara los cuestionarios citados.

La respuesta ha sido francamente insatisfactoria en su totalidad. La Comisión se limitó en efecto a comunicar, sin aportar al respecto ninguna aclaración, copia de los resúmenes no confidenciales de los cuestionarios rellenados por los exportadores chinos respecto al período comprendido entre 1978 y el primer semestre de 1983 y algunas copias de comunicaciones enviadas por importadores de magnesita norcoreana que contenían algunos datos relativos a las importaciones del producto de que se trata hasta junio de 1985.

En otros términos, los datos aportados por la Comisión sobre las importaciones procedentes de China no son más que los datos objeto de la primera parte de la investigación, que sirvieron de fundamento a la propuesta de establecimiento de medidas antidumping definitivas presentada precisamente en junio de 1983.»

110. Verdad es que el conjunto de estas observaciones permiten comprobar hasta qué punto es difícil aplicar en la práctica la solución de la sentencia Timex Corporation de este Tribunal de Justicia. Pero el conocimiento de los datos de que se trata es esencial para permitir a las personas afectadas por la investigación defender sus intereses y la citada sentencia precisa que «la mera revelación de los sistemas de cálculo sin ninguna indicación numérica no satisface» las exigencias imperativas de respeto del derecho de defensa. Si, en concreto, puede ser difícil para la Comisión, obligada a comunicar a la demandante las indicaciones útiles para la defensa de sus intereses, hallar «las modalidades apropiadas para esta comunicación»,[75] le corresponde, sin embargo, según jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, establecer los mecanismos adecuados para garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa. Hay que reconocer sobre todo que el recurso a «resúmenes no confidenciales» se muestra insuficiente desde el momento en que se trata de comunicar datos numéricos.

111. Por otra parte, semejante situación no es en modo alguno satisfactoria desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si la Comisión Europea de los Derechos Humanos declara que no procede admitir los recursos formulados contra resoluciones nacionales adoptadas en cumplimiento de un acto comunitario,[76] es por la razón fundamental de que este Tribunal de Justicia ha elaborado una jurisprudencia conforme a la cual dicho Tribunal controla que las Instituciones comunitarias respeten los derechos fundamentales. No carece pues de interés, sino todo lo contrario, el evitar notables di-

75 — 264/82, antes citado, apartado 30.

76 — Recurso nº 13258/87, M. y Co./Alemania, resolución de 9 de febrero de 1990, en que se trataba del exequátur de una sentencia de este Tribunal de Justicia.

vergencias entre lo que este Tribunal de Justicia podría deducir del derecho a un proceso justo respecto a las exigencias que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha podido resolver hasta ahora.

112. Sobre este punto no creo que quepa duda de que el procedimiento antidumping, aunque instruido por una autoridad administrativa, debe satisfacer la necesidad de un «proceso justo»,[77] lo que supone que se reconozca una «igualdad de armas» entre las diferentes partes.[78] Por otra parte, el respeto del principio del proceso contradictorio exige que la parte o su representante tenga la ocasión de consultar y de criticar el expediente del asunto, en particular los datos que hayan servido de base para la resolución.[79] No parece, por consiguiente, que el procedimiento seguido en el presente asunto haya satisfecho estas exigencias.

113. El conjunto de estos datos me lleva a la conclusión de que en el caso de autos la Comisión no ha aplicado correctamente los principios fundamentales del derecho de defensa, tales como los precisa especialmente la sentencia Timex Corporation de este Tribunal de Justicia. La Comisión no ha precisado las modalidades apropiadas de la comunicación a las demandantes de las indicaciones necesarias para la defensa de sus intereses. La imputación invocada parece por ello que debe ser estimada y el Reglamento impugnado, por consiguiente, también debe ser anulado en este punto.

114. Soy consciente, en verdad, de las dificultades que plantea la necesaria conciliación del respeto del derecho de defensa y la salvaguardia del carácter confidencial de determinadas informaciones, pero es menester recordar aquí que estas dificultades, en otros ordenamientos jurídicos, han podido encontrar al parecer una solución.

115. En efecto, en Derecho americano, después de la Trade Agreements Act de 1979, las dos autoridades administrativas encargadas de las investigaciones en materia de dumping —la International Trade Administration («ITA»), que resuelve sobre la existencia y el margen de una práctica de dumping, y la International Trade Comission («ITC») que comprueba el perjuicio— deben redactar un expediente que incluye una copia de todos los datos reunidos o presentados a dichas autoridades a lo largo del procedimiento administrativo. Este expediente incluye también los datos confidenciales. Estos no pueden ser comunicados sin el acuerdo previo de la persona que los ha presentado. Sin embargo, la Trade Agreements Act de 1979 ha introducido en Derecho americano el sistema de la «administrative protective order». Este consiste en permitir al Letrado de la parte interesada tomar conocimiento de los documentos confidenciales, quedando claro que en tal caso está obligado a respetar su carácter confidencial, *incluso respecto a su cliente.* La Cour of In-

77 — Sentencia Ringeisen de 16 de julio de 1971, serie A, nº 13, p. 39, apartado 94; sentencia König de 28 de junio de 1979, serie A, nº 27, pp. 29 y 30, apartados 88 a 90.

78 — Sentencia Delcourt de 17 de enero de 1970, serie A, nº 11, p. 15, apartado 28; sentencia Bönisch de 6 de mayo de 1985, serie A, nº 92, p. 15, apartado 32.

79 — Sentencia Felbrugge de 29 de mayo de 1986, serie A, nº 99, p. 17, apartado 44; Decisión nº 7317/75 de la Comisión, Lynas/Suiza, de 6 de octubre de 1977, Rec. 1977, pp. 412 y ss., especialmente p. 445, apartado 5.

ternational Trade dicta una «administrative protective order» bien en el curso del procedimiento administrativo, cuando la autoridad administrativa competente niega a una parte la «disclosure» de los datos confidenciales, bien cuando se interpone un recurso que discute las decisiones adoptadas por ITA o por ITC. [80]

116. La Court of International Trade, para conceder o no la «administrative protective order», ha establecido un «balancing test» [81] que, según la doctrina, combina las consideraciones siguientes:

— La «edad» de la información: se consideran más sensibles las informaciones recientes que las más antiguas. [82]

— El origen de la información: los datos proporcionados por entidades que no tienen un interés directo en el procedimiento son más sensibles. [83]

— El interés de los documentos en relación con la decisión tomada o que va a tomarse por la autoridad administrativa. [84]

80 — Sobre el acceso a los datos confidenciales y las «administrative protective orders», véanse Kaplan, Kuhbach y Lorentzen, «Antidumping, Countervailing Duty and the National Security Provisions in the 1988 Trade Act», *George Washington Journal of International Law and Economics,* 1989, pp. 628 a 631; Kassinger, «Antidumping Duty Investigations», p. 68, en Johnston, *Law and Practice of United States Regulation of International Trade,* Oceana, 1989, pp. 23 a 25; Koch, *Die Abwehr von Dumping: das Beispiel des amerikanischen Rechts,* Heidelberg, 1989, p. 328; Horlick y DeBusk, «Commerce Procedures Under Existing and Proposed Antidumping/Countervailing Duty Regulations», *The International Lawyer,* 1988, pp. 110 a 112; Horlick, «The United States Antidumping System», en Jackson y Vermulst, *Antidumping Law and Practice, A Comparative Study,* Harvester Wheatsheaf, 1989, pp. 111 a 113; Bello, «Access to Business Confidential Information in Antidumping Proceedings», en Jackson y Vermulst, *op. cit.,* pp. 349 a 353; Vermulst, *Antidumping Law and Practice in the US and the European Communities: A comparative Analysis,* Elsevier, 1987, pp. 69 a 77; Taylor y Vermulst, *op. cit.,* pp. 43 a 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, pp. 71 a 79; Anthony y Byrne, «Safeguarding Confidential Information in ITC Injury Proceedings: Proposals to reduce the Risk of Disclosure», *Law and Pol'y in Int'l Bus.,* 1985, pp. 1 a 63; Riesenfeld, «The Treatment of Confidential Information in Antidumping Cases: A Comment on the Celanese Case», *CMLRev.,* 1984, pp. 553 a 556; Bryan y Boursereau, «Antidumping Law in the European Communities and the US: A Comparative Analysis», *George Washington Journal of International Law and Economics,* 1985, pp. 631 a 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, pp. 465 a 493; Assman, «Decision Marking under the EEC and the US Antidumping Laws», *ZVglRWiss,* 1981, pp. 327 a 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, pp. 1361 a 1436; Lorentzen, «Technical Analysis of the Antidumping Agreement and the Trade Agreements Act», *Law and Pol'y in Int'l Bus.,* 1979, p. 1430, y Van Bael, «EEC Antidumping Law and Procedure Revisited», *Journal of World Trade Law,* 1990, p. 18.

81 — Una fórmula típica del mismo puede encontrarse en su sentencia Roquette Frères/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 form disclosure information which, in the hands of a competitor, might injure their respective positions in the industry».

82 — Por ejemplo: Japan Exlan Co./United States [1 Ct. Int'l Trade 286, 15-23 Cust. B & Dec. 102, 3 ITRD (BNA) 1008 (1981)] donde la «disclosure» se autorizó porque «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 y Edwin A. Vermulst, *op. cit.,* deducen este dato de la interpretación por analogía de la sentencia Roquette Frères/United States, en la cual la Court of International Trade ha negado la «disclosure» respecto a informaciones proporcionadas por fabricantes americanos que no actuaban como demandantes en el procedimiento administrativo.

84 — American Spring Wise Corp./United States [566 F Supp. 1538, 4, ITRD (BNA) 2210 (Ct. Int'l Trade (1983)] en que la Court se negó a conceder la «disclosure» de informaciones que no eran «directly relevant to the administrative determinations».

— La motivación de la petición.

— La especificidad de la información solicitada: este dato se funda en la teoría según la cual las informaciones más precisas o más específicas son más fáciles de identificar en lo relativo a su origen.

— El respeto de la equidad. [85]

— El estatuto del Letrado de la demandante.

Este último dato ha dado lugar a discusiones importantes en la doctrina y jurisprudencia americanas. Hasta 1983, la Court of International Trade rechazaba la «disclosure» a favor de los «in-house counsels» o de los «corporate counsels» en razón de que no quería colocarlos «under the unnatural and unremitting strain of having to exercise constant self-censorship in their normal working relations». [86] Esta doctrina fue cambiada por una sentencia de la Court of Appeals del circuito federal que afirma que la «disclosure» debe concederse en virtud de una «counsel by counsel basis». [87] La Court of Appeals se ha basado fundamentalmente en el motivo de que tanto los «in-house counsels» como los «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. ¿Cabe adaptar el Derecho comunitario a este sistema? Como ya he señalado, la doctrina [88] se muestra en general favorable a ello y el Parlamento Europeo desea que se explore este camino. Se declara que la experiencia americana es satisfactoria. [89] También en Canadá existe un sistema similar. [90] Como lo ha señalado el Presidente Sr. Ole Due, «puede estar justificado alinear también las normas de procedimiento sobre las de los demás miembros» del GATT. [91]

118. ¿Son insuperables las dificultades de orden jurídico? Los abogados, los solicitors y barristers están obligados a observar las normas deontológicas en todos los Estados

85 — Nakajima All Co./United States [3 Ct. Int'l Trade 69, 3 ITRD (BNA) 1974 (1982)] en que la Court ordenó la «disclosure» a favor del Letrado de Nakajima por cuanto los Letrados de los demandados también habían tenido acceso a las informaciones correspondientes.

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

87 — US Steel III, 730 F. 2d at 1465; véase sobre este punto 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 — Por ejemplo, Hans-Christoph von Heydebrand und der Lasa, *op. cit.*; James A. Taylor y Edwin A. Vermulst, *op. cit.*, p. 69.

89 — Por ejemplo, James A. Taylor y Edwin A. Vermulst, *op. cit.*, p. 44.

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

91 — *Op. cit.*, p. 383, incluso a pesar de que, según la jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia, «la actitud de sus socios comerciales, incluso importantes, no basta para obligar a la Comunidad a proceder de la misma manera» (sentencias de 5 de octubre de 1988, Canon/Consejo, asuntos acumulados 277/85 y 300/85, Rec. p. 5731, apartado 15 y de 14 de marzo de 1990, Nashua/Comisión y Consejo, asuntos acumulados C-133/87 y C-150/87, Rec. p. I-719, apartado 30).

miembros, tanto si las normas son de origen legal como profesional. La infracción del carácter confidencial está condenada, *prima facie*, en todos los Derechos internos de los Estados miembros. Por otra parte, las normas sobre responsabilidad civil debieran permitir a las empresas víctimas de una divulgación contraria a Derecho de sus informaciones confidenciales exigir responsabilidades al Letrado o al Abogado que hubieren cometido semejante infracción. Se comprende mal en virtud de qué consideraciones podría estimarse que, con las mismas garantías, los abogados europeos no están en situación de cumplir el mismo papel de auxiliares de la Justicia que el de sus homólogos del otro lado del Atlántico. En todo caso, cualquier comportamiento incorrecto podría sancionarse con la imposibilidad para su autor, durante un período por determinar, de tener acceso en lo sucesivo, en un procedimiento antidumping, a los datos confidenciales del expediente. Semejante sanción sería tanto más eficaz cuanto que los gabinetes de Abogados que actúan como Letrados en asuntos de dumping no son numerosos. Podría, según parece, preverse en el Reglamento de base del Consejo si se decidiera establecer en Derecho comunitario un mecanismo similar a la «administrative protective order». En tal supuesto, convendría asociar a la realización de este sistema a las organizaciones profesionales de abogados que existen en Europa, en su caso por vía de protocolo.

119. Algunos comentaristas opinan, por otra patre, que el establecimiento de este sistema reduciría de manera significativa la carga de trabajo de la Comisión.[92] Otros autores[93] afirman también que el Derecho comunitario, en su estado actual, no impide a este Tribunal de Justicia dictar «protective orders» y citan al respecto la sentencia del propio Tribunal AM y S Europe Limited/Comisión[94] donde el Tribunal examinó en sesión reservada los documentos presentados por la demandante a instancias de aquél, para decidir al fin su carácter confidencial. Esta opinión es quizá válida en caso de recurso de anulación ante este Tribunal de Justicia; por el contrario, cabe preguntarse, en el actual estado del Derecho comunitario, sobre la competencia que tendría el mismo Tribunal, en el curso del procedimiento administrativo, para que se le sometiera una reclamación contra una negativa opuesta por la Comisión a dar determinadas informaciones confidenciales.

120. En todo caso, es importante que se configuren los instrumentos que permitan en este terreno conciliar el doble imperativo de la protección del carácter confidencial y del respeto del derecho de defensa.

121. Teniendo en cuenta las observaciones que he desarrollado hasta aquí, propongo a este Tribunal de Justicia que:

92 — James A. Taylor y Edwin A. Vermulst, *op. cit.*, p. 69, nota 126.

93 — Hans-Christoph von Heydebrand und der Lasa, *op. cit.*, quien se basa en el artículo 21 del Reglamento de Procedimiento.

94 — Sentencia de 18 de mayo de 1982 (155/79, Rec. p. 1575).

— Anule, en la medida en que se refiere a las sociedades Al-Jubail Fertilizer Company y Saudi Arabian Fertilizer Company, el artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 3339/87 del Consejo, de 4 de noviembre de 1987, por el que se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de urea originaria de Libia y Arabia Saudí.[95]

— Condene en costas al Consejo exceptuadas, sin embargo, las causadas por la parte coadyuvante, que quedarán a cargo de esta última.

95 — DO L 317 de 7.11.1987, p. 1.